



DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

TERCERA EDICIÓN

1001 VOCES

In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio

TOMO I

Eduardo FERRER MAC-GREGOR

Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ

Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA

Rogelio FLORES PANTOJA

Coordinadores



DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL



Dr. PEDRO SALAZAR UGARTE

Director

Dra. ISSA LUNA PLA

Secretaria académica

Lic. RAÚL MÁRQUEZ ROMERO

Secretario técnico

Mtra. WENDY VANESA ROCHA CACHO

Jefa del Departamento de Publicaciones



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN
Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES
Secretario de Gobierno

JAVIER MARRA OLEA
Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Diccionario
de
DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

TERCERA EDICIÓN

1001 VOCES

Tomo I

Eduardo FERRER MAC-GREGOR

FABIOLA MARTÍNEZ RAMÍREZ

GIOVANNI A. FIGUEROA MEJÍA

ROGELIO FLORES PANTOJA

Coordinadores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
MÉXICO, 2021

Tercera edición: enero de 2021

Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional
Tercera edición
1001 voces

© Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Fabiola Martínez Ramírez
Giovanni A. Figueroa Mejía
Rogelio Flores Pantoja

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN Obra completa: 978-607-7822-73-8

ISBN Tomo I: 978-607-7822-74-5

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
María Alejandra **de la Isla Portilla**
Fernanda Sugey **Pacheco Díaz**
Edición

Felipe **Luna**
Formación

Antonio **Rangel**
Laura Margarita **Malpica Gómez**
Diseño de portada

*Al Doctor Héctor Fix-Zamudio, †
pionero y forjador del Derecho Procesal Constitucional,
con profunda admiración y cariño...
de todas y todos sus discípulos y admiradores.*

*A las y los estudiosos
del Derecho Procesal Constitucional
de ayer, hoy y mañana...*

CONTENIDO

Presentación a la primera edición	XXXI
Juan N. SILVA MEZA	
Nota introductoria a la primera edición	XXXV
Nota a la segunda edición	XXXIX
Nota a la tercera edición	XLI
Eduardo FERRER MAC-GREGOR	
Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ	
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA	
Rogelio FLORES PANTOJA	
Acerca de los coordinadores	XLIII
Colaboradores	XLV

A

1. Abogado (a)	3
2. Abuso de poder en la privación de libertad	5
3. Acceso a la justicia.	6
4. Acción	9
5. Acción de cumplimiento	10
6. Acción de inconstitucionalidad	12
7. Acción de inconstitucionalidad (alcances y efectos de las sentencias)	15
8. Acción de inconstitucionalidad (alegatos)	17
9. Acción de inconstitucionalidad (aplazamiento de vista)	17
10. Acción de inconstitucionalidad (causas de improcedencia y sobreseimiento)	18
11. Acción de inconstitucionalidad (demanda)	20
12. Acción de inconstitucionalidad (instrucción)	21

CONTENIDO

13. Acción de inconstitucionalidad (legitimación de los organismos protectores de derechos humanos)	22
14. Acción de inconstitucionalidad (legitimación de los órganos legislativos)	24
15. Acción de inconstitucionalidad (legitimación de los partidos políticos)	25
16. Acción de inconstitucionalidad (legitimación del procurador general de la república)	26
17. Acción de inconstitucionalidad (objeto impugnado)	27
18. Acción de inconstitucionalidad (partes)	28
19. Acción de inconstitucionalidad (plazos)	29
20. Acción de inconstitucionalidad (promoviente)	30
21. Acción de inconstitucionalidad (sentencias)	31
22. Acción de inconstitucionalidad en materia electoral	33
23. Acción de inconstitucionalidad local	36
24. Acción de protección (Ecuador)	39
25. Acción de tutela	41
26. Acción popular de inconstitucionalidad	43
27. Acción por omisión legislativa local	45
28. Acción positiva	49
29. Aclaración de la jurisprudencia	51
30. Aclaración de sentencia	52
31. Activismo judicial	54
32. Activismo social	56
33. Acto de autoridad	59
34. Acto de imposible reparación	61
35. Acto invalidado	63
36. Actuario judicial	65
37. Acuerdo de trámite	65
38. Acuerdo de turno	66
39. Acuerdo del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	67
40. Adopción internacional	69
41. Alegatos	71
42. Ámbito competencial	74

43. <i>Amicus curiae</i> (amigo del Tribunal o de la Corte)	75
44. Amparamiento	78
45. Amparo	79
46. Amparo (acción de)	81
47. Amparo (concepto de violación)	83
48. Amparo (Costa Rica)	84
49. Amparo (juicio en línea)	87
50. Amparo (juicio sumarísimo)	89
51. Amparo (Latinoamérica)	91
52. Amparo (medidas de apremio)	94
53. Amparo (medidas disciplinarias)	95
54. Amparo (México)	98
55. Amparo (objeto del)	100
56. Amparo (recursos)	102
57. Amparo (requisitos de la demanda)	104
58. Amparo (simplificación de las sentencias)	106
59. Amparo adhesivo	109
60. Amparo agrario	112
61. Amparo colectivo	114
62. Amparo colectivo (Latinoamérica)	116
63. Amparo colonial	118
64. Amparo contra leyes	120
65. Amparo contra norma estigmatizadora	122
66. Amparo directo	123
67. Amparo en África y tribunales constitucionales	125
68. Amparo en lengua indígena	126
69. Amparo en revisión	128
70. Amparo indirecto	131
71. Amparo interamericano	135
72. Amparo laboral	136
73. Amparo local	139
74. Amparo penal	141
75. Apatridia	143

CONTENIDO

76. Apelación	146
77. Apercibimiento	148
78. Argumento	149
79. Argumento a rúbrica	150
80. Argumento analógico	151
81. Argumento apagógico	152
82. Argumento axiológico	154
83. Argumento comparativo	155
84. Argumento de constancia terminológica	158
85. Argumento de equidad	158
86. Argumento interpretativo	159
87. Argumento lingüístico	160
88. Argumento lógico	162
89. Argumento pragmático	163
90. Argumento retórico	165
91. Autocomposición	166
92. Auto de suspensión	168
93. Auto de vinculación a proceso	169
94. Autoridad	172
95. Averiguación de hechos que constituyan una violación grave de garantías individuales	174

B

96. Balanceamiento	179
97. <i>Bill of Rights</i>	179
98. Bioética y bioderecho	179
99. Bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad	181
100. Boleta electoral	184

C

101. Caducidad de la instancia	189
102. Caducidad del proceso	191

103. Cámara de Diputados	192
104. Cámara de Senadores	194
105. Cambio climático (marco jurídico internacional)	196
106. Capacidad procesal	198
107. Carga procesal	200
108. Carrera judicial	202
109. Casilla electoral	203
110. Caso <i>Bonham</i>	206
111. Caso <i>Marbury vs. Madison</i>	207
112. Caso <i>Miguel Vega vs. Jurisdicción local</i>	209
113. Caución	211
114. <i>Certification of Questions</i>	213
115. Cierre de instrucción	215
116. Circuito jurisdiccional	217
117. Circunscripción plurinominal	218
118. Ciudadanía	220
119. Cláusula de apertura constitucional	222
120. Cláusula de interpretación conforme	224
121. Cláusula federal (jurisprudencia interamericana)	226
122. Cláusulas de reparación (<i>redress clauses</i>)	231
123. Codificación procesal constitucional	233
124. Código Procesal Constitucional (Perú)	235
125. Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México	238
126. Comisión de Derechos Humanos del Estado de Aguascalientes	240
127. Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán	242
128. Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Quintana Roo	245
129. Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas	247
130. Comisión Estatal de Derechos Humanos de Nuevo León	250
131. Comisión Estatal de Derechos Humanos de Sonora	253
132. Comisión Estatal de Derechos Humanos de Veracruz	254
133. Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Sinaloa	257
134. Comisión Interamericana de Derechos Humanos	260

135. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (procedimiento de solución amistosa)	263
136. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (recomendaciones de la)	265
137. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.	268
138. Comisión Nacional de los Derechos Humanos (facultad de investigación)	271
139. Comisiones de investigación parlamentaria	273
140. Comité Judicial del Consejo Privado de la Corona.	276
141. Competencia por cuantía	279
142. Competencia por grado	280
143. Competencia por materia	280
144. Competencia por territorio.	281
145. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia.	282
146. Conflicto de competencia entre órganos estatales.	283
147. Conflicto entre poderes del Estado	286
148. Conflicto normativo	288
149. Conflicto socioambiental.	291
150. Consejero de la Judicatura Federal	292
151. Consejo Constitucional (Francia)	294
152. Consejo de Estado de la República de Cuba	296
153. Consejo de la Judicatura Federal.	298
154. Consejo de la Judicatura local.	300
155. Considerandos de la sentencia	302
156. Constitución	304
157. Constitución (elementos conceptuales)	307
158. Constitución (núcleo intangible)	309
159. Constitución (principio de inviolabilidad).	311
160. Constitución (sentido formal)	313
161. Constitución (sentido material)	315
162. Constitución (sentido sustancial)	317
163. Constitución breve/larga	318
164. Constitución convencionalizada	318

165. Constitución de 1814 (Apatzingán).....	321
166. Constitución federal de 1824	323
167. Constitución flexible/rígida	325
168. Constitución histórica	325
169. Constitución local	327
170. Constitución local (supremacía de la)	329
171. Constitución otorgada (<i>Charte octroyée</i>).....	331
172. Constitución otorgada (origen)	331
173. Constitución pactada	333
174. Constitución provisional	333
175. Constitución viviente.....	333
176. Constitucionalismo global.....	335
177. Constitucionalismo social	336
178. Constituyente permanente	337
179. Control constructivo (positivo) de convencionalidad.....	338
180. Control de admisibilidad.....	341
181. Control de comunitariedad.....	342
182. Control de constitucionalidad.....	344
183. Control de constitucionalidad (tipos técnicos).....	346
184. Control de constitucionalidad abstracto.....	348
185. Control de constitucionalidad concentrado	351
186. Control de constitucionalidad de la reforma constitucional....	353
187. Control de constitucionalidad de oficio.....	355
188. Control de constitucionalidad del presidente	357
189. Control de constitucionalidad difuso.....	359
190. Control de constitucionalidad directo.....	361
191. Control de constitucionalidad en el Estado socialista.....	363
192. Control de constitucionalidad en vía incidental	365
193. Control de constitucionalidad interno al Parlamento.....	367
194. Control de constitucionalidad local.....	368
195. Control de constitucionalidad local (puro/de jurisdicción concurrente)	370
196. Control de constitucionalidad mixto.....	373

197. Control de constitucionalidad por órganos administrativos	374
198. Control de constitucionalidad sobre la consulta popular	376
199. Control de convencionalidad (sede interna)	378
200. Control de convencionalidad (test de)	381
201. Control de la regularidad de los procedimientos de votación (Europa centro-oriental)	384
202. Control de legalidad	386
203. Control del poder	387
204. Control del poder (República romana)	389
205. Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.	391
206. Control parlamentario	394
207. Control político	396
208. Control político en los países socialistas	398
209. Control previo de constitucionalidad	400
210. Control previo de constitucionalidad (local)	400
211. Control religioso	403
212. Control reparador	404
213. Control sobre actos políticos	404
214. Control social	406
215. Controversia constitucional.	407
216. Controversia constitucional (alcances y efectos de las sentencias)	410
217. Controversia constitucional (alegatos)	412
218. Controversia constitucional (causas de improcedencia y sobreseimiento)	414
219. Controversia constitucional (legitimación)	419
220. Controversia constitucional (local)	421
221. Controversia constitucional (objeto impugnabile)	423
222. Controversia constitucional (plazos impugnatorios)	424
223. Controversia constitucional (promovente)	427
224. Controversia constitucional (suspensión)	429
225. Convención Americana sobre Derechos Humanos	431
226. Convención Interamericana contra el Terrorismo	434
227. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (recepción en Brasil)	436

228.	Convención Interamericana contra la Corrupción.	438
229.	Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia	440
230.	Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad	441
231.	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres	443
232.	Convención Interamericana sobre Extradición	444
233.	Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores	449
234.	Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.	452
235.	Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional.	455
236.	Convención sobre Asilo Diplomático	457
237.	Convención sobre Asilo Político	458
238.	Convención sobre Asilo Territorial	459
239.	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	460
240.	Convención viviente	463
241.	<i>Corpus iuris</i> interamericano.	465
242.	<i>Corpus iuris</i> internacional	467
243.	Corte Constitucional de Colombia	469
244.	Corte Constitucional en la Constitución de 2008 (Ecuador)	471
245.	Corte Constitucional italiana	473
246.	Corte de Constitucionalidad de Guatemala	476
247.	Corte de Constitucionalidad de Guatemala de 1965	478
248.	Corte de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental	480
249.	Corte Interamericana de Derechos Humanos	483
250.	Corte Interamericana de Derechos Humanos (competencia consultiva)	486
251.	Corte Interamericana de Derechos Humanos (competencia contenciosa)	489
252.	Corte Interamericana de Derechos Humanos (cumplimiento de sentencia)	491
253.	Corte Interamericana de Derechos Humanos (Estatuto)	492

254. Corte Interamericana de Derechos Humanos (excepciones preliminares relativas a la admisibilidad del caso)	494
255. Corte Interamericana de Derechos Humanos (medidas provisionales)	496
256. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Reglamento)	498
257. Corte Penal Internacional	500
258. Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina	502
259. Cortes supremas (control político)	504
260. Creación de derechos por el juez constitucional	506
261. Crimen de lesa humanidad	508
262. Crimen internacional	510
263. Crisis constitucional	512
264. Cuestión de inconstitucionalidad (derecho comparado)	515
265. Cuestión de inconstitucionalidad local	520
266. Cuestión prejudicial europea	522
267. Cuestión prioritaria de constitucionalidad (Francia)	525
268. Cumplimiento de recomendaciones	526
269. Cuotas de género en el ejercicio de derechos políticos	528

D

270. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno	533
271. Debido proceso	534
272. Debido proceso constitucional	535
273. Debido proceso en procedimientos migratorios que involucren niñas y niños (jurisprudencia interamericana)	538
274. Decisión interpretativa	542
275. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	544
276. Declaración de Cartagena sobre Refugiados	545
277. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	548
278. Declaración de Mar del Plata	550

279.	Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (jurisprudencia interamericana)	551
280	Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas.	554
281.	Declaración de Tlatelolco sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y el Caribe	555
282.	Declaración interpretativa.	556
283.	Declaración Universal de los Derechos Humanos	558
284.	Declaración Universal de los Derechos Humanos (origen).	559
285.	Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina.	561
286.	Declaratoria general de inconstitucionalidad	563
287.	Decreto	565
288.	Decreto-ley	567
289.	Defensa de la Constitución	568
290.	Defensa de la Constitución (enfoque jurídico)	569
291.	Defensa de la Constitución (enfoque político).	572
292.	Defensa de la Constitución local.	574
293.	Defensa pública.	576
294.	Defensor	578
295.	Defensor del pueblo	581
296.	Defensor indígena (lengua y cultura).	583
297.	Defensoría de los Derechos Humanos de Querétaro	585
298.	Democracia	587
299.	Democracia constitucional	591
300.	Democracia incluyente	593
301.	Deontología jurídica	594
302.	Derecho (aplicación del)	596
303.	Derecho a apelar.	597
304.	Derecho a ejercer el cargo público representativo	599
305.	Derecho a la alimentación	601
306.	Derecho a la cultura	604
307.	Derecho a la diferencia	606
308.	Derecho a la educación.	608

309. Derecho a la familia	611
310. Derecho a la identidad cultural.	613
311. Derecho a la identidad cultural (jurisprudencia interamericana)	615
312. Derecho a la imagen personal.	617
313. Derecho a la información	618
314. Derecho a la información (jurisprudencia constitucional)	620
315. Derecho a la información (jurisprudencia europea)	622
316. Derecho a la información (jurisprudencia interamericana)	624
317. Derecho a la integridad personal	626
318. Derecho a la intimidad	629
319. Derecho a la libertad de conciencia y de religión (jurisprudencia constitucional)	631
320. Derecho a la libertad de conciencia y de religión (jurisprudencia interamericana)	633
321. Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (jurisprudencia europea)	635
322. Derecho a la libertad de pensamiento y expresión (jurisprudencia interamericana)	638
323. Derecho a la libertad personal	640
324. Derecho a la libertad personal (jurisprudencia constitucional)	642
325. Derecho a la libertad personal (jurisprudencia europea)	643
326. Derecho a la libertad personal (jurisprudencia interamericana)	644
327. Derecho a la nacionalidad.	645
328. Derecho a la privacidad	647
329. Derecho a la propiedad	649
330. Derecho a la propiedad privada (jurisprudencia interamericana)	652
331. Derecho a la protección de la vida privada.	654
332. Derecho a la protección de los datos personales	656
333. Derecho a la protección judicial (jurisprudencia constitucional)	657
334. Derecho a la protección judicial (jurisprudencia interamericana)	663
335. Derecho a la protección subsidiaria o complementaria	667
336. Derecho a la seguridad social	668
337. Derecho a la vida	670
338. Derecho a la vida (jurisprudencia interamericana)	672

339. Derecho a los beneficios de la cultura	676
340. Derecho a los beneficios de la cultura (jurisprudencia constitucional).	679
341. Derecho a recibir un salario justo	681
342. Derecho a recibir un salario justo (jurisprudencia constitucional)	683
343. Derecho a un proceso equitativo (jurisprudencia europea).	685
344. Derecho a un recurso efectivo (jurisprudencia europea)	687
345. Derecho al honor	689
346. Derecho al libre desarrollo de la personalidad	691
347. Derecho a un medioambiente sano.	694
348. Derecho a un medioambiente sano (jurisprudencia europea).	696
349. Derecho a un medioambiente sano (jurisprudencia italiana)	702
350. Derecho al mínimo existencial (materia fiscal)	706
351. Derecho al nombre (jurisprudencia interamericana)	708
352. Derecho al respeto de la vida privada y familiar (jurisprudencia europea)	710
353. Derecho al trabajo.	712
354. Derecho al trabajo (jurisprudencia interamericana)	714
355. Derecho al voto (jurisprudencia interamericana)	716
356. Derecho ambiental (enfoque precautorio).	719
357. Derecho comparado (<i>tertium genus</i>)	721
358. Derecho constitucional procesal	723
359. Derecho de acceso a Internet	725
360. Derecho de acceso a la información (jurisprudencia constitucional).	726
361. Derecho de acceso a la información (jurisprudencia europea)	728
362. Derecho de acceso a la información (jurisprudencia interamericana)	730
363. Derecho de asilo	732
364. Derecho de asociación.	734
365. Derecho de asociación (jurisprudencia constitucional)	736
366. Derecho de asociación (jurisprudencia europea).	737
367. Derecho de asociación (jurisprudencia interamericana)	739
368. Derecho de excepción	741

CONTENIDO

369. Derecho de igualdad ante la ley (jurisprudencia constitucional).	742
370. Derecho de igualdad ante la ley (jurisprudencia europea)	744
371. Derecho de igualdad ante la ley (jurisprudencia interamericana)	746
372. Derecho de la niñez a la participación	748
373. Derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa	750
374. Derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación	752
375. Derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación (reconocimiento internacional)	754
376. Derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva	756
377. Derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva (estándares interamericanos)	758
378. Derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva (garantías en contextos de extracción o actividades de desarrollo)	761
379. Derecho de réplica	763
380. Derecho de réplica, rectificación o respuesta (jurisprudencia interamericana)	765
381. Derecho del refugiado	767
382. Derecho hispanoindiano	769
383. Derecho humano al agua (jurisprudencia constitucional)	770
384. Derecho humano al agua y al saneamiento	772
385. Derecho humano al deporte	774
386. Derecho indígena	775
387. Derecho indígena (jurisprudencia constitucional)	777
388. Derecho internacional humanitario	779
389. Derecho internacional público	780
390. Derecho natural	781
391. Derecho procedimental parlamentario	784
392. Derecho procesal constitucional	787
393. Derecho procesal constitucional (Aguascalientes)	789
394. Derecho procesal constitucional (Alemania)	790
395. Derecho procesal constitucional (Argentina)	793
396. Derecho procesal constitucional (Austria)	795
397. Derecho procesal constitucional (Baja California)	797
398. Derecho procesal constitucional (Baja California Sur)	798

399. Derecho procesal constitucional (Bolivia)	800
400. Derecho procesal constitucional (Brasil)	803
401. Derecho procesal constitucional (Campeche)	805
402. Derecho procesal constitucional (Chiapas)	807
403. Derecho procesal constitucional (Chihuahua)	808
404. Derecho procesal constitucional (Chile)	810
405. Derecho procesal constitucional (Ciudad de México)	813
406. Derecho procesal constitucional (Coahuila)	816
407. Derecho procesal constitucional (Colima)	818
408. Derecho procesal constitucional (Colombia)	821
409. Derecho procesal constitucional (Costa Rica)	823
410. Derecho procesal constitucional (Cuba)	828
411. Derecho procesal constitucional (Durango)	830
412. Derecho procesal constitucional (Ecuador)	832
413. Derecho procesal constitucional (El Salvador)	835
414. Derecho procesal constitucional (Eslovenia)	837
415. Derecho procesal constitucional (España)	839
416. Derecho procesal constitucional (Estado de México)	841
417. Derecho procesal constitucional (Guanajuato)	844
418. Derecho procesal constitucional (Guerrero)	847
419. Derecho procesal constitucional (Italia)	848
420. Derecho procesal constitucional (México)	850
421. Derecho procesal constitucional (Michoacán)	853
422. Derecho procesal constitucional (Morelos)	855
423. Derecho procesal constitucional (Nayarit)	858
424. Derecho procesal constitucional (Nicaragua)	859
425. Derecho procesal constitucional (Nuevo León)	861
426. Derecho procesal constitucional (Oaxaca)	863
427. Derecho procesal constitucional (Perú)	865
428. Derecho procesal constitucional (Querétaro)	867
429. Derecho procesal constitucional (Quintana Roo)	870
430. Derecho procesal constitucional (República Dominicana)	872
431. Derecho procesal constitucional (Sinaloa)	875

432. Derecho procesal constitucional (Sonora)	875
433. Derecho procesal constitucional (Tabasco)	877
434. Derecho procesal constitucional (Tamaulipas)	878
435. Derecho procesal constitucional (Tlaxcala).	881
436. Derecho procesal constitucional (Uruguay)	883
437. Derecho procesal constitucional (Venezuela)	885
438. Derecho procesal constitucional (Veracruz)	887
439. Derecho procesal constitucional (Yucatán)	889
440. Derecho procesal constitucional de la libertad	891
441. Derecho procesal constitucional orgánico.	896
442. Derecho procesal electoral	898
443. Derecho procesal penal	900
444. Derechos colectivos	902
445. Derechos colectivos de los pueblos indígenas	905
446. Derechos de cuarta generación.	908
447. Derechos de la niñez	909
448. Derechos de la niñez (jurisprudencia europea)	910
449. Derechos de la niñez (jurisprudencia interamericana)	912
450. Derechos de la personalidad	914
451. Derechos de las personas con discapacidad (jurisprudencia interamericana)	917
452. Derechos de los extranjeros (jurisprudencia europea).	919
453. Derechos de los pueblos indígenas y recursos genéticos	922
454. Derechos económicos, sociales y culturales (principio de irreversibilidad)	925
455. Derechos económicos, sociales y culturales (sistema de protección)	926
456. Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (exigibilidad)	929
457. Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (justiciabilidad en la jurisprudencia interamericana)	931
458. Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (principio de progresividad).	936
459. Derechos fundamentales (fuerza expansiva)	938
460. Derechos fundamentales (límites)	940

461. Derechos fundamentales (tutela multinivel)	942
462. Derechos fundamentales (titularidad)	944
463. Derechos humanos	946
464. Derechos humanos (aspectos bioéticos).	949
465. Derechos humanos (fundamento filosófico)	951
466. Derechos humanos (principio de interdependencia).	953
467. Derechos humanos (principio de universalidad)	955
468. Derechos humanos (Unión Europea)	957
469. Derechos humanos, ciencia y desarrollo sostenible.	960
470. Derechos humanos de las mujeres	964
471. Derechos humanos de las personas mayores.	965
472. Derechos humanos del contribuyente.	968
473. Derechos humanos en la Constitución	970
474. Derechos imposibles	972
475. Derechos políticos	974
476. Derechos políticos (jurisprudencia constitucional)	976
477. Derechos políticos (jurisprudencia europea)	978
478. Derechos políticos (jurisprudencia interamericana)	980
479. Derechos políticos de las mujeres (jurisprudencia interamericana)	982
480. Derechos sexuales y reproductivos	983
481. Derechos sexuales y reproductivos (jurisprudencia interamericana)	986
482. Derechos sindicales	988
483. Derechos sociales (jurisprudencia constitucional)	989
484. Derechos sociales (jurisprudencia europea).	993
485. Derechos sociales (jurisprudencia interamericana)	997
486. Derechos subjetivos públicos.	1004
487. Derechos y garantías de niñas y niños en conflictos armados. . .	1006
488. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración (jurisprudencia interamericana)	1010
489. Desaparición de poderes	1012
490. Desaparición forzada (jurisprudencia interamericana).	1014
491. Desplazamiento interno	1016
492. Destierro	1018

CONTENIDO

493. Detención arbitraria	1020
494. Detención colectiva	1022
495. Diálogo jurisprudencial	1023
496. Diálogo jurisprudencial coevolutivo	1025
497. Diálogo jurisprudencial policéntrico	1027
498. <i>Diario Oficial de la Federación</i>	1029
499. Dignidad humana	1032
500. Discriminación	1035
501. Discriminación contra las mujeres basada en consideraciones de género (jurisprudencia interamericana)	1037
502. Discriminación contra las personas con discapacidad (jurisprudencia interamericana)	1040
503. Discriminación directa e indirecta	1043
504. Discriminación económica	1046
505. Discriminación estructural	1047
506. Discriminación interseccional	1048
507. Discriminación interseccional en razón de género	1050
508. Disculpa pública por violaciones a derechos humanos	1051
509. Discurso de odio	1053
510. Distrito electoral uninominal	1054
511. Diversidad sexual	1057
512. División de poderes	1058
513. Doctrina de la sustitución constitucional	1060
514. <i>Doppia pronuncia</i>	1061

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 instrumentos procesales encargados de hacer efectivos los contenidos de la Cons-

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.

titución, 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 Chavarrín 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 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.

Los coordinadores
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, 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

NOTA A LA TERCERA EDICIÓN

Es un honor y motivo de gran satisfacción presentar la tercera edición del *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, 1001 voces*, producto de la colaboración editorial entre el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, instituciones a las que agradecemos su decidido apoyo y compromiso para la integración y publicación de la obra.

Esta edición sumó 430 voces nuevas para lograr un total de 1001, con la participación de 390 autoras y autores de 26 nacionalidades alrededor del mundo: Alemania, Argentina, Austria, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Eslovenia, España, Estados Unidos, Ghana, Guatemala, Italia, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Reino Unido, República Democrática del Congo, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, lo que permite una visión integral de la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional desde distintas latitudes.

La tercera edición se publica en el marco del centenario del primer Tribunal Constitucional de Austria, previsto en la Ley Fundamental de dicho país de 1 de octubre de 1920, bajo la impronta de Hans Kelsen, el cual daría origen a la jurisdicción constitucional en Europa, teniendo una amplia influencia en nuestro continente, además de significar un punto de partida en la configuración científica del Derecho Procesal Constitucional como parcela del derecho público de nuestros días.

No es una simple coincidencia, ya que la conmemoración del centenario del primer tribunal constitucional resulta un momento inmejorable para esta publicación. Nos invita al análisis crítico sobre el rol que tienen y los desafíos que enfrentan actualmente las magistraturas constitucionales especializadas (sean como tribunales, cortes o salas constitucionales) en la garantía de derechos humanos y en la defensa orgánica de la Constitución, bajo el paradigma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en un particular contexto de transición a una realidad transformada, en el que la Constitución y su defensa juegan un papel fundamental.

El *Diccionario* que hoy presentamos constituye un esfuerzo colectivo que inició en 2011, motivado por las reformas constitucionales en dere-

chos humanos y amparo. Estas trascendentales reformas marcaron un nuevo derrotero en el constitucionalismo mexicano y fueron la punta de lanza para concretar las dos ediciones anteriores de esta publicación en 2014. En esta oportunidad la obra mejoró sustancialmente, destacando solo dos aspectos: fueron integradas un importante número de voces y de nuevos autores y, por otro lado, se reestructuró temáticamente el contenido, lo que favorece su mejor comprensión y facilita la búsqueda de cada una de las locuciones.

La obra está fundamentalmente dirigida a las nuevas generaciones de estudiosos del Derecho Procesal Constitucional, así como a las y los estudiantes, profesores, abogados, jueces y, en general, a los operadores jurídicos que a través de su labor coadyuvan a la eficacia de los derechos humanos y al fortalecimiento de la democracia y el Estado constitucional de derecho.

Concluimos expresando nuestro deseo para que el *Diccionario* se convierta en una herramienta útil que abone a la operación eficaz del Derecho y, por supuesto, agradecer a las autoras y autores por sus valiosas colaboraciones, así como a quienes de distintas maneras participaron para hacer posible su publicación. Merece una mención especial Rogelio Flores Pantoja, Director del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, así como a su equipo de colaboradores integrado por Alejandra de la Isla, Carolina Hernández, Carmen Jasso y Felipe Luna, quienes con su trabajo comprometido en la revisión y formación editorial esta publicación llegó a buen puerto.

Al igual que las dos ediciones anteriores, dedicamos este *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, 1001 voces*, al Maestro don Héctor Fix-Zamudio, forjador indiscutible y pilar fundamental en la consolidación de la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional en el mundo, que durante toda su vida ha sido ejemplo de grandeza, bonhomía y fortaleza vital.

Eduardo FERRER MAC-GREGOR
Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ
Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA
Rogelio FLORES PANTOJA
Coordinadores

Ciudad de México y Querétaro, diciembre de 2020

ACERCA DE LOS COORDINADORES

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la cual fue presidente y vicepresidente. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y profesor de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Es investigador nacional nivel III del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT.

Fue integrante de la Junta Directiva del Instituto Federal de Defensoría Pública. Pertenece a la Academia Internacional de Derecho Comparado y a la Asociación Internacional del Derecho Procesal, entre otras asociaciones científicas. Es director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* y de la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, así como de la colección Justicia Interamericana de Tirant lo Blanch, integrando el comité científico de dicha editorial.

Ha recibido el “premio nacional de jurisprudencia” de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, así como la presea “Ignacio Manuel Altamirano” otorgada por el Pleno del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, entre otras distinciones.

Fabiola Martínez Ramírez

Licenciada en Derecho, Especialista en Derecho Constitucional, Maestra y Doctora en Derecho por la UNAM, todos ellos con mención honorífica. En 2016 obtuvo la medalla “Alfonso Caso” a la mejor tesis doctoral del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM. Es candidata al SNI Conacyt, y forma parte de diversas asociaciones científicas y colegios académicos.

Ha realizado estancias de investigación en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos de la Corte IDH y en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, en Heidelberg, Alemania. Por casi 10 años ha sido profesora del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM y ha participado como académica en instituciones públicas y privadas de alto prestigio.

Es autora de más de 15 trabajos científicos e inéditos publicados en obras especializadas en derecho constitucional, derechos humanos e igualdad de género, así como coordinadora de diversos libros sobre las mismas temáticas.

Giovanni A. Figueroa Mejía

Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid, con mención europea y la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad. Investigador del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt. Ha realizado estancias de investigación en las Universidades italianas de Perugia y Bolonia.

Autor de tres libros publicados por Porrúa: *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana* (2011), *Influencia de la doctrina en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia mexicana* (2017) y *Estudios sobre control constitucional y convencional* (2020).

Coordinador de nueve obras colectivas y autor de más de cincuenta capítulos de libros, artículos especializados y otros escritos académicos publicados en Argentina, Brasil, Colombia, España, Italia y México.

Académico de tiempo completo y coordinador de la Maestría en Derechos Humanos en la Universidad Iberoamericana Ciudad de México.

Rogelio Flores Pantoja

Director del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Licenciado en Derecho por la UNAM, Maestro en Derecho Procesal Constitucional y con estudios del Máster oficial en Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla-La Mancha, España y la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Panamericana.

Profesor invitado en instituciones nacionales y extranjeras, entre las que destacan el Instituto Interamericano de Derechos Humanos; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la Universidad Diego Portales, en Chile; la Universidad de Costa Rica; la Universidad Pompeu Fabra, en Barcelona; la Universidad de Pisa, en Italia y la Universidad Nacional de la Plata, en Argentina.

Realizó una estancia de investigación en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público en Heidelberg, Alemania. Forma parte del Consejo Académico del Centro de Estudios de Actualización en Derecho. Miembro de la International Society of Public Law (ICON-S), capítulo México. Como coautor, coordinador o editor, ha participado en la publicación de más de cincuenta obras.

COLABORADORES

Abreu Sacramento, Pablo

Ackerman Rose, John Mill

Acosta de los Santos, Hermógenes

Acuña Llamas, Francisco Javier

Acuña, Juan Manuel

Adame Goddard, Jorge

Aguilar Cavallo, Gonzalo

Aguilar López, Miguel Ángel

Aguilar Morales, Luis María

Aguilar Sánchez, José Antonio Abel

Alanís Figueroa, María del Carmen

Alcaraz Mondragón, Eduardo

Alexy, Robert

Alonso García, Ricardo

Álvarez Ortega, José Carlos

Álvarez Toledo, Daniel

Álvarez, Rosa María

Amezcuá Rodríguez, Claudia Ibet

Anaya, S. Enrique

Andrea Sánchez, Francisco José de

Andreoli, Enrico

Anglés Hernández, Marisol

Angulo Jacobo, Luis Fernando

Ansolabehere, Karina

Araujo, Luiz Alberto David

Arellano Hobelsberger, Walter

Arenas Bátiz, Carlos Emilio

Arjona Estévez, Juan Carlos

Arreola Zavala, Juan Manuel

Asante, Edward Amoako
Astudillo, César
Ávalos Vázquez, Roxana de Jesús
Ávila Ornelas, Roberto
Ayala Corao, Carlos
Badillo García, Armando Antonio
Báez Silva, Carlos
Bagni, Silvia
Baldín, Serena
Bárcena Zubieta, Arturo
Bazán, Víctor
Bernal Franco, César
Binder, Christina
Blanco Vizarrera, Cristina
Bogdandy, Armin von
Bonifaz Alfonso, Leticia
Bonilla Constantino, Ulises
Bordalí Salamanca, Andrés
Borja Domínguez, Ayesha
Botero, Catalina
Brage Camazano, Joaquín
Bretón Betanzos, José Antonio
Brewer-Carías, Allan R.
Bustillo Marín, Roselia
Caballero González, Edgar S.
Caballero Ochoa, José Luis
Caballero, José Antonio
Cabeza de Vaca Hernández, Daniel Francisco
Cabrales Lucio, José Miguel
Cáceres Nieto, Enrique
Cadena Alcalá, Jesús Ángel
Cadet Odimba, Jean
Camarillo Govea, Laura Alicia
Campbell Araujo, Héctor Guillermo
Campuzano Gallegos, Adriana Leticia

Cano López, Luis Miguel
Cano Padilla, Sandra Lorena
Canosa Usera, Raúl
Carbonell, Miguel
Cárdenas Gracia, Jaime
Cárdenas Ramírez, Francisco Javier
Carmona Tinoco, Jorge Ulises
Carrasco Mayorga, José Ricardo
Casarín León, Manlio Fabio
Castañeda, Mireya
Castañón Ramírez, Alejandro
Castellanos Hernández, Eduardo de Jesús
Castellanos Morales, Ethel Nataly
Castillo Córdova, Luis
Castillo Sánchez, Camilo Ernesto
Cavallaro, James
Celotto, Alfonso
Cerqueira, Daniel
Chacón Corado, Mauro Roderico
Chanut Esperón, Cynthia
Chavarín Castillo, José Manuel
Chinchilla Sandí, Carlos
Chudyk Rumak, Natalia
Cienfuegos Salgado, David
Coello de Portugal, José María
Coello Garcés, Clicerio
Color Vargas, Marycarmen
Collí Ek, Víctor Manuel
Contreras Bustamante, Raúl
Cosimo, Eloisa Denia
Cossío Díaz, José Ramón
Cruz, Jorge
Cruz Martínez, Mario
Cruz Quiroz, Osmar Armando
Cruz Razo, Juan Carlos

Díaz Ábrego, Alina Gabriela
Díaz-Aranda, Enrique
Díaz Crego, María
Díaz de León Cruz, José
Díaz García, Teresa Paulina
Díaz López, Armando
Díaz Revorio, Francisco Javier
Díaz-Tendero, Aída
Dienheim Barriguete, Cuauhtémoc Manuel de
Drigo, Caterina
Dulitzky, Ariel
Durán Márquez, Mariana
Eguiarte Mereles, Carlos Rubén
Elizondo Gasperín, Ma. Macarita
Enríquez Soto, Pedro Antonio
Escalante López, Sonia
Escobar Fornos, Iván
Espíndola Morales, Luis
Esquinca Cuevas, Francisco
Esquivel Alonso, Yessica
Esquivel Mossa, Yasmín
Esteva Gallicchio, Eduardo G.
Estrada Marún, José Antonio
Estrada Michel, Rafael
Eto Cruz, Gerardo
Fazio, Federico De
Fernández Rodríguez, José Julio
Fernández Ruiz, Jorge
Ferrer Mac-Gregor, Eduardo
Figueroa Mejía, Giovanni A.
Fix-Fierro, Héctor
Fix-Zamudio, Héctor
Flores Ávalos, Elvia Lucía
Flores Saldaña, Antonio
Flores Pantoja, Rogelio

Fraga Jiménez, Roberto
Franco González Salas, José Fernando
Frosini, Justin O.
Fuentes Barrera, Felipe Alfredo
Fuentes de la Torre, Jesús Enrique
Gaio, Carlos
Galván Puente, Sofia
Galván Rivera, Flavio
Gamas Torruco, José
García Baeza, Edwin Noé
García Belaunde, Domingo
García Jaramillo, Leonardo
García Morelos, Gumesindo
García Ramírez, Sergio
García Ricci, Diego
García Roca, Javier
García Ruiz, María de Lourdes
García Vitoria, Ignacio
Gascón Abellán, Marina
Gascón Cervantes, Amelia
Gauché Marchetti, Ximena A.
Giacomette Ferrer, Ana
Gómez Fröde, Carina X.
Gómez González, Arely
Gómez Vásquez, Alfredo
Gómez, Mara
Gómora Juárez, Sandra
Góngora-Mera, Manuel Eduardo
Gonza, Alejandra
González Alcántara Carrancá, Juan Luis
González Avilés, Pedro Gabriel
González Bernabé, Alejandro Sergio
González Blanco, Carlos
González Contró, Mónica
González de la Vega, Geraldina

González Domínguez, Pablo
González Galván, Jorge Alberto
González Martín, Nuria
González Oropeza, Manuel
González Pérez, Luis Raúl
González Placencia, Luis
Gozaíni, Osvaldo A.
Guastini, Riccardo
Guerrero Zazueta, Arturo
Guevara Bermúdez, José Antonio
Gutiérrez Contreras, Juan Carlos
Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo
Gutiérrez Padilla, J. Asunción
Gutiérrez Zapata, Iván Carlo
Guzmán García, María de los Ángeles
Guzmán Ruiz, Héctor Manuel
Herencia Carrasco, Salvador
Hernández Aguirre, Gerardo Enrique
Hernández Cruz, Raúl Israel
Hernández Chong Cuy, María Amparo
Hernández Hernández, José
Hernández, María del Pilar
Hernández Parra, Carolina
Hernández Toledo, Carlos
Hernández Torres, Claudia Viridiana
Hernández Valle, Rubén
Herrera García, Alfonso
Hitters, Juan Carlos
Huerta Ochoa, Carla
Ibáñez Rivas, Juana María
Ibarra Olguín, Ana María
Ibarra Palafox, Francisco
Isla Portilla, María Alejandra de la
Jaeger-Fine, Toni
Jarquín Orozco, Wendy

Jiménez Bartlett, Lelia
Kurczyn Villalobos, Patricia
Landa Arroyo, César
Lara Guadarrama, Mauricio
Lara Ponte, Rodolfo
Lira González, Andrés
López Bofill, Héctor
López Gianopoulos, Set Leonel
López Olvera, Miguel Alejandro
López Ruiz, Miguel
López Sáenz, Emanuel
López Vergara Newton, Ignacio
Lora Alarcón, Pietro de Jesús
Luna Pla, Issa
Luna Ramos, José Alejandro
Macías Vázquez, Ma. Carmen
Madero Estrada, José Miguel
Madrid Cruz, María Dolores
Manili, Pablo Luis
Marinoni, Luiz Guilherme
Márquez, Daniel
Martin, Agustín
Martínez Bullé Goyri, Víctor M.
Martínez Ramírez, Fabiola
Martínez Vázquez, José Armando
Martins, Leonardo
Mata Pizaña, Felipe de la
Matsumoto Benítez, Namiko
Mavčič, Arne Marjan
Medina Arellano, María de Jesús
Mejía Garza, Raúl Manuel
Mejía Rivera, Joaquín A.
Melgar Adalid, Mario
Mendoza García, Isidro
Mendoza Iserte, Jonathan

Mendoza Montes, Miguel
Meza Fonseca, Emma
Meza Pérez, Jorge
Milán Rodríguez, Dulce María
Miranda Bonilla, Haideer
Molina Covarrubias, María Guadalupe
Monter Guerrero, Adriana
Morales Antoniazzi, Mariela
Morales Brand, José Luis Eloy
Morales Sánchez, Carlos
Morales Sánchez, Julieta
Morán Torres, Enoc Francisco
Morte Gómez, Carmen
Muñetón Londoño, Claudia Viviana
Muñoz Díaz, Pablo Francisco
Nava Escudero, César
Nava Gomar, Luis Felipe
Nava Gomar, Salvador O.
Nicolini, Matteo
Nieto Castillo, Santiago
Nogueira Alcalá, Humberto
Núñez Torres, Michael
Olano García, Hernán Alejandro
Olmedo Piña, César Enrique
Olvera Quezada, Dora Irma
Ordóñez, Tsáitami
Orozco Henríquez, J. Jesús
Orozco Solano, Víctor
Ortecho Villena, Víctor Julio
Ortega Rosado, Ana Paulina
Ortega Velázquez, Elisa
Ortiz Flores, Javier M.
Otálora Malassis, Janine M.
Palomino Manchego, José F.
Pardo Rebolledo, Jorge Mario

Paredes Paredes, Felipe
Parra Vera, Óscar
Pavani, Giorgia
Paz González, Isaac de
Pedroza de la Llave, Susana Thalía
Pegoraro, Lucio
Pelayo Moller, Carlos María
Penagos López, Pedro Esteban
Pennicino, Sara
Pérez Cepeda, María
Pérez Cruz, María Teresa
Pérez, Edward
Pérez Maldonado, Valeriano
Pérez Tremps, Pablo
Pérez Vázquez, Carlos
Petrova Georgieva, Virdzhiniya
Piña Hernández, Norma Lucía
Piña Libien, Hiram Raúl
Piucco, Micheli
Pozas Loyo, Andrea
Prieto Godoy, Carlos Alberto
Prieto Valdés, Martha
Puccinelli, Óscar Raúl
Quinche Ramírez, Manuel Fernando
Quiñones Domínguez, Júpiter
Quiroga Quiroga, Ángela
Ragone, Sabrina
Ramírez Hernández, Nashieli
Ramos Vázquez, Eréndira Nohemí
Rangel Hernández, Laura
Revenga Sánchez, Miguel
Rey Anaya, Ángela Margarita
Rey Cantor, Ernesto
Rey, Fernando
Reyes Retana Lasa, Ana

Reyna Ochoa, José Francisco
Rhodes, Catherine
Ríos Álvarez, Lautaro
Ríos Granados, Gabriela
Risso Ferrand, Martín
Rivera Hernández, Juan
Rivera León, Mauro Arturo
Rivera Santiváñez, José Antonio
Rivero Evia, Jorge
Rocha Cacho, Wendy Vanesa
Rodríguez, Valeria
Rodríguez Colín, María del Refugio Elizabeth
Rodríguez Domínguez, Elvito A.
Rodríguez Manzo, Graciela
Rodríguez Vázquez, Miguel Ángel
Rojas Zamudio, Laura Patricia
Rolla, Giancarlo
Romboli, Roberto
Romero Martínez, Juan Manuel
Romero Ramos, Julio César
Rosario Rodríguez, Marcos Francisco del
Ruiz Torres, Humberto Enrique
Saavedra Álvarez, Yuria
Sabido Santana, Miguel Óscar
Sáenz Dávalos, Luis R.
Sagüés, Néstor Pedro
Sagüés, Sofía
Saíd, Alberto
Salazar Andreu, Juan Pablo
Salazar Marín, Daniela
Salazar Ugarte, Pedro
Salgado Ledesma, Eréndira
Salgado Pesantes, Hernán
Samaniego Santamaría, Luis Gerardo
Sánchez Gil, Rubén

Sánchez Pérez del Pozo, Ricardo
Sánchez-Castañeda, Alfredo
Sandoval Ballesteros, Netzaí
Santes Magaña, Graciela Rocío
Santos Flores, Israel
Serna de la Garza, José Ma.
Silva Díaz, Ricardo Antonio
Silva Meza, Juan N.
Soberanes Díez, José María
Soberanes Fernández, José Luis
Soto Flores, Armando
Tajadura Tejada, Javier
Tarello Leal, César David
Tarre Moser, Patricia
Tavolari Oliveros, Raúl
Téllez Valdés, Julio
Tóh Euán, Marco Antonio
Toro Huerta, Mauricio I. del
Torres Estrada, Pedro R.
Tortolero Cervantes, Francisco
Tron Petit, Jean Claude
Tusseau, Guillaume
Ugaz, José
Uribe Arzate, Enrique
Urrejola, Antonia
Valadés, Diego
Vallarta Vázquez, María de la Concepción
Vallefn, Carlos A.
Vásquez Carrillo, Yaruma
Vázquez Gómez Bisogno, Francisco
Vázquez-Mellado García, Julio César
Vega Gómez, Juan
Velasco Becerra, Sofía
Verdín Pérez, Jaime Arturo
Vergottini, Giuseppe de

COLABORADORES

Vigo, Rodolfo
Villafuerte Coello, Gabriela
Villanueva, Ernesto
Villegas Delgado, César
Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo
Zambrana Castañeda, Andrea
Zilbeti Pérez, Maider
Zúñiga Mendoza, José Artemio
Zúñiga Urbina, Francisco

na Leticia Campuzano Gallegos · Fabiola Martínez
la · Christina Binder · Hiram Raúl Peña Libien · R
-Mellado García · Mauricio Lara Guadarrama · Jo
José Luis Soberanes Fernández · Armando Anto
ernández · Miguel Ángel Aguilar López · S. Enrique
vez · Iván Carlo Gutiérrez Zapata · Estico Andreo
· Joaquín Brage Camazano · José Hernández He
a Bagni · José Díaz de León Cruz · Ana Giacomett
· Alberto Saíd · Joaquín A. Mejía Rivera · Alfredo
González · Arturo Zaldívar Lelo de Larrea · Badillo
Pérez · Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena · Daniel Álv
· Sofía Galván Puente · Víctor Bazán · Edwin Noé G
a · Wendy Vanesa Rocha · Aída Díaz-Tendero · Silvia
eer Miranda Bonilla · Ricardo Alonso García · Aíd
na Baldín · Diego García Ricci · Iván Carlo Gutiér
n Cadet Odimba · Carina X. Gómez Fröde · Joaquín
eón Cruz · Carla Huerta Ochoa · José Hernández F
ernández · Carlos Ayala Corao · Juan Rivera Herná
os · Eduardo Ferrer Mac-Gregor · Julio César Vázqu
a Guadarrama · Jaime Cárdenas Gracia · Miguel Á
lez Martín · Héctor Fix-Fierro · Osmar Armando O
gos López · Luis María Aguilar Morales · Ricardo A
nénez · Jorge Mario Pardo Rebolledo · Robert Alexy
Campuzano Gallegos · Antonia Urrejola · Alfredo
nzález · José Fernando Franco González Salas · Arma
s A. Vallefin · Ma. Serna de la Garza · Carlos Moral
z · José María Soberanes Díez · Catalina Botero · Dar

1. 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 (*iurisperiti*), 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*) diseñados 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 jurisconsultos 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 *cuota 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*, *urisperiti*, *legis docti*, *jurisprudentes*, *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 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

2. ABUSO DE PODER EN LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha determinado la violación del artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a la luz de un cuadro de abuso de poder en la detención y retención. En particular, en el caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, la Corte observó que el abuso de poder en su detención se enfocó en “interrogar, torturar y, eventualmente, ejecutar[lo]”. Todo ello enmarcado en la “época de los hechos del caso”, caracterizada por la existencia de un patrón de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales cometidas por las fuerzas militares, durante la década de los ochenta y hasta inicios de los noventa (Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, núm. 99, párrs. 70.1 y 80).

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha determinado la violación al artículo 5.1 y 5.2 de la Convención ante el hecho de infringir violencia innecesaria al momento de la detención. Al respecto, en el caso *José Agapito Ruano Torres y Familia vs. El Salvador*, la CIDH estableció que el uso de la violencia contra la víctima no resultaba necesaria, pues únicamente partía de una presunción *a priori* de autoridades policiales sobre su supuesta peligrosidad, y no respondía a la finalidad de “neutralizar un riesgo o resistencia que se hubiera presentado al momento de los hechos” (CIDH, Informe núm. 82/13, Caso 12.679, Fondo, José Agapito Ruano Torres y Familia, El Salvador, 4 de noviembre de 2013, párrs. 167 y 168). Acogiendo las consideraciones de la Comisión, así como el reconocimiento de responsabilidad estatal, la Corte Interamericana determinó la violación de este artículo, al

dictar su respectiva sentencia en relación con el caso en análisis (Corte IDH. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C, núm. 303, párr. 123).

Asimismo, el abuso de poder en la privación de libertad ha sido analizado por la Comisión en el marco de las detenciones realizadas por las fuerzas de seguridad durante la realización de protestas sociales (precisamente en el párrafo 121 del capítulo IV.A “Uso de la Fuerza” del Informe Anual de 2015, la CIDH desarrolla una sección al respecto. En este sentido, en el contexto de las detenciones ocurridas en Nicaragua a partir de abril de 2018, la Comisión señaló que para realizar este tipo de detenciones, los Estados deben de respetar los principios generales en materia de uso de la fuerza. Considerando lo anterior, la Comisión reiteró que la fuerza que se ejerce por agentes estatales para detener a una persona —especialmente cuando se encuentra participando en una manifestación— debe resultar estrictamente proporcional al objeto a alcanzarse, y solo debe aplicarse “en la medida necesaria según la resistencia ofrecida por la persona contra la que es preciso utilizarla” (CIDH, Informe sobre las graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 86, 21 de junio de 2018, párr. 182; CIDH, capítulo IV.A, Informe Anual 2015, párr. 121. Véase también CIDH, Informe Anual, capítulo IV.A “Uso de la Fuerza”, 2014, párr. 121). En este contexto, la Comisión concluyó que cualquier detención basada únicamente en el acto de participar en una manifestación pública resulta “en sí misma arbitraria e incompatible con las obligaciones internacionales del Estado” (CIDH, Informe sobre las graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 86, 21 de junio de 2018, párr. 182).

Sofía Galván Puente
James Cavallaro

3. 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 restablecer 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 alcanzan 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

4. 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, y *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 hartamente 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

5. ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

Este instituto procesal se encuentra previsto en el artículo 36, Apartado B, numeral 1, inciso f), de la Constitución Política de la Ciudad de México, “en contra de las personas titulares de los poderes públicos, los organismos autónomos y las alcaldías cuando se muestren renuentes a cumplir con sus obligaciones constitucionales y con las resoluciones judiciales” y se desarrolla en el capítulo IV de la Ley de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México, Reglamentaria del artículo 36 de la Constitución Política de la Ciudad de México (G.O. 4-05-2018), en vigor a partir del 1 de enero de 2019.

El texto constitucional prevé que su conocimiento corresponde a la Sala Constitucional, a quien también se encomienda el conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, las acciones por omisión legislativa, y las demás previstas en la ley, así como de la impugnación en contra de la resolución dictada por los jueces de tutela de derechos humanos en la acción de protección efectiva de derechos.

Esta figura puede encontrar como antecedentes a las acciones de cumplimiento previstas en las constituciones de Colombia, Perú y Bolivia, que tienen por objeto que las autoridades administrativas acaten los mandatos que se establecen en las normas y actos administrativos.

En Colombia se incorpora en el artículo 87 de la Constitución, según el cual “toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar

la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente al cumplimiento del deber omitido”, y se reglamenta en la Ley 393 de 1997, que la encomienda a los juzgados contencioso-administrativos y al Consejo de Estado.

En Perú se establece en el artículo 200-6 de la Constitución, al decir: “procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”, precepto que regula como garantías constitucionales, además de la acción de cumplimiento, las acciones de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, de inconstitucionalidad y la popular.

En Bolivia se incorpora en el artículo 134 de la Constitución, al decir en su fracción I: “La acción de cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida” y el propio texto fundamental la regula detalladamente.

Las leyes que regulan estas acciones tienen en común que prevén como requisito de procedencia que la parte demandada se constituya en “estado de renuencia” a cumplir con su deber. La ley reglamentaria aplicable a la Ciudad de México también se refiere a este requisito.

No existe consenso en la doctrina sobre la naturaleza constitucional de estas acciones. Si bien, en el caso de la Constitución boliviana (y ahora en la de la Ciudad de México), la acción permite reclamar el desacato de las normas inconstitucionales, también en ese país y en Colombia y Perú permite reclamar el incumplimiento de los deberes impuestos en normas de rango legal y en estos últimos, también de actos administrativos, por lo cual en el debate se ha planteado si se trata de acciones ordinarias porque permiten ventilar cuestiones de legalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa; si son procesos constitucionalizados, es decir, previstos desde la Constitución por su valor en el mantenimiento del Estado de derecho, como mecanismos que contribuyen a la eficacia del orden constitucional cuando esta se ve obstaculizada por la inacción de la autoridad encargada de materializarlo, o si en realidad son acciones constitucionales.

La Corte Constitucional colombiana ha establecido que la acción de cumplimiento “es el derecho que se le confiere a toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de potestades e intereses jurídicos activos frente a las autoridades públicas y aun de los particulares que ejerzan funciones de esta índole, y no meramente destinataria de situaciones pasivas, concretadas en deberes, obligaciones o estados de sujeción, demandados en razón de los intereses públicos o sociales, para poner en movimiento la actividad jurisdiccional del Estado, mediante la formulación de una pretensión dirigida a obtener el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a una autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos. El referido derecho se nutre del principio constitucional de la efectividad de los derechos que es anejo al Estado Social de Derecho, pues si este busca crear unas condiciones materiales de existencia que aseguren una vida en condiciones dignas y justas a los integrantes de la comunidad, y la acción de los poderes públicos para lograr estos propósitos se traducen en leyes y actos administrativos, toda persona como integrante de esta, en ejercicio del derecho de participación política e interesado en que dichos cometidos materiales se realicen, tiene un poder activo para instar el

cumplimiento de dichas leyes y actos, acudiendo para ello al ejercicio de una acción judicial” (C-157/98).

El Tribunal Constitucional boliviano ha sostenido que “los derechos fundamentales están desarrollados por la ley, por lo que al cumplirse esta también es posible que pueda tutelarse derechos pero no en su dimensión subjetiva sino en su dimensión objetiva, es decir, que la acción de cumplimiento puede otorgar la tutela de un derecho en su dimensión objetiva de manera directa o indirecta, pero la tutela que puede conceder a un derecho en su dimensión subjetiva siempre es indirecta, aspecto que permite diferenciar a la acción de cumplimiento del amparo constitucional por omisión” (SCP 0902/2013) y que “la acción de cumplimiento, tiene como objeto garantizar la materialización de la Constitución y la ley, protegiendo de esa manera el principio de legalidad y supremacía constitucional, la seguridad jurídica, y a su vez, de manera indirecta, derechos fundamentales y garantías constitucionales” (SCP 0100/2012).

El debate también su ocupa de su proximidad con otras acciones constitucionales, en particular cuando el incumplimiento de las leyes o de los actos produce la afectación a ciertos derechos fundamentales, supuesto en el cual no existe claridad sobre su procedencia y sobre sus diferencias con aquellas; la jurisprudencia boliviana ha admitido en algunos casos la reconducción de la vía propuesta (SCP 0210/2013).

Este debate podría ser útil para esclarecer la naturaleza de la acción consagrada en la Constitución Política de la Ciudad de México, habida cuenta que si bien convive con otras acciones, todas orientadas directamente a hacer prevalecer la supremacía constitucional, procede también para exigir el cumplimiento de actos singulares como son las resoluciones judiciales, cuyo desacato, incluso tratándose de las sentencias de amparo, es un fenómeno común en nuestro sistema. Además, será necesario delimitar su procedencia frente a las reglas que en su momento regulen la acción de protección efectiva de derechos cuando se trate de violaciones a derechos humanos.

Adriana Leticia Campuzano Gallegos

6. 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 parla-

mentarias) 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, esta 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 políti-

cos, 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 estas), 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 esta.

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

7. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (ALCANCES Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS)

Los alcances y efectos de las sentencias dictadas en acciones de inconstitucionalidad son las consecuencias y repercusiones que la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene en el ordenamiento jurídico. Estas dependen del sentido de la sentencia.

Un primer posible resultado de una sentencia dictada en una acción es considerar que debe sobreseerse, es decir, decretar la conclusión de la acción sin analizar si los argumentos del promovente son fundados. A este resultado se llegaría si se actualiza alguna de las causas de improcedencia o si no se demostró la existencia de la norma impugnada. La consecuencia de este primer resultado es que la norma impugnada siga siendo vigente.

Un segundo resultado posible de la sentencia es que considere que es infundada la argumentación del promovente, es decir, que carezca de fundamento por no tener una norma que la ampare. Para este tipo de sentencia no se exige una votación calificada; basta con una mayoría simple. En este caso, la sentencia reconocerá la validez de la norma, por lo que continuará siendo vigente.

Un tercer resultado posible de la sentencia es que considere que es fundada, es decir, que los argumentos del promovente tienen fundamento constitucional. Conforme al último párrafo del artículo 105 constitucional, fracción

II, en caso de que se estime fundada la acción, su efecto será declarar invalidez con efectos generales, siempre y cuando sea aprobado por, cuando menos, ocho votos.

Si cuando menos ocho ministros votan a favor de la inconstitucionalidad de la norma, su efecto será la invalidez, la expulsión del orden jurídico de la norma impugnada. Esta empezará a producir efectos en la fecha que determine la propia sentencia de la Suprema Corte, que deberá ser posterior en atención a los efectos *ex nunc* propios del sistema de control concentrado, salvo en materia penal, caso en el que puede tener efectos retroactivos conforme al artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (ley reglamentaria), aplicable a las acciones de acuerdo con el artículo 73 de la misma ley.

En caso de que se impugne un tratado internacional y la sentencia sea fundada, habría que preguntarse si basta con la declaratoria de invalidez de la Corte, o si se requiere que se condene al ejecutivo federal para denunciar el tratado siguiendo los lineamientos establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Conforme a la fracción IV del artículo 41 de la ley reglamentaria, aplicable a las acciones de conformidad con el diverso artículo 73 de la misma, al invalidar una norma con efectos generales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede disponer que sus efectos se extiendan a otras normas que, aunque no hayan sido impugnadas, dependan de la norma que sí lo fue.

La relación de dependencia de validez entre la norma declarada inconstitucional y otra u otras puede atender a cinco criterios, de acuerdo con la Suprema Corte (jurisprudencia P./J. 53/2010). El primero es el jerárquico o vertical, según el cual la validez de una norma de rango inferior depende de la validez de otra de rango superior. El segundo es el material u horizontal, en el que una norma invalidada afecta a otra de su misma jerarquía debido a que esta regula alguna cuestión prevista en aquella, de suerte que la segunda ya no tiene razón de ser. El tercero es el sistemático en sentido estricto, el cual consiste en que el texto de la norma invalidada remite a otras normas, ya sea del mismo ordenamiento o de otro distinto. El cuarto es el temporal, en el que una norma declarada inválida en su actual vigencia afecta la validez de otra norma creada con anterioridad, pero con efectos hacia el futuro. Y el quinto es el de generalidad, en el que una norma general declarada inválida afecta la validez de la norma o normas especiales que de ella se deriven.

Si una mayoría inferior a ocho ministros votan a favor de la inconstitucionalidad de la norma, deberá decretarse la desestimación de la acción, conforme al artículo 72 de la ley reglamentaria. Una desestimación es una resolución en la que se consigna la votación y, producto de esta, la Corte no se pronuncia en ningún sentido sobre la constitucionalidad, traduciéndose en un reconocimiento de validez por no haberse desvirtuado la presunción de constitucionalidad de la norma.

Toda vez que la jurisprudencia ha admitido la impugnación de omisiones relativas (jurisprudencia P./J. 5/2008), en estos casos el efecto de las sentencias se traducirá en una condena a al órgano legislativo que emitió la norma impugnada para que en el plazo que fije la Corte norme el aspecto al que estaba obligado a legislar. Es decir, se traducirá en un mandato de hacer.

José María Soberanes Díez

8. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (ALEGATOS)

Los alegatos son los escritos por medio de los cuales las partes exponen las razones con las cuales mantienen el fundamento de la inconstitucionalidad o la constitucionalidad de la norma impugnada, una vez visto lo que las otras partes han expuesto, al final de la etapa de instrucción.

De acuerdo con la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el ministro instructor debe conceder un plazo de 15 días (o 6 días, si la norma impugnada es electoral) para que los órganos que emitieron y promulgaron la norma combatida rindan un informe.

Una vez que se presentan los informes o precluyó el plazo para hacerlo, inicia la fase conclusiva, en la que el ministro instructor pone el expediente a la vista de las partes para que formulen sus alegatos por escrito en el plazo de cinco días (o dos días, si la norma impugnada es electoral). Una vez formulados los alegatos, se pasa a la etapa de dictado de sentencia.

Así pues, quien ejerció la acción de inconstitucionalidad podrá, en los alegatos, responder a las autoridades que emitieron y promulgaron la norma y, en su caso, al pedimento del fiscal general de la República y a la opinión del Tribunal Electoral; y las autoridades que emitieron y promulgaron la norma, pueden reiterar los argumentos esgrimidos para sostener la constitucionalidad de la norma y, en su caso, dar respuesta al pedimento del fiscal general de la República y a la opinión del Tribunal Electoral.

En la práctica, la Suprema Corte no suele tomar mucho en cuenta los alegatos escritos de las partes, y en sus sentencias se limita a dar cuenta con que fueron recibidos.

Además de los alegatos en sentido estricto, a los que nos hemos referido, también se realizan alegatos de forma informal, llamados de oreja, por medio de los cuales los representantes de las partes se acercan a los ministros para exponerles su posición de forma oral. En algunos casos relevantes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado audiencias públicas en donde escucha los alegatos orales tanto de las partes como de otras personas.

José María Soberanes Díez

9. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (APLAZAMIENTO DE VISTA)

Es una figura procesal que encuentra su fundamento en los artículos 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 artículo 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

10. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (CAUSAS DE IMPROCEDENCIA Y SOBRESEIMIENTO)

I. Las causas de improcedencia son las condiciones que limitan la definición general de la acción realizada por la Constitución, de forma que, de actualizarse, impiden a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolver sobre la validez de la norma impugnada.

Existen causas de improcedencia que se derivan de la misma Constitución, como puede ser la promoción por un ente no legitimado, el ejercicio de la acción contra una norma general que no pueda ser objeto impugnado, la actualización de alguna de las limitantes por razón de ámbito o materia de la norma, por el tipo de violación aducido, o la promoción fuera del plazo constitucional.

Además, existen causas de improcedencia en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (ley reglamentaria). De acuerdo con el artículo 65 de esa ley, son aplicables a la acción de inconstitucionalidad las mismas causas de improcedencia establecidas para la controversia constitucional, en el artículo 19, salvo la referida a normas en materia electoral establecida en la fracción I de ese numeral, pues la Constitución expresamente permite su procedencia.

La fracción II del artículo 19 establece la improcedencia en contra de decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No pueden impugnarse los reglamentos y acuerdos generales dictados por la Corte.

La fracción III del artículo 19 de la ley reglamentaria, aplicada a las acciones, dispone la improcedencia de estas cuando son promovidas contra normas generales que sean materia de una acción pendiente de resolver, siempre que exista identidad de partes. Es la litispendencia. Sin embargo, está condicionado a que haya identidad de partes, lo que significa que dos actores diversos pueden promover una acción contra la misma norma. Lo que no se puede es reiterar la demanda.

La fracción IV del artículo 19 de la ley reglamentaria, aplicada a las acciones, conlleva la improcedencia de estas contra normas generales que hayan sido materia de una sentencia. En este caso, si la Corte ya se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma, resulta ocioso volver a analizarlo, porque ya se sabe el resultado. Es una cosa juzgada. Sin embargo, la misma ley condiciona esta improcedencia a que exista identidad de partes. Debe señalarse que, cuando hay identidad de partes, las acciones se acumulan y se resuelven

en una misma sentencia, por lo que no pueden producirse sentencias con distinto resultado.

En esa misma fracción también se considera improcedente la controversia promovida en contra de normas o actos dictados en cumplimiento de una sentencia de la Corte. Sin embargo, la propia ley condiciona esta improcedencia a que las partes en la segunda controversia sean las mismas que en la primera. Aplicando esta causa de improcedencia a las acciones de inconstitucionalidad, no se surtiría cuando una norma se dicta en cumplimiento de lo mandado al resolver una acción, pues sus efectos solo son invalidantes y no de condena. Por ello, se actualizaría cuando una norma se dicte en cumplimiento de una controversia constitucional. En este caso, para que opere se requeriría identidad de partes. Por ello, esta causal solo operaría cuando ejercieran una acción en contra de una norma dictada en cumplimiento de una sentencia dictada en una controversia constitucional promovida por ellos.

La fracción V del artículo 19 de la ley reglamentaria, aplicada a las acciones, considera que estas son improcedentes en contra de una norma general cuyos efectos hayan cesado, pues la posible declaración de inconstitucionalidad de la SCJN carecería de efectos. Si la norma es sustituida por otra, la parte actora puede promover una acción en contra o de la nueva norma. Este supuesto se actualiza cuando: se reforma o sustituye la norma impugnada, es derogada o abrogada, concluye su vigencia por ser de eficacia anual, se impugna un transitorio que ya cumplió su función, o es expulsada del ordenamiento jurídico en una sentencia dictada por la Suprema Corte en una controversia constitucional o en otra acción de inconstitucionalidad.

De todos los anteriores, el supuesto que más ha sido debatido es cuándo considerar que una norma ha sido reformada, es decir, cuando hay un nuevo acto legislativo. Esto derivado de que, en ocasiones, se sigue todo el procedimiento legislativo del que resulta una norma que reproduce exactamente el contenido de la que se está reformando. En un primer momento, la Suprema Corte se decantó por un criterio formal: si se volvió a publicar una norma, independientemente de su contenido, es un nuevo acto legislativo y, por tanto, operó la cesación de efectos. Sin embargo, en últimas fechas la Suprema Corte ha optado por un criterio material, en el que exige que existan verdaderos cambios normativos que modifiquen la trascendencia, el contenido o el alcance del precepto, de forma que, si se trata solo cambios de palabras o cuestiones menores como la variación en el número de fracción o de párrafo de un artículo, no puede considerarse un nuevo acto legislativo y, en consecuencia, ha operado la cesación de efectos.

La excepción a esta causa de improcedencia son las normas generales en materia penal, puesto que la Constitución permite que los efectos de la sentencia de la Corte sean retroactivos. De acuerdo con ello, todos aquellos que hayan sido perjudicados por una norma penal podrían beneficiarse de una eventual invalidez con efectos retroactivos, por lo que la Suprema Corte ha considerado que no debe de operar esta causa de improcedencia.

La fracción VI del artículo 19 de la ley reglamentaria considera que es improcedente la acción si no se agotó la vía legal para combatir la norma general. Esto significa que solamente se pueden impugnar normas que sean definitivas. Al respecto, la Corte ha considerado que el derecho de presentar iniciativas no es un medio para combatir la ley que deba agotarse previamente.

te (tesis P. XIV/2014, Décima Época), y también ha considerado que no es necesario promover una controversia constitucional antes de ejercer la acción, en caso de que el promovente tenga legitimación en las controversias (jurisprudencia P./J. 99/2001).

II. El sobreseimiento, por su parte, es la resolución por medio de la cual la Suprema Corte decreta la conclusión de la acción sin analizar si los argumentos del promovente son fundados. De conformidad con el artículo 65 de la ley reglamentaria, las causas de sobreseimiento son las referidas en las fracciones II y III del diverso artículo 20.

En primer lugar, debe sobreseerse la acción cuando se actualice alguna de las causas de improcedencia que prevé la ley o que se deriven de la Constitución, como las antes analizadas, conforme a la fracción II del artículo 20 de la ley reglamentaria.

Asimismo, debe de sobreseerse cuando no se haya demostrado la existencia de la norma impugnada, conforme a la fracción III del artículo 20 de la ley reglamentaria, pues no puede reconocerse la validez o declararse la invalidez de algo que no existe.

José María Soberanes Díez

11. 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 las 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

12. 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 sobreseimiento 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 códi-

gos 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

13. 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 inconveniencia, 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

14. 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 ejercerlas; cuando se ha presentado la oportunidad de responder a tal interro-

gante 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

15. 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 acumulativa 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 Uni-

dos 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

16. 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

17. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (OBJETO IMPUGNABLE)

El objeto impugnado de la acción de inconstitucionalidad es definido por el primer párrafo de la fracción II del artículo 105 constitucional, que señala que son las normas de carácter general.

Salvo en el inciso c) de esa fracción, que permite al ejecutivo federal impugnar normas generales, en los demás incisos se precisan las clases de normas que pueden ser impugnadas: todos se refieren a leyes, y los incisos b), g) y h) se refieren a tratados internacionales.

Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a entendido que únicamente pueden ser objeto de impugnación las normas generales que tengan la condición de leyes o tratados (jurisprudencia P./J. 22/99). Por esa razón no ha admitido la impugnación del presupuesto de egresos (jurisprudencia P./J. 24/99), y de reformas a la Constitución federal (jurisprudencia P. V/2009).

Sin embargo, en una interpretación mucho más amplia, cuando se impugnó una constitución local en esta vía, la Suprema Corte consideró que la acción era la vía idónea por ser una norma de carácter general subordinada a la Constitución (jurisprudencia P./J. 16/2001).

Por no ser normas, la Corte ha considerado improcedente la impugnación de omisiones legislativas en la acción de inconstitucionalidad (tesis P. XXXI/2007). Sin embargo, ha matizado que ese criterio solo opera respecto a omisiones absolutas, por lo que se pueden impugnar omisiones relativas, ya que en esos casos sí existe una norma, que es el objeto impugnado, y la omisión es el argumento en el que se funda la inconstitucionalidad (jurisprudencia P./J. 5/2008).

Podría pensarse que un decreto derogatorio no es objeto impugnado en la acción de inconstitucionalidad, ya que el efecto del decreto es la supresión de una parte del ordenamiento jurídico, la desaparición de una norma, y carece de un contenido material. Sin embargo, la Suprema Corte ha considerado que se trata de un acto formal y materialmente legislativo que tiene consecuencias jurídicas y, por tanto, puede ser impugnado en la acción (tesis P. XLII/2014, Décima Época).

Como ya se mencionaba, el inciso c) de la fracción II faculta al ejecutivo federal para ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de normas generales, sin circunscribirlo a leyes o tratados. La jurisprudencia deberá definir si esta redacción permite al presidente impugnar normas con otra condición, como el presupuesto de egresos o disposiciones generales emitidas por organismos constitucionales autónomos.

Existe una relación entre el objeto impugnado y el sujeto que ejerce la acción. De esta forma, todos los entes legitimados pueden promover una acción respecto a leyes; sin embargo, en contra de tratados solo pueden hacerlo los senadores, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales expresamente; y habría que valorar si lo puede hacer el ejecutivo federal.

Además de esta relación, existe una restricción en cuanto al ámbito de la norma que puede impugnarse cada uno de los entes legitimados. Pueden impugnar normas del ámbito federal los diputados, los senadores, el ejecutivo federal, los partidos políticos nacionales, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y el fiscal general de la República. En cuanto a las leyes locales, pueden impugnarlas los diputados locales, los partidos políticos locales, los organismos locales de protección de derechos humanos, los organismos locales de protección del derecho de acceso a la información, el ejecutivo federal, los partidos políticos nacionales, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y el fiscal general.

José María Soberanes Díez

18. 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

19. 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 esta 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 este.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

20. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (PROMOVENTE)

Promovente de la acción de inconstitucionalidad es el sujeto legitimado por la Constitución para poder ejercer este medio de control de constitucionalidad. Es la fracción II del artículo 105 constitucional, en sus distintos incisos, la que determina quiénes son titulares del derecho de acción.

En primer lugar, desde la inclusión de la acción en 1994, otorga el derecho a unos sujetos que tradicionalmente se encuentran legitimados en el derecho comparado: a los legisladores. El inciso *a)* faculta al equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados; el inciso *b)*, al equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Senadores, y el inciso *d)* al equivalente al 33% de los integrantes de una legislatura local.

Estos tres supuestos se suelen englobar en la categoría de minorías parlamentarias. La regla que opera en el caso de las minorías parlamentarias es que pueden impugnar las normas en cuyo proceso haya participado el órgano. Así, las leyes federales pueden ser impugnadas por diputados y senadores; las leyes locales por los integrantes del órgano local que las expidió; y los tratados internacionales por los senadores, quienes participan ratificándolos.

Conforme a la jurisprudencia, la legitimación se le concede no al legislador en concreto, sino a los integrantes del órgano. De acuerdo con esto, un legislador puede firmar una demanda, aunque no haya participado en la discusión; y solo pueden ejercerla los que en el momento de la presentación tengan ese carácter. Hay que señalar también que, conforme a la jurisprudencia, el hecho de que un legislador hubiese votado a favor de una norma no lo excluye para poder firmar la demanda de acción de inconstitucionalidad.

Desde febrero de 2014, la Constitución también legitima al ejecutivo federal, por conducto del consejero jurídico del Gobierno, en el inciso *c)*. Puede ejercerla en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas. Es significativo que hable de normas generales y no de leyes o tratados, como en los otros incisos.

También pueden ser promoventes los partidos políticos nacionales, quienes pueden impugnar leyes electorales federales y locales; y los partidos políticos locales, quienes pueden impugnar leyes electorales expedidas por la legislatura de la entidad federativa que les otorgó el registro. En ambos casos, introducidos en 1996, la legitimación está acotada a las leyes electorales, conforme al inciso *f)*.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) está legitimada para impugnar leyes federales, locales y tratados internacionales, pero solo puede aducir violaciones a los derechos humanos de fuente nacional e internacional. Asimismo, los organismos locales de protección de derechos humanos para promover la acción en contra de leyes expedidas por la legislatura de su estado. Ambos supuestos se regulan en el inciso *g)*, incorporado en 2005.

El Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) está legitimado para impugnar leyes federales, locales y tratados internacionales, pero solo puede aducir violaciones al derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales. Y los órganos locales de protección del derecho a la información pueden promover la acción en contra de leyes expedidas por la Legislatura de su estado. Estas dos clases de promoventes se introdujeron en 2014, y se encuentran en el inciso *h)*.

Finalmente, desde 2014, el inciso *i*) legitima al fiscal general de la República para impugnar en acción leyes locales y federales, pero solo en materia penal procesal penal, y las relacionadas con sus funciones.

Así, existen limitaciones para que los sujetos antes referidos puedan ser promoventes de acciones de inconstitucionalidad. Esas limitaciones son en atención a la naturaleza (tratados o leyes), a la materia (electoral o penal) al ámbito de la norma (federal o local); así como respecto al tipo de violación (derechos humanos y derecho de acceso a la información y protección de datos personales).

En cuanto a la naturaleza de la norma, todos los entes legitimados pueden promover una acción respecto a leyes. Sin embargo, en contra de tratados solo pueden hacerlo los senadores, la CNDH y el INAI expresamente; y sería dudoso si podría el ejecutivo federal.

En cuanto al ámbito de las normas, pueden impugnar normas del ámbito federal los diputados, los senadores, el ejecutivo federal, los partidos políticos nacionales, la CNDH, el INAI y el fiscal general de la República. En cuanto a las leyes locales, pueden impugnarlas los diputados locales, los partidos políticos locales, los organismos locales de protección de derechos humanos, los organismos locales de protección del derecho de acceso a la información, el ejecutivo federal, los partidos políticos nacionales, la CNDH, el INAI y el fiscal general.

Por lo que hace a la materia de la norma, la Constitución refiere a la electoral, a la penal y a la procesal penal. En este caso, las materias no son un límite, sino una llave de acceso. Es decir, en los supuestos en los que se enuncia, se permite a un determinado ente la impugnación en esas materias.

Referente al tipo de violación, la Constitución establece como límites el aducir violaciones a los derechos humanos, y hacer valer violaciones a los derechos de acceso a la información y protección de datos personales.

En cuanto a las violaciones a derechos humanos, es una limitante para la CNDH. La Constitución no les impone este límite a los organismos locales de protección de derechos; sin embargo, de una lectura armónica de todo el inciso y atendiendo al principio de mayoría de razón, debe considerarse que les operaría la restricción.

Por lo que respecta a las violaciones a los derechos de acceso a la información y protección de datos personales, es una limitante para el INAI. La Constitución tampoco impone este límite a los organismos locales de protección del derecho de acceso a la información; sin embargo, al igual que en el supuesto anterior, de una lectura armónica de todo el inciso y atendiendo al principio de mayoría de razón, se considera que les operaría la restricción.

José María Soberanes Díez

21. 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

22. 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 esta 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 este —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

23. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD LOCAL

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 estos 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 estas 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 inculcado.

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 aquellas no se hayan impugnado.

Giovanni A. Figueroa Mejía

24. ACCIÓN DE PROTECCIÓN (ECUADOR)

Esta voz apareció por primera vez en Ecuador a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 2008. Se trata de una garantía jurisdiccional que tiene por objeto el amparo directo de los derechos. Se la denominó “acción de protección” justamente para diferenciarla del “recurso de amparo”, mecanismo de tutela que había sido incorporado en la Constitución de 1998.

En cuanto al ámbito material, tanto el recurso de amparo como la acción de protección son acciones diseñadas para exigir judicialmente la tutela de cualquier derecho constitucional, volviendo justiciables todos los derechos. En lo demás, existen visibles diferencias entre estas dos garantías. Mientras que el amparo tenía por objeto “prevenir, cesar y restaurar” las violaciones provenientes de acciones u omisiones de autoridad pública o de particulares que prestaban servicios públicos, la acción de protección es una acción de conocimiento que tiene por objeto reparar integralmente la violación de derechos provenientes de autoridad pública o de particulares sin importar si prestan o no servicios públicos. Así, frente a un amparo, si el juez constataba violación de derechos, estaba obligado a adoptar medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias. La acción de protección ya no tiene un fin preventivo (para ello existen medidas cautelares constitucionales), y cuando un juez constata violación de derechos, está obligado a declararla, ordenar medidas de reparación integral, así como a

especificar e individualizar las obligaciones (positivas y negativas) a cargo del destinatario de la decisión judicial, así como las circunstancias en las que deban cumplirse.

El recurso de amparo y la acción de protección también se distinguen en lo que se refiere a su titularidad o legitimación activa. El amparo podía ser presentado por cualquier persona, pero siempre por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad. La acción de protección, en cambio, puede ser presentada por cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad, convirtiéndose en una verdadera acción popular (aunque un reducido grupo de la doctrina pretende cuestionar esta legitimación activa amplia). En cuanto a la legitimación pasiva, el amparo podía ser presentado contra autoridades públicas así como contra particulares que cumplan estas dos condiciones: *i*) prestar servicios públicos o actuar por delegación o concesión de autoridad pública, y *ii*) ejercer una conducta que afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o derecho difuso. Al respecto, la acción de protección es más amplia ya que puede presentarse contra cualquier acto u omisión de autoridad pública, pero también respecto de particulares sin que se exija que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. Así, procede que un particular presente una acción contra otro particular si logra demostrar que: *i*) sus acciones u omisiones le han provocado un daño grave; *ii*) presta servicios públicos impropios; *iii*) actúa por delegación o concesión, o *iv*) el afectado se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

La acción de protección también se diferencia del recurso de amparo en lo relativo a la autoridad judicial que conoce la acción. El recurso de amparo podía ser conocido en primera instancia por cualquiera de los jueces de lo civil o los tribunales de instancia de la sección territorial en donde se hubiera consumado o donde podía producir sus efectos el acto ilegítimo violatorio de los derechos constitucionales, y en circunstancias excepcionales ante un juez o tribunal de lo penal; en segunda instancia el amparo era conocido por el Tribunal Constitucional. Por su parte, la acción de protección puede presentarse ante cualquier jueza o juez ordinario del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, sin importar si se trata de un juez civil, penal, laboral o de cualquier otra especialización. De igual manera, en apelación los jueces ordinarios de la Corte Provincial se convierten en jueces constitucionales. La falta de especialización de la justicia ordinaria para analizar violaciones a derechos constitucionales ha sido una de las principales críticas respecto de esta acción.

En síntesis, y según lo establece el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador, “[l]a acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

La ley que regula la materia, denominada Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, estableció requisitos de procedencia (art. 41) y causales de improcedencia (art. 42) respecto de esta acción. En particular, la ley determinó que no procede la acción de protección cuando existen otras vías para el reclamo en la vía judicial ordinaria, ni cuando el derecho que se reclama se encuentre amparado por alguna de las otras seis garantías jurisdiccionales consagradas en la Constitución. Así, se ha abierto un intenso debate tanto en el ámbito doctrinario como en el jurisprudencial, relativo a la subsidiariedad o residualidad de esta acción. Al respecto, en su sentencia de precedente constitucional obligatorio 001-010-JPO-CC, la Corte Constitucional estableció que: “La acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa”. Más adelante, la misma Corte, en sentencia 016-13-SEP-CC, afirmó que “[...] la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria”. En cualquier caso, en esa misma sentencia, la Corte aclaró que la carga argumentativa para determinar si existe o no otra vía le corresponde al juez: “[l]a acción de protección procede cuando se verifique una real vulneración de derechos constitucionales, con lo cual, le corresponde al juez verificar y argumentar si existe o no una vulneración de un derecho constitucional. Es a él a quien le corresponde analizar caso a caso, sobre la base de un ejercicio de profunda razonabilidad, los hechos y las pretensiones del actor para poder dilucidar si se trata de un caso de justicia constitucional o si por el contrario, por su naturaleza infra constitucional su conocimiento le corresponde a la justicia ordinaria”.

Otra característica distintiva de la acción de protección en Ecuador se refiere a la carga de la prueba. La ley de la materia establece como regla general que el accionante debe demostrar hechos. No obstante, existe una inversión de la carga de la prueba, a tal punto que las afirmaciones alegadas por la persona accionante se presumen ciertas, cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. De la misma forma, si la acción se presenta contra un particular, se presumen ciertas las afirmaciones del accionante cuando se trate de: *i*) discriminación, o *ii*) violaciones a derechos del ambiente.

Daniela Salazar Marín

25. 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 desmonte, 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 aquel 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, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo 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 re-

glas 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

26. 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.

dad 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

27. ACCIÓN POR OMISIÓN LEGISLATIVA LOCAL

La acción por omisión legislativa tiene por objeto garantizar de manera abstracta la supremacía constitucional, al reprobador 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, este 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 artículo 96, segundo párrafo, 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 este 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 este 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 exis-

te 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 esta 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

28. 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 esta 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 igualación 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

29. 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

30. ACLARACIÓN DE SENTENCIA

Es un remedio legal para subsanar defectos menores de una resolución, sentencia definitiva o laudo, como los que derivan de errores mecanográficos o inconsistencias en cifras, en fechas, en nombres, en la reproducción de textos normativos o de documentos, o en otros datos; también se admite en caso de obscuridad o ambigüedad en la redacción de la resolución e incluso tratándose de ciertas incongruencias internas de orden material cuya corrección no implica alterar la esencia de la decisión ni emitir un pronunciamiento novedoso.

La aclaración no trasciende a la voluntad del órgano, no conduce a la modificación del sentido del fallo ni es una oportunidad para que el tribunal reexamine la cuestión juzgada o corrija su decisión. Solo es un mecanismo para asegurar la concordancia entre la voluntad del tribunal y el documento en el que se materializa esa voluntad, el cual se tramita ante el mismo órgano jurisdiccional ordinario o de control constitucional que pronunció la resolución cuya aclaración se pretende.

Este instituto procesal encuentra su fundamento en el principio de economía procesal, pues libera a las partes de la carga de tramitar otra instancia para solucionar las inconsistencias de la resolución.

No hay consenso sobre su naturaleza jurídica: algún sector de la doctrina (Alsina, 1942; Máximo Castro, 1927; Fábrega y Cortés, 1928) incluye a la aclaración entre los recursos; otros autores la catalogan como un incidente (Mortara, 1921; Sentís Melendo, 1946); y algunos simplemente se refieren a la aclaración cuando estudian el dictado de la sentencia (Becerra Bautista, 1962; Gómez Lara, 2001; Ovalle, 2008). La Suprema Corte de Justicia de la Nación no lo considera un recurso porque a través de la aclaración no puede modificarse el sentido de la decisión judicial (IUS Reg. 170411), de modo que, salvo disposición expresa en otro sentido, su promoción no es un requisito necesario para la interposición de los medios de impugnación que procedan en contra de la resolución, y se entiende que la promoción de la aclaración interrumpe el plazo para recurrir el fallo, pues los destinatarios de este requieren conocer su resultado antes de inconformarse en contra de él (IUS Reg. 2002947 y 2017600).

En materia federal, la aclaración se prevé en los numerales 223 y 226 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual se estima supletorio de numerosas leyes especiales; de cualquier modo, aunque las legislaciones procesales no prevean la aclaración, el Máximo Tribunal ha destacado su importancia como una institución procesal necesaria para hacer efectivo el derecho a una impartición de justicia completa conforme al artículo 17 constitucional, por lo cual, debe admitirse su aplicación incluso ante la falta de regulación expresa (IUS Reg. 200754 y 200118).

La doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en el sentido de que el resultado de la aclaración se incorpora al texto de la resolución como parte de la misma, por cuanto ambos forman una unidad (IUS Reg. 2000703 y 161407).

Las normas procesales federales y locales regulan de manera diversa la promoción y la tramitación de la aclaración (Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 223; Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, artículo 54; Código de Comercio, arts. 1331, 1333, 1390 Bis, 1390 Bis 39, 1390 ter 2; Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, artículo 107; Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 69; Ley Federal del Trabajo, artículo 847; Código Militar de Procedimientos Penales, artículo 68; Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal —ahora Ciudad de México—, artículo 84); según se disponga en cada caso, puede tramitarse de oficio y/o a petición de parte; hacerse valer respecto de cualquier resolución, de algunas en particular o solo de sentencias definitivas, y en su tramitación puede darse o no intervención a las otras partes.

Ciertas legislaciones establecen un trámite de aclaración tratándose de laudos dictados por órganos no jurisdiccionales (Ley de Protección y Defensa

al Usuario de Servicios Financieros, artículo 78; Ley Federal de Protección al Consumidor, artículo 122).

En el Sistema Interamericano, la aclaración de la sentencia se ha tramitado como solicitud de interpretación en términos del artículo 67 de la CADH. En un fallo reciente se ha dicho: “[...] la Corte toma en consideración su jurisprudencia constante, en cuanto a que una solicitud de interpretación de sentencia no puede utilizarse como medio de impugnación de la decisión cuya interpretación se requiere. Dicha solicitud debe tener como objeto, exclusivamente, determinar el sentido de un fallo cuando alguna de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en la parte resolutive de la sentencia.” (Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, de 22 de agosto de 2017, párr. 11).

El Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en vigor desde el 1 de agosto de 2018, regula la aclaración de sentencia en su artículo 79.

Adriana Leticia Campuzano Gallegos

31. 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 consecuencia 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 derechos 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 Fix-Fierro

32. ACTIVISMO SOCIAL

La voz *activismo social* pudiera parecer redundante, dado que a partir de la dinámica del lenguaje, en la actualidad resulta difícil referirnos de modo aislado al *activismo* sin vincularlo con un quehacer social, de acuerdo con su propia naturaleza, como se explicará en adelante. Sin embargo, se le ha denominado así para distinguirlo primeramente de una definición simple de activismo entendida *in genere* como una “tendencia a comportarse de un modo extremadamente dinámico”, tal y como se puede revisar del Diccionario de la Real Academia Española; situación que evidentemente resulta incompleta para explicar esta palabra, que ha ido alcanzando mayor peso como una suerte de neologismo en las distintas asunciones de roles participativos que tienen las personas en todo tipo de sociedades, sin importar su connotación cultural, sea oriental u occidental.

Por otro lado, se hace el distingo de *activismo social* como un género que, amén de los estereotipos que se le pudieran irrogar, en realidad no tiene una sola ideología, partido, bandera y menos aún una forma crítica de pensamiento, sino que implicará una actividad humana dentro del contexto social, buscando una transformación, o bien, una conservación de estatus. Es decir, aun cuando se le pretenda insertar en el contexto revolucionario, el activismo social puede transitar en los terrenos de lo reaccionario y, por ende, el género del activismo social es amplio, y es a partir de este que subyacen múltiples

ramas o formas de actividad social particular o *strictu sensu*, como resulta ser el activismo ambiental, el judicial, el religioso, etcétera.

Basado en lo anterior es que se distingue *in genere* al *activismo social* como una suerte de proselitismo público por parte de agentes de la sociedad y, ante todo, busca hacer práctica la teoría, la ideología o la pretensión de uno o varios grupos de personas dentro de sociedades determinadas a efecto de que las políticas públicas o los actos particulares se ciñan hacia ciertos estándares que se consideran necesarios para salvaguardar el bienestar, o lo que ciertos grupos consideran que es bienestar.

No redundaría estrictamente en una crítica hacia cierto modelo económico o conservadurismo cultural, dado que pueden existir agentes sociales que propalan sus ideas como colectivo, ya sea a través de la divulgación de ideas, de la protesta, del litigio estratégico o incluso desde la acción directa violenta o pacífica, organizada o no, tanto a favor como en contra de modelos económicos, de libertades, de políticas públicas, etc., y por ello encontramos, a manera de ejemplo, tanto actividad de grupos que actúan en pro de la libertad de decisión y diversidad sexual reconocida en plenitud como activismo católico que busca defender y consolidar modelos de sexualidad conservadores (Morán Faúndes, José Manuel, *Científicos sobre sexualidad: cartografía de una ciencia heterosexual*, 2011).

Para Fernando Díaz Naranjo, el activismo social es equivalente a la *acción social* y se refiere a una causa social común e incluso a una exigencia social que muchas veces genera presión al Estado para que establezca causas diferentes de comunicación y acercamiento con la sociedad diferentes a los utilizados en el pasado (Opinión. *La Silla Rota*, junio de 2019).

Por ello, el activismo social es en esencia un término neutro, dado que implica la movilización, acción y actuación de personas dentro de una colectividad a través de diversos tipos de manifestaciones con la finalidad de posicionar una idea, y ello implica que el activismo conlleva una visión constante o entendimiento de una situación vigente, su historia, sus efectos, sus posibles consecuencias y, entonces, lleva a las y los individuos a la acción para defender aquellos derechos o libertades que consideran que les asisten en su calidad de ciudadanos o ciudadanas, como consumidores, habitantes con derecho a ciertas condiciones mínimas, disidentes de un orden establecido, etc.; y, desde luego, la finalidad perseguida tendría que ser la producción de un cambio social, político, ambiental o cultural partiendo de la postura inicial.

Al provenir de la sociedad y ser divulgadas por personas, las actividades encaminadas para denunciar, inconformarse, exigir, producir o propagar un cambio de un estatus determinado, normalmente son realizadas por grupos más o menos organizados y que en más de una ocasión se estructuran como organizaciones no gubernamentales (ONG), en la medida en que su causa tiene mayor eco y, por ello, múltiples formas de hacerse patentes, dado que, dependiendo del contexto del que emanan y en el que se desarrollan, estas tendrán mayor o menor intensidad.

Así, podrán ir desde la mera visibilización de una problemática y la necesidad de cambio a través de acciones mediáticas que permiten incluso la protección a partir de la opinión pública, como ocurre con el activismo iniciado en mayo 1961 por el abogado inglés Peter Benenson, creador de Amnistía Internacional, a través de la divulgación periodística internacional de casos

como el injusto encarcelamiento de seis portugueses, quienes fueron condenados a siete años de prisión por haber brindado *por la libertad* en un establecimiento de Lisboa antes de la deposición del dictador Salazar; las acciones de índole jurídica, como sucede en casos esenciales de litigio estratégico propalado por grupos de juristas (p. ej., *Roe vs. Wade*, o los casos mexicanos promovidos por SMART para el uso y consumo lúdico de la marihuana) y hasta por juzgadores, como ocurre con el llamado *activismo judicial* en donde han brillado ejemplos interesantes como el de MD o Magistratura Democrática, fundada en Bolonia, Italia, en 1961 y que en gran medida allanó el camino para las teorías del *uso alternativo del derecho* y el *garantismo*; y hasta acciones directas que en ocasiones incluso retan a la autoridad al transgredir normas administrativas o de índole penal (dependiendo el Estado donde se presenten) con actos de amplio desafío, como es el caso de grupos como FEMEN o Green Peace en materia de reclamo de derechos de las mujeres o medioambiente, quienes han sido famosos por interceptar buques pesqueros o realizar *performance* y hasta profanación de templos religiosos.

Desde luego, sin soslayar que el *activismo social* descrito puede incluso ejercitarse a partir de la *concentración popular*, como sucedió con la célebre *Primavera Árabe* de 2010, los *Indignados* en España o los 43 estudiantes desaparecidos en Iguala, estado de Guerrero, en México, y hasta los cacerolazos de los movimientos latinoamericanos, especialmente en Chile.

El activismo social tiene fuertes bases ideológicas dependiendo de cada acción y movilización de quienes lo difunden; sin embargo, las manifestaciones, protestas o formas de ejercer el activismo, dependiendo de las formas y el contexto donde se realizan, en múltiples ocasiones llegan a ser cuestionadas y criticadas por el propio Estado, los detractores de los movimientos o los propios medios de comunicación, quienes en ocasiones confunden el *activismo social* con *vandalismo*. En el caso de Estados orientales, estas formas de expresión pueden incluso ser tildadas de contrarias al orden divino que nutre su Constitución misma y generar represalias graves; empero, al menos en los Estados occidentales, al tratarse de una forma de libre expresión y asociación característica básica del constitucionalismo moderno, normalmente son fuertes armas de visualización, en tanto se les pretenda vincular con la comisión de conductas delictivas o trasgresoras del orden público.

El *activismo social* puede estar fuertemente vinculado a la protección de derechos humanos, como se ha visto a partir del siglo XX, en donde se presenta la creciente evolución de movimientos ciudadanos y sociales que tratan de reivindicar libertades civiles y políticas, así como proteger derechos difusos y universales; siendo que este tipo de actividad se ha convertido en un motor de cambios ante la denegación de derechos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales, y han terminado en la caída de dictaduras, el voto universal, el fin de la esclavitud, el fin del *apartheid* y la reparación a víctimas, entre otros muchos logros, como se menciona en el texto *Protesta social y Derechos Humanos: estándares nacionales e internacionales* (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUDH, América del Sur, 2015)

Definitivamente, cuando el activismo se encauza hacia la protección de derechos y libertades, es reconocido y protegido por organismos locales e internacionales diversos, pues a quienes realizan este tipo de activismo se les

da normalmente la característica de *defensores(as) de derechos humanos*, dado que su actividad se considera una acción y protesta pacífica que conjuga las libertades de expresión y asociación pacífica que deben ser objeto de protección universal y regional, según corresponda, a través de instrumentos como tratados, pactos, convenciones, acuerdos y, en su caso, constituciones estatales y normatividad secundaria. Precisamente por ello, y a guisa de ejemplo, tenemos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 20 contiene la protección a la libertad de reunión y asociación pacíficas; el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en cuyo artículo 21 se reconoce igualmente el derecho de reunión pacífica y sus límites en materia de seguridad nacional, salud, moral pública y libertades de los demás; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, la Convención de los Derechos del Niño de 1989; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, todos estos ordenamientos que promueven la asociación pacífica y la libre expresión de ideas, y de manera especial, la resolución del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/25/L.20, de 24 de marzo de 2014, La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas.

De este modo, el *activismo social* que toma tal cariz supone desde luego una actividad en donde sus actores se esfuerzan en promover y proteger los derechos civiles y políticos y en lograr la promoción, la protección y el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Los defensores abordan cualesquiera problemas de derechos humanos, que pueden comprender y actúan en favor de derechos humanos de la más diversa índole y en todas partes del mundo, normalmente incidiendo en defensa de categorías de personas, de rendición de cuentas y enjuiciamiento de infractores, y en presión para que el Estado realice mayor esfuerzo para cumplir con obligaciones internacionales a propósito de los derechos humanos, entre otras (ACNUDH).

César David Tarello Leal

33. ACTO DE AUTORIDAD

Es todo aquel acto emitido por las autoridades previstas en las constituciones, en las leyes, en los reglamentos, e incluso en otro tipo de disposiciones generales, como son manuales orgánicos o circulares internas, que las crean formalmente y les asignan su ámbito de competencia pública.

El acto puede ser de diversa índole, según su propia naturaleza. Jurídicamente hablando, la doctrina lo ha clasificado en términos generales de la siguiente manera: de autoridad, de particulares, positivo, negativo, omisivo, negativo y omisivo con efectos positivos, entre otros, y según los referentes a considerar para realizar su clasificación.

En primer lugar, debe destacarse que la naturaleza del acto de autoridad obedece precisamente a que es emitido por una autoridad formalmente hablando, esto es, por una autoridad prevista en el ordenamiento jurídico y con competencia legal para su emisión. En esto hay que destacar precisamente que la previsión en la norma de la competencia pública de la autoridad es lo que determina que sus actos sean de autoridad, por cuanto los emite ejerciendo dicha facultad; sin embargo, también puede ser el caso que la autori-

dad emita actos que no estén dentro del ámbito de sus facultades, y aun en ese supuesto se considerarán como actos de autoridad, aunque sean ilegales, pues el hecho de que la propia autoridad los emita es lo que les da dicho carácter, aunque en estricto derecho sean contrarios a ley.

Los actos de particulares, como su nombre lo indica, son los emitidos precisamente por particulares, y en este supuesto podemos decir que son aquellos que emiten las personas físicas o personas morales *motu proprio*, esto es, por su decisión personal o particular. Además, hay que decir que las autoridades también pueden emitir actos con el carácter de particulares. La doctrina reconoce que esto sucede cuando igualmente actúan *motu proprio* y no como actos públicos por disposición de ley, y esto siempre que actúen como cualquier otro particular en defensa de su patrimonio propio y de su personalidad jurídica, y no por su competencia pública. No todas las autoridades pueden actuar de esta manera, pues están sujetas a que la ley lo permita y son casos muy contados.

A la inversa, los particulares también pueden emitir actos de autoridad, siempre que así lo disponga la ley. En estos casos, cuando la norma establece que los particulares, personas físicas o morales, deben actuar a nombre de la autoridad y por disposición expresa de la ley que así los obligue, se entenderá que no actúan *motu proprio*, sino por que así lo establece la norma, y en estos casos dichos actos, aunque emitidos por los particulares, se calificarán como de autoridad, pues no los emiten por decisión propia o personal, sino porque la ley los obliga a ello y lo hacen en sustitución de la autoridad por así disponerlo la propia ley.

Los actos positivos son los que conllevan una ejecución material, con consecuencias de derecho, por ejemplo una orden de demolición, de embargo, de expropiación, entre otros. Los actos omisivos, como su nombre lo indica, conlleva implícita la omisión de actuar de la autoridad, cuando esta tiene o tenía la obligación de actuar de cierta manera en términos de la ley que la rige, y ante su omisión incurre en omisión, de ahí su denominación. Los actos negativos son los que entrañan una respuesta expresa de negativa de la autoridad a una petición o solicitud o supuesto que la norma dispone que la autoridad se pronuncie y esta resuelve de manera negativa. Hay actos negativos y positivos tácitos, esto es, no requieren respuesta expresa, pero por el simple transcurso del plazo legal establecido sin que la autoridad dé la respuesta, se entenderá respondida en sentido afirmativo o negativo según lo disponga en cada caso la ley y en los términos y formalidades que la misma establezca. Es una ficción jurídica que algunas legislaciones prevén. En estos casos estaremos frente a actos omisivos pero con respuesta *ficta*. Los actos negativos y omisivos con efectos positivos son aquellos que, pese a la negativa de la autoridad o a su omisión a responder o actuar en ejercicio de sus facultades, provoca de cualquier manera consecuencias de derecho con efectos perjudiciales o materiales, y de ahí su denominación de que tienen efectos positivos.

Es importante, doctrinal y jurídicamente hablando, determinar cuándo el acto reúne las características de acto de autoridad y cuándo es de naturaleza particular, pues en función de ello es que se delimitan las acciones procedentes para su impugnación. Si son actos de particulares, en lo general la vía de acción para los afectados serán las ordinarias (civil, penal, familiar, mercantil, etc.), pero si son calificados como actos de autoridad, la vía de impugnación

será de otra naturaleza y con aplicación de diversa normatividad (administrativa, constitucional, de derechos humanos, etc.).

Cabe mencionar al respecto, que los actos de autoridad también admiten vía de impugnación internacional, pues en términos de los tratados internacionales y demás instrumentos de esta naturaleza, los Estados parte de dichos instrumentos están sometidos a las instancias internacionales y, por tanto, los actos de sus autoridades pueden ser demandados en las cortes o tribunales de justicia internacional.

En relación con los actos de particulares también habrán acciones fuera de las instancias nacionales, pero dependerá de la trascendencia o consecuencias generadas fuera del país donde se emitieron y estarán sujetos a la procedencia de las acciones legales correspondientes en los otros países donde producirán o produjeron sus consecuencias legales, o bien, dependiendo de la relación internacional y convenios o tratados existentes entre los países involucrados, en los que se prevea y regule dicha situación para fines de su impugnación y resolución.

Osmar Armando Cruz Quiroz

34. ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN

La noción de actos de imposible reparación está vinculada, en principio, al sector del amparo judicial, adjetivo que el maestro Fix-Zamudio destinó al amparo que se ocupa de evaluar la regularidad constitucional y legal de las resoluciones de los tribunales ordinarios. Previo a su explicación, es preciso tener presente que en esta garantía constitucional se entiende que un juicio inicia con la presentación de una demanda contenciosa y concluye con sentencia, laudo o resolución que lo finaliza sin resolver el fondo, por ejemplo, una caducidad.

A causa de ello, se subdivide a los actos jurisdiccionales como previos al juicio, los ocurridos durante él y los que sobrevienen tras su conclusión. Aunque en su texto original la norma reglamentaria no hacía distinciones, esta visión se adecuó para el proceso penal acusatorio, plegándose al concepto de proceso del Código Nacional de Procedimientos Penales, pues tras la reforma de 17 de junio de 2016, señala que en “materia penal el proceso comienza con la audiencia inicial ante el juez de control”. Antes de esa modificación, su artículo 170 señalaba que el juicio iniciaba con el auto de vinculación.

Durante el juicio surgen actos de imposible reparación y otros considerados como violaciones a las leyes del procedimiento, algunos de los cuales impactan en el sentido de fallo, y otros no. Los primeros deben cuestionarse en la vía indirecta, mientras que los numerales 170 y 173 de llamada Ley de Amparo reservan el combate de las irregularidades procesales trascendentes a la interposición del amparo directo.

Durante la Novena Época, la jurisprudencia 1a./J. 29/2003 estableció que la categoría de actos de imposible reparación solo era útil para determinar la procedencia del amparo indirecto contra actos surgidos en la etapa de juicio. Actualmente, se acepta que los actos de imposible reparación pueden generarse antes del juicio, como se lee en la tesis 1a./J. 16/2013 (10a.), así como en el procedimiento de ejecución, en contra del ejecutante o del ejecutado, según los criterios P./J. 108/2010, 1a./J. 3/2011 (10a.) y 1a./J. 19/2011.

Antes, todos los actos irregulares en la etapa de ejecución se planteaban como violaciones procesales en el amparo contra la última resolución de dicho procedimiento. Además de esta expansión, la Ley de Amparo, en su artículo 107, fracción III, inciso b), los contempla para procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio.

Así, aunque en principio la Ley de Amparo contiene reglas diferenciadas para la procedencia del amparo indirecto según la etapa procesal respectiva, actualmente se permite cuestionar actos de imposible reparación que surjan antes del juicio, en su desarrollo y tras su conclusión, previa satisfacción del principio de definitividad, como se confirma en las tesis P./J. 11/2018 (10a.), 1a./J. 113/2013 (10a.) y 1a./J. 16/2013 (10a.). Esta acotación es de alta relevancia, ya que muchas veces se asevera, incorrectamente, que contra este tipo de actos no es necesario agotar recursos, entendiendo que la imposible reparación actualiza una excepción al principio de definitividad.

No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reiterado que la irreparabilidad del acto reclamado y el principio de definitividad constituyen presupuestos distintos y autónomos. El primero se refiere a la naturaleza del acto de autoridad que se impugna, mientras que el segundo comprende la existencia, idoneidad y eficacia de los recursos ordinarios previstos en la propia ley que rige el acto reclamado. De modo que para determinar si en un caso concreto es necesario agotar o no los recursos, hay que verificar que existan y, tras ello, analizar si la Ley de Amparo establece expresamente alguna excepción al respecto, como cuando esté en juego la libertad o cuando la procedencia del recurso está sujeta a interpretación. De no ser así, deben evaluarse las características del medio de defensa, como se ilustra en la tesis 1a./J. 145/2011 (9a.). La jurisprudencia analizó el caso de la admisión de la prueba pericial contable, catalogado como acto de imposible reparación desde la Octava Época; en términos de la regulación mercantil, el auto que admitía pruebas era impugnabile; sin embargo, no impedía que aquella se desahogase y la apelación no se resolvía previamente, sino conjuntamente con la apelación planteada contra la sentencia definitiva.

A lo largo de la historia, el entendimiento de este tipo de actos no ha sido constante. Miguel Bonilla López nos da cuenta de al menos cinco aproximaciones diferentes. En un principio, la voz se asoció a los actos que, de consumarse, impedían restituir las cosas a su estado previo. Después fueron considerados como tales aquellos que afectaban derechos procesales de los cuales ya no se ocuparía la sentencia definitiva. Más tarde, los que afectaban de modo directo e inmediato derechos sustantivos protegidos por las garantías individuales. Años después, al último criterio se agregaron las violaciones procesales en grado predominante o superior. Hoy día, la SCJN refiere que el legislador los definió como “los que afecten materialmente derechos sustantivos” tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) o en los tratados de los que el Estado sea parte, y que aunque con esta nueva regulación el creador de la norma buscó limitar la procedencia del amparo en los procedimientos jurisdiccionales, no es contraria al principio de progresividad, porque antes no había definición legal.

En esta última postura, la Corte sostiene que derechos procesales y sustantivos son antagónicos. Los primeros son aquellos otorgados por normas

ordinarias para que los procedimientos se desarrollen de la mejor forma posible, cuya afectación depende del desenlace del juicio o procedimiento, donde también podrá evaluarse su trascendencia. Los derechos sustantivos no derivan de leyes adjetivas y su afectación material se presenta solo cuando el acto autoritario impide en forma presente su libre ejercicio.

Esta manera de entender las cosas impide cuestionar las violaciones procesales en grado predominante o superior, como las resoluciones que deciden la excepción de falta de personalidad del actor o el auto que niega la denuncia del pleito a terceros. No obstante, la interpretación de la SCJN no consideró el contenido del artículo 170, fracción I, de la Ley de Amparo, que conserva la voz “violaciones procesales relevantes”, además de que soslayó que el artículo 107, fracción VIII, permite impugnar resoluciones que determinen inhibir o declinar la competencia. Este supuesto legal es análogo a los autos que desechan una excepción de incompetencia, que en las tesis P./J. 55/2003 y 2a./J. 156/2011 (9a.) fueron catalogados como resoluciones que afectaban a las partes en grado predominante o superior, que siguen siendo controvertibles, como se reconoció en la tesis P./J. 29/2015 (10a.).

Aunque aparentemente esta corriente descarta que la afectación a la celeridad procesal sea un acto de imposible reparación, desde la óptica de que los retrasos en la administración de justicia no trascienden más allá de lo procedimental, como se podría deducir de la tesis P./J. 7/2019 (10a.), lo cierto es que cada retraso u omisión deben verse casuísticamente, pues a la par encontramos criterios que, al explorar el tema en concreto, sostienen que es posible controvertir dilaciones abiertas del procedimiento o paralizaciones totales. Es por ello que la Segunda Sala ha reiterado en su tesis 2a./J. 33/2019 (10a.) que el amparo es procedente contra la omisión de dictar laudo.

Tras esta panorámica, otros ejemplos de actos de imposible reparación son la admisión de la prueba pericial en materia de genética, medios de prueba a cargo de menores, la resolución que decreta alimentos provisionales y fija su monto o, tratándose de acciones colectivas, el auto que ordena la forma en que se notificará a los miembros de la colectividad, que a su vez es el supuesto reconocido más recientemente.

Armando Antonio Badillo García

35. ACTO INVALIDADO

La calificación de acto invalidado presupone, primero, la existencia de un acto y, en segundo lugar, que este fue calificado en la vía legal procedente y se determinó su invalidez por transgresión a la ley por la autoridad competente.

Así, la invalidez del acto presupone una calificativa de ilegalidad del acto cuestionado, en los términos y con las formalidades que exija la ley y por la autoridad a quien corresponda emitir dicha declaratoria.

En principio, puede decirse que todo acto de autoridad, e incluso los actos de particulares cuando estos actúen como autoridad por disposición de la ley y a nombre o sustitución de dicha autoridad, son los actos que pueden ser sometidos a un examen de legalidad en términos de las leyes que los rigen.

En ese orden, una vez impugnados dichos actos en la vía legal que proceda, la autoridad administrativa o jurisdiccional, según el caso y la legislación

aplicable, determinará si el acto en cuestión es legal o ilegal, procediendo en consecuencia a reconocer su validez o a declarar su invalidez.

Cuando se reconoce su validez es precisamente porque se emitió conforme a derecho corresponde y, por tanto, se refrendará su legalidad y producirá todas sus consecuencias de derecho para las que se emitió.

Si se determina que el acto fue emitido en contra de lo dispuesto por la ley, se determinará entonces su ilegalidad y, como consecuencia, su anulación, a fin de que no produzca sus consecuencias de derecho, precisamente por haberse emitido en contra de la ley que lo rige y ocasionando daños y/o perjuicio en contra de quien lo combate o de los destinatarios o terceros afectados.

En estas condiciones, el acto invalidado supone su ilegalidad y su examen previo en la vía procedente por la autoridad administrativa o jurisdiccional competente para hacer dicha calificación. Lo anterior conlleva la restitución de los derechos afectados, para lo cual la ley definirá los mecanismos procesales y formales, pues no basta la declaratoria de invalidez del acto, sino que el fin último buscado con su impugnación y pretendida calificación de ilegalidad es que se reparen los daños causados por dicho acto inválido o evitar que estos se generen.

La invalidez puede generarse por diversas razones: sí por la contravención a la ley, pero también por razones meramente formales o de procedimiento, o bien, por razones ya de fondo del derecho sustantivo afectado. En cualquiera de estos casos se puede decretar la invalidez del acto, pero uno de estos dará lugar a la reparación formal o del procedimiento, pero sin resolver el tema del derecho sustantivo alegado, y en el otro caso, la invalidez entrañará ya la calificación de ilegalidad del acto por violarse un derecho sustantivo, en cuyo caso el acto ya no podrá reponerse o corregirse ni volverse a emitir: quedará anulado de manera definitiva. Esto es, en el primer caso, una vez corregido o superada la violación formal o de procedimiento, podrá volverse a emitir el acto, pero sin que hasta ese momento se haya hecho un examen del derecho sustantivo alegado, aun si es que se hizo valer desde el primer momento; o bien, ya repuesto el acto por la violación formal o de procedimiento, pueda volverse a impugnar ahora por la cuestión de fondo alegada en relación con el derecho sustantivo afectado.

Todo esto será materia de valuación a través de las acciones, recursos o instancias administrativas o jurisdiccionales previstas en la legislación aplicable, que den lugar a la declaratoria de invalidez del acto de que se trate.

Cabe mencionar que la invalidez del acto puede producir diversas consecuencias o se traduce de diversas maneras según la acción, recurso o instancia de que se trate, y de la ley que lo regule, pues en unos casos producirá su anulación únicamente, en otros su anulación y reparación del daño causado, en otros un pronunciamiento de ilegalidad y en otros de inconstitucionalidad o inconveniencia; y en cualquiera de estos supuestos deberá estarse a las reglas del procedimiento de la instancia o acción intentada de la ley que lo rige para determinar con precisión las consecuencias de derecho que produzca su invalidez. Lo cierto es que, en todos los supuestos, la invalidez del acto obedece a la contravención de disposiciones legales, constitucionales o internacionales, independientemente de las consecuencias que en cada caso produzcan por su propia naturaleza y vía legal intentada.

Osmar Armando Cruz Quiroz

36. ACTUARIO JUDICIAL

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, la palabra “actuuario” proviene del latín *actuarius*, 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 actuuario 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 actuuario 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 actuuario 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 anexasen.

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

37. ACUERDO 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 artículo 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

38. 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 artículo 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

39. ACUERDO DEL PRESIDENTE DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Los acuerdos del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se conforman por las determinaciones que este emite en el ámbito de sus atribuciones constitucionales, legales, así como las que derivan de su diversa normativa interna. Estos pueden ser de naturaleza jurisdiccional o administrativa.

De conformidad con el tercer párrafo del artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF), la Suprema Corte se compone por once ministros y funciona en pleno o en salas; asimismo, uno de los ministros ejercerá el cargo de presidente, quien no integrará Sala. Derivado de su estructura funcional, el artículo 14 de la referida Ley Orgánica establece las atribuciones de su presidente.

Los acuerdos que el presidente debe emitir dentro de su ámbito de competencia jurisdiccional derivan de lo establecido en el artículo 105 de la Constitución federal; el artículo 10 de la referida Ley Orgánica, así como en la Ley de Amparo, en los cuales se establece que esta conocerá: de controversias constitucionales; acciones de inconstitucionalidad; recursos de apelación en contra de sentencias de jueces de distrito dictadas en aquellos procesos en los que la federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten; del recurso de revisión contra sentencias pronunciadas por los jueces de distrito o los tribunales unitarios, así como en los casos en que subsista en el recurso el problema de constitucionalidad de normas generales.

Igual competencia tiene cuando ejerce la facultad de atracción para conocer del amparo en revisión; contra sentencias que en amparo directo pronuncien los tribunales colegiados, cuando se haya impugnado la inconstitucionalidad de una ley; del recurso de queja en los casos y condiciones establecidas en la Ley de Amparo, así como el recurso de reclamación contra sus propios acuerdos. En relación con los asuntos de competencia de la Corte, una vez que su presidente recibe las promociones correspondientes por conducto de su oficialía de partes, a cada una de ellas recae un acuerdo emitido por él, en el cual se le indicará el destino de la promoción.

En cuanto a las controversias constitucionales, el presidente tiene la facultad de dictar acuerdos en la instrucción; en la ejecución determina si la misma ha quedado cumplida o no; el presidente es quien dicta el acuerdo mediante el cual ordena notificarla a las partes, así como el mandamiento de publicarla en el *Semanario Judicial*. Para el caso de incumplimiento de la ejecutoria, emitirá acuerdo mediante el que turnará el asunto al ministro ponente para que someta al Pleno el proyecto por el cual se aplique el último párrafo del artículo 105 de la Constitución. De conformidad con el artículo 53 de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional, el trámite del recurso de

reclamación también está a su cargo, lo cual implica que todos los acuerdos en dicho recurso serán dictados por el presidente, y lo mismo ocurre en relación con el recurso de queja a que hace referencia la fracción II del artículo 55 de la referida Ley Reglamentaria.

Tratándose de la acción de inconstitucionalidad, el ministro presidente también emite diversos acuerdos en términos similares a los referidos para la controversia constitucional, de conformidad con el artículo 59 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución.

Derivado de la facultad originaria de la Corte, el Pleno o sus salas podrán ejercer de manera oficiosa o a solicitud del fiscal general de la República la facultad de atracción para conocer de un amparo directo que corresponda resolver a los tribunales colegiados de circuito, cuando por su interés y trascendencia lo ameriten. En este caso, todos los acuerdos que se emitan serán a cargo del presidente.

En materia de impedimentos, el presidente de la Corte también emite el acuerdo a que hace referencia el segundo párrafo del artículo 56 de la Ley de Amparo. En cuanto al amparo en revisión a que hacen referencia los artículos 83 y 85 de la Ley de Amparo, también el presidente emite los acuerdos necesarios, desde su recepción, turno al ministro instructor, notificación de la resolución que le recaiga, la cual le será comunicada al órgano jurisdiccional; igual atribución le compete al presidente, tratándose del supuesto previsto en el artículo 96 de la Ley de Amparo, al resolver las cuestiones de constitucionalidad en materia de amparo directo. En materia de amparo, el presidente será también quien emita los acuerdos de trámite dentro del recurso de reclamación que se interpongan en contra de sus acuerdos.

El presidente emitirá los acuerdos relativos a la recepción, turno y resolución derivados de los incidentes de inejecución de sentencias de amparo, repetición del acto reclamado, cumplimiento sustituto y recurso de inconformidad a que hacen referencia los capítulos primero, segundo, tercero y cuarto, título tercero de la Ley de Amparo. Para el dictado de los acuerdos de carácter jurisdiccional, el presidente se auxiliará de la Secretaría y Subsecretaría General de Acuerdos, de conformidad con los capítulos primero y segundo, título tercero de su Reglamento Interior.

Por otra parte, además de las atribuciones indicadas, el presidente tiene las atribuciones de carácter administrativo, las cuales derivan del artículo 14 de la LOPJF, entre las cuales destacan: el despacho de la correspondencia; el dictado de medidas necesarias para el buen servicio y disciplina en las oficinas de la Corte; recepción, trámite y resolución de las quejas administrativas que se presenten con motivo de las faltas que ocurran en el despacho de los negocios de la competencia del Pleno de la Corte, la concesión de licencias a sus servidores públicos; entre otras. Para el dictado de todos los acuerdos que implican el ejercicio de facultades de administración del presidente de la Corte, así como el trámite de procedimientos administrativos de responsabilidad de su personal, las designaciones para las funciones ordinarias y extraordinarias de sus integrantes; tanto de los ministros como para el resto de sus integrantes, deberá emitir acuerdos para lo cual se auxiliará de la Secretaría General de la Presidencia, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Orgánico en Materia de Administración de la Corte.

José Hernández Hernández

40. 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 resi-

dencias 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:

1. 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 este, 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 este”; 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

41. ALEGATOS

La palabra alegato proviene del latín *allegatus* y, acorde con la Real Academia Española, significa, en esencia, un argumento sobre algún punto; sin embargo, en materia jurídica se ha constituido como un vocablo propio del metalenguaje creado desde la teoría procesal y del derecho procesal o forense para identificar un argumento conclusivo que se vierte por las partes de un proceso o un procedimiento, según sea el caso, precisamente en la fase previa a la terminación de una instancia y anterior a la emisión del juicio definitivo que se vierte en la sentencia, la sentencia interlocutoria, el laudo o la resolución administrativa que corresponda. Ello así, dado que los alegatos son parte formal de arbitrajes, incidentes intraprocesales o al término del proceso, o bien, de los procedimientos administrativos, es decir, aparecen como una institución jurídica presente en todo acto jurídico que implique la resolución de un conflicto a través de la heterocomposición o de la sujeción al procedimiento administrativo por parte de la autoridad con facultades para tal efecto.

El concepto de alegatos no se circunscribe a una sola rama del derecho, por el contrario, se utiliza de manera general en los procesos y procedimientos de todas las ramas que integran la disciplina, y en ese tenor existen ramas en las que los alegatos se denominan de diversa manera aun cuando su naturaleza sea la misma, siendo el caso de la materia penal, al menos en el llamado sistema tradicional o inquisitorial en donde se les denominaba como

conclusiones acusatorias o absolutorias, mientras que en el sistema acusatorio adversarial se conocen como alegatos de apertura y de cierre que se vierten dentro del juicio oral.

La teoría del proceso ha identificado a los alegatos como un instrumento argumental que se utiliza en el proceso a manera de opinión, argumentación o conclusión que normalmente se vierte por las partes en la denominada etapa preconclusiva o previa al juicio, y que es la de esgrimir consideraciones y razonamientos que las partes hacen al juzgador respecto del resultado de las etapas postulatoria y probatoria (Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del derecho*, 1997). Desde luego, esto implica que las partes tendrán que sustentarse en sus conceptos, teorías, fundamentos y el desahogo de las pruebas para construir un proyecto de resolución a partir de una explicación que pretende sostener que la sentencia o resolución que se dicte le deberá ser favorable, que ha demostrado los hechos en que sustentó lo que pretende y, por tanto, que el derecho invocado resulta aplicable a su caso concreto (Dorantes Tamayo, Luis, *Teoría del proceso*, 1996).

Los alegatos juegan un papel formalmente relevante en todo proceso o procedimiento, dado que se trata de una institución que se introduce como una garantía procedimental para ejercer a plenitud el derecho fundamental de audiencia que tienen los sujetos al proceso o procedimiento y, por ende, la oportunidad de verter estos argumentos se constituye como una etapa obligatoria de agotar, so pena de incurrir en una violación procesal que podría comprometer con nulidad una resolución.

A pesar de lo anterior, materialmente los alegatos también han sido entendidos como una simple visión de las partes y, dado el interés parcial de quien los vierte, constituyen una mera opinión de las partes que no forma parte de la litis, dado que esta se fija con la demanda y su contestación (Góngora Pimentel, Genaro David, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 1995). Esto sienta la base para entender que los alegatos deben tener soporte en la litis misma, ya que su contenido debe circunscribirse a un análisis puntual del proceso o procedimiento, de tal suerte que puedan sintetizar las razones por las cuales, a partir del planteamiento de pretensiones y de su demostración, se puede justificar el ejercicio de una acción intentada, la procedencia de la oposición de una excepción, la comprobación de la responsabilidad penal, la inexistencia de culpabilidad, o bien, la ausencia de justificación para considerar que un gobernado ha cometido una infracción, o que un servidor público es responsable o no de una afectación al orden público, como pueden ocurrir en los procedimientos administrativos, de responsabilidad o incluso políticos.

Debido a su naturaleza de opinión, los alegatos no se encuentran circunscritos a una forma preestablecida de rendirse, sino que son de formato libre. De hecho, en diversos procesos los alegatos pueden presentarse por las partes ya sea en forma verbal, en lapso breve de tiempo, o por escrito, y desde luego, dependiendo de la normatividad que rija el proceso o procedimiento, existirán plazos específicos en días hábiles o dentro de una audiencia y en ocasiones se preverá un orden determinado (como en la materia penal) para poderlos presentar, siendo sumamente variables.

La sugerencia generalizada por la praxis forense nos permite precisar que los alegatos, si bien no forman parte de la litis y —salvo algunos casos de excepción— no resulta obligatorio para las autoridades administrativas o ju-

risdccionales valorarlos en sentencia o resolución, sí pueden cobrar sentido como un instrumento guía o de síntesis para auxiliar a la autoridad resolutora a comprender de manera precisa los puntos nodales del conflicto y los argumentos fuertes y débiles alrededor de las acciones, excepciones o defensas. Incluso, de acuerdo con la *expertise* de quien los realiza, pueden llegar a tener la forma de un breve proyecto de sentencia que permite aclarar conceptos o apuntalar argumentos e incluso citar criterios jurisdccionales, prácticos o científicos que puedan orientar el resultado de la sentencia o resolución que se trate.

En ese tenor, la praxis forense apunta que los alegatos deben contener ciertas características, como son: *a)* precisar de modo claro y sucinto la naturaleza de la litis o del procedimiento que se siga contra el gobernado; *b)* precisar la postura específica de la parte que vierte el alegato (comenzando con los argumentos formales y luego los de fondo partiendo de los fuertes a los débiles, de conformidad como se hayan planteado); *c)* referir de modo sintético los medios de convicción que demuestran expresamente los argumentos y cómo lo hacen; *d)* apuntalar argumentos con teoría, práctica o jurisprudencia; *e)* abstenerse en todo momento de introducir temas novedosos a la litis (Tesis I.10o.A.87, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, diciembre de 2008, p. 1001) o contradictorios de las defensas o acciones intentada; *f)* abstenerse de hacer un mero resumen del proceso como si se tratara de los resultandos de una resolución, y *g)* utilizar un lenguaje que permita persuadir al auditorio.

En materia constitucional en México, los alegatos tienen significado multívoco, dado que, amén de que tanto en la Ley de Amparo que reglamenta el artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por lo que ve al juicio de amparo como la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por lo que ve a los medios de control constitucional denominados como controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad se refieren a la conclusión que pueden verter las partes en las audiencias incidentales o en la audiencia constitucional o definitiva de que se trate, también se ha considerado alegato a toda la argumentación que puede verter quien tenga el carácter de tercero interesado en tales procesos y que pueden formular desde que son emplazados y hasta la audiencia constitucional conducente, así como toda manifestación que vierte el quejoso fuera de su demanda y ampliación, el ministerio público, el fiscal general de la República según sea el caso, o la autoridad responsable fuera de los informes previos y justificados. En efecto, en los procesos constitucionales los alegatos también son los argumentos de apoyo a las pretensiones que vierten las partes.

Conforme se ha explicado, los alegatos en materia constitucional tampoco resultan obligatorios para los juzgadores ni forman parte de la litis; por el contrario, existen recursos como el de revisión que no prevé los alegatos y, por tanto, carecen de valor absoluto si los vierten las partes en dicha etapa revisora del juicio de amparo, y esto es así porque la litis constitucional queda planteada con la demanda de amparo, la controversia, la acción de inconstitucionalidad o las ampliaciones y los informes rendidos por las autoridades; sin embargo, pueden sintetizar y precisar la acción intentada, o bien, pueden ser instrumentos que tendrían que ser valorados por los jueces o tribunales de

modo obligado en caso de que se refieran a la *mejor prueba* en las controversias constitucionales (Tesis: P./J. 39/96, *Semanario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, junio de 1996, p. 390), o a *causales de improcedencia* en el juicio de amparo (Tesis: 2a./J. 122/2019, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época).

Por último, debe referirse que la institución de los alegatos no es privativa del derecho mexicano. Por el contrario, en el Sistema Interamericano, los tribunales internacionales y en tradiciones legales como el *common law* o las orientales, han sido acogidos como una clave esencial del proceso, aun cuando pueda variar la trascendencia que pueden tener estos en procesos orales celebrados ante jurados, donde la emotividad puede influir en una decisión o el menor alcance que presentan en procesos técnicos escritos como los administrativos, en donde los conceptos de impugnación o agravios formales que se vierten en un escrito de demanda normalmente ya conllevan una explicación profunda y acuciosa, así como demostración documental, que en ocasiones no requieren de mayor insistencia o apuntalamiento.

César David Tarello Leal

42. ÁMBITO COMPETENCIAL

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

43. *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 de 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 estas; 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 encajarse 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 partici-

pación 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 asepticos 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 aquel. 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 judiciaarios 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, núm. 184, párr. 14).

En suma, en la medida en que exista voluntad judicial y política para aplicar la figura, esta 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.

Victor Bazán

44. 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 y 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 (iv) 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 conhorter et grant folgura aquellos contra quien dan los juicios que se tienen por agravados quando fallan alguna carrera por que cuidan estorcer et ampararse de aquellos de que se agravan. 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

45. 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, Servia 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

46. AMPARO (ACCIÓN DE)

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 quejasas (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

47. AMPARO (CONCEPTO DE VIOLACIÓN)

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 inconveniente, 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 estos 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 esta 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 pro-

ducirían 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 estos 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 suplicencia de la queja.

Daniel Álvarez Toledo

48. AMPARO (COSTA RICA)

El amparo es un recurso mediante el cual cualquier persona puede acudir ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica a fin de que se garanticen los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución Política (1949) y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, es decir el parámetro de constitucionalidad o el derecho a la Constitución, como lo ha caracterizado la jurisprudencia constitucional. Los *antecedentes históricos* del amparo en Costa Rica se encuentran en la Ley número 1161, del 2 de junio de 1950, en la cual se establecía que el recurso de amparo debía ser resuelto por el juez ordinario, es decir, se llevaba a cabo a través de un control difuso; sin embargo, en la praxis fue poco utilizado, pues se tenía que agotar la vía administrativa y presentar el recurso en el plazo de ocho días naturales, a partir del momento en que cesó la violación o amenaza.

La reforma de los artículos 10 y 48 de la Constitución, en mayo de 1989, creó la Sala Constitucional dentro del poder judicial, órgano especializado y concentrado al que le corresponde la tramitación de los recursos de amparo, *habeas corpus*, el control de constitucionalidad *a priori* y *a posteriori*, así como la resolución de conflictos de competencia. En contra de sus sentencias no cabe recurso alguno, pues estas tienen efectos *erga omnes*, es decir, carácter vinculante, con lo cual son de acatamiento obligatorio para todos los operadores jurídicos.

Al respecto, el artículo 48 de la Constitución determina: “Toda persona tiene derecho al recurso de *habeas corpus* para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República”. Por su parte, el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC) indica que el recurso de amparo: “[...] procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos”.

En el ordenamiento jurídico costarricense, el amparo es competencia exclusiva de la Sala Constitucional y tiene como características principales ser un recurso sencillo, informal, autónomo, directo, sumario y subjetivo, que procede contra las actuaciones, omisiones o amenazas de las autoridades administrativas e, incluso, contra sujetos de derecho privado, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa. En la sentencia número 2006-13259, la Sala Constitucional determinó: “El recurso de amparo tiene como propósito exclusivo asegurar la vigencia de los derechos y libertades fundamentales que enuncia la Constitución Política, salvo los protegidos por el de *habeas corpus*. Su intención no es la de servir como un instrumento genérico para garantizar el derecho a la legalidad, por medio del cual sea posible accionar contra toda otra clase de quebrantos, por lo que la legitimación en este tipo de recurso no es de carácter objetiva, en el sentido de permitir por esta vía controlar la validez abstracta de cualquier disposición de la Administración Pública. Muy por el contrario, este es un recurso subjetivo, en cuanto sirve para la tutela de derechos fundamentales consagrados tanto a nivel constitucional como del Derecho Internacional vigente en la República. Lo anterior, dado que si bien el recurso de amparo no es un recurso formalista y, en general cualquiera está legitimado para su interposición, debe existir, al menos, una amenaza objetiva a los derechos fundamentales de los recurrentes, ya que así lo exige no solo la ley que rige esta jurisdicción, sino también los principios de racionalidad y proporcionalidad constitucional”.

Este recurso tiene amplia legitimación, pues cualquier persona, nacional o extranjera, incluso en condición irregular, puede presentarlo, incluso a favor de un tercero, pero este deberá ser titular del derecho constitucional lesionado, es decir, se requiere de la existencia de una lesión o amenaza individualizada o individualizable. En materia de amparo no cabe la acción popular; sin embargo, sí se admite la tutela de intereses difusos y colectivos como la protección del medioambiente, la salud, el patrimonio cultural, los derechos del consumidor, la hacienda pública y el manejo de recursos públicos. Asimismo, no es necesario el patrocinio legal, pues es un recurso sencillo e informal, motivo por el cual se han tramitado y resuelto recursos presentados en una servilleta o en una hoja de papel. Es un recurso directo, pues no es necesario agotar vía administrativa o judicial.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 30 de la LJC no procede el amparo: *a)* contra leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen conjuntamente contra actos de aplicación individual; *b)* contra resoluciones judiciales y actuaciones del poder judicial; *c)* contra actos que realicen

las autoridades administrativas al ejecutar actuaciones judiciales; *d*) cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada, y *e*) contra actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral. En este sentido, existen tres tipos de recursos de amparo, en particular: *i*) contra órganos o sujetos públicos; *ii*) los que se formulen contra sujetos de derecho privado, y *iii*) y los que se interpongan para garantizar el derecho de rectificación o respuesta.

En cuanto a la procedencia del recurso de amparo, la jurisprudencia constitucional ha precisado que está condicionada no solo a que se acredite la existencia de una turbación —o amenaza— a uno o más de los derechos o garantías contemplados en el derecho a la Constitución, sino, además, a que se trate de una amenaza o quebranto directo y grosero que, por su carácter apremiante, no permita esperar a que surtan efecto los remedios jurisdiccionales ordinarios. Esta última circunstancia pone de relieve el carácter eminentemente sumario del recurso de amparo, cuya tramitación no se aviene bien con la práctica de diligencias probatorias lentas y complejas, o con la necesidad de entrar previamente a examinar —con carácter declarativo— si existen en realidad o no derechos de rango infraconstitucional que las partes citen como parte del elenco fáctico del recurso de amparo o del informe de ley, según sea el caso (véase, en este sentido, las sentencias números 1998-8632, 2010-7000, 2012-12875 y 2004-3431).

Una vez que la Sala Constitucional declara admisible el recurso, concede audiencia a la autoridad recurrida por el plazo de tres días hábiles a fin de que rinda el informe correspondiente. En aquellos casos donde el recurrido sea una autoridad estatal, este será rendido bajo fe de juramento y cualquier inexactitud o falsedad hará incurrir al funcionario en las penas de perjurio o falso testimonio (art. 44 LJC). En la resolución de curso, la jurisdicción constitucional podrá, dependiendo del caso en concreto, ordenar la suspensión del acto impugnado o dictar alguna medida cautelar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la LJC. Lo anterior es una de las características principales del amparo costarricense que lo diferencian de otros ordenamientos constitucionales que tienen este instituto.

Las sentencias de la Sala Constitucional tienen efectos vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma, de conformidad con el artículo 13 de la LJC, motivo por el cual lo ordenado en la resolución de un recurso de amparo es de acatamiento obligatorio por parte de las autoridades recurridas y, en caso de que no cumplan, se puede testimoniar piezas al ministerio público. La ejecución de los daños y perjuicios, así como de las costas procesales, es competencia si se trata de una autoridad estatal de la jurisdicción contenciosa administrativa y en caso de un sujeto de derecho privado de la jurisdicción civil.

La tramitación y resolución de los recursos de amparo se resuelven en tiempos relativamente cortos y céleres, pues en promedio transcurre menos de un mes entre la interposición y el dictado de la sentencia. El recurso de amparo es el mejor puente que tiene el ciudadano para acercarse a la *costituzione vivente*. La importancia de la Sala Constitución no solo radica en el dictado de sentencias de gran trascendencia a nivel nacional, de esas que hacen mella en todos los medios de comunicación, sino también, y principalmente, en la resolución de recursos de amparo donde está de por medio un ser humano, un administrado a quien se le han vulnerado arbitrariamente sus derechos. Ese

niño con discapacidad que no ha tenido acceso a la educación que merece; ese adulto mayor a quien no se le brinda una atención médica pronta; esa persona gravemente enferma que no tiene acceso a sus medicamentos o una atención médica celeré; ese ciudadano que debe soportar malos olores en su casa-habitación por el funcionamiento de un relleno sanitario; ese privado de la libertad que vive en condiciones de hacinamiento contrarias a la dignidad humana, y así muchos casos que hacen que merezca y valga la pena de existencia de esta *giurisdizione della libertà*.

El modelo de amparo costarricense permite, sin lugar a dudas, un acceso directo y efectivo a la justicia constitucional de toda aquella persona que considere que se le está vulnerando un derecho fundamental reconocido en el parámetro de constitucional o convencional, y sin lugar a dudas es un referente a nivel internacional.

Haideer Miranda Bonilla

49. 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; esta 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 esta.

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 estas 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 jurisdiccio-

nales 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 este 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, estas 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

50. AMPARO (JUICIO SUMARÍSIMO)

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 Cancillería de México —tribunal superior de justicia novohispana— una nueva modalidad de amparo que se apartaba 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 Cancillería 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 identificadores 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 trasmite 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

51. AMPARO (LATINOAMÉRICA)

Bajo la voz amparo se conoce en Latinoamérica a un proceso rápido orientado a alcanzar protección judicial de los derechos constitucionales frente a las lesiones o amenazas que deriven de actuaciones u omisiones de autoridades públicas o de otros sujetos particulares.

En cualquier estudio de esta institución en América Latina, México constituye una referencia inevitable. En la Constitución del estado de Yucatán

(1841) y luego en la Constitución federal de dicho país (1857), se introdujo por primera vez la figura en el más alto nivel de la organización jurídica. No obstante, debe alertarse que, pese a esa precedencia histórica, el amparo mexicano difiere de lo que acontece en los demás países iberoamericanos. Mientras que en México el amparo comprende varios procesos diferenciados, en aquellos últimos el amparo propiamente dicho se distingue del *habeas corpus*, de la acción de inconstitucionalidad y de los recursos contra las sentencias. También hay diferencias en la evolución que han registrado cada uno de esos institutos.

La denominación predominante es la de amparo, pero también se han adoptado otras de similares connotaciones. Chile lo llama recurso de protección y Colombia acción de tutela. Comprensibles razones lingüísticas llevaron a Brasil a denominarlo *mandado de segurança* (mandamiento o mandato de seguridad). Algunos países lo consideran una acción, otros un recurso o una garantía. La Constitución de Argentina (art. 43) y de Perú hablan de acción (art. 200); la de Bolivia (art. 19) y la de Costa Rica (art. 48) de recurso; la de Honduras de garantía y recurso (art. 183); la de Panamá de “recurso de amparo de garantías constitucionales” (art. 50).

La tendencia a su consagración expresa en los textos constitucionales iniciada —como se dijo— por México se fue extendiendo paulatinamente por todo el continente. Así, el amparo fue introducido durante el siglo XIX en las constituciones de Guatemala (1879), El Salvador (1886) y Honduras (1894). Durante el siglo XX, en las constituciones de Nicaragua (1911), Brasil (1934), Panamá (1941), Costa Rica (1949), Venezuela (1961), Bolivia, Ecuador, Paraguay (1967), Perú (1979), Chile (1980) y Colombia (1991). En Argentina, el instituto tuvo una tardía constitucionalización (1994), pero desde 1957, los precedentes de la Corte Suprema de dicho país la habían reconocido y el legislador había sancionado una ley (1966). Entrado el siglo XXI, la República Dominicana, por último, lo hizo en 2010. Uruguay aún no la contempla expresamente en la Constitución, pero se encuentra legislada (1988) y, tanto los tribunales como los autores, la consideran implícitamente consagrada en aquella.

Pero además de las disposiciones constitucionales —algunas de marcada extensión y vocación reglamentista (México), otras más lacónicas (Argentina, Colombia, Perú)—, distintos cuerpos normativos regulan de manera más sistemática la institución, disponiendo sobre el órgano judicial competente los requisitos de la demanda, la legitimación activa y pasiva, las medidas cautelares admisibles, los plazos, la sentencia y su ejecución, entre otros aspectos relevantes.

En cuanto a los órganos competentes, por regla son los jueces de primera instancia, sin perjuicio de la posterior intervención que les corresponda, en vía de apelación, a los órganos judiciales de mayor jerarquía. Algunos países le asignan competencia a su Corte Suprema, como es el caso de Costa Rica, a través de su Sala Constitucional; otros, como Chile, a las Cortes de Apelaciones. En ambos casos, las soluciones son criticadas y se propicia la intervención de instancias judiciales inferiores. En los países federales (Argentina, Brasil y México) se presentan algunos conflictos con las jurisdicciones locales o estatales. En Argentina, el amparo federal y el amparo local —estos últimos reglados por la legislación de cada uno de los Estados— conviven tradicio-

nalmente sin mayores dificultades. En México, en cambio, solo recientemente el amparo federal enfrenta los desafíos de los amparos locales y de entidades federativas más activas en la elaboración de su propio derecho procesal constitucional.

En cuanto a los derechos protegidos, tradicionalmente el amparo tutela todos los derechos, a excepción de la libertad ambulatoria, cuya protección está confiada al *habeas corpus*. Un conjunto de países también deja al margen del amparo la tutela de los denominados datos personales que se resguardan mediante la figura del *habeas data* (Argentina, Brasil, Colombia, Perú, entre otros). México es nuevamente la excepción, pues la figura es omnicompreensiva de todos los derechos: así, lo que motivaría un amparo en este último, autorizaría un *habeas corpus* en Argentina, Brasil, Colombia, Perú, etcétera.

En materia de conductas impugnables, suelen coincidir los textos en cuanto a que es admisible el cuestionamiento de los actos y las omisiones, pero no todos admiten —como históricamente lo hizo México— “el amparo contra leyes” o el “amparo contra sentencias”. En el primer caso, las jurisdicciones latinoamericanas consagran, por regla, a la acción de inconstitucionalidad como el mecanismo que debe emplearse para su impugnación. Sin embargo, excepcionalmente se admite el amparo contra una ley si, por ejemplo, se trata de normas de acción automática —autoaplicativas— de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación (Costa Rica). En el segundo caso, el amparo resulta generalmente excluido (Argentina, Costa Rica, Uruguay) pero será admisible, también con carácter excepcional, *verbi gratia*, respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva (Perú).

La legitimación activa está en cabeza del afectado personal y directo o, en términos clásicos, del titular de un derecho subjetivo. Se admite en muchos casos la intervención de asociaciones o de ciertos funcionarios, como el ministerio público o el defensor del pueblo. Los criterios se han ido ampliando y, además, frente al amparo clásico o individual se han ido abriendo las puertas de un amparo colectivo (Argentina, Brasil, Colombia) que ensancha el universo de legitimados activos. Por otro lado, la legitimación pasiva históricamente se vio limitada a la autoridad pública, tal como sucedía en México. Argentina encabezó tempranamente (1958) el modelo más amplio, incluyendo también a los particulares como sujetos pasivos. Esta es la tendencia que domina al mapa de América Latina con ligeras variantes. Algunas legislaciones admiten el amparo independientemente de la condición que revista el particular (Argentina, Bolivia, Ecuador, Perú, Uruguay) y otras habilitan la acción si se trata de particulares que ejercen funciones públicas, como los concesionarios de servicios públicos u otras situaciones análogas (Colombia, Costa Rica, México).

Las medidas cautelares están reconocidas en todos los ordenamientos, pues hacen a la eficacia de la intervención judicial. Están sujetas a que se acredite la apariencia de buen derecho, el peligro en la demora y a que su dictado no afecte el interés público. Se admitieron históricamente aquellas de contenido suspensivo —habitualmente, la suspensión de los efectos del acto reclamado— pero paulatinamente, al advertirse la insuficiencia de estas, los tribunales comenzaron a emitir mandatos cautelares con conteni-

do positivo. Estas son singularmente importantes en los procesos dirigidos contra las omisiones, pues una eficaz protección —aunque sea en la etapa cautelar— exige vencer la inactividad que afecta los derechos constitucionales.

La mayoría de los países establecen plazos reducidos para el ejercicio de la acción, que oscilan entre los 15 y los 60 días, contados a partir de que el acto se ejecuta, se debió o se trata de ejecutar, o se tuvo conocimiento de aquel (Argentina, Perú, Uruguay). Algunas legislaciones llevan a seis meses dicho plazo (Bolivia); otras, para ciertos casos, no establecen ninguno (Colombia).

Un último aspecto que merece destacarse es que el amparo aparece en muchas jurisdicciones como un remedio judicial que puede emplearse solo siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos o, con otra expresión, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Uruguay).

En América Latina, la mayoría de los países han reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La jurisprudencia de esta es singularmente gravitante en el orden interno y ello ha conducido a que, más allá de las particularidades en su regulación, se vaya consolidando la idea de que el amparo tiene por nota más característica la de ser un proceso constitucional rápido, sencillo y eficaz.

Carlos A. Vallefin

52. 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

53. AMPARO (MEDIDAS DISCIPLINARIAS)

La teoría general del proceso instituye al juez como el sujeto principal de la relación jurídica procesal, pues se traduce en el órgano del Estado en quien se deposita el deber y responsabilidad de dirigir aquel hasta lograr su regular

conclusión y dictar la resolución que en derecho corresponda. Para cumplir ese cometido, el juzgador cuenta con diversas facultades, entre las que destaca la de control sobre la conducta de las partes e incluso respecto del actuar de los propios funcionarios judiciales a su cargo.

En efecto, las *medidas o correcciones disciplinarias* son aquellas sanciones que pueden imponer los titulares de los órganos jurisdiccionales a las partes, a los abogados, a los apoderados, así como a cualquier asistente al juzgado o tribunal, para mantener el respeto y el buen comportamiento dentro de estos o del lugar donde se celebren las audiencias, con la finalidad de permitir el libre y ordenado desarrollo de las actividades jurisdiccionales. Se trata de una herramienta procesal cuya función consiste en mantener el decoro y orden en los juicios, reprimiendo actitudes de falta de respeto tanto hacia las instalaciones del recinto judicial como en la interacción del juzgador con las partes y terceros.

Cabe destacar que la indisciplina a sancionar puede suscitarse no solo en la actitud irrespetuosa o injuriosa mostrada por las partes o terceros durante las audiencias y comparencias, sino también en el discurso —lenguaje— utilizado en los escritos presentados en juicio.

Ahora, la Ley de Amparo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013 incorporó por primera vez un capítulo especial que regula las medidas disciplinarias disponibles para que los órganos jurisdiccionales de amparo mantengan el orden en los juzgados o tribunales.

Si bien la referida ley de la materia es innovadora en prever expresamente la figura de medidas disciplinarias, tal situación no implica que antes de su vigencia los juzgadores constitucionales carecieran de esa facultad disciplinaria, pues podían acudir supletoriamente al Código Federal de Procedimientos Civiles.

Al respecto, para entender la incorporación de esta institución en el orden jurídico nacional por parte del Poder Reformador, conviene hacer alusión a la exposición de motivos del antecedente inmediato que regulaba las medidas disciplinarias dentro del juicio de amparo, esto es, el Código Federal de Procedimiento Civiles de 1942, ordenamiento que fue supletorio de la Ley de Amparo de 1936.

Así, se advierte que el objetivo del legislador al establecer medidas disciplinarias estribó en facilitar a los juzgadores federales el mantenimiento de la disciplina interna en los órganos jurisdiccionales.

Otro aspecto importante que ponderó el creador de la norma fue que aquellas personas a las que se les impusiera una corrección disciplinaria se respetara su derecho de audiencia ante el mismo titular del órgano jurisdiccional que la decretó, para que este reconsiderara su determinación, pues podían darse casos en los que no existiera una verdadera justificación para imponer una sanción de tal naturaleza.

Lo anterior se robustece con la doctrina jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde la Quinta Época, la cual revela que las medidas disciplinarias han sido aplicadas por parte de los juzgadores en el juicio de amparo, aun cuando estas no estuvieran reguladas propiamente en la legislación de la materia, bajo la aplicación supletoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Código Federal de Procedimientos Civiles. Esta situación revela la importancia y necesidad de

estas medidas de control dentro de los procedimientos de amparo, las cuales son un instrumento procesal indispensable para la labor de los juzgadores constitucionales.

Ahora, la Ley de Amparo en vigor en su artículo 236 establece que a fin de mantener el orden y exigir respeto los jueces de amparo, según su prudente apreciación y de acuerdo con la conducta realizada, podrán imponer a las partes y/o demás asistentes a las instalaciones de los órganos jurisdiccionales, previo apercibimiento, cualquiera de las siguientes medidas disciplinarias: *i*) multa, y *ii*) expulsión del recinto judicial o del lugar donde se celebre la audiencia.

Debe acentuarse que la ley no establece las faltas en que pueden incurrir las partes, por lo que indudablemente se deja al criterio de los juzgadores la conducta a sancionar, quienes deberán hacerlo con una prudente apreciación de los hechos. Asimismo, la imposición de las medidas disciplinarias no corresponde necesariamente al orden en que se enumeran en el referido precepto legal, sino de acuerdo con la gravedad de la falta que se cometa y su idoneidad para reprimirla, siempre previo apercibimiento de su fijación.

Cabe señalar que el párrafo segundo del artículo 236 de la Ley de Amparo establece que los órganos jurisdiccionales, para mantener el orden y exigir respeto, solicitarán auxilio a las autoridades policíacas, federales, estatales y municipales, quienes estarán obligadas a prestarlo.

En ese orden de ideas, en cuanto a la imposición de multa, su graduación se encuentra prevista en los artículos 238 y 259 de la Ley de Amparo; numerales de los cuales se desprende que las multas se impondrán a razón de días de salario mínimo general vigente en la Ciudad de México (actualmente unidades de medida y actualización) al momento de realizarse la conducta sancionada, las cuales irán de los 50 a los 1 000 días —unidades—. Huelga decir que la Ley de Amparo de manera excepcional prevé que cuando el infractor sea jornalero, obrero o trabajador, la multa no podrá exceder de su jornal o salario de un día.

Asimismo, debe puntualizarse que la Ley de la materia no prevé un procedimiento para impugnar la determinación de los juzgadores al imponer las multas como medidas disciplinarias, por lo que es de observarse supletoriamente el artículo 56 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual dispone que dentro de los tres días de haberse hecho saber una corrección disciplinaria a la persona a quien se hubiere impuesto, podrá esta pedir, ante el mismo tribunal, su garantía de audiencia. Ello para que el tribunal lo cite, dentro de los ocho días siguientes, a una audiencia, en la que después de escuchar lo que expusiere en su descargo, resuelva en el mismo acto lo relativo a la medida disciplinaria, sin ulterior discurso.

Por último, conviene precisar que las medidas disciplinarias no deben confundirse con las medidas de apremio, porque las primeras derivan del poder disciplinario de los juzgadores y tienen como finalidad mantener el orden y el respeto en los órganos jurisdiccionales; mientras que las segundas derivan del poder ejecutable de las determinaciones judiciales y tienen como propósito el cumplimiento de las resoluciones que se dicten dentro del juicio.

José Fernando Franco González Salas
Roberto Fraga Jiménez
José Francisco Reyna Ochoa

54. AMPARO (MÉXICO)

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 restructuración 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 legitimación 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 inculpad 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

55. AMPARO (OBJETO DEL)

De acuerdo con el *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.

Teórica. 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, este 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

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

56. AMPARO (RECURSOS)

En general, los recursos son medios de impugnación que la ley otorga a las partes para atacar las resoluciones emitidas por un órgano del Estado en un procedimiento.

En materia de amparo, según el artículo 80 de la ley reglamentaria, en el juicio solo se admitirán los recursos de revisión, queja y reclamación, y tratándose del cumplimiento de sentencias, el de inconformidad.

Por lo que respecta al recurso de revisión, es el medio de impugnación establecido en la Ley de Amparo para el caso de que el recurrente considere que se le ha causado un agravio, entendido este como todo menoscabo, lesión, ofensa, daño, perjuicio o afectación indebida en su esfera jurídica, en su persona o en su patrimonio, siempre que sea material y objetivamente apreciable por la actividad u omisión del órgano jurisdiccional que esté conociendo de un asunto o haya tenido conocimiento de él.

Su objetivo es que un órgano superior, sea un tribunal colegiado de circuito o la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso de excepción que prevé el artículo 83 de la Ley de Amparo, examine la resolución dictada por el inferior para obtener una mejoría jurídica de la resolución impugnada, ya sea por revocación o modificación, pero de no justificarse legalmente el agravio mediante la expresión de los motivos de inconformidad que haga valer el recurrente y en el caso del principio de estricto derecho en que no deba suplirse la deficiencia de los mismos, el tribunal revisor habrá de confirmar en sus términos, el acto materia del recurso.

Además, se prevé que la parte que obtuvo resolución favorable en el juicio de amparo puede adherirse a la revisión interpuesta por otra de las partes; en tanto que la adhesión al recurso sigue la suerte procesal de este.

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.

Los supuestos de procedencia y sustanciación de este medio de impugnación están contemplados en los artículos 81, 82, 83, 84, 85 y 87 de la Ley de Amparo.

Por cuanto ve al recurso de queja, se define como el medio de impugnación establecido en la Ley de Amparo con una gran variedad de supuestos en que se pueden corregir los actos de los jueces de distrito (en amparo indirecto) y de las autoridades responsables (en amparo directo), que no admitan expresamente el recurso de revisión, en caso de que el recurrente considere que se le ha causado un agravio, entendido este como todo menoscabo, lesión, ofensa, daño, perjuicio o afectación indebida en su esfera jurídica, en su persona o en su patrimonio, siempre que sea material y objetivamente apreciable con moti-

vo de la actividad u omisión del órgano jurisdiccional que esté conociendo de un asunto o haya tenido conocimiento de él.

Su objetivo es que un órgano superior se sustituya en el conocimiento de la materia de la impugnación y examine la resolución dictada por el inferior para obtener una mejoría jurídica, sea por revocación o modificación en que se declare fundado el recurso, y de no justificarse legalmente el agravio mediante la expresión de los motivos de inconformidad que haga valer el recurrente, en cumplimiento al principio de estricto derecho en que no deba suplirse la deficiencia de la queja, el tribunal revisor habrá de declararlo infundado.

Los supuestos de procedencia de este medio de impugnación se encuentran contemplados en el artículo 97 de la Ley de Amparo.

Por lo que hace al recurso de reclamación, se define como un medio de defensa en el juicio de garantías que la ley concede a las partes para impugnar los acuerdos y providencias que se pronuncian durante el trámite de los asuntos de carácter jurisdiccional, por el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por los presidentes de sus salas o de los tribunales colegiados de circuito, con el objeto de poner un asunto en estado de resolución.

Por consiguiente, la materia del citado recurso está constituida precisamente por el acuerdo de trámite impugnado, que puede y debe ser examinado en su legalidad por cuanto a los fundamentos y consideraciones en que se sustenta, solo a través de los agravios expresados por el recurrente, como lo prevé el artículo 104 de la Ley de Amparo.

Este recurso se resuelve de plano por el órgano jurisdiccional que debe conocer del fondo del asunto, es decir, sin abrir incidente alguno y sin dar intervención a las demás partes en el juicio de garantías, el ponente será un ministro o magistrado distinto de su presidente.

El recurso se puede interponer por cualquiera de las partes; además, si se estima que el recurso fue interpuesto sin motivo, se puede imponer al recurrente una multa.

Finalmente, el recurso de inconformidad es el medio para impugnar las resoluciones de los tribunales de amparo, contra: *a*) resoluciones que tienen por cumplida la sentencia de amparo (art. 201, frac. I, Ley de Amparo); *b*) resoluciones que declaran la existencia de imposibilidad material o jurídica para ejecutar la sentencia de amparo, y las que ordenan el archivo definitivo del asunto (art. 201, frac. II, Ley de Amparo); *c*) resoluciones que declaran sin materia, o infundada la denuncia de repetición de los actos reclamados (art. 201, frac. III, Ley de Amparo), y *d*) resoluciones que declaren infundada o improcedente la denuncia por incumplimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad (art. 201, frac. IV, Ley de Amparo).

Referente al recurso de inconformidad previsto en el artículo 201, fracción I, de la Ley de Amparo, es de primordial importancia, ya que garantiza que el juicio de amparo sea un medio de defensa efectivo para la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, de manera que la inconformidad planteada respecto de la resolución que declara cumplida la ejecutoria protectora, en el marco de este recurso, debe entenderse como un cuestionamiento a la eficacia reparadora del juicio de amparo en el caso concreto.

Por tanto, al resolver el recurso de inconformidad deben analizarse los derechos humanos que explícita o implícitamente se declararon violados en la ejecutoria; las medidas y lineamientos tomados por la autoridad responsable, los que deberán ser idóneos para lograr la reparación de las violaciones declaradas en la ejecutoria, y el cumplimiento total y estricto de tales medidas y lineamientos por parte de la autoridad responsable, siendo que unas y otros se presumen constitucionalmente idóneos para lograr la reparación de las violaciones declaradas en la ejecutoria.

Por otra parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó, al resolver la Contradicción de tesis 272/2016 que dio origen a la jurisprudencia 23/2018, de rubro “Recurso de inconformidad. Procede contra el acuerdo del juez de distrito en el que declara que existe imposibilidad material o jurídica para cumplir la ejecutoria de amparo” (Tesis jurisprudencial publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Lib. 58, septiembre de 2018, t. I, p. 274), que cuando el juez de distrito considera que una sentencia de amparo indirecto es de imposible cumplimiento, si no se interpone recurso de inconformidad, debe enviar los autos al tribunal colegiado de circuito para que emita la resolución en la que determine sobre la existencia de la imposibilidad para el cumplimiento, a efecto de que sea revisada por un órgano superior.

Emma Meza Fonseca

57. 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 pretenden 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 estos 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 elec-

trónicos, 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 estos 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

58. AMPARO (SIMPLIFICACIÓN DE LAS SENTENCIAS)

La sentencia es un documento en el que se da cuenta de lo acontecido en el procedimiento, desde los antecedentes que originaron el juicio de amparo, así como el de origen, la competencia del órgano jurisdiccional, la fijación y certeza del acto, las causales de improcedencia y el estudio de los conceptos de violación. En ella se contiene la decisión final de la litis constitucional. Es importante recordar que en amparo no solo se dictan sentencias de primera instancia en las vías indirecta y directa, sino también en segunda instancia al resolver los distintos recursos previstos en la ley, tales como la revisión, queja, reclamación e inconformidad. La variante entre las de primera y segunda instancia es sin duda el acto que se estudia, por lo que en estas últimas, la procedencia se refiere a la legitimación, oportunidad y procedencia del recurso, aunado a que los argumentos que se estudian se llaman agravios.

El contenido de las sentencias refleja la necesidad de plasmar en ellas los fundamentos y motivos de la decisión del órgano jurisdiccional, en cumplimiento al principio de legalidad contenido en los artículos 14 y 16 constitucionales. En razón de ello, la simplificación de las sentencias, entendido como

el ejercicio mediante el cual las resoluciones se convierten en documentos de fácil entendimiento y acceso, se encuentra íntimamente ligado con la obligación de fundar y motivar los actos de autoridad.

Sin afán de realizar un estudio histórico (el cual desbordaría la intención de la presente voz) resulta relevante referir a la primera sentencia de amparo en 1849, que fue redactada con sencillez y de manera breve en dos cuartillas, mientras que en la actualidad las sentencias de amparo son más extensas. Es cierto que ello atiende a un cambio en la impartición de justicia y la complejidad que ahora existe para lograr esa adecuada fundamentación y motivación, aunado a que la ciudadanía es cada vez más crítica y exigente, lo que obliga a que las resoluciones sean cada vez más exhaustivas, con la finalidad de no dejar dudas, dar claridad y evitar el mínimo de indefensión.

No obstante, la claridad de las resoluciones no necesariamente implica exhaustividad, sino que dicha resolución eficaz depende más del principio de asertividad, por lo que precisamente el reto de la simplificación se encuentra en lograr emitir sentencias que prescindan de elementos que rebusquen los planteamientos y que logren resolver problemas complejos de manera simple, sin que sea necesario plasmar en ellas todos y cada uno de los aspectos de solución posible.

La búsqueda de la simplificación de las sentencias es necesaria para que cualquier ciudadano, con independencia de sus conocimientos jurídicos y técnicos, pueda sin mayor dificultad comprender el contenido y alcance de una sentencia de amparo. Sin duda, el artículo 17 de la Constitución y el principio que consagra de “acceso efectivo a la justicia”, serían mejor honrados con sentencias más claras y más breves, que eviten el uso de tecnicismos, transcripciones y argumentaciones innecesarias.

Algunos de los elementos que deben tomarse en cuenta para la simplificación de las sentencias de amparo obliga a considerar, entre otras, las siguientes cuestiones:

1. *Estructura de las sentencias de amparo.* Una sentencia debe ser reflejo de lo ocurrido en el juicio de amparo; en razón de ello, cada órgano deberá bajo su discrecionalidad seleccionar aquellos elementos que resulten necesarios para explicar el origen de la decisión, las premisas y las conclusiones. Sin duda existen elementos que resultan imprescindibles, como la justificación de la competencia del tribunal, pero otros, como los antecedentes, dependerán de la decisión final. Sin duda, una de las cuestiones dentro de la estructura que se antoja cuestionable es la referencia expresa a los conceptos de violación o los agravios. En ocasiones se transcriben en las sentencias, después se resumen y posteriormente, al responderlos, se hace nuevamente referencia a ellos haciendo un documento extenso y difícil de leer. En razón de ello, al obrar los conceptos de violación o los agravios en el expediente mismo, no se considera indispensable su transcripción, como parte de la estructura de la sentencia, sino que el órgano, bajo su discrecionalidad judicial, deberá entender la cuestión efectivamente planteada, desentrañar la causa de pedir y pretensión de la parte quejosa, conforme a lo cual dará respuesta a los argumentos. Así, prescindir de este tipo de transcripciones en la estructura de la sentencia resulta de gran utilidad.

2. *Complejidad de las sentencias de amparo.* La actual complejidad puede ser el resultado de diversos factores, entre los que se encuentran los siguientes:

a) *El tipo de asunto.* Un caso complicado normalmente da lugar a una sentencia compleja, ya sea por su extensión, por la cantidad de puntos controvertidos respecto de los que tiene que pronunciarse el órgano jurisdiccional, por las referencias doctrinales o jurisprudenciales a las que hay que recurrir para resolver, o por las diversas transcripciones o reproducciones que debe contener.

b) *En los resultandos de la sentencia.* Cuando en el asunto de que se trate exista pluralidad de quejosos, autoridades responsables, terceros perjudicados y/o actos reclamados; se haya declarado incompetente el tribunal al que originalmente correspondió su conocimiento; exista algún trámite respecto de la acumulación del asunto en cuestión, cuando se trata de amparos indirectos; la concesión de un amparo previo, entre otros.

c) *En los considerandos de la sentencia.* Derivado de la pluralidad de actos reclamados o autoridades responsables, la existencia de diversas causales de improcedencia o sobreseimiento en la litis; conceptos de violación voluminosos o que impliquen el estudio de aspectos novedosos respecto de los que no existan precedentes o jurisprudencia y la concesión del amparo solicitada para muy variados y distintos efectos.

d) *En los puntos resolutivos.* También, debido a la pluralidad de partes, actos o elementos accidentales, como imposición de multas; vista al ministerio público o al Consejo de la Judicatura Federal.

De estos elementos puede advertirse claramente que la responsabilidad en la simplificación de las sentencias no solo recae en el órgano jurisdiccional, ya que desde luego está obligado a resolver la cuestión efectivamente planteada de manera simple; sin embargo, el planteamiento de la parte quejosa, la respuesta en el informe justificado de las autoridades responsables y la intervención de los terceros interesados a través de alegatos o amparo adhesivo implica también un ejercicio de claridad y sencillez en el planteamiento. No debe olvidarse que la sentencia es una reacción al planteamiento de un particular, por lo que una sentencia sencilla puede lograrse con una litis planteada de forma sencilla.

3. *Formalidades a las que están sujetas las sentencias de amparo.* Hasta aquí se ha dicho que la sentencia es un documento que debe reflejar lo acontecido en el procedimiento, por lo que para la emisión de una resolución clara se requiere la responsabilidad del órgano jurisdiccional y las partes, así como las posibles complejidades que puedan presentarse. Aunado a ello, debe tomarse en cuenta que existen formalidades esenciales a las que se encuentran sujetas ese tipo de resoluciones judiciales. De acuerdo con su fuente, dichas formalidades pueden clasificarse en:

i) *Constitucionales*, contenidas en los artículos 14, 16 y 17 (autoridad competente, fundamentación y motivación, etcétera).

ii) *Legales*, contenidas en el artículo 74 de la Ley de Amparo. Es útil también considerar los artículos 219 y 222 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aunque la supletoriedad de estos últimos puede ser cuestionable.

iii) *Jurisprudenciales*, contenidas en las interpretaciones que realizan la Suprema Corte o los tribunales colegiados.

Conforme a estas reglas y formalidades, no se puede pretender simplificar una sentencia a costa de contravenir alguno de los preceptos constitucionales o legales que las regulan en cuanto a su forma y requisitos. Por tal motivo, las

propuestas de simplificación que se hagan tendrán siempre como presupuesto el cumplimiento estricto de las leyes aplicables, en tanto no es aceptable una sentencia simplificada pero ilegal.

4. *Estrategias de simplificación de las sentencias de amparo.* Algunas ideas que pueden ayudar a cumplir la simplificación de las sentencias son las siguientes: *i)* incluir solo antecedentes que resulten indispensables para la resolución del fallo, y obviarlos cuando el sentido de la sentencia no requiera de ellos; *ii)* evitar transcripciones o reproducciones de casi la totalidad de las constancias procesales, por lo que, en lugar de ello, puede utilizarse una síntesis que abarque lo planteado en el documento original; *iii)* incentivar el estudio conjunto de argumentos que tengan íntima vinculación; *iv)* el uso de notas de pie de página, o incluso al final del documento, es una herramienta para hacer referencia a la ubicación de datos o información de innecesaria reproducción; al igual que para referencias doctrinales, legales o jurisprudenciales que no sean esenciales para dar contestación a los conceptos de violación; *v)* citar las tesis aisladas o de jurisprudencia que sean aplicables al caso, evitando transcribir aquellas cuyo contenido sea esencialmente igual; *vi)* evitar abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales sobre conceptos jurídicos generalmente conocidos, tales como: interés jurídico, legitimación, improcedencia del amparo, fundamentación y motivación, entre otras; *vii)* eliminar o, al menos, reducir a lo indispensable los argumentos que se incluyan a nivel de “a mayor abundamiento” o “suponiendo sin conceder”; *viii)* evitar el uso de formatos y fórmulas tradicionalmente aceptadas que llevan a la construcción de proyectos extensos.

Estas son unas propuestas mínimas para lograr sentencias accesibles y claras, pero debe recordarse que ello depende de la voluntad tanto de las partes como del órgano jurisdiccional, ello sin olvidar que la simplificación no se debe confundir con la tolerancia a evitar el estudio de argumentos, pues simplificar no es excusa para emitir resoluciones de baja calidad jurídica, incompletas o carentes de fundamentación y motivación. De hecho, se requiere un mayor esfuerzo para generar sentencias breves y claras, por lo que debe operar la máxima de que “lo bueno y breve es doblemente bueno”.

Jorge Mario Pardo Rebolledo

59. AMPARO ADHESIVO

Es un medio de impugnación extraordinario y accesorio. En aras de su comprensión cabe explicar que, cuando el insatisfecho con una sentencia definitiva, laudo o resolución finalizadora del juicio interpone amparo directo, recibe el nombre de quejoso y puede plantear conceptos de violación procesales, formales y de fondo. Los primeros exponen irregularidades procesales y en ocasiones es necesario explicar por qué trascendieron en la solución del caso; los segundos postulan generalmente desatenciones a los principios de congruencia y exhaustividad, mientras que los últimos plantean errores en el análisis sustantivo del asunto o la inconstitucionalidad de normas generales. Su objetivo es obtener una sentencia que otorgue el amparo y deje insubsistente la resolución atacada, llamada “acto reclamado”. Este amparo se denomina amparo directo principal.

En contracara, el amparo directo adhesivo busca conservar el fallo y está en manos del tercero interesado. En términos de los artículos 5, fracción III,

inciso b) y 175 de la Ley de Amparo (LA), tienen ese carácter, sin distinción, la contraparte del quejoso en el expediente de origen y, en materia penal, el ministerio público que intervino en el proceso penal; no obstante, interpretaciones jurisprudenciales precisaron que el ministerio público adscrito a la autoridad responsable, así como la autoridad demandada en el juicio contencioso administrativo federal o local, carecen de legitimación para promoverlo. A estos supuestos cabe añadir el de los codemandados, pues comparten el interés del quejoso principal.

En términos de los artículos 181, 182 y 31, fracción II, de la LA, la demanda adhesiva se presenta ante el Tribunal Colegiado de Circuito (TCC) o la oficina de correspondencia común, en el plazo de 15 días posteriores a que surte efectos la notificación del auto admisorio del amparo principal. Esta notificación se realiza a través de lista. Cabe agregar que según la jurisprudencia P./J. 62/2014 (10a.), es conveniente que el órgano competente señale “expresamente en el auto admisorio que estas [las partes] pueden formular alegatos o interponer amparo adhesivo y el plazo para tal efecto”, aunque de omitirlo, el auto es válido. La jurisprudencia P./J. 15/2017 señala que la presentación ante otra autoridad no interrumpe el plazo para interponerlo, precisión relevante, pues aunque se podía derivar de la ley, en la práctica es común que se haga ante la propia autoridad responsable.

El amparo adhesivo se tramita en el propio expediente y se resuelve conjuntamente. La norma reglamentaria no contempla el emplazamiento expreso de la autoridad responsable, situación por la que algunos autores sugieren que debería ser notificada y requerírsele un segundo informe justificado, aunque desde mi perspectiva esto sería innecesario. La decisión debe reflejarse en los puntos resolutivos de la sentencia, precisando si el amparo adhesivo se sobreesee, se declara sin materia o bien, otorgándolo o negándolo.

Su técnica se ha ido construyendo jurisprudencialmente. Los primeros pronunciamientos, acuñados previamente a la actual norma reglamentaria, señalaban que si los conceptos de violación del amparo directo principal no prosperaban, el adhesivo quedaba sin materia. Tras la LA de 2013, a través de las tesis 2a./J. 134/2014 (10a.) y 1a./J. 49/2014 (10a.), las salas definieron que el adhesivo quedaba sin materia cuando el amparo principal no prosperase por cuestiones procesales o cuando los conceptos de violación fueren desestimados. Luego, en su contradicción 136/2014, la Primera Sala consideró que debía negarse cuando los argumentos tan solo combatieran los conceptos de violación del contrario. Estableció que el contenido de la argumentación era algo ajeno al análisis de su procedencia, “no obstante que el desarrollo lógico-jurídico del quejoso adherente se aparte de la finalidad y el objetivo de la acción de amparo adhesivo”.

Más tarde, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en la contradicción de tesis 483/2013, sostuvo que los requisitos de procedencia del amparo adhesivo son que el adherente haya obtenido sentencia favorable y tenga interés jurídico en que subsista, pero además, el TCC debe “verificar de forma preliminar que se traten de fortalecer las consideraciones vertidas en el fallo recurrido o, en su caso, analizar las constancias de autos y determinar si existen violaciones al procedimiento que pudieran afectar las defensas del adherente”. Esto porque el promo-

vente al formular sus conceptos de violación adhesivos debe ajustarse al contenido permitido legalmente y plantear: “i) el fortalecimiento de las consideraciones; ii) violaciones procesales que trasciendan al fallo y que pudieran concluir en un punto decisorio que le perjudique, y iii) violaciones en el dictado de la sentencia, que de resultar fundado un concepto de violación en el amparo principal, pudieran afectarle”; de ahí que sea improcedente para impugnar consideraciones de la sentencia así como violaciones procesales que ya sean nocivas. El adherente también puede plantear causales de improcedencia.

Aunque el sobreseimiento es uno de los posibles pronunciamientos, en seguimiento al criterio mencionado, la Segunda Sala estima que, dada su falta de autonomía y carácter excepcional, las causales de improcedencia del artículo 61 de la LA no le son aplicables, salvo su fracción XXIII en relación con los artículos 181 y 182. Esto implica que solo es improcedente por extemporáneo; cuando el promovente pretenda la modificación o revocación de la sentencia, ya que en tal caso su interés no es la subsistencia del acto; o cuando no existan violaciones al procedimiento que estén sujetas a una condición para que pudieran trascender al fallo, sino que ya están afectando sus defensas.

Ahora bien, a pesar de que es necesario que el TCC verifique de forma preliminar los argumentos, en el terreno del amparo directo principal, ciertas personas gozan del beneficio de la suplencia de la deficiencia de la queja. Aunado a esto, el TCC está obligado a escudriñar el expediente en busca de alguna violación procesal no hecha valer (art. 174, último párr.). De ahí que Marroquín Zaleta señale que aquella constatación no puede hacerse en los casos que debe suplirse la queja del adherente. Hay que añadir que pueden presentarse escenarios donde el amparo directo principal se guíe por el principio de estricto derecho y el amparo directo adhesivo por la suplencia de la deficiencia de la queja, como podría ser el área laboral entre patrón y trabajador, respectivamente.

Atento a su regulación, el amparo adhesivo adquiere el carácter de carga procesal para el ganador del juicio ordinario, incluso si su pretensión fue totalmente satisfecha, por lo que ante la promoción del amparo directo principal, está constreñido a promoverlo haciendo valer conceptos de violación procesales, aun cuando, eventualmente, sus planteamientos ni siquiera sean estudiados. Si no lo hace o el TCC no los advierte, cuando proceda suplir la queja, precluye su derecho para plantear violaciones procesales, reputándose consentidas y ya no podrán plantearse en un amparo posterior.

Aunque tales consecuencias han sido rebatidas, la SCJN entiende que actualmente el amparo directo se rige por el principio de concentración, que exige a las partes plantear el mayor número de argumentos en sus demandas principal y adhesiva, mientras que los órganos deben resolver pronunciándose sobre todas las violaciones planteadas y las detectadas oficiosamente. Esto no implica que el estudio de los amparos se reduzca a tales tipos de planteamientos, pues el principio de mayor beneficio recogido en el numeral 189 de la LA, obliga a preferir los conceptos de violación que reporten mayor beneficio para el justiciable; lo cual no debe olvidarse, pues el propósito es paliar el amparo para efectos y privilegiar la solución de fondo de la controversia.

Armando Antonio Badillo García

60. 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 aquellos 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 aquel 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

61. AMPARO COLECTIVO

Una acción colectiva es el medio por el cual un conjunto de individuos, a través de un representante, puede acudir ante los órganos jurisdiccionales en defensa de derechos o intereses de carácter colectivo, o bien, en defensa de derechos o intereses individuales que no encontrarían solución a través de acciones individuales, por lo que las acciones colectivas pretenden la protección de derechos o intereses colectivos en sentido amplio, y la protección colectiva de derechos o intereses exclusivamente individuales.

En torno a los derechos colectivos, la doctrina contemporánea ha conceptualizado, de manera general, al interés supraindividual y, específicamente, a los intereses difusos y colectivos.

Así, los intereses colectivos no deben entenderse como la suma de intereses individuales, sino como su combinación, por ser indivisibles, por cuanto deben satisfacer las necesidades de todos. Por su parte, los intereses difusos se relacionan con aquellas situaciones jurídicas no referidas a un individuo, sino que pertenecen a una pluralidad de sujetos más o menos determinada o indeterminable, que están vinculados únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica que los hace unificarse para acceder a un derecho que les es común.

Esto es, los derechos colectivos corresponden a grupos limitados y circunscritos de personas relacionadas entre sí a causa de una relación jurídica, con una conexión de bienes afectados debido a una necesidad común y a la existencia de elementos de identificación que permiten delimitar la identidad de la propia colectividad; sin embargo, ya sea que se trate de intereses difusos o colectivos, lo trascendental es que, en ambos, todos son titulares de un derecho.

Entre los derechos e intereses que se pretenden proteger por medio de las acciones colectivas se encuentran los llamados “de tercera generación”, por ejemplo, los derechos al medioambiente adecuado, al desarrollo, a la autodeterminación de los pueblos, a la paz, a la salud, al patrimonio histórico y artístico. También se encuentran los derechos de los consumidores frente a determinado tipo de productos, el derecho a la educación, así como aquellos relacionados con los intereses de sociedades como sindicatos, clubes y fundaciones, o contra la publicidad engañosa y las prácticas abusivas en las relaciones de consumo, por actos de discriminación en contra de usuarios de servicios, ya sea por motivo político, racial o religioso, etcétera.

La doctrina procesal coincide en que los elementos de la acción colectiva son los sujetos, la causa y el objeto.

En México, mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de julio de 2010, fue reformado el precepto 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para incluir un tercer párrafo en el que se expresa que el Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas.

La aludida reforma partió del reconocimiento de que algunos derechos difusos y colectivos, por su naturaleza, quedaban fuera del ámbito de protec-

ción de los mecanismos tradicionales de carácter individual, por lo que resultó necesario garantizar a los interesados el acceso a la justicia, para hacerlos efectivos.

A partir de las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011, se prevé expresamente en el artículo 107 constitucional, fracción I, que el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o interés legítimo individual o colectivo.

Por su parte, el numeral 5, fracción I, de la Ley de Amparo vigente a partir del 2 de abril de 2013, establece que es parte en el juicio de amparo, entre otros, el quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo.

De lo anterior se advierte que la tendencia del derecho constitucional es proteger intereses individuales y, además, en ciertos casos, extender la protección a los derechos colectivos, de las masas, o de intereses supraindividuales o masivos, que requieren el ejercicio de una justicia colectiva. Asimismo, los requisitos del amparo colectivo son: *a)* la numerosidad, que se refiere a la existencia de un elevado número de personas cuyos derechos e intereses son afectados por un mismo hecho; *b)* comunión de intereses, esto es, la identidad material de las afectaciones sufridas, y *c)* representatividad de los accionantes.

Las materias tuteladas por el amparo colectivo no son limitativas, sino que pueden constituir todo aquello que sea de interés general, y pueda afectar a un grupo, siempre que se cuente con interés legítimo.

Por otra parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia cuyo rubro establece: “Interés legítimo en el amparo. Su diferencia con el interés simple” (Tesis de jurisprudencia 38/2016, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, lib. 33, agosto de 2016, t. II, p. 690) señala que la reforma al artículo 107 constitucional precitada no puede traducirse en una apertura absoluta para que por cualquier motivo se acuda al juicio de amparo, ya que el constituyente permanente introdujo un concepto jurídico mediante el cual se exige al quejoso que demuestre algo más que un interés simple o jurídicamente irrelevante, esto es, el interés legítimo, que se define como aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra.

Asimismo, en la tesis 2a. LXXXIV/2018 sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con rubro “Sentencias de amparo. El principio de relatividad admite modulaciones cuando se acude al juicio con un interés legítimo de naturaleza colectiva” (*Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 58, septiembre de 2018, t. I, p. 1217) se advierte la determinación de que es posible acceder al juicio de amparo para obtener la protección de los intereses legítimos y colectivos, dado que tanto el interés colectivo como el legítimo comparten como nota distintiva su indivisibilidad, por lo que no pueden segmentarse. De ahí que, si en los intereses colectivos o legítimos la afectación trasciende a la esfera jurídica subjetiva o individual de quien promovió un juicio de amparo, sería

inadmisible suponer que por esa cuestión se niegue la procedencia del medio de control constitucional, pretextándose la violación al principio de relatividad de las sentencias.

Emma Meza Fonseca

62. AMPARO COLECTIVO (LATINOAMÉRICA)

Un repaso de la jurisprudencia actual muestra que, a diferencia de lo que acontecía décadas atrás, un creciente número de procesos no se promueven en defensa de un derecho o interés exclusivamente individual, sino de otros de predominante carácter colectivo, es decir, un sector cada vez más importante de los reclamos judiciales apuntan a alcanzar la protección de derechos o intereses que no pertenecen a una persona determinada sino a un grupo. Este fenómeno enfrenta en nuestros ordenamientos varias dificultades. Una de ellas deriva de la tradición jurídica dominante, que concibe al proceso civil en términos estrictamente individuales, exigiendo la existencia de un derecho o interés personal y directo en el resultado del litigio.

Desde la perspectiva continental europea, Mauro Cappelletti ha explicado que “[...] el derecho al ambiente natural y al respeto de las bellezas monumentales, el derecho a la salud y a la seguridad social, el derecho a no ser aplastado por un caótico desarrollo urbanístico, por una mistificadora publicidad comercial, por fraudes financieros, bancarios, alimenticios o por discriminaciones sociales, religiosas o raciales, todos estos derechos que ahora encuentran un lugar en cada legislación progresista, tienen un carácter ‘difuso’, pertenecen a la colectividad. Continuar, según la tradición individualista de rasgos decimonónicos, remitiendo tales derechos exclusivamente a individuos singulares —por ejemplo, al propietario limítrofe en el caso de construcciones ilegales o al adquirente personalmente perjudicado en el caso de falsificaciones alimenticias perpetrados en gran escala por un productor— significaría hacer imposible una efectiva protección jurídica de aquellos derechos, precisamente en el momento en el cual ellos emergen como elementos siempre más esenciales para la vida civilizada. El valor en juego es colectivo y debe existir, por consiguiente, la posibilidad de construir *tipos nuevos de tutela*, no dejados simplemente al interés material o al estímulo de la iniciativa individualista”.

En la tradición estadounidense —escribía Abram Chayes para la misma época—, el proceso es un vehículo para solucionar disputas “entre partes privadas y con relación a derechos privados”. Las características definitorias de esta concepción son las siguientes: 1) el proceso es *bipolar*, está organizado como una competencia entre dos individuos o, al menos, entre dos intereses diametralmente opuestos; 2) es *retrospectivo*, se trata de una controversia respecto de hechos ya consumados; 3) el impacto de la sentencia está confinado a las *partes*, y 4) es iniciado a instancia de parte y controlado por las partes. El juez es un “árbitro neutral” que “decide cuestiones jurídicas solamente si son cuestionadas por una parte legitimada”.

Los caracteres que se han esquematizado constituyen hoy una errónea “descripción de lo que ocurre en los litigios civiles”, pues lo que se aprecia es un modelo emergente que el autor denomina *public law litigation*. Sus notas definitorias pueden presentarse así: *i*) su estructura no es rígidamente bilateral; *ii*) las condenas no son concebidas como indemnizaciones o compensaciones por daños acontecidos en el pasado y confinadas a las partes, sino que son

condenas de futuro, flexibles en su formulación y, frecuentemente, con impacto sobre muchas personas, incluidas aquellas que no intervinieron en la causa; *iii*) la sentencia no concluye la actividad del tribunal, sino que requiere su activa participación ulterior; *iv*) el juez no tiene un rol pasivo, sino activo, y su responsabilidad se extiende a alcanzar un resultado tanto justo como viable, y *v*) los asuntos materia de los procesos no constituyen disputas entre particulares acerca de derechos privados, sino pleitos “acerca del funcionamiento de políticas públicas”.

Este marco permite una mejor comprensión de la evolución registrada en materia de amparo. Este fue concebido como un instrumento de protección frente a vulneraciones de derechos sufridas por un particular. Se trata del *amparo individual* que dominó la mayor parte del siglo xx en América Latina. Pero los cambios en la práctica de los litigios lo fueron tornando insuficiente para dar respuesta a los nuevos conflictos y, así, fue necesario concebir el *amparo colectivo*. Este es una especie de los procesos colectivos con los que comparte algunos aspectos, pero que en otros se distancia. Los procesos colectivos presentan muchas dificultades en los países de la región —el concepto de derechos colectivos, la competencia del órgano judicial, la legitimación extraordinaria para accionar, el régimen de las notificaciones y publicidad, los alcances subjetivos de la cosa juzgada, entre otros— y una muestra mancomunada de esfuerzos por superarlas llevó a la redacción de un Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

El amparo colectivo ha sido llevado al rango constitucional en Argentina, Brasil y Colombia. En Argentina, el artículo 43 de la Constitución, tras consagrar el clásico amparo individual, dispone que “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a *los derechos de incidencia colectiva en general*, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización [...]”, es decir, amplía el universo de legitimados activos con relación al amparo individual e introduce el concepto de derechos de incidencia colectiva. Pese a abrir nuevos horizontes que la jurisprudencia ha ido explorando, aun en ausencia de una ley reglamentaria de los procesos colectivos, el pensamiento de los autores ha preconizado la incorporación legislativa de acciones específicas —a semejanza de las existentes en el modelo estadounidense o brasileño— sobre la base de que el amparo es un medio inapropiado para algunas pretensiones colectivas, por ejemplo, las indemnizatorias.

En Brasil se emplea la misma técnica, es decir, luego de consagrarse el *mandado de segurança* clásico o individual, se regula el *mandado de segurança coletivo*. El artículo 5, LXX de la Constitución señala que “El mandamiento de seguridad colectivo puede ser interpuesto por: 1. un partido político con representación en el Congreso Nacional; 2. una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento desde hace un año por lo menos, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados [...]”.

Pero a diferencia de Argentina, el sistema legislativo brasileño regula varias formas de tutela colectiva de derechos, a través de la acción popular, la acción civil pública y la acción civil colectiva. Debe destacarse que la ley regu-

latoria de la acción popular es anterior a la Constitución, pues data de 1965. Dicha norma regula una acción a través de la cual cualquier ciudadano, en defensa de intereses de la colectividad pero en nombre propio, podrá participar de la vida política del Estado y la fiscalización de la gestión del patrimonio público en un juicio.

La Constitución de Colombia consagra, en el artículo 86, la acción de tutela, denominación que toma el amparo en dicho país. Tras establecer las bases del amparo individual, en su última parte determina que “La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente *el interés colectivo*, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. Colombia registra la particularidad de que la propia Constitución también consagra otros procesos colectivos. Lo hace en el artículo 88, del que se desprende que “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad 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 los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares”.

La jurisprudencia sostiene que si bien los derechos colectivos están inicialmente protegidos por las acciones de grupo o populares, según lo establece el citado artículo 88 y la ley que lo reglamenta, la acción de tutela colectiva procede cuando exista una afectación directa y comprobada de los derechos fundamentales del accionante y se acredite la ineficacia de la acción popular, como mecanismo de amparo efectivo del derecho fundamental controvertido.

Carlos A. Vallefin

63. AMPARO COLONIAL

Expresión usada para designar los antecedentes novohispanos del juicio de amparo mexicano, entre los que destaca el *mandamiento de amparo* dispuesto por los virreyes para proteger a personas, individuales o colectivas, en el goce de sus derechos frente a agravios actuales o inminentes, como puede verse en el siguiente ejemplo:

[...] Don Luis de Velasco, etcétera. Hago saber a vos, corregidor de la villa de Toluca, que Pablo Elías, indio principal del pueblo de Zinacantepec, me ha hecho relación que él ha tiempo de cinco años tiene y posee un pedazo de tierra [el] cual se lo quieren quitar. [Y] me pidió lo mande amparar. Y por mi visto, por la presente os mando hagáis averiguación si el dicho pedazo de tierra es del tal Pedro Elías. Y constando serlo, lo amparéis en él, y no consintáis que sea despojado sin primero ser oído e por fuero y derecho vencido ante quien y como deba. Fecho en México, a veinte y cuatro días del mes de diciembre de mil y quinientos y noventa años. Don Luis de Velasco. Por mandato del virrey, Pedro Campos (Archivo General de la Nación, *Indios*, vol. 3, exp. 244).

Se trata de un interdicto, figura frecuente en el derecho indiano, del cual se valieron los virreyes para atender quejas de los súbditos y evitar daños a quienes eran o podían ser agraviados, principalmente para amparar a la

parte “más flaca” de la compleja sociedad que se iba formando: los indios. También a sujetos de diversa “calidad y condición”, como españoles (peninsulares y criollos), mestizos y castas. El alcance de esos interdictos fue amplísimo en cuanto a las personas reconocidas como titulares y como agraviantes, así como a los derechos protegidos. Los mandamientos de amparo fueron un medio importante para que los virreyes se informaran de conflictos en la vida cotidiana y así procurar un equilibrio justo en aquella heterogénea sociedad. Su abundancia y frecuencia consta en los “libros de gobernación” de los virreyes de la Nueva España, que integran diversos “Ramos” del Archivo General de la Nación (*Indios, General de Partes, Mercedes y Tierras, Clero Regular y Secular*, etc.), donde podemos apreciar el arraigo y continuidad del amparo. El carácter interdictal de ese medio protector de derechos lo asemeja al juicio de amparo; lo que no pasó inadvertido a tratadistas del siglo XIX, como José María Lozano, en su *Tratado de los derechos del hombre* (1876); Ignacio L. Vallarta, con *El juicio de amparo* y el *Writ of Habeas Corpus* (1881), y Fernando Vega, quien, comentando *La nueva ley de garantías individuales, orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución* (1883), llamó al juicio de amparo *interdicto constitucional*.

En la Nueva España hallamos otras formas de amparo logradas a través de procesos específicos invocados ante las Audiencias, máximos tribunales reales de los dominios de la monarquía española. Destacan, por su importancia y frecuencia, los *recursos de fuerza*, cuyo objeto era impedir que la justicia eclesiástica actuara en perjuicio de los vasallos del rey conociendo de materias que no les correspondían, desconociendo o violando las formas del procedimiento, o bien, no otorgando a los afectados aquello que pedían fundadamente. Las Audiencias solo debían averiguar y decidir si la justicia eclesiástica hacía fuerza, sin meterse a tratar del asunto controvertido y, siendo el caso, levantar el castigo o la coacción (*la fuerza*) que perjudicaba al quejoso (Ley XXXV, tít. XV, lib. II de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias*, 1680).

Por otra parte, tratándose de agravios extrajudiciales de las autoridades eclesiásticas, había medios específicos, llamados *recursos de protección*. La decisión de estos últimos, así como de los recursos de fuerza, se hacía expidiendo una *Real Provisión*, interesante documento que, en nombre del rey, usando su nombre hablando en primera persona, dictaba la Real Audiencia, señalándolo al final con el real sello troquelado en cera.

También, tratándose de la posesión de tierras y de otros bienes patrimoniales, se desarrolló en la Nueva España un juicio de amparo sumarísimo, que debía promoverse ante la Audiencia, pidiendo que librara una Real Provisión, es decir, “despacho o mandamiento expedido en nombre del rey”, pues lo que se demandaba era “el amparo y protección” de la real justicia. Fórmula pleonástica que vemos en las demandas y sentencias de nuestro juicio de amparo, desde los inicios del régimen constitucional que estableció la máxima institución procesal en nuestro país hasta nuestros días (“amparo y protección de la justicia federal”; “la justicia federal ampara y protege”, o “no ampara ni protege”), señal de una tradición arraigada, cuyo fraseo va “muy de acuerdo con la índole del idioma castellano, propenso a la reiteración y al pleonismo”, como apuntó Santiago Oñate hace muchos años, al ocuparse del Acta de Reformas de 1847.

Andrés Lira González

64. 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 so-

licitó 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 mayorita-

ria 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

65. AMPARO CONTRA NORMA ESTIGMATIZADORA

El artículo 103, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), previo al 6 de junio de 2011, establecía que “[l]os tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales.” Esta norma preveía la procedencia del juicio de amparo solamente contra *actos* de autoridades y contra leyes. Una lectura restrictiva de dicho artículo llevaría a pensar que no podrían ser reclamadas en amparo las omisiones de la autoridad ni los reglamentos que, aun cuando son normas, no provienen de la actividad formal y material del poder legislativo.

Para zanjar estas dudas, el 6 de junio de 2011 fue reformado el artículo referido y se ampliaron las hipótesis de controversia. Además de los actos de autoridad, se incluyeron las omisiones como actos reclamables en amparo y se hizo referencia expresa a “normas generales”; de esta manera, al hacer referencia a estas, se incluyeron como objeto del juicio de amparo a las normas de diferente naturaleza a la legislativa, como los reglamentos, acuerdos, lineamientos, decretos, etcétera.

En consonancia con la reforma constitucional, la Ley de Amparo publicada el 2 de abril de 2013 estableció que el amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite “[p]or normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la CPEUM así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

Momentos para combatir una norma general. El artículo 17 de la Ley de Amparo establece que la regla general para la presentación de una demanda de amparo es de 15 días. Las excepciones a esta regla se actualizan cuando se combate una norma general autoaplicativa, caso en el que el plazo será de 30 días.

A diferencia de los actos de autoridad, cuya regla general es que deberán ser combatidos en el término de 15 días, tratándose del amparo contra normas generales, el artículo 17 establece una excepción cuando se trate de normas autoaplicativas y amplía el plazo a 30 días.

El amparo contra norma estigmatizadora. El concepto de *norma estigmatizadora* fue construido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el amparo en revisión 152/2013, resuelto el 23 de abril de 2014, que fue promovido en contra de la norma que no permitía el matrimonio igualitario.

Es oportuno recordar que el primer juicio de amparo contra el artículo 143 del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, que establece que el matrimonio es la “[...] unión entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con el propósito de perpetuar la especie”, fue promovido por dos personas del sexo masculino que acudieron a la oficialía del Registro Civil para solicitar autorización para celebrar su matrimonio civil y este les fue negado. El oficio denegatorio constituyó el acto reclamado. El amparo fue concedido en primera instancia y después confirmado por la Primera Sala.

Posteriormente, el planteamiento cambió: una sola persona combatió el mandato del artículo mencionado, argumentando que dicha norma, al no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo y fijar como fin la perpetuación de la especie, lo discriminaba y estigmatizaba. Nótese que en este segundo caso no había un acto de autoridad específico denegatorio, sino que lo que se combatía, sustentado en el interés legítimo, era la existencia de una norma discriminatoria que por ese solo hecho causaba afectación al quejoso.

La SCJN concedió el amparo y explicó que se está en presencia de una norma estigmatizadora: “[...] a) cuando se extraiga de esta un mensaje perceptible objetivamente —explícito e implícito— del que se alegue exista un juicio de valor negativo o estigmatizador, mediante la indicación de los elementos de contexto de los símbolos utilizados, la voluntad del legislador, la historia de discriminación, etcétera, que permitan afirmar al quejoso que dicho mensaje es extraíble de la norma, b) se alegue que ese mensaje negativo utilice un criterio de clasificación sospechoso, en términos del artículo 1o. constitucional, del cual el quejoso sea destinatario por pertenecer al grupo identificado por alguno de esos elementos —origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas [...]”.

La Primera Sala abundó que “[...] el estigma por discriminación puede ser una afectación expresiva generada directamente por una norma, la cual comúnmente se traduce en una serie de eventuales afectaciones materiales secundarias, con motivo de la puesta en práctica del contenido prescrito por la norma, como es la exclusión de beneficios o distribución inequitativa de cargas [y que] si existe una afectación de estigmatización por discriminación generada directamente en su parte valorativa, se debe reconocer interés legítimo para impugnarla, sin esperar el acto de aplicación”.

La peculiaridad del caso condujo a la Primera Sala a establecer que el plazo para la interposición de un amparo contra norma estigmatizadora no puede computarse a partir de un momento concreto, pues el agravio subsiste de forma continuada mientras persiste la proyección del mensaje tachado de discriminador, que una norma estigmatizadora “[...] debe considerarse que es autoaplicativa —sin importar la fecha de entrada en vigor— y que sus efectos son permanentes, pues no se agotan en un instante, sino que se actualizan de momento a momento, por lo que se pueden impugnar en cualquier tiempo”.

Carlos Morales Sánchez

66. AMPARO DIRECTO

Proceso jurisdiccional heterónimo, con frecuencia de una instancia, que tiene por objeto, de modo general, anular las sentencias, laudos o resoluciones que pongan fin a un juicio, dictados por tribunales y que sean contrarios a la Constitución y a los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, en perjuicio de los gobernados, llamados “quejosos”.

Es un proceso heterónimo porque, a diferencia de lo que ocurre con el amparo indirecto, aquel depende necesariamente de la existencia de un proceso anterior que justifique su existencia y que debe agotarse antes de su interposición.

Se tramita ante un tribunal colegiado de circuito (TCC) y, cuando es de doble instancia, mediante el recurso de revisión, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Tiene como presupuesto que el acto de autoridad que se combate sea una sentencia definitiva, laudo o resolución que pone fin a juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

La denominación “amparo directo” tiene su origen en su forma de interposición. Al respecto, véase la voz “Amparo indirecto” en esta obra.

La procedencia del amparo directo se encuentra prevista en el artículo 170 de la Ley de Amparo (LA), que contempla dos supuestos de procedencia: *a)* contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales o del trabajo, y *b)* contra sentencias y resoluciones que pongan fin al juicio dictadas por tribunales de lo contencioso administrativo cuando estas sean favorables al quejoso, para el único efecto de hacer valer conceptos de violación en contra de las normas aplicadas.

Conforme al artículo 171 de la LA, cuando se reclame la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, deberán hacerse valer las violaciones que se hayan cometido durante la secuela del procedimiento, siempre que se hayan hecho valer durante la tramitación del juicio. Este último requisito de “definitividad” no es exigible en ciertos casos, por ejemplo, cuando se trate de derechos de menores o incapaces, del estado civil de las personas, del orden o estabilidad de la familia, de los trabajadores o inculpados en materia penal.

El trámite del amparo directo se encuentra regulado en los artículos 175 a 189 de la LA, con la secuencia siguiente:

1. Inicia con una *demanda de amparo*, la cual debe presentarse ante la autoridad responsable, quien tiene facultad para requerir al promovente las copias para cada una de las partes. En forma adicional, debe *integrar el expediente*, a través de: *i)* certificar la fecha en que se notificó al quejoso la resolución reclamada; *ii)* emplazar al tercero interesado (en realidad un simple codemandado), y *iii)* rendir su informe justificado (que debería ser una auténtica contestación a la demanda de amparo). Hecho lo anterior, deberá remitir los autos originales al TCC; en materia del llamado “sistema penal acusatorio”, ha de enviar un índice cronológico del desahogo de la audiencia en la que se haya dictado el acto reclamado.

2. Enseguida, el presidente del TCC debe resolver si admite, previene o desecha la demanda.

3. De admitirse, el propio presidente del TCC mandará notificar a las partes para que aleguen lo que a su interés convenga o promuevan amparo adhesivo (una segunda oportunidad para presentar amparo directo —muy mal regulado, por cierto—).

4. Acto seguido, procede turnar al magistrado ponente para que formule el proyecto de resolución.

5. La determinación se toma en audiencia pública, por unanimidad o por mayoría de votos, en el momento en el que se aprueba el proyecto.

La procedencia del amparo directo en segunda instancia —conocido como amparo directo en revisión (ADR)— está sujeto, en términos del Acuerdo General 9/2015 de la SCJN, a que en la sentencia combatida: *i)* se decida sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma general, o se establezca la interpretación directa de un precepto constitucional o los dere-

chos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, o bien, si en dicha sentencia se omite el estudio de las cuestiones antes mencionadas, cuando se hubieren planteado en la demanda de amparo, y *ii*) si el problema de constitucionalidad antes referido entraña la fijación de un criterio de importancia y trascendencia.

Conforme al propio Acuerdo General, se entiende que un ADR implica fijar un criterio de importancia y trascendencia cuando, surtidos los requisitos del inciso *i*) mencionado en el párrafo precedente, se advierta que la decisión dará lugar a un pronunciamiento novedoso o de relevancia para el orden jurídico nacional. También cuando lo decidido en la sentencia recurrida pueda implicar el desconocimiento de un criterio sostenido por la SCJN relacionado con alguna cuestión propiamente constitucional, por haberse resuelto en contra de dicho criterio o por haberse omitido su aplicación.

Humberto Enrique Ruiz Torres

67. 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 prevalentes 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

68. AMPARO EN LENGUA INDÍGENA

El juicio de amparo es un mecanismo de control constitucional diseñado para remediar violaciones a derechos humanos o para justiciar derechos derivados del parámetro de control de regularidad constitucional.

De conformidad con el artículo 3 de la Ley de Amparo, las promociones del juicio de amparo se presentarán por escrito y en casos excepcionales podrán ser orales. Las promociones escritas pueden presentarse en forma impresa o electrónica. En el segundo caso, deberán presentarse mediante el empleo de tecnologías de la información.

México es una nación pluricultural y multilingüe, en la que, según la encuesta intercensal de 2015 llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), 25.7 millones de personas se autoadscriben como indígenas, las cuales representan 21.5% de la población. A su vez, son hablantes de una lengua indígena por lo menos 7.2 millones de personas, que representan 6.6% de la población mexicana mayor de 5 años. El Catálogo del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas establece que existen 11 familias lingüísticas indoamericanas que tienen presencia en México, con al menos una de las lenguas que las integran, 68 agrupaciones lingüísticas correspondientes a dichas familias y 364 variantes lingüísticas pertenecientes a este conjunto de agrupaciones.

Como parte del derecho de acceso pleno a la jurisdicción del Estado, reconocido constitucionalmente en el artículo 2, apartado A, fracción VIII de nuestra norma fundamental, las personas integrantes de los pueblos y comunidades indígenas pueden promover demanda de amparo escrita (impresa

o digitalmente) o por comparecencia, usando la lengua indígena de su comunidad, y la autoridad judicial deberá traducir los acuerdos y resoluciones a la lengua del promotor.

Son lenguas indígenas nacionales aquellas que proceden de los pueblos existentes en el territorio nacional antes del establecimiento del Estado mexicano, además de aquellas provenientes de otros pueblos indoamericanos, igualmente preexistentes, que se han arraigado en el territorio nacional con posterioridad y que se reconocen por poseer un conjunto ordenado y sistemático de formas orales funcionales y simbólicas de comunicación (art. 2 de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, LGDLPI).

¿De qué normas deriva el deber de la autoridad judicial de recibir demandas de amparo en lengua indígena? La Ley de Amparo es omisa en indicar que las personas pueden promover amparo en lengua indígena, pero este deber proviene de la Constitución, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de la LGDLPI y del Código Federal de Procedimientos Civiles.

El artículo 2 constitucional, apartado A, fracción IV establece el deber del Estado de preservar las lenguas de las comunidades. El artículo 28.3 del Convenio 169 de la OIT establece el deber de los Estados de adoptar “disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.” Uno de los mecanismos para la preservación es precisamente la presentación de escritos o promociones en lengua indígena.

Por su parte, el artículo 4 de la LGDLPI otorga igual jerarquía a las lenguas indígenas y al castellano, al señalar que son lenguas nacionales y que tendrán la misma validez. El artículo 10 de la LGDLPI señala que el Estado tiene el deber de garantizar el derecho de los pueblos y comunidades indígenas al acceso a la jurisdicción del Estado en la lengua indígena nacional de que sean hablantes.

Además, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la LGDLPI, las lenguas indígenas serán válidas para cualquier asunto o trámite de carácter público, así como para acceder plenamente a la gestión, servicios e información pública.

El artículo 271 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en materia de amparo, prevé que las promociones que los pueblos o comunidades indígenas, o las personas indígenas en lo individual, asentados en el territorio nacional presenten en su lengua, dialecto o idioma, no necesitarán estar acompañarlas de su traducción al español. El tribunal la hará de oficio con cargo a su presupuesto, por conducto de la persona autorizada para ello.

Procedimiento. Las personas indígenas pueden escribir sus demandas y promociones en lengua indígena y presentarlas de manera impresa o digital. Corresponde a la autoridad el deber de traducir la demanda y promociones. La autoridad judicial deberá emitir los acuerdos en castellano, que serán notificados a los peticionarios con el auxilio de un traductor e intérprete.

Antecedente. En 2006, la indígena Amelia Castillo Galán promovió la primera demanda de amparo en lengua indígena en el México contemporáneo ante el Segundo Tribunal Unitario del Decimotercer Circuito con residencia en Oaxaca.

La promovente abandonó San Lucas Ojitlán para trabajar en Tuxtepec, que es la cabecera distrital. En este lugar se dedicó a hacer comida para los cañeros y lavarles la ropa. El 27 de septiembre de 2006 fue detenida, pues en la *galera* donde dormían los trabajadores (también ella dormía ahí), la policía estatal había encontrado marihuana. Amelia Castillo Galán, indígena hablante de la lengua chinanteca de Ojitlán, promovió la primera demanda de amparo en lengua indígena en el México posrevolucionario.

La pretensión principal tenía que ver con un tema sencillo: el magistrado del Primer Tribunal Unitario del Decimotercer Circuito no había resuelto su recurso de apelación, promovido en contra del auto de formal prisión dentro del término de ocho días que establece el artículo 383 del Código Federal de Procedimientos Penales. El magistrado violaba el derecho a la justicia pronta, por ello, era necesario exigirle mediante el amparo que resolviera el recurso en los términos de ley. La señora Amelia Castillo presentó demanda de amparo en su lengua indígena por la omisión de resolver el recurso de apelación en contra del auto de formal prisión que la mantenía privada de su libertad, mismo que finalmente fue sobreseído porque al resolver la apelación se revocó el auto de formal prisión.

Este amparo fue de utilidad. Jorge Alberto González Galván dijo “[...] que los términos como derecho, Constitución, autoridad responsable, tercero perjudicado, no son el monopolio cultural del idioma castellano.”

Carlos Morales Sánchez

69. AMPARO EN REVISIÓN

El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 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 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.”

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, afirmó que el derecho a recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, que procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho.

En términos generales, los recursos en el juicio de amparo son medios de impugnación que la ley concede a quien tiene interés legítimamente reconocido en el proceso de amparo para impugnar los autos y las sentencias, interlocutorias o definitivas, que le sean desfavorables, ante el órgano que en cada caso determine la ley y mediante la substanciación de una nueva instancia, cuya tramitación responde a la necesidad de que se examinen nuevamente los fundamentos del auto o de la sentencia combatido, para que sea modificado, revocado o, en su caso, confirmado. Así, el artículo 80 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, dispone que en el juicio de amparo solo se admitirán los recursos de revisión, queja y reclamación; y tratándose del cumplimiento de sentencia, el de inconformidad. En particular, el recurso

de revisión es el medio de impugnación de mayor trascendencia dentro del trámite de un juicio de amparo, entre otros aspectos, porque es este el recurso que procede en contra de la sentencia definitiva que termina con el trámite de este procedimiento de naturaleza constitucional, independientemente de que se trate de una resolución que haya resuelto el fondo del asunto planteado, o bien, que haya sobreseído el juicio de amparo. El recurso de revisión se erige, por tanto, como la gran mayoría de la doctrina lo ha identificado, en el medio de impugnación de mayor importancia en el contexto de dicho ordenamiento.

Su procedencia se encuentra regulada en términos de lo dispuesto en la sección primera del capítulo XI de la Ley de Amparo, específicamente en el artículo 81, donde se establecen las hipótesis que justifican su apertura, diferenciándose entre los supuestos aplicables al juicio de amparo indirecto y directo, respectivamente. Para el primer caso, atinente al amparo indirecto, se dispone que el recurso de revisión procede en contra de las siguientes resoluciones: *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 CPEUM o de los derechos humanos establecidos 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 (SCJN), en cumplimiento de acuerdos generales del Pleno.

Con este sustento, el Pleno de la SCJN emitió el Acuerdo General 9/2015, que establece las bases generales para la procedencia y tramitación de los recursos de revisión en amparo directo, disponiéndose lo siguiente:

Primero. El recurso de revisión contra las sentencias que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito es procedente, en términos de lo previsto en los artículos 107, fracción IX, constitucional y 81, fracción II, de la Ley de Amparo, si se reúnen los supuestos siguientes: *a)* Si en ellas se decide sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma general, o se establece la interpretación directa de un precepto constitucional o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, o bien si en dichas sentencias se omite el estudio de las cuestiones antes mencionadas, cuando se hubieren planteado en la demanda de amparo, y *b)* Si el problema de constitucionalidad referido en el inciso anterior entraña la fijación de un criterio de importancia y trascendencia.

Segundo. Se entenderá que la resolución de un amparo directo en revisión permite fijar un criterio de importancia y trascendencia cuando, habiéndose surtido los requisitos del inciso *a)* del punto inmediato anterior, se advierta

que aquella dará lugar a un pronunciamiento novedoso o de relevancia para el orden jurídico nacional. También se considerará que la resolución de un amparo directo en revisión permite fijar un criterio de importancia y trascendencia cuando lo decidido en la sentencia recurrida pueda implicar el desconocimiento de un criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación relacionado con alguna cuestión propiamente constitucional, por haberse resuelto en contra de dicho criterio o se hubiere omitido su aplicación.

Tercero. En el trámite de los amparos directos en revisión, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación verificará que se cumplan los siguientes requisitos de procedencia: I. Que el recurso sea interpuesto oportunamente y por parte legitimada; II. Que en la sentencia recurrida el Tribunal Colegiado haya realizado un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de alguna norma general o la interpretación directa de algún precepto constitucional o de un derecho humano establecido en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, o que en la demanda se hicieron planteamientos de esa naturaleza, aun cuando el Tribunal Colegiado de Circuito haya omitido el estudio de tales cuestiones, y III. Que se surtan los requisitos de importancia y trascendencia. Para efectos de la fracción II de este punto, se considerará omisión en el estudio de las cuestiones constitucionales, la que derive de la calificativa de inoperancia, insuficiencia o ineficacia efectuada por el Tribunal Colegiado de Circuito de los conceptos de violación.

Cuarto. El Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación descharará de plano el recurso de revisión en el supuesto de que no reúna cualquiera de los requisitos de procedencia previstos en el punto anterior. Si el recurso reúne los requisitos de procedencia referidos, el Presidente decretará su admisión, especificando que ello es sin perjuicio del pronunciamiento posterior que realice la instancia colegiada de este Alto Tribunal que conozca del asunto, y lo turnará.

Quinto. Si el Ministro ponente considera que se surten los requisitos de procedencia del recurso, formulará el proyecto de fondo que someterá a la consideración del Pleno o de la Sala, según corresponda. Si estima que no se configuran estos requisitos, formulará un proyecto en el que proponga el desechamiento del recurso, el cual será presentado a la Sala de su adscripción.

Sexto. Al conocer de los recursos de reclamación interpuestos contra los proveídos presidenciales en los que se deseche un amparo directo en revisión, incluso por no subsistir una cuestión propiamente constitucional, las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrán pronunciarse sobre los requisitos de importancia y trascendencia referidos en este Acuerdo General.

Séptimo. La Secretaría General de Acuerdos informará mensualmente a las Salas de este Alto Tribunal sobre los temas analizados en los acuerdos presidenciales que contengan un pronunciamiento sobre la importancia y trascendencia de las cuestiones propiamente constitucionales subsistentes en un amparo directo en revisión. A su vez, las Salas por conducto del órgano que determinen, comunicarán a la referida Secretaría los pronunciamientos que hayan emitido sobre la importancia y trascendencia de los criterios que subyacen a las cuestiones propiamente constitucionales analizadas en los asuntos de su competencia y en los referidos acuerdos presidenciales.

Finalmente, en términos de lo dispuesto por el artículo 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 aquel en que surta efectos la notificación de la admisión del recurso, expresando los agravios correspondientes. La adhesión al recurso sigue la suerte procesal de este.

Luis María Aguilar Morales

70. AMPARO INDIRECTO

Proceso jurisdiccional autónomo, de doble instancia, que tiene por objeto anular los actos de autoridad o de quienes realicen actos equivalentes a la autoridad (particular responsable), contrarios a la Constitución y a los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, en perjuicio de los gobernados, llamados “quejosos”.

Es un proceso autónomo porque, a diferencia de lo que ocurre con el amparo directo, no depende necesariamente de la existencia de un proceso anterior que justifique su existencia y que deba agotarse antes de su interposición.

Tiene dos instancias: la primera se tramita ante un juez de distrito (o ante un tribunal unitario de circuito) y la segunda, mediante el recurso de revisión, ante un tribunal colegiado de circuito (TCC) o ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), según el sistema de competencias establecido en la Constitución, en las leyes aplicables, acuerdos generales o instrumentos normativos respectivos. Tiene como presupuesto que el acto u omisión que se combate no haya sido materia de enjuiciamiento y, por tanto, no se trata de combatir una sentencia definitiva o resolución que pone fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo.

Se tramita contra actos de autoridad (denominada “autoridad responsable”) o contra actos de particulares que realicen actos equivalentes a los de autoridad (a los que podemos llamar “particular responsable”). Esta última figura existe, de manera muy limitada, en la práctica del amparo.

La denominación “amparo indirecto” tiene su origen en su forma de interposición. Durante el siglo XIX, todos los amparos se presentaban, en primera instancia, ante un juez de distrito y, en segunda instancia, ante la SCJN, sin importar cuál era el acto reclamado. José Emilio Rabasa Estebanell, en su obra *El artículo 14 y el juicio constitucional* (1906), criticó esta práctica y diferenció entre amparos promovidos contra sentencias judiciales (a los que llamó *amparo recurso*) y amparos contra actos distintos de sentencias judiciales (a los que denominó *amparo juicio*).

Las ideas de Rabasa Estebanell no tuvieron eco en la Ley de Amparo de 1908 (regulado en realidad como un juicio federal más en el Código de Procedimientos Federales), pero sí en el artículo 107, fracciones VIII y IX, de la Constitución Política de 1917. En ella se establecieron dos tipos de trámites, según se tratara de combatir una sentencia definitiva o actos distintos a esta. Así, se estableció que, si el amparo se pedía contra sentencia definitiva, debería interponerse directamente ante la SCJN (de ahí la denominación de “amparo directo”); en cambio, en el resto de los casos se haría valer primero ante un juez de distrito y en instancia de revisión ante la Corte (es decir, que esta conocería de “manera indirecta”, según asumió la práctica forense). Más tarde, en 1951, se instalarían los tribunales colegiados de circuito para conocer tanto de “amparo directo” como de “amparo indirecto” en segunda instancia (revisión), si bien con numerosas excepciones que no es el caso tratar aquí.

Sin embargo, al día de hoy es evidente que la denominación de amparo indirecto, utilizada en la Ley de Amparo (a partir del art. 2) —si bien con alguna raigambre histórica—, es obsoleta y hasta contradictoria. Ningún amparo directo se promueve “directamente” ante la SCJN, sino ante los tribunales colegiados de circuito y a través de la autoridad responsable. En cambio, los amparos “indirectos” se promueven “directamente” ante las oficialías de partes de los juzgados federales. En otros términos, por su forma de interposición, los amparos “directos” son indirectos (a través de la autoridad responsable) y los amparos “indirectos” son directos, pues se presentan “directamente” ante las oficialías de los juzgadores federales.

Ignacio Burgoa propuso la denominación de “amparo uninstitucional” para el amparo directo y “binstitucional” para el amparo indirecto. Nomenclatura insostenible, porque ambos tipos de amparo pueden ser de dos instancias: amparo indirecto en revisión (conocido como AR) y amparo directo en revisión (llamado ADR).

Por ello, atendiendo a su naturaleza, el amparo por el que se combate una sentencia definitiva, estimamos, debería ser llamado heterónimo, puesto que está sujeto a la existencia de dicha sentencia; mientras que aquel por el que no se combate una *sentencia definitiva* habría de ser llamado autónomo, porque no depende de un proceso previo ya agotado. Sabemos de la fortaleza de la costumbre y la tradición, no obstante, estamos seguros de que muchas veces son un obstáculo para el desarrollo de la técnica procesal.

La procedencia del amparo se encuentra prevista en el artículo 107 de la Ley de Amparo (LA). Podríamos agruparla en tres grandes rubros, pues procede contra: *a)* normas generales de cualquier tipo, incluyendo tratados internacionales, a excepción de aquellos que reconozcan derechos humanos; *b)* actos administrativos, y *c)* actos de carácter jurisdiccional.

En cuanto a las *normas generales* (conocido como “amparo contra leyes”) la LA, en su artículo 107, fracción I, hace una enumeración innecesaria, casuística e incompleta. Comienza estableciendo que “[...] para los efectos de esta Ley, se entiende por normas generales, entre otras [...]”, para luego enumerar a los tratados internacionales (con la salvedad antes mencionada), las leyes federales, las constituciones de los estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal —que por cierto ya no existe—, las leyes de los Estados y del Distrito Federal —que tampoco existe—, los reglamentos federales, los reglamentos locales, los decretos, acuerdos y todo tipo de resoluciones de observancia general. Bastaría con que se mencionaran como normas de carácter general, pues, por ejemplo, no se contienen las normas oficiales mexicanas, las circulares, y menos aún las normas generales referidas en la fracción IX del propio artículo. Respecto de los *actos administrativos*, de manera desordenada se encuentran en las fracciones II, III, VII y IX del artículo 107 de la LA. Así las cosas:

1. La fracción II prevé que el amparo indirecto procede “[...] contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo [...]”. Y aunque no se habla expresamente de autoridades administrativas, por exclusión, es claro que se trata de estas, pues de los actos legislativos (formales y materiales) se ocupa la fracción I (y parcialmente la frac. IX) y de los actos jurisdiccionales las fracciones IV, V, VI y VIII del propio artículo.

De manera complementaria, la fracción III contempla la procedencia contra los “[...] actos, omisiones o resoluciones provenientes de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio [...]”. Sabemos, pues, que es amparo administrativo, pero ¿cuándo estamos en presencia de un procedimiento seguido en forma de juicio? La Segunda Sala de la SCJN ha definido que “[...] se trata de aquellos en que la autoridad dirime una controversia entre parte contendientes, así como los procedimientos en que la autoridad, frente al particular prepara su resolución definitiva, aunque sea solo un trámite para cumplir con la garantía de audiencia [...]” (tesis con número de registro 184435).

2. La fracción VII regula las “[...] omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal, o por suspensión de procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño [...]”, caso en el cual es evidente que, aunque se trate de materia penal, el ministerio público realiza una función administrativa.

3. La fracción IX establece los actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones, fracción excesivamente casuística y que bien podría haberse evitado.

Por lo que se refiere a los *actos de carácter jurisdiccional*, el artículo 107 regula, de manera muy poco sistemática, el amparo indirecto contra actos de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, realizados antes, durante o después de concluido el juicio. Para ello, es necesario establecer cuándo comienza el juicio y cuándo termina. Paradójicamente, no es el artículo 107 sino el 170, fracción I (relativo al amparo directo), el que establece cuándo se tiene por iniciado el juicio (en realidad debería hablarse del proceso): “[...] Para efectos de esta Ley, el juicio se inicia con la presentación de la demanda. En materia penal el proceso inicia con la audiencia inicial ante el Juez de control [...]”. Lo que no establece el citado artículo —ni ningún otro— es cuándo termina el proceso en ambas materias, para los fines estrictamente del amparo; sin embargo, debemos entender que termina (reiteramos, solo para los fines del amparo) cuando se dicta la sentencia o laudo definitivo. En estas condiciones:

i) La fracción IV establece como procedente el amparo “[...] contra actos de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, realizados fuera de juicio o después de concluido [...]”. En el primer caso estamos en presencia de actos realizados previo al proceso o que no suponen necesariamente su tramitación, como son los procedimientos paraprocesales del derecho del trabajo o las diligencias de jurisdicción voluntaria de los procesos civil y mercantil; en cambio, los actos después de concluido son, por regla general, los actos de ejecución de sentencia o laudo.

ii) La fracción V determina la procedencia de los actos en juicio de imposible reparación, pero los limita a que afecten materialmente derechos sustantivos (es decir, no procede contra transgresión de derechos procesales) establecidos en la Constitución federal y en los tratados internacionales de los que el Estado es parte. A pesar de que el Pleno de la SCJN ha declarado constitucional esta limitante a la protección de los derechos procesales del gobernado (tesis con número de registro 2006598), tal restricción no se encuentra prevista en la norma suprema y, por tanto, consideramos inconstitucional que se prevea en la Ley de Amparo.

iii) La fracción VI regula los actos dentro o fuera de juicio que afecten a persona extraña. Por tal debe entenderse, a decir del Pleno de la SCJN “[...] aquella que no ha figurado en el juicio o en el procedimiento como parte en sentido material, pero que sufre un perjuicio dentro del mismo o en la ejecución de las resoluciones, sin haber tenido la oportunidad de ser oída en su defensa por desconocer las actuaciones relativas, quedando incluida en este concepto, asimismo, la parte que no fue emplazada o que fue emplazada incorrectamente” (tesis con número de registro 196932).

iv) Por último, la fracción VIII comprende un acto meramente procesal, como lo es la resolución de competencia (por declinatoria e inhibitoria) y que debería quedar normado, en realidad en la fracción V.

Desde esta perspectiva, en materia penal, en el sistema penal mixto, serían actos fuera de juicio los realizados en la investigación inicial. Serían actos en juicio los realizados en la audiencia inicial, pasando por la investigación complementaria, por los medios alternativos de solución, incluyendo la etapa intermedia y el juicio oral propiamente dicho. Por último, serían actos fuera de juicio los realizados en la etapa de ejecución de sentencia. Dada la naturaleza de la afectación que puede producirse al quejoso, ha sido necesario flexibilizar los supuestos de procedencia del amparo en este tipo de procedimientos y procesos.

El trámite del amparo indirecto en primera instancia se encuentra regulado en los artículos 112 a 123 de la LA. Inicia con una demanda de amparo, la cual puede ser admitida o desechada, e incluso puede prevenirse al demandante para que aclare el escrito inicial. De admitirse, se debe correr traslado a las demás partes (autoridades responsables —o, en su caso, particulares responsables—, tercero interesado y ministerio público federal) y fijar fecha para la celebración de la audiencia constitucional. Expresamente se debe requerir a las autoridades o particulares responsables su informe justificado —en realidad, contestación de la demanda— y al tercero interesado —auténtico codemandado— dándole vista para que manifieste lo que a su interés convenga.

Asimismo, si el quejoso solicitó la suspensión del acto reclamado o cuando procede de oficio y con trámite, el juez debe abrir un segundo expediente (conocido como cuaderno incidental) en el que determinará, junto con la admisión, si otorga la suspensión provisional. En forma posterior, en la audiencia incidental, resolverá sobre el otorgamiento o no de la suspensión definitiva; si se otorga, surtirá sus efectos jurídicos hasta en tanto el asunto se resuelva, en la causa principal, de manera ejecutoriada.

En seguida, se procede con la contestación de la demanda y las manifestaciones del tercero interesado. Debido a una reminiscencia de carácter histórico, a la contestación de la demanda se le conoce como informe con justificación o informe justificado, en tanto que al escrito de contestación que produce el codemandado se le suele llamar manifestaciones del tercero interesado. Por su parte, el escrito del ministerio público federal es denominado pedimento.

Son admisibles toda clase de pruebas, a excepción de la confesional provocada (llamada “confesional por posiciones”), es decir que la confesional espontánea sí está permitida. La documental, como regla general, puede ofrecerse en cualquier momento, incluso en la audiencia constitucional. La testimonial, pericial, inspección judicial y cualquier otra prueba que requiera

preparación debe ofrecerse y desahogarse, en la práctica, con anticipación a la celebración de esa audiencia.

La última etapa de la primera instancia es la celebración de la audiencia constitucional. Esta puede ser diferida por diversos motivos; pero, de celebrarse, se da cuenta de las pruebas ya desahogadas o se procede a desahogar las pendientes (p. ej., la testimonial), también se reciben documentales —que se desahogan por su propia y especial naturaleza— y se rinden los alegatos formulados por las partes, quedando como único acto procesal pendiente el dictado de la sentencia de primer grado. En términos reales, con frecuencia se reduce a un mero acto de trámite, por el cual el secretario correspondiente da cuenta de la celebración de esa audiencia a través de un acta preelaborada, que consiste en un formato de rutina.

La segunda instancia se tramita según las reglas previstas para el recurso de revisión, ya sea que su conocimiento corresponda a un TCC o a la SCJN (arts. 81 a 96 de la LA). De manera general, consta de la presentación de un escrito de agravios (ante el juzgador de primer grado), de la remisión del expediente al órgano competente de su resolución, del turno al magistrado o ministro ponente, según el caso, de la elaboración del proyecto y del dictado de la sentencia de segunda instancia.

Humberto Enrique Ruiz Torres

71. 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 Cappelletti, 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 la 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

72. 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 solo 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 solo se aplicará a favor del trabajador”.

La jurisprudencia, por su parte, ha extendido la suplencia de la queja al establecer que esta 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 am-

paro adhesivo, así como la aplicación universal, bajo una serie de supuestos, de una resolución que declara inconstitucional una norma.

Alfredo Sánchez-Castañeda

73. AMPARO LOCAL

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 juicio 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 este 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 promovente 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

74. AMPARO PENAL

El amparo es una institución jurídica que nace bajo los auspicios de Manuel Crescencio Rejón, regulada en el proyecto de la Constitución del Estado de Yucatán de 1841. Dicha figura se creó con la finalidad de brindar protección a la parte agraviada con motivo de cualquier acto de autoridad que no correspondiera al orden legal.

Posteriormente, el amparo fue regulado en el Acta de Reformas de 18 de mayo de 1847; en la Constitución federal de 1857 y, finalmente, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 1917 y su ley reglamentaria de 1936.

La existencia del amparo se orientaba a la protección de los derechos humanos otorgados por el texto constitucional, los cuales eran objeto de salvaguarda bajo mecanismos jurídicos que regulaban a dichas prerrogativas, los cuales se denominaban garantías constitucionales.

Por su parte, el artículo 103, fracción I, de la CPEUM hacía referencia a que el objeto del amparo versaba sobre aquellas leyes o actos de autoridad que violaran garantías individuales y, por tanto, solo eran objeto de violación los contenidos en los artículos 2 a 28 de la misma, además de que el Estado era quien otorgaba el goce de tales garantías en favor de las personas del país (véase la tesis aislada “Garantías individuales, violación a las”, Quinta Época, Registro 299369, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CVI, p. 1355).

A raíz de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, se colocó en una posición preferente la condición de inviolables los derechos humanos de las personas (Miranda Estrampes, 2010, pp. 131-151), aspecto que trascendió esencialmente en la modificación del artículo 1 constitucional, en el que considera al sistema jurídico mexicano, en sus principios de igualdad de todas las personas; bloque constitucional o jerarquía normativa en sede constitucional y en tratados internacionales; el de sus garantías de protección, así como la teoría de sus restricciones, la interpretación conforme a los derechos humanos, bajo un principio de dignidad de las personas y el principio pro persona, en cuanto se favorezcan en todo tiempo la protección más amplia. Aunado a ello, la tutela efectiva del Estado y, en sede judicial, la tutela jurisdiccional efectiva, en cuanto se establece la obligación de todas las autoridades de tutelar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, es decir, se erigió un parámetro de control constitucional (SCJN, Décima Época, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 5, abril de 2014, t. I, p. 202, Jurisprudencia, constitucional, P./J.20/2014 (10^a). IUS: 2006224).

En adición a ello, en su párrafo tercero, la tutela efectiva del Estado se acota a las obligaciones en el actuar de todas las autoridades en los ámbitos de sus competencias, los cuales son la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, de conformidad con cuatro principios a observar: universalidad; interdependencia; indivisibilidad, y progresividad. Por ello, el Estado deberá realizar la pertinente actividad encaminada a la prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones de derechos humanos, en términos de ley.

Lo anterior en armonía con los artículos 13 a 23 constitucionales, en los que se establecen, en sede nacional, los derechos humanos en materia penal: prohibición de juzgamiento por tribunales especiales y de leyes privativas; asimismo, la subsistencia del fuero militar para los delitos de esa naturaleza (art. 13); prohibición de aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna; debido proceso penal y exacta aplicación de la ley en materia penal, conocido también como principio de legalidad o tipicidad (art. 14); regulación de los tratados para la extradición y prohibición de celebrar convenios o tratados en el que se vulneren los derechos humanos (art. 15); legalidad genérica, fundar y motivar la causa legal del procedimiento; protección de datos personales; requisitos de la orden de aprehensión; prohibición de la puesta a disposición del inculcado; detención en flagrancia y caso urgente; control de

detención; arraigo de las personas imputadas de delitos de delincuencia organizada; plazo de retención ministerial; requisitos constitucionales del cateo; inviolabilidad y autorización legal de las comunicaciones privadas; facultades de los jueces de control; regulación constitucional de las intervenciones autorizadas (art. 16); prohibición de justicia por propia mano; acceso a la justicia; mecanismos alternos de solución de controversias; explicación judicial de las sentencias en audiencia pública; independencia judicial; acceso del justiciable al servicio de defensoría pública de calidad y prisión preventiva en delitos que merezcan pena privativa de libertad (art. 17); sistema penitenciario sobre la base de los derechos humanos para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad; sistema integral de justicia para adolescentes y sus formas alternas; regulación de compurgación de penas para la delincuencia común y de los sentenciados por delincuencia organizada (art. 18).

Requisitos constitucionales de la resolución de vinculación a proceso, prisión preventiva justificada y oficiosa; requisitos para revocar la libertad de personas vinculadas a proceso; prórroga para dictar auto de vinculación a proceso; litis cerrada de los hechos delictivos; suspensión del proceso y de la prescripción para los imputados de delincuencia organizada (art. 19); proceso penal acusatorio y oral; sus principios generales; de los derechos de toda persona imputada, y de los derechos de la víctima y del ofendido (art. 20). Sistema acusatorio; la investigación de los delitos corresponde al ministerio público y a la policía (al primero, también el ejercicio de la acción penal), la imposición de penas, su modificación y duración son propias de la actividad judicial; criterios de oportunidad para ejercer acción penal (art. 21); prohibición de imposición de la pena de muerte y de otras y de la proporcionalidad de toda pena; confiscación de bienes; extinción de dominio (art. 22); ningún juicio penal tiene más de tres instancias y el principio de prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo delito *ne bis in idem* (art. 23).

Luego, bajo el marco constitucional de los artículos 1, 13 a 23, 103 y 107, y los numerales 1, fracción I, y 2 de la Ley de Amparo, se justifica el concepto de juicio de amparo en materia penal, entendiéndose como la facultad, potestad o derecho que tienen todas las personas cuando consideren o estimen que una norma general, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos en los artículos 13 a 23 constitucionales y a las garantías otorgadas para su protección por la Constitución y por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, de instar ante el órgano de control constitucional (Suprema Corte de Justicia de la Nación, tribunales colegiados de circuito, tribunales unitarios de circuito, jueces de distrito y los órganos jurisdiccionales de los poderes judiciales de los estados y de la Ciudad de México en los casos previstos por la ley), para que, sustanciado el proceso regulado normativamente, sea restituido o se obligue a la autoridad responsable a respetar el derecho que se trate, restablecer las cosas, en el primer supuesto, al estado que guardaban antes de la violación, y a cumplir lo que la ley exige, en el segundo supuesto.

Miguel Ángel Aguilar López

75. APATRIDIA

Una persona es apátrida cuando ningún Estado la reconoce como su nacional. Para determinar si una persona se encuentra en dicho supuesto, se eva-

lúan, por un lado, los vínculos de la persona con el país donde nació o con el país de la nacionalidad de sus progenitores y, por el otro, la legislación y la práctica de los tales países respecto de la nacionalidad. Si bien toda persona humana tiene derecho a una nacionalidad, entendida como el vínculo jurídico y político entre una persona y un Estado, en la práctica cada Estado determina, de conformidad con su legislación, quiénes son sus nacionales. La situación de apatridia —en la que ningún Estado reconozca a cierta persona como su nacional— puede generarse a partir de la denegación, pérdida o privación arbitraria de la nacionalidad; por conflicto de leyes de nacionalidad entre los distintos Estados; por la sucesión de Estados; por deficiencia en los registros de nacimiento y matrimonio, entre otros.

En el ámbito internacional hay dos instrumentos que se refieren específicamente a la situación de apatridia: la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 1954, y la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, de 1961. La primera define al término “apátrida” como “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”, y exige a los Estados parte que confieran el mismo trato que reciben otros extranjeros en su territorio; mientras que la segunda está dirigida a eliminar los casos de apatridia que derivan de situaciones específicas, como un cambio de estado civil, residencia, o renuncia voluntaria a la nacionalidad, y establece criterios para reducir los riesgos de que la persona esté en dicha situación. Estas definiciones hoy en día se consideran mayoritariamente como una fuente de costumbre internacional que, por tanto, vincula a todos los Estados.

Una persona puede dejar de ser apátrida si adquiere o readquiere una nacionalidad. Ahora bien, mientras no cuenten con la protección de ningún Estado que les reconozca como sus nacionales y les garantice el ejercicio efectivo de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo, las personas apátridas se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad, que exige de los Estados medidas de protección especiales. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que la protección a las personas apátridas es parte de los distintos marcos normativos de la protección internacional, entendida esta última como aquella que ofrece un Estado a una persona extranjera cuando sus derechos humanos se ven amenazados o vulnerados en su país de nacionalidad o residencia habitual.

La Corte IDH ha señalado que las diversas fuentes del derecho internacional revelan que la noción de protección internacional abarca también otro tipo de marcos normativos de protección, entre los cuales se incluye la protección recibida: *a)* por las personas solicitantes de asilo y refugiadas, con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas, que incluye la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; *b)* por cualquier extranjero, con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y *c)* por las personas apátridas (Corte IDH. OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión consultiva de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21, párr. 37).

Si bien la determinación de quiénes son nacionales forma parte de las facultades de un Estado, estas se encuentran limitadas por la obligación de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley sin discriminación, así como por los deberes de identificar, prevenir y reducir la apatridia (Corte IDH. *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 282, párr. 256). De conformidad con el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en cuanto al derecho a la nacionalidad, los Estados deben “dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico con el conjunto de relaciones [y además] proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad de forma arbitraria” (Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 139).

Resulta oportuno aclarar que una persona apátrida puede ser migrante o refugiada, pero también puede que nunca haya cruzado una frontera internacional, es decir, puede encontrarse en dicha situación desde su nacimiento. En cualquier caso, el estatus migratorio de una persona no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad, ni del goce y ejercicio de otros derechos. De ahí que los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de política pública, cuya aplicación favorezca la privación arbitraria de la nacionalidad, el incremento de las personas apátridas, y la desprotección del ejercicio pleno de sus derechos.

Las obligaciones estatales respecto al derecho a la nacionalidad y la prevención de la apatridia son exigibles desde el momento del nacimiento de las personas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño establecen que las niñas y niños nacidos en el territorio adquieren la nacionalidad del Estado en que nacen de forma automática, y que los Estados parte velarán por la aplicación de este derecho y las obligaciones internacionales, sobre todo cuando la niña o niño resultara de otro modo apátrida. De ahí que la Corte Interamericana haya señalado que, ante el riesgo de encontrarse en situación de apatridia, la persona afectada solo debe probar la condición de nacimiento en el territorio de determinado Estado para obtener la respectiva nacionalidad (Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, cit.*, párr. 156, y OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión consultiva de 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párr. 134).

La determinación de la nacionalidad o de la condición de apátrida resulta relevante en distintas situaciones posteriores al momento del nacimiento de las personas, entre las cuales se incluyen: *i*) cuando se cuestiona el derecho de una persona de permanecer en un país en el marco de un procedimiento de expulsión; *ii*) en la identificación del país o países respecto de los cuales la persona alega tener un temor fundado de persecución, o *iii*) cuando una persona busca la aplicación de las garantías reconocidas en la Convención de 1961 (ACNUR, Directrices sobre la apatridia núm. 2: Procedimientos para determinar si un individuo es una persona apátrida, 5 de abril de 2012, UN Doc. HCR/GS/12/02, párrs. 26 y 27).

Por otra parte, en el contexto de movilidad humana, las obligaciones estatales respecto de las personas apátridas son especialmente relevantes. El Es-

tado receptor tiene el deber de determinar si la persona extranjera que llega a sus fronteras presenta necesidades de protección internacional y, si fuera el caso, debe referirlas a los procedimientos correspondientes como la determinación de la condición de refugiado, apátrida u otros mecanismos complementarios de protección (Corte IDH. OC-21/14, *cit.*, párr. 95).

Finalmente, de conformidad con el artículo 22.8 de la CADH, las personas apátridas, como sujetos en necesidad de protección internacional, se encuentran a su vez protegidas por el derecho a la no devolución, puesto que el rechazo en frontera o la devolución directa o indirecta a su lugar de residencia habitual podrían poner en riesgo su vida o integridad.

Daniela Salazar Marín

76. APELACIÓN

Del latín *apelare*, llamar. En una interpretación específica del término “apelación”, en el contexto de lo jurídico, constituye el derecho de la parte interesada o afectada para impugnar o recurrir una actuación procesal o resolución de un órgano jurisdiccional para su revisión por parte de una instancia u órgano de carácter superior, formalmente hablando. Esta es la concepción específica de dicha expresión reconocida jurídicamente por la doctrina procesal.

En una interpretación más genérica, la doctrina procesal y el ordenamiento jurídico de que se trate reconocen distintos medios de impugnación o recursos a efecto de someter a revisión los actos emitidos por las diversas autoridades previstas en el sistema jurídico. De esta manera, puede pedirse u ordenarse la revisión de los diferentes actos emitidos por las respectivas autoridades en el ámbito de su competencia (administrativa, legislativa o judicial).

En ese contexto, el derecho prevé los mecanismos jurídicos a través de los cuales se puede proceder al examen o revisión de cualquier acto público, que pueden ser de orden local o federal, y de carácter administrativo, legislativo o jurisdiccional, según la naturaleza del acto y de la autoridad emisora.

Así, la doctrina y el derecho positivo reconocen diferentes recursos o medios de impugnación, distinguiéndose entre ellos, los recursos y los juicios y, de entre estos, los legales, los constitucionales y los convencionales. En los recursos se encuentra la apelación.

Ahora bien, en sentido amplio, todos los recursos o juicios son de carácter legal, por cuanto emanan de la ley, pero, en sentido estricto, se diferencian entre sí en función de sus fines u objetivos.

Las legales son aquellas instancias en las que se analizará exclusivamente la legalidad de los actos combatidos, es decir, que estos hayan sido emitidos de manera estricta en términos de las leyes o disposiciones generales que los rigen, conforme a los cuales deben sujetarse formalmente.

Los constitucionales están previstos en un orden jerárquicamente superior a las leyes, conforme a los cuales se revisará que los actos de las autoridades se sujeten a los principios constitucionales, esto es, a los principios fundamentales del orden jurídico del Estado, conforme a su Constitución como norma primaria y fundamental a la que deben someterse todas las autoridades y sus actos, así como las leyes o disposiciones generales.

Los convencionales, como su nombre lo indica, atienden al orden jurídico internacional, conforme al cual los Estados obligados o sujetos a los instru-

mentos internacionales respectivos (convenios, convenciones, tratados, protocolos y otros reconocidos y aceptados internacionalmente) deben ajustar sus actos y leyes, por lo que existen instancias y acciones internacionales a las que pueden someterse a juicio y revisión los actos, leyes o disposiciones generales del Estado obligado o vinculado a su observancia.

Conforme a lo anterior, las partes interesadas o afectadas tienen los mecanismos legales, constitucionales e internacionales para impugnar los actos, leyes o disposiciones generales que les afecten, a fin de someterlos a su examen y revisión por las autoridades administrativas o jurisdiccionales domésticas o internacionales, según lo regule el derecho positivo interno del propio Estado.

Ahora bien, el derecho positivo de que se trate prevé, para tal efecto, distintos recursos o juicios para los fines precisados, según la naturaleza del acto o de la autoridad emisora, dependiendo de si se trata de actos, leyes o disposiciones generales, de contravención a la ley o a principios constitucionales, o bien, por contravención a instrumentos internacionales, de lo cual dependerá el recurso o juicio procedente.

Así, encontramos, según el derecho positivo y la doctrina procesal, entre otros, recursos administrativos (revisión, revocación, reconsideración, inconformidad) o jurisdiccionales (apelación, revisión, revocación, inconformidad, queja, reclamación), juicios ordinarios (civil, penal, familiar, mercantil, fiscal, administrativo) o constitucionales (amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad, entre otros), y acciones o instancias internacionales (ante cortes o tribunales internacionales, según su denominación).

En este orden de ideas, dentro del régimen interior de derecho positivo se contempla la apelación como un recurso procesal previsto para las instancias jurisdiccionales fundamentalmente, conforme al cual, según la ley procesal respectiva, se autoriza la impugnación de las actuaciones procesales y de las resoluciones emitidas por los juzgados o tribunales para su revisión por las instancias superiores o salas de apelación, en un esquema de mera legalidad, esto es, para determinar que las actuaciones procesales y resoluciones se hayan ajustado estrictamente a la ley que los rige y, en su caso, ordenar su reposición o invalidación.

Para estos efectos se fija la competencia estricta de dichos órganos jurisdiccionales superiores o salas de apelación, para conocer de dichos recursos, y la ley establece los parámetros de actuación para la resolución de los mismos. En términos generales se acepta la interposición del recurso de apelación por una ocasión, y la sentencia que recaiga a dicho recurso ya no acepta otro recurso de legalidad en su contra, pero no impide que dicha sentencia sea susceptible de impugnarse en una vía constitucional o internacional. Cabe aclarar que, por excepción, sí existe la apelación en contra de una sentencia recaída a un recurso de apelación, pero es excepcional según la legislación respectiva.

La apelación podrá hacerse valer por la parte afectada o interesada, en términos de la legislación aplicable, lo que implica que solo los que detenten un derecho relacionado con el acto o actuación o resolución de que se trate, materia de impugnación, podrán agotar dicho recurso.

Es así que la apelación se traduce en el recurso procesal, previsto dentro de los procedimientos judiciales o jurisdiccionales, ante autoridades judiciales o administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, como lo son los tribunales autónomos, que tiene por objeto que una instancia superior de la

propia autoridad emisora del acto o resolución, unitaria o colegiada según su propia conformación orgánica, revise y, en su caso, confirme, revoque o modifique la actuación o resolución impugnada, teniendo como parámetro de referencia la ley u ordenamiento que rige dicha actuación o resolución apelada, pudiendo exigir su debido cumplimiento.

Las leyes respectivas establecerán cuándo la resolución recaída al recurso de apelación interpuesto permita que esta cause estado, esto es, constituya cosa juzgada; diferenciando cuando se trata de un tema intraprocesal, propio del procedimiento de donde emana la resolución o actuación apelada de cuando constituye una cuestión de fondo que dirima en definitiva la pretensión de la acción legal intentada que motivó el juicio o instancia respectiva.

Osmar Armando Cruz Quiroz

77. APERCIBIMIENTO

Atendiendo a la literalidad de la palabra, apercibimiento significa prevenir, avisar, amonestar, preparar, disponer lo necesario para algo y, en general, constituye un mandato o requerimiento para lograr un fin último.

Por otro lado, el significado jurídico de la expresión implica el requerimiento expreso que hace la autoridad administrativa o jurisdiccional, según el caso y la legislación aplicable, en virtud del cual se conmina al destinatario a que actúe de cierta manera.

Lo anterior supone la aplicación de la norma en el sentido que lo dispone y se exige al destinatario de la misma que actúe en los mismos términos que la disposición prevé, a efecto de cumplir con los fines de la institución jurídica de que se trate o evitar su contravención.

A decir de algunos autores, esta acepción admite también como significado la aplicación de una sanción; sin embargo, cabe aclarar que una cosa es el apercibimiento en sí mismo, como requerimiento que exige un hacer o dejar de hacer por parte de a quién se dirige, y otra es la sanción propiamente dicha como consecuencia del incumplimiento al referido mandato.

Esto es, en términos de la disposición legal que prevé la institución jurídica o supuesto normativo de que se trate, se dispone que los destinatarios de la norma deben actuar de cierta manera y que, en caso de incumplimiento, se harán acreedores a una sanción, que puede ser de muy diversa naturaleza (económica, penal, administrativa, etc.), por lo que el apercibimiento se acompaña, a su vez, como regla general, de una posible sanción en caso de incumplimiento a lo requerido, y de ahí que podamos distinguir claramente estos dos elementos: requerimiento y sanción. No obstante, ello no implica que el apercibimiento en sí mismo pueda considerarse como sanción, sino que simplemente es el requerimiento; mientras que la consecuencia en caso de incumplimiento será precisamente la sanción.

El apercibimiento es propiamente la actuación de la autoridad en términos de sus facultades previstas en la ley, en el entendido de que puede tratarse de apercibimientos expresamente contemplados e identificados en la norma para un fin específico establecido, o bien, de uno general que prevé la norma para cualquier otro fin genérico que derive de la ley de que se trate, como podría ser simplemente un apercibimiento que se ajuste a la ley, pero sin precisar artículo o disposición específica, con posibilidad de sanción en caso de incumplimiento. Así, en lo general puede preverse el apercibimiento para

cualquier caso derivado de la ley para el logro de su total observancia y con posible sanción en caso de incumplimiento.

A su vez, el destinatario del apercibimiento lo será cualquier persona física, moral u oficial, esto es, todo aquel destinatario de la norma y obligado a actuar de cierta manera para los fines que la ley prevé, en cuyo caso estará sujeto a su cumplimiento y a ser objeto de apercibimiento y de posible sanción en caso contrario.

Evidentemente, el apercibimiento tiene como objetivo el cumplimiento y debida observancia de la ley, de ahí su previsión y posible sanción por incumplimiento. La ley prevendrá, en cada caso, según sus fines y naturaleza, el plazo y formalidades en que se haga o deba hacerse el apercibimiento, así como el tipo de sanción y su monto y/o graduación.

En estos supuestos, y dados las formalidades y plazos para cumplir con el requerimiento y el monto y/o graduación de la sanción, según cada caso y cada ley, podrá advertirse la urgencia o importancia de la medida.

Asimismo, conforme a la ley que lo disponga o en razón de la competencia de la autoridad correspondiente, podrá determinarse cuál o cuáles autoridades estarán vinculadas a aplicar las sanciones impuestas, que puede ser la misma que hace el apercibimiento u otras encargadas de su ejecución.

Cabe decir también que una cosa es apercibir y otra hacer efectivo el apercibimiento como expresión coloquial en el foro jurídico, pues jurídica y materialmente hablando, el apercibimiento lo constituye el requerimiento expreso que se hace constar en un documento que se notifica y se hace del conocimiento del interesado para que esté formalmente avisado de lo que debe hacer en términos de ley; mientras que hacer efectivo el apercibimiento implica colmar los supuestos del apercibimiento previstos en la ley y que se hicieron constar en el aviso notificado al interesado, de que ante su incumplimiento se generarían las consecuencias de derecho del que se le hicieron saber, por lo que se procede a cumplimentar las sanciones anunciadas en el apercibimiento, y dada su desobediencia, se procede a su cobro o aplicación. Por tanto, hacer efectivo el apercibimiento se traduce precisamente en proceder a ejecutar la sanción anunciada en caso de incumplimiento del requerimiento o aviso hecho.

También debe decirse que pueden hacerse uno o más apercibimientos en el mismo caso y a la misma persona, lo que dependerá de lo que disponga la norma y que así lo permita, así como en la pluralidad de actos que en su caso el destinatario tenga que realizar para cumplir los fines de la ley, y que pueden dar lugar a diversos requerimientos. En los mismos términos, pueden preverse distintos tipos de sanción o diversa graduación de las sanciones a imponer, en un parámetro de mínimo a máximo, o diferentes sanciones para el mismo caso, pero unas más graves que otras, lo que también puede dar lugar a diversos requerimientos en los que se agrava la sanción, respectivamente, hasta lograr su total o eficaz cumplimiento. Por último, también se debe distinguir entre su cumplimiento, en lo general, y su eficaz y oportuno cumplimiento.

Osmar Armando Cruz Quiroz

78. ARGUMENTO

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

79. 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

80. 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 que 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

81. 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, estas 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

82. 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 este 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 con-

forme— si una disposición admite dos interpretaciones opuestas, debe preferirse 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

83. ARGUMENTO COMPARATIVO

En el sistema jurídico mexicano se acude al argumento comparativo si el propio sistema jurídico lo establece. El argumento comparativo toma como referencia 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 estas 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, estos 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 artificialmente 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

84. 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, estos 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 *cohaerentia*.

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

85. 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

86. 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, esta 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 teorema “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

87. 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 manera: 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

88. 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 argu-

mentos—, 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

89. 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 esta.

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 estas.

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 estas a aquellas, 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 estos 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

90. 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 (*Retorica* 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 dición; 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 razonamiento 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

91. 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 este 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

92. 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 suspensivo 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 estas 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

93. 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 aquel, 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 esta 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 inculpado 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 inculpado 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 esta 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 inculpado. *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 inculpado sea materialmente privado de su libertad (*i. e.* recluirlo en un establecimiento especial, destinado a ese efecto) para que este 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 solo 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

94. 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 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 (*SJF*, 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 (*SJF*, 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

95. 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 decidir 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

lez Galván · Nuria González Martín · Manuel González
Pérez · Luis González Placencia · Arturo Guerrero Z
lez · Juan Carlos Gutiérrez Contreras · J. Asunción G
utiérrez Zapata · María de los Ángeles Guzmán Garc
Francisco Javier Díaz Revorio · Salvador Herencia Ca
ez Aguirre · Ariel Dulitzky · Raúl Israel Hernández C
ong Cuy · Aída Díaz-Tendero · José Hernández Her
· Ariel Dulitzky · Carolina Hernández Parra · Carlo
na Hernández Torres · Yasmín Esquivel Mossa · Fran
de la Isla Portilla · Eduardo G. Esteva Gallicchio · To
Lelia Jiménez Bartlett · Patricia Kurczyn Villalobos
Guadarrama · Eduardo Ferrer Mac-Gregor · Rodolfo
· Héctor Fix-Fierro · Héctor López Bofill · Set Leone
dro López Olvera · Héctor Fix-Zamudio · Miguel Ló
gnacio López Vergara Newton · Pietro de Jesús Lora
os · Rogelio Flores Pantoja · Ma. Carmen Macías V
da · José Fernando Franco González Salas · María Do
li · Leonardo García Jaramillo · Daniel Márquez · Ag
lé Goyri · Sergio García Ramírez · Fabiola Martínez
zquez · Javier García Roca · Leonardo Martins · Felipe
moto Benítez · Marina Gascón Abellán · Arne Marja
Arellano · Manuel Eduardo Góngora-Mera · Raúl M
Adalid · Juan Luis González Alcántara Carrancá · Isid
loza Iserte · Mónica González Contró · Miguel Menc
· Geraldina González de la Vega · Jorge Meza Pérez
deer Miranda Bonilla · Osvaldo A. Gozáini · María C
ana Monter Guerrero · Riccardo Guastini · José Luis
Sánchez · Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena · Julieta Me
n Torres · Rubén Hernández Valle · Carmen Morte C
Londoño · Alfonso Herrera García · Pablo Francisco
· Juan Carlos Hitters · Carla Huerta Ochoa · Luis Feli
García · María Nieves · Michael Nájera · T

96. 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, esta 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 el 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)

97. 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)

98. 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 morales 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 la 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, así como la bioética, es un área 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 duodécima semana de gestación en la Ciudad de México, 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

99. 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 (Emeri, 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 este 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 esta, 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 esta (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 este 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* núm. 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, y *v*) el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional (dictada luego de la intervención norteamericana de octubre de 1989).

En Colombia, la Corte Constitucional (sentencia núm. 225, de 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 artículos 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 artículo 75, inciso 22, de la Constitución, incorporado en 1994, enumera 11 (ese número ha sido ampliado a 13, 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, etc.).

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 núm. 1920-2003 de 13 de noviembre de 2003) sostuvo “[...] 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 República 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 com-

petencias estatales, y en Panamá se refiere al 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 *Amonacid Arellano* de 26 de septiembre de 2006).

Pablo Luis Manili

100. 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. Por otro lado, la boleta electoral se diferencia del voto en tanto esta 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 deben 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); *f*) se utiliza el mismo tipo de papeleta en todo el país; *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, y *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, tarjeta perforada, máquina electrónica de votación, o incluso por teléfono o Internet.

Ma. Macarita Elizondo Gasperin

sa · José Luis Soberanes Fernández · Carina X. Góme
Carolina Hernández Parra · César Pernal Franco · O
nut Esperón · Edward Amoal · Asante · Elvito A. Roc
Sáenz · Enrico Andreoli · Enrique Díaz-Aranda · Eré
e Arzate · Víctor Manuel C · Ek · Fabiola Martínez
z · Wendy Vanesa Rocha C · Ignacio López Verg
Hernán Salgado Pesantes · González Aguilar Cavallo
antor · Ricardo Carrazco Mayorga · Ignacio López V
zález · Elisa Ortega Velázquez · Jaime Arturo Verdín
rtha Prieto Valdés · Francisco Vázquez Gómez Bisogr
José Ramón Cossío Díaz · José Gamas Torruco · José
Soberanes Fernández · Juan Carlos Hitters · José Gan
arez Ortega · Mauro Arturo Rivera León · José Ricar
avarín Castillo · Patricia Tarre Moser · José Luis Sober
nchego · Ricardo Alonso García · Teresa Paulina Díaz
reras · Giancarlo Rolla · Sabrina Ragone · Víctor Mar
ncarlo Rolla · Silvia Bagni · Teresa Paulina Díaz Garc
uché Marchetti · José Luis Caballero Ochoa · Gerardo
lo · Rogelio Flores Pantoja · J. Asunción · Gutiérrez Pa
aquín Brage Camazano · Sofía Sagüés · Serena Baldí
Evia · José María Coello de Portugal · José Carlos Álv
nchego · Lucio Pegoraro · Bonilla Constantino · Víct
lo · Carla Huerta Ochoa · Ariel Dulitzky · José Miguel
azco Mayorga · Rogelio Flores Pantoja · Juan Carlos A
ández · Eduardo Ferrer Mac-Gregor · Laura Patricia H
ova · Sergio García Ramírez · Luis González Placencia
l. Carmen Macías Vázquez · Ma. Macarita Elizondo
nche Ramírez · Lucio Pegoraro · Marcos Francisco de
ra de la Isla Portilla · María de la Concepción Vallarta
ís Figueroa · Susana Thalía Pedroza de la Llave · Mau
guel Ángel Rodríguez Vázquez · Miguel Óscar Sabid

101. 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 aquellas”.

Por lo que hace al término “instancia”, este 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 solo 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 aquellos, y solo 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 mi-

nistro mexicano Mariano Azuela) que vulnera el derecho de los gobernados a que se les administre justicia, y a que esta 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

102. 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 allanamiento, 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 ple-

no 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 solo 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 solo 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).

Wendy Vanesa Rocha Cacho

103. 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 solo 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, esta 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 parlamen-

tarios 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

104. 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 solo 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 ri-

gió, 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

105. 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 esta 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

106. CAPACIDAD PROCESAL

En virtud de que existe la fuerte tendencia por parte de un sector cada vez más numeroso de la doctrina contemporánea, esencialmente latinoamericano, 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 *legitimatío ad processum* y *legitimatío 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 *legitimatío 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 afirme 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 *legitimatío ad processum*, es necesario reconocer en el texto constitucional los entes legitimados que están en aptitud para comparecer a juicio y a través de quiénes 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

107. 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 establece a favor del acreedor un derecho, en tanto que si la carga es insatisfecha solo 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 de ba-

tido 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 regulación de estas 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

108. 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

109. 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 solo 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 puede restringirse al compartimento. 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 estas 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 esta. 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 estos 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 cancelas 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.

Ma. Macarita Elizondo Gasperín

110. CASO BONHAM

Gran parte de los estudios consideran al relevante caso *Bonham* como el más inmediato precedente del moderno control de constitucionalidad de las leyes, debatido ante el Tribunal de los *Common Pleas* en 1610, en el que el magistrado inglés sir Edward Coke hizo propias las teorías de Bracton y Fortescue —que consideraban que el monarca tenía que estar sometido a la *lex terrae*—, exponiendo la propia noción de “ley fundamental” e identificándola sustancialmente con los principios del *common law*. En tal causa se contestaban las sanciones fijadas por el Colegio Médico de Londres a Bonham, por haber ejercido la profesión sanitaria en la ciudad sin la específica autorización requerida por dicho Colegio; sin embargo, Coke puso en duda la legitimidad de la ley invocada como apoyo a la pretensión punitiva, sentenciando: “[...] en muchos casos el derecho común puede servir de parámetro para controlar las leyes del Parlamento y algunas veces declararlas privadas de eficacia: en efecto, cuando una ley del Parlamento es contraria a la justicia común y razón o es repugnante o irrealizable, es posible, por ello, contestar su legitimidad con base en el derecho común y, si procede, declararla nula”. El derecho común, es decir, el *common law* —monopolio del poder judicial— representaba, según Coke, tanto la ley fundamental del reino como la encarnación de la razón, ella contenía dentro de sí todo lo que, muchos años después, los juristas estadounidenses incluirán en su idea de *Constitution*: tanto el *Bill of Rights* como el *frame of government* (o sea, los derechos individuales de los ciudadanos y también la estructura organizativa del Gobierno).

En Inglaterra, en cambio, el doble conflicto entre el Parlamento y el soberano, y entre el poder judicial y el poder legislativo, se solucionó con la plena victoria de este último, de modo que, a pesar de algunas referencias en el siglo siguiente, la doctrina de Coke se abandonó rápidamente y con ella el principio según el cual la voluntad de las asambleas representativas podía ser sometida a las decisiones de los jueces. En su lugar, arraigó la idea de la omnipotencia del Parlamento, muy bien expresada por la conocida frase de De Lolme, según la cual el Parlamento podría hacer de todo, excepto transformar un hombre en mujer, y viceversa. Hasta siglos después, con la *Constitutional Reform Act*, de 2005, se establece claramente la división de los poderes, y se sustrajo a la *House of Lords* y al *Lord Chancellor* la función judicial superior, atribuida a la nueva Corte Suprema, operativa desde 2009 (sin introducir con ello el control de constitucionalidad).

Como observa Nicolini, en Reino Unido, el *Rule of Law* —con fundamento en la *immemorial antiquity* de la *Law of the Land* y velado por poder judicial— coincide, tras la *Glorious Revolution*, con la supremacía del Parlamento y la ley. Tal evolución del ordenamiento no incide en la protección de los derechos: las libertades —que continúan basándose en la *Law of the Land* y la garantía jurisdiccional de los derechos— permanecen confiadas a las Cortes de *Common Law*, las cuales aplicarán la *Law of the Land* y la ley del Parlamento. Al soberano —limitado, por cuanto está sujeto a la *lex angliae*— le sucede el Parlamento, un poder igualmente soberano que debilita el “poder del rey y actúa en favor del cuerpo de los representantes del pueblo”, haciendo “del rey un sujeto de la Constitución democrática”.

Sin embargo, la supremacía del Parlamento no convierte el *King in Parliament* en un poder arbitrario. El Parlamento es tal porque es un poder supremo

consentido: “the *Liberty of Man, in Society*, is to be under no other Legislative Power, but that established, by consent, in the Commonwealth, nor under the Dominion of any will, or Restraint of any Law, but what the legislative shall enact, according to the Trust put in it” (Locke). Por tanto, es el *garante político* de las libertades de los ciudadanos, en cuanto está legitimado por consenso a limitarlas. El “*Rule of Law*, que ahora deriva de un Parlamento soberano que asegura la ‘participación de la sociedad civil en la dirección política del país’ (Bognetti) asegura, a través del poder judicial, la protección de los derechos frente a la Corona: de un poder público hacia otro poder público”.

Contrario a Inglaterra, donde la doctrina de Coke —enunciada en el caso *Bonham*— se abandonó pronto, desde la segunda mitad del siglo XVIII, James Otis y John Adams, “para conferir aspecto jurídico a las reivindicaciones independentistas de las colonias americanas respecto a la madre patria, defendían que ‘una ley contraria a la Constitución es nula’”, invocando expresamente el pensamiento de Coke. Sobre tales bases, en los inicios del siglo XIX, en Estados Unidos el control de constitucionalidad en manos de los jueces adquirió importancia para la confirmación del concepto —al lado y más allá de la idea de ley superior— de Constitución rígida, idónea como tal para ser asumida por los propios jueces como parámetro de legitimidad de las leyes ordinarias.

Lucio Pegoraro

(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

111. CASO 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. Sandford*, 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 apro-

bación 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 este 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, este 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 solo una instancia de apelación, por lo que la *Judiciary Act* de 1789, al estudiar la posibilidad de acudir directamente al Tribunal Supremo para que librara 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 solo 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, esta 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

112. 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 este 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 efectúo, 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

113. 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 presuma 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 solo se interpretan gramaticalmente sino también de forma teleológica y sistemática.

Así, el derecho del imputado a la presunción de inocencia no solo 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 esta 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

114. *CERTIFICATION OF QUESTIONS*

En el derecho procesal de Estados Unidos, *Certified Question* identifica un mecanismo por el cual un tribunal inferior solicita una *Opinion* sobre una determinada *Question of Law*, dirigida a un órgano diferente dentro de la jerarquía del poder judicial —por lo general, *Appellate Courts*, *State Supreme Courts*, o incluso la propia *Supreme Court of the United States*—. Esta solicitud se plantea principalmente en todos los casos en que el tribunal requirente, ante el que está pendiente un litigio, debe basar su decisión en la aplicación de una ley que pertenezca formalmente a otro Estado o a otra jurisdicción (estatal o federal).

Tal como está estructurado, el mecanismo procesal de la *Certification of Questions* es, en primer lugar, una herramienta desarrollada para ayudar al tribunal inferior a decidir sobre una *Question of Law* incierta, o sobre la cual no está anclada en ninguna jurisprudencia anterior. En segundo lugar, por lo que se refiere al derecho a resolver el asunto, debe señalarse, no obstante, que el litigio ante el órgano jurisdiccional nacional sigue siendo competencia de dicho órgano jurisdiccional. Por último, por lo que se refiere al objeto de la “desconcentración jurídica”, el tribunal contra el que se dirige la solicitud no estará obligado a pronunciarse sobre la totalidad del litigio, sino únicamente sobre la *Question* —o las *Questions*— que se le sometan.

El mecanismo procesal de *Certification*, ya autorizado expresamente (si no formalmente procesado) en un gran número de jurisdicciones estatales (U.S. Supreme Court, *Clay v. Sun Insurance Office, Ltd.*, 363 U.S. 207, 1960; U.S. Supreme Court, *Dresner v. City of Tallahassee*, 375 U.S. 136, 1963) encontró un intento concreto de disciplina en el *Uniform Certification of Questions of Law Act* de 1967, propuesta conjuntamente por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* y la *American Bar Association* y luego aceptada casi unánimemente en los procesos de toma de decisiones incardinados ante los tribunales de Estados Unidos. Algunos estados —Texas, por ejemplo— han hecho incluso obligatorio este mecanismo procesal en determinadas circunstancias: en estos casos, si el tribunal de primera instancia se niega a utilizarlo, es posible emitir un *Writ of Mandamus*, con el fin de imponer la *Certification*. En otros casos (p. ej., Connecticut y Minnesota), el *Certificatory Process* está sujeto a la iniciativa de una de las partes —o, en cualquier caso, al consentimiento expreso de los litigantes— antes de que pueda ser iniciado por el tribunal.

Con referencia a los mecanismos operativos concretos del instituto, se pueden hacer algunas distinciones importantes. Cuando el tribunal de primera instancia decide sobre una solicitud de aclaración de una determinada *Question of Law*, tiene que formular materialmente la cuestión que debe transmitirse. A este respecto: *i*) algunas jurisdicciones estatales no exigen más que una simple y no estrictamente formalizada *Legal Question*; *ii*) sin embargo, generalmente se dispone que el tribunal inferior enviará material en apoyo de la

Question formulada —por ejemplo, una descripción de los elementos de hecho de la controversia, o una transcripción de los *Records* procesales—.

Por último, referente a la libertad de decisión del tribunal que recibe la solicitud de *Opinion*, algunos tribunales estatales hacen obligatoria la respuesta a la *Question Certified*, mientras que otros permiten el ejercicio discrecional a este respecto. Cualquiera que sea el enfoque, es evidente que sigue existiendo cierto grado de discrecionalidad en cuanto a la posibilidad de que el Tribunal Superior rechace una respuesta por motivos puramente técnicos de procedimiento.

Federal-to-State Certification. En los informes federales de Estados Unidos, se puede recurrir a un tribunal federal para que se pronuncie sobre cuestiones relativas a la aplicación de la ley estatal. En este caso, los tribunales superiores estatales suelen ofrecer a los tribunales federales la posibilidad de “certificar” tales *Questions*, a fin de darles una especie de interpretación auténtica de la ley estatal que debe aplicarse. El uso de tal mecanismo procesal —incluso en presencia de ciertas posibles inconsistencias en la ley sobre la *Federal Courts Jurisdiction*— muestra claros efectos positivos desde el punto de vista federal: *i*) se garantiza a los estados la aplicación uniforme de su legislación, de acuerdo con la interpretación dada por los tribunales internos; *ii*) los tribunales federales evitan tener que adivinar cómo habría interpretado (y aplicado) un tribunal superior estatal la *Question of Law* particular.

State-to-State Certification. En el sistema legal de Estados Unidos, algunas jurisdicciones estatales también han establecido un mecanismo de certificación de estado a estado (Dakota del Norte, Iowa, Kansas, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Oklahoma, Oregón, West Virginia, Wisconsin); sin embargo, su uso real ha resultado ser extremadamente limitado. Las razones de este escaso uso pueden encontrarse en las numerosas excepciones procesales que permiten a las distintas jurisdicciones de los estados evitar la aplicación de la ley de otro estado. En otras palabras, las distintas jurisdicciones estatales tienden a justificar la no utilización de la *Certification* basándose en el temor de que el recurso a ella permitiría una invasión indebida de un derecho externo en su propio sistema judicial y la consiguiente voluntad de mantener el pleno control de las *Questions of Law* aplicables dentro de su propio sistema jurídico.

Supreme Court's Certified Question Jurisdiction. La posibilidad de presentar una *Certified Question* a la Corte Suprema se remonta a la época en que el Congreso legitimaba al Máximo Tribunal de Estados Unidos de América “to finally decide [...] any question before a circuit court, upon which the opinion of the judges shall be opposed” (Act of April 29, 1802, ch. 31, sec. 6). Durante mucho tiempo, incluso la *Certification* fue el único método explícitamente previsto por el cual muchas controversias podían ser examinadas —en apelación— por la propia Corte Suprema (U.S. Supreme Court, *United States v. Rider*, 163 U.S. 137, 1896). Tras la creación de las *Courts of Appeal* mediante el *Judiciary Act* de 1891, esta exclusividad desapareció, pero el instrumento de la *Certification* ante la Corte Suprema siguió siendo un mecanismo operativo utilizado concretamente para la *High Court review*; sin embargo, en los últimos tiempos se ha producido un fuerte descenso en el uso de este instrumento de procedimiento: las razones se ven principalmente en el hecho de que la facultad discrecional de las *Appellate Courts* para solicitar una *Opinion* sobre una *Question* en

la Corte Suprema sería contraria a la función de esta última, dado que “[...] an extensive use of certification would unduly enlarge its obligatory jurisdiction [...] frustrating the Court’s proper functioning as a policy-determining body” (J.W. MOORE-A.D. VESTAL, 1949).

Enrico Andreoli

115. 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 inculpado, 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 pe-

riodos 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

116. CIRCUITO JURISDICCIONAL

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 estos 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 técnicamente 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

117. 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 eligen 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 estas 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 estas 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 este, 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 elec-

torales, 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

118. CIUDADANÍA

Las construcciones latinoamericanas sobre ciudadanía pueden articularse en torno a tres ejes que, a su vez, se bifurcan en diferentes líneas de investigación: en primer lugar, la compleja relación entre cultura y ciudadanía; en segundo lugar, la relación entre el consumo y la cultura y, en tercer lugar, las articuladas alrededor del déficit de ciudadanía regional. En este último conglomerado de teorías se encuentra el concepto de “preciudadanía” —estatus latente para amplios segmentos de la población en la región de América Latina y el Caribe—.

En cuanto a la teoría europea y anglosajona sobre ciudadanía, es prolija la doctrina que desde la sociología ha dedicado profunda atención a la interrelación clase-ciudadanía (Dahrendorf, Lockwood, Rex, Giddens, Korpi, Turner, Mann), así como al vínculo de la ciudadanía con otras dimensiones de la estratificación como el género, la raza/etnia (O'Connor, Barbalet, Walby, Crompton). Asimismo, desde la ciencia política, el concepto de ciudadanía se relaciona con determinadas formas de organización política, bien sea con la polis griega clásica, o bien, con la génesis de los Estados-nación en los siglos xv y xvi en la Europa occidental y septentrional.

Sin embargo, para el jurista, los conceptos de ciudadanía más interesantes son el de Thomas H. Marshall (1949) y el de Thomas Bottomore (1992).

El concepto de ciudadanía ideado por Thomas H. Marshall a mediados del siglo pasado en Inglaterra parte de la experiencia geográfica e histórica del autor, visualiza la ciudadanía civil o derechos civiles como la dimensión que es reivindicada en las sociedades, en primer lugar (siglo xviii en Inglaterra), y que se vincula con la libertad individual: derecho a la propiedad, derecho a la justicia, libertad de expresión, de pensamiento y de religión. La ciudadanía política representa un segundo estadio en la evolución de las sociedades, tiene lugar en el citado país en el siglo xix y consiste en el derecho al voto y a la asociación. Por último, la ciudadanía social, desarrollada en el siglo xx y especialmente en la segunda mitad del mismo, consiste en los derechos que proporcionan bienestar y seguridad económica, entre los que figuran el derecho a un empleo y un salario, a la salud, a la educación, a la jubilación y al desempleo (que hoy se han ampliado y se denominan derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, DESCAs).

La vigencia de la clasificación de Marshall se debe a varias causas. En primer lugar, el autor es pionero en identificar premisas de las que después se apropiaría el derecho como la “interdependencia” y la “indivisibilidad” de las dimensiones civil, política y social, así como la secuencia o progresión de las mismas. La interdependencia e indivisibilidad consisten en que la existencia de la ciudadanía civil es requisito para la ciudadanía política, y ambas son necesarias para que exista la dimensión social. Asimismo, la dimensión social es, a su vez, necesaria para un efectivo ejercicio de las dimensiones civil y política. Marshall visualizó la progresión civil-político-social de las dimensiones y destacó el carácter imprescindible y necesario de cada una de ellas para el logro de la ciudadanía plena.

En segundo lugar, establece la importancia de separar las dimensiones civil, política y social para identificar las instituciones que deben encargarse de su cumplimiento: los tribunales de la dimensión civil; el parlamento o congresos federales, estatales y locales de la dimensión política, y los diferentes tipos de Estados a través de sus políticas de asistencia y seguridad social de la dimensión social, lo que hoy se denomina *accountability* o “atribución de responsabilidades”.

Por su parte, Thomas Bottomore realizó otra clasificación basada en la distinción entre la noción formal y la noción sustantiva de la ciudadanía. Formalmente, la noción de ciudadanía se vincula con ser miembro de una comunidad política y, por tanto, la decisión acerca de quién es ciudadano la toma el Estado. Sustantivamente, la noción de ciudadanía se refiere a la posesión de derechos específicos reconocidos por el Estado y al cumplimiento

de obligaciones en el marco de un Estado o comunidad de pertenencia y, por ende, la cualidad de ciudadanía es el resultado de conflictos y negociaciones entre las fuerzas estructurales políticas y sociales de un país. Esto es, no todo ciudadano formal goza de los derechos que constituyen la ciudadanía sustantiva.

Aída Díaz-Tendero

119. CLÁUSULA DE APERTURA CONSTITUCIONAL

La cláusula de apertura constitucional se refiere a los modelos de articulación entre el derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), que definen la forma en que confluyen las normas y mecanismos de garantía de derechos humanos de fuente internacional, frente a los sistemas nacionales. Este proceso pretende la eficacia de los derechos a partir de la integración coordinada entre normas y mecanismos de protección de ambos sistemas.

Estas cláusulas surgen a partir de la necesidad de introducir en las constituciones una disposición expresa que asigne un rol a los instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente en dos ámbitos: *normativo*, a partir de la posición jerárquica que se les asigne, y *jurisprudencial* o interpretativo. Estas definiciones regularmente tienen lugar a través de la incorporación de la doctrina del bloque de constitucionalidad.

El antecedente de la actual cláusula de apertura constitucional se remonta a las formas en que se hacía la recepción del Derecho Internacional Público. En ese sentido, la Constitución estadounidense de 1787, estableció en su artículo VI.2 que tanto el sistema internacional como el interno conformarían la ley suprema de dicho Estado. La Constitución de Weimar de 1919 también contempló una especie de cláusula de apertura al señalar que la ley internacional es parte de la ley del Estado. En el caso mexicano, el primer antecedente se encuentra en la Constitución de 1857 en la que se estableció en su artículo 126 que “esta Constitución, las Leyes del Congreso y de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República con aprobación del Congreso serán la Ley suprema de toda la Unión”.

Ahora bien, resulta necesario identificar que la interacción se genera en dos momentos: el primero, cuando los tratados internacionales de derechos humanos adquieren validez en el ordenamiento nacional. El segundo momento se da a partir de la forma como se articula su relación con el derecho interno y sus jurisdicciones, una vez que estos son válidos. Las cláusulas de apertura constitucional se ubican en este último.

La respuesta se ha dado a partir de dos modelos: 1. El jerárquico, y 2. El interpretativo.

1. Modelo jerárquico. Determina el lugar que ocupan las normas internacionales de derechos humanos en la estructura de la jerarquía normativa nacional. Néstor Pedro Sagüés lo ha clasificado de la siguiente manera: *a)* la supraconstitucionalización; *b)* la constitucionalización; *c)* la subconstitucionalización, y *d)* de equiparación legislativa.

La *supraconstitucionalización* implica que el tratado internacional que se incorpora al derecho interno está por encima de este y mantiene un estatus privilegiado, ubicándose incluso por encima de la Constitución del Estado.

En este sentido, en caso de existir colisión entre una disposición constitucional y una convencional, podrá prevalecer la segunda, mientras que la cláusula constitucional contraria al tratado pasa a ser derecho inválido. En este supuesto encontramos a las constituciones de Venezuela, Guatemala y Bolivia.

La *constitucionalización* se presenta en aquellas constituciones que asignan rango constitucional a los tratados internacionales, es decir, guardan la misma jerarquía que la Constitución. Explica el profesor Sagüés que si bien en estricto sentido el tratado no forma parte de la Constitución, sí vale como el texto constitucional.

En tercer lugar, tenemos a las cláusulas que ubican a los tratados por debajo de la Constitución pero por encima del derecho ordinario, a lo que se conoce como *subconstitucionalización* o cláusula supralegal. En otras palabras, tienen una posición media entre la norma constitucional y las leyes comunes. Dado que el tratado se encuentra subordinado a la Constitución puede ser declarado inválido en caso de que contravenga a esta última. Además, los derechos humanos contenidos en el tratado deben interpretarse de conformidad con la Constitución.

Por último, las cláusulas que prevén una modalidad de *equiparación legislativa* contemplan no solo que el tratado se sitúe por debajo de la Constitución, sino que, además, sostiene que no hay justificación alguna para priorizar al tratado por sobre una ley ordinaria. Estas cláusulas resultan complejas pues parten de la concepción de que el derecho interno y el derecho internacional son *intrínsecamente distintos e independientes* y, en esta tesitura, el tratado internacional debe superar que tanto la Constitución como la ley ordinaria lo declaren aplicable.

La posición jerárquica resulta relevante, ya que esta tendrá efectos jurídicos y políticos de intensidad diversa. En el caso latinoamericano, donde la mayoría de los Estados adoptaron el modelo de constitucionalización, podemos identificar los siguientes de acuerdo con Manuel Góngora: 1) los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna; 2) los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad; y 3) los derechos internacionalmente protegidos por los tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales.

2. *Modelo interpretativo*. Se establece de manera expresa el deber de interpretar algunas normas constitucionales y/o legales a la luz de las obligaciones internacionales, a través de la interpretación conforme. En este sentido, Constanza Núñez identifica un modelo de articulación basado en la armonización-interpretación que se caracteriza por lo siguiente: a) permite evitar la responsabilidad internacional por interpretaciones contrarias al DIDH; b) favorece el desarrollo de interpretaciones evolutivas mediante la interacción entre el DIDH y el derecho interno, y c) no otorga respuestas definitivas frente a problemas complejos, ofreciendo siempre respuestas abiertas que tienen como piso mínimo el catálogo internacional de protección de derechos humanos.

La interacción propiciada por las cláusulas de apertura constitucional ha generado un constante y consistente diálogo entre jurisdicciones, en sus

modalidades vertical y horizontal. El diálogo vertical se da entre los tribunales regionales y las cortes nacionales mediante referencias jurisprudenciales mutuas y el control de convencionalidad, en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El diálogo horizontal se da mediante tres ejes principales: el diálogo intraestatal, el diálogo interestatal y el diálogo transregional. En el intraestatal se somete a escrutinio la relación generada entre las instituciones y procedimientos internos, jurídicos y políticos, que tienen como objetivo fomentar el cumplimiento de las obligaciones en derechos humanos. En el diálogo interestatal se identifica que el análisis del cumplimiento de determinadas medidas por parte de los Estados responsables tiene el potencial de ayudar a que otros países con problemáticas similares puedan avanzar en la garantía de los derechos. El diálogo transregional se produce entre los sistemas supranacionales de protección de derechos humanos, así como entre los organismos oficiales y la sociedad civil que operan en dichos sistemas. Destaca también la referencia al uso que el TEDH ha hecho de la jurisprudencia pionera de la Corte IDH sobre grupos vulnerables o leyes de amnistía, como producto de un progresivo y creciente diálogo. El diálogo en todos los niveles tiene un papel preponderante para la consolidación de un *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos. En esta tarea convergen todos los actores: tribunales regionales de derechos humanos, tribunales nacionales, autoridad pública estatal y actores no estatales, a la que se integra el discurso académico como estrategia decisiva para enfrentar las coyunturas desglobalizantes que en la actualidad se advierten en Europa y América Latina.

Rogelio Flores Pantoja
María Alejandra de la Isla Portilla

120. 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 interpretación 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 mandado 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

121. CLÁUSULA FEDERAL (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)
La mayoría de las personas protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y por el Sistema Interamericano de Derechos

Humanos (SIDH) viven en países federales: Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, México y Venezuela (Informe 98/03, caso 11.204, Fondo, Statehood Solidarity Committee, Estados Unidos, 29 de diciembre de 2003, párr. 108). No son pocas las ocasiones en que el Gobierno federal debe responder a denuncias internacionales por faltas cometidas por sus estados federados o entidades federativas (CIDH, Informe sobre la situación general de los derechos humanos en Brasil, 1997, p. 14), por lo que varios Estados han intentado ampararse en su estructura federal para limitar los efectos internos de la ratificación de tratados de derechos humanos o restringir el alcance de su responsabilidad internacional. Autoridades locales también han pretendido desatenderse de sus obligaciones argumentando que los tratados han sido ratificados por el Estado federal y no por el estadual. Por supuesto, existen circunstancias en las que la estructura federal permite que la protección de los derechos humanos sea mayor o mejor a nivel local que a nivel federal, y también es factible que las normas jurídicas o instituciones destinadas a la protección de los derechos emerjan primariamente a nivel estadual para luego consolidarse federalmente. Además, el federalismo ofrece la posibilidad teórica de un doble nivel de protección de los derechos a través de los mecanismos judiciales de los estados federados y de la federación. De allí la importancia de analizar el artículo 28 de la CADH, la llamada “cláusula federal”, que en lo pertinente indica: “1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”.

El alcance de la cláusula federal debe definirse claramente a fin de no restringir o limitar indebidamente la protección internacional para los habitantes de Estados con estructura federal, así como para evitar que los órganos internacionales condicionen o impidan el armónico funcionamiento de la distribución de los poderes hacia el interior de las federaciones. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) encontró que un Estado federal había violado sus obligaciones internacionales por permitir que quedara en manos de cada estado de la Unión —y no del Gobierno federal— determinar si los homicidios merecían o no la pena de muerte (caso 9647, Estados Unidos, res. 3/87, de 22 septiembre 1987, párr. 63). En muchos países federales, las disposiciones en materia penal son eminentemente una facultad de los gobiernos locales y no del Gobierno central.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido que el artículo 28 puede ser objeto de interpretación por parte del Tribunal (caso *Garibaldi vs. Brasil*, sentencia de 23 de septiembre de 2009, núm. 203, párr. 145), entendiendo que “el alegato sobre la eventual inobservancia de las obligaciones emanadas del artículo 28 de la Convención debe referirse a un hecho con entidad suficiente para ser considerado como un verdadero incumplimiento” (caso *Escher y otros vs. Brasil*, sentencia de 6 de julio de 2009, núm. 200, párr. 220). Hasta el momento, el Tribunal no ha definido qué debe

interpretarse como “entidad suficiente para configurar una inobservancia del artículo 28”; sin embargo, para determinar la no inobservancia de las obligaciones emergentes, la Corte tuvo en cuenta que “el Estado no opuso su estructura federal como excusa para incumplir una obligación internacional” (caso *Garibaldi*, párr. 138).

Si bien los Estados son libres y soberanos para adoptar la forma de gobierno y de Estado que estimen pertinente —sea federal, unitaria o cualquier otra—, no pueden “alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional” (Corte IDH, caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, sentencia de 27 de agosto de 1998, núm. 39, párr. 46). Las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en las Américas deben ser respetadas por los Estados parte de las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria (Corte IDH, OC-16/99, párr. 140). La Corte ha desechado la posibilidad de la invocación del derecho interno, incluida la Constitución federal, como limitante de la responsabilidad internacional del Estado (casos *Constantine y otros*, *Hilaire y Benjamín y otros*, sentencias sobre excepciones preliminares, de 1 de septiembre de 2001, párrs. 84, 93, 84, respectivamente). En esta línea, “Una interpretación diversa de la obligación contenida en la cláusula federal conduciría al absurdo de convertir la protección de los derechos humanos en una decisión meramente discrecional, sujeta al arbitrio de cada uno de los Estados partes” (CIDH, Informe 26/09, caso 12.440, Wallace de Almeida, Brasil, 20 de marzo de 2009, párr. 166).

El Estado incurre en responsabilidad por cualquier comportamiento que sea incompatible con sus obligaciones internacionales, independientemente del nivel de administración o gobierno en que se produzca. Cuando se trata de un Estado parte constituido como Estado federal, el Gobierno central responde en la esfera internacional por los actos cometidos por agentes de los estados que conforman la federación (CIDH, Informe 35/01, caso 11.634, Jailton Neri Da Fonseca, Brasil, 22 de febrero de 2001, párr. 13). La responsabilidad internacional por las violaciones a derechos humanos causadas por agentes del poder público —independientemente de la entidad a la cual pertenezcan— es imputable, en definitiva, al Estado, ya que “Como principio general del derecho internacional, los actos practicados por entidades federales u órganos de un Estado que violan una obligación asumida internacionalmente son atribuidos a este último al establecerse la responsabilidad internacional” (CIDH, Informe 37/10, caso 12.308, Manoel Leal De Oliveira, Brasil, 17 de marzo de 2010, párr. 143).

A fin de analizar las obligaciones derivadas de la CADH, es indispensable leer conjuntamente sus artículos 1, 2 y 28 (Corte IDH, casos *Escher*, párr. 221 y *Garibaldi*, párr. 139). La Convención establece como deberes fundamentales a cargo de los Estados parte, es decir, los Estados con estructura federal, unitaria o cualquier otra, los de respeto y garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos en ella reconocidos (art. 1.1). Adicionalmente, los Estados parte con organización federal tienen la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno pertinentes y necesarias para cumplir con tales deberes (arts. 2 y 28.2). Las obligaciones generales consagradas en la CADH —la de respetar y garantizar los derechos protegidos (art. 1.1) y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional (art. 2)— se hallan indisolublemente interrelacionadas y reforzadas, pero no condicionadas, por el artículo 28. El

artículo 1 impone la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos a todo individuo que esté bajo su jurisdicción, sin distinguir si la persona está sujeta a la jurisdicción de Estados federales o unitarios. El artículo 28, en conexión con el artículo 1.1, impone a los Estados, de conformidad con sus constituciones y leyes, la obligación de adoptar medidas para que los órganos, autoridades y estructuras de poder que los componen respeten y garanticen el pleno ejercicio de los derechos y garantías consagrados en la Convención (CIDH, caso Oliveira, párr. 145).

El artículo 1 de la CADH establece claramente la obligación del Estado de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, así como de garantizar su libre y pleno ejercicio, de modo que toda violación que pueda ser atribuida, de acuerdo con las normas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un acto de responsabilidad estatal. De acuerdo con el artículo 28, cuando se trata de las entidades que componen la federación, el Gobierno nacional responde en la esfera internacional por los actos practicados por estas (CIDH, Informe 34/00, caso 11.291, Carandirú, Brasil, 13 de abril de 2000, párr. 36).

La CIDH señaló, en relación con la existencia de grupos parapoliciales, que el Gobierno federal tiene la obligación de emprender acciones urgentes para dismantelar dichos grupos y para investigar y sancionar a los responsables: “La responsabilidad que le corresponde además a los distintos Estados del interior en estos casos de conformidad a lo establecido en el artículo 28 de la Convención Americana en relación con el 1(1) del citado instrumento internacional” (Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, 2003, párr. 561).

En cuanto al deber de garantía del artículo 1.1, la CIDH ha instado a un Gobierno federal a que adopte de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su Constitución y a sus leyes, para que todo el aparato del Estado, incluyendo las autoridades de los estados federados, adopten medidas para cumplir con la Convención (Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, 1997, cap. 5). En otra situación ha recordado que “la falta de cooperación y coordinación entre órganos locales y nacionales de persecución penal puede constituir un obstáculo adicional en la obtención de justicia” (Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 2016, párr. 422).

En el caso de una ejecución extrajudicial, la CIDH (Informe 59/99, caso 11.405 Newton Coutinho Mendes y otros, Brasil, 13 de abril de 1999, párr. 107) aplicó el deber de respeto a las autoridades estatales junto con la omisión de las autoridades federales de adoptar las medidas pertinentes, señalando que las primeras no cumplieron con su obligación de hacer respetar el derecho a la vida. En otro caso señaló que “Los Estados de la federación, en tanto parte del Estado, se encuentran igualmente vinculados por lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por el Gobierno Federal” (caso Wallace de Almeida, párr. 164). La vinculación de las entidades federativas en un Estado federal a los derechos humanos de fuente internacional está apoyada, desde el punto de vista jurídico-internacional, en lo dispuesto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (arts. 27 y 29) y en la llamada cláusula federal del artículo 28 de la Convención Americana. De ella se deriva la obligación del Gobierno federal de tomar las medidas pertinentes a fin de que las autoridades competentes de los estados federados

puedan adoptar las disposiciones para el cumplimiento de dicho tratado internacional (Informe 35/08, caso 12.019, Antonio Ferreira Braga, Brasil, 18 de julio de 2008, párr. 130).

Según la Corte IDH, el deber general del artículo 2 de la CADH implica la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en dicho Tratado, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (caso *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999, núm. 52, párr. 207). La mención que realiza el citado precepto a procedimientos constitucionales implica una remisión a la Constitución solamente en cuanto al aspecto procedimental. Los Estados pueden elegir la manera en que se realizará la adecuación del derecho y práctica de las unidades de la federación a las obligaciones de la Convención, pero en modo alguno significa que el Estado puede sustraerse de dichas obligaciones invocando su derecho constitucional. El artículo 2 señala “con arreglo a sus procedimientos constitucionales”, con lo que deja en manos de los estados federados o del Estado federal la elección de las vías por las cuales cumplirán su compromiso internacional. Lo relevante es únicamente “el resultado de la implementación, esto es, el respeto y la garantía de los derechos [...] La obligación que surge del artículo 2 de la Convención Americana es reforzada y precisada, en virtud de [la] estructura federal, por el artículo 28 del mismo tratado” (CIDH, caso *Wallace de Almeida*, párrs. 161 y 162).

La CIDH ha entendido que “estas obligaciones contenidas en los dos primeros Artículos de la Convención Americana son las que imponen al Gobierno [...] la exigencia de ‘tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes (de las entidades componentes de la federación) puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención’, en los términos del artículo 28.2. [Asimismo,] las ‘medidas pertinentes’ de que trata el artículo 28 de la Convención Americana, en tanto especificación del artículo 2 de la misma, deben producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte” (CIDH, Informe 8/91, caso 10.180, México, 22 de febrero de 1991, párrs. 40 y 165).

El artículo 28 puede servir para deslindar responsabilidades al interior del Estado federal, pero en modo alguno para crear un vacío de responsabilidad internacional. Debe analizarse de conformidad con el derecho interno de los Estados, para determinar si en el caso concreto se trata de “materias sobre las que [el Estado federal] ejerce jurisdicción legislativa y judicial” (art. 28.1) o “materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación” (art. 28.2). Con base en lo dispuesto en el artículo 28, la CIDH señaló que esperaba que el Estado federal adoptase de inmediato todas las medidas pertinentes a efecto de que las recomendaciones contenidas en un informe sobre un caso individual sean cumplidas por la autoridad competente. Y agregó que el artículo 28.2 de la Convención, “reconociendo y respetando cada sistema federal en particular, requiere que el Gobierno central adopte las medidas que permitirán a las autoridades de las entidades componentes de la federación lograr el cumplimiento de la Convención” (Informe 2/99, caso 11.509, Manuel Manríquez, México, 3 de febrero de 1999, párrs. 41 y 121).

Ariel Dulitzky

122. CLÁUSULAS DE REPARACIÓN (REDRESS CLAUSES)

Las cláusulas de reparación (*redress clauses* en inglés) son disposiciones contenidas en los textos constitucionales de numerosos Estados miembros del *Commonwealth*, que fueron colonias o protectorados británicos. Las disposiciones —que dan actuación judicial a la protección de los derechos (*enforcement of protective provisions*)— habilitan a las personas físicas y jurídicas a elevar una petición a los tribunales superiores para que consigan su protección y aplicación —y, en su caso, reparación (*redress*)— frente a sus supuestas vulneraciones por parte del poder público o de sujetos privados. Se trata, como se verá, de disposiciones que se sitúan en la encrucijada entre supremacía constitucional, protección de los derechos fundamentales y sistemas de justicia constitucional.

A la hora de pactar con sus colonias los textos constitucionales, el Reino Unido facilitó la introducción, en dichos textos, de catálogos de derechos fundamentales (*constitutional bill of right*). El modelo de referencia de dichos catálogos fue el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; con lo que se aseguraba también el respeto de los estándares internacionales en materia de protección de derechos fundamentales por parte de las colonias que alcanzaban la independencia.

Se trata, como es evidente, de una verdadera innovación británica en materia de amparo de los derechos fundamentales. Las disposiciones se encuentran, en efecto, en varias constituciones de países africanos (entre otros, véase los arts. 18 de la Constitución de Botsuana; 25 de la Constitución de Namibia; 30 de la Constitución de Tanzania; 33 de la Constitución de Ghana) y asiáticos (entre otros, véase el art. 17 de la Constitución de Sri Lanka; sin embargo, la cláusula de reparación confiere jurisdicción exclusiva sobre esta materia al Tribunal Supremo) y en todas las del Caribe (secciones 18 de la Constitución de Antigua y Barbuda, 28 de la Constitución de Bahamas, 24 de la Constitución de Barbados, 20 de la Constitución de Belice, 16 de la Constitución de Dominica, 16 de la Constitución de Granada, 25 de la Constitución de Jamaica, 16 de la Constitución de San Lucía, 18 de la Constitución de San Cristóbal y Nieves, 16 de la Constitución de San Vicente y las Granadinas y 14 de la Constitución de Trinidad y Tobago). Disposiciones análogas se encuentran también en las constituciones de los territorios de ultramar (entre otros: secciones 16 de la Constitución de Anguilla, 15 de la Constitución de Bermuda, 26 de la Constitución de las Islas Caimán, 31 de la Constitución de las Islas Vírgenes Británicas, 21 de la Constitución de las Islas Turcas y Caicos). En Guyana, la sección 153(1) de la Constitución es aún más amplia, puesto que autoriza al *sustituto procesal* a interponer recurso de protección constitucional en nombre del sustituido.

En muchos casos, los textos constitucionales incorporan los clásicos derechos de primera generación —esto es, los derechos civiles y políticos y los derechos de libertad negativa— en los textos constitucionales más recientes (Islas Caimán, Montserrat, Islas Turcas y Caicos e Islas Vírgenes Británicas) y se han incorporado también derechos sociales, la prohibición de cualquier forma de discriminación y el derecho al matrimonio y a fundar una familia en los términos establecidos por la ley. En este último caso, la formulación de las disposiciones, pactadas entre territorios y Gobierno británico, es deliberadamente ambigua: a nadie se le oculta que el objetivo es evitar referencias

expresas al matrimonio igualitario, controvertido en la cultura social y jurídica caribeña.

En cuanto a la supremacía constitucional, el rasgo más novedoso de esta innovación británica está representado por la introducción de un verdadero *bill of rights* en el texto constitucional. De manera diversa a lo que ocurre en el Reino Unido, donde el catálogo de los derechos convencionales ha sido incorporado por ley ordinaria (*Human Rights Act* de 1998), el poder constituyente, al dotar a cada colonia de su propia constitución, confirió estabilidad a los derechos y al mecanismo para su protección. Es la estabilidad que les confiere el principio de rigidez constitucional por la posición de los derechos y de las cláusulas de reparación del ordenamiento jurídico interno. Mediante dicha constitucionalización, por tanto, el constituyente encontró un balance entre el principio de soberanía constitucional y los de las contingentes mayorías políticas representadas en el parlamento (véase, en este sentido, *Pinder v. R.* 2002 3 WLR 1443).

El recurso de reparación tiene especial transcendencia constitucional. De, hecho, si una persona física o jurídica alega que, por lo que respecta a ella, ha sido violada (o sigue siendo violada) una de las disposiciones contenidas en el catálogo constitucional de los derechos fundamentales, la misma persona puede presentar recurso de reparación al mismo Tribunal.

En cuanto a su impacto sobre el sistema de justicia constitucional, cabe recordar que las cláusulas de reparación habilitan interponer recurso para la protección de los derechos que estén constitucionalmente garantizados. Quedan excluidos del sistema de protección las situaciones jurídicas contenidas en el preámbulo del *Bill of rights* (véase, entre otros, *Girard and the St Lucia Teachers Union v AG* unreported judgment núm. 371/1985). En *AG et al. v Joseph and Boyce* CCJ Appeal, No CV 2 of 2005 (Barbados), el CCJ amparó el derecho a la tutela judicial efectiva —enunciado en el preámbulo del catálogo de los derechos de la Constitución de Barbados—; sin embargo, es preciso recordar que el Alto Tribunal consideró la tutela judicial efectiva como una reiteración de los derechos ya enunciados en el *Bill of rights* y no una situación jurídica autónoma. Por un lado, el recurso no será admitido a trámite si el demandante alega la vulneración de derechos no formalmente contenidos en el *Bill of rights* y, por la otra, el recurso concurre —y, por ende, no excluye— la interposición de ordinarias acciones judiciales, que se acumularán con el propio recurso de reparación.

El amparo asegurado por dichas cláusulas realiza un mecanismo de protección judicial de naturaleza difusa, típico de los sistemas de *common law*. En efecto, la Constitución confiere jurisdicción en reparación a los tribunales superiores (*courts of record*). Los veredictos son devueltos, según el sistema ordinario de impugnación, en segundo grado, a los tribunales de apelación y, en último grado, al *Judicial Committee of the Privy Council* —en el caso de Belice, Barbados y Dominica, frente al Tribunal de Justicia del Caribe—. Se trata, de todas formas, de un modelo difuso con elementos de concentración, puesto que de la jurisdicción de primer grado (*original jurisdiction*) quedan excluidos los juzgados de rango inferior. De hecho, cuando la aplicación de la cláusula se presenta frente a un juzgado inferior, el juez la remitirá al tribunal superior, que decidirá sobre la cuestión de la vulneración de los derechos constitucionalmente garantizados, competente para conocer del recurso de reparación.

El régimen de medidas judiciales confirma la índole de *common law* como modelo de justicia constitucional y protección de los derechos. Al dictar sentencia, los tribunales podrán adoptar las medidas más adecuadas al caso para conseguir la aplicación efectiva de los derechos vulnerados: entre otras, la declaración de vulneración de los derechos (*declarations*). Sin embargo, no siempre la mera declaración de vulneración parece suficiente para asegurar una protección efectiva (*Durity v AG of Trinidad and Tobago* [2008] UKPC 59): el tribunal podrá emanar órdenes judiciales o *writs* contra la Administración pública. De todas maneras, el tribunal podrá rechazar el recurso si considera que el ordenamiento jurídico ofrece al solicitante remedios alternativos y equivalentes al recurso de reparación para conseguir la protección de sus derechos. Los tribunales pueden también condenar a la Administración pública a una indemnización del perjuicio sufrido. Según el JCPC, frente a disposiciones constitucionales que protegen derechos fundamentales no cabe ninguna posibilidad de invocar la doctrina tradicional que limita la responsabilidad de la Corona (*Maharaj vs. AG of Trinidad and Tobago (No 2)* [1979] AC 385 [PC]). Por el contrario, y diferentemente de las demás jurisdicciones de *common law* (Canadá, Suráfrica, Tanzania y Bangladesh, entre otros), los tribunales caribeños de último grado propugnan interpretaciones muy restrictivas de la legitimación procesal al recurso de reparación (*standing*): la violación de las disposiciones constitucionales puede ser invocada solo por los que se ven afectados directa e individualmente por dicha infracción. De todas maneras, las secciones 19 (2) de la Constitución de Jamaica y 153 (1) de la Constitución de Guayana amplían la legitimación, puesto que autorizan a los sustitutos procesales a interponer recurso de protección constitucional en nombre del sustituido —y esa doctrina vale también en la hipótesis de *public interest litigation*—.

Matteo Nicolini

123. 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 ciernes, 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 topos 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 codificador.

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

124. CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (PERÚ)

El Código Procesal Constitucional del Perú fue aprobado mediante la Ley N° 28237, publicada el 31 de mayo de 2004 y que entró en vigor a los seis meses de su publicación por mandato de la misma ley, esto es, el 1 de diciembre de 2004.

El corto tiempo de vigencia de las constituciones peruanas, aunado a la omisión o demora en la expedición de leyes de desarrollo constitucional y de leyes procesales que aseguren la efectividad de las normas constitucionales —especialmente las referidas a derechos de la persona y la jerarquía normativa—, determinaron la necesidad de contar con un código que sistematizara las diversas leyes procesales constitucionales.

La Constitución de 1979, que entró en vigencia el 28 de julio de 1980, estableció la jerarquía normativa; distingue los derechos de las garantías, entendiéndolas como derechos de acción a ejercitarse ante órganos jurisdiccionales; creó el Tribunal de Garantías Constitucionales para conocer de la acción de inconstitucionalidad; concedió acción popular ante el poder judicial para las normas de rango inferior a la ley que infrinjan la Constitución o la ley; concedió el *habeas corpus* para proteger la libertad individual y amparo para proteger los demás derechos constitucionales que se tramitan en el poder judicial y el recurso de casación en el Tribunal de Garantías Constitucionales.

La vigente Constitución de 1993 sigue la sistematización de la de 1979, cambia la denominación del Tribunal por Tribunal Constitucional (TC), al cual le asigna las competencias antes indicadas y la de conocer los conflictos de competencia. Establece además las acciones de *habeas data* y de cumplimiento. Los derechos que protege el *habeas data* en la Constitución de 1979 estaban protegidos por la acción de amparo. El 2 de mayo de 1994 se dictó la Ley N° 26301 sobre los procesos de *habeas data* y cumplimiento, y el 6 de enero

de 1995 la Ley N° 26495, Orgánica del TC, que regula también el proceso de inconstitucionalidad.

Ante leyes procesales dispersas era necesaria su sistematización, tarea que fue asumida oficiosamente por los juristas Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Arsenio Oré Guardia, Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Darnós Ordóñez y Samuel Abad Yupanqui, quienes, en enero de 1994, consultaron sus anteproyectos con jueces, profesores y abogados, y cuyas opiniones fueron tomadas en cuenta, según se indica en la exposición de motivos, publicando su anteproyecto en octubre de 2003, el cual fue asumido como proyecto por un grupo de congresistas y luego convertido en la Ley N° 28237, que aprueba el Código Procesal Constitucional vigente.

El código consta de un título preliminar que explica sus alcances, los fines de los procesos constitucionales, principios procesales, órganos competentes, interpretación de los derechos constitucionales, control difuso e interpretación constitucional y de forma innovadora faculta al TC para dictar precedentes vinculantes con efectos normativos. Asimismo, consta de los siguientes 12 títulos: disposiciones generales de los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento; los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento; disposiciones generales de los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad; de los procesos de acción popular, de inconstitucionalidad y competencial; de la jurisdicción internacional; disposiciones generales aplicables a los procedimientos ante el TC; disposiciones finales, y disposiciones transitorias y derogatorias.

En general, los órganos competentes para conocer de los procesos son el poder judicial y el TC. En el poder judicial, es competente para conocer del *habeas corpus* el juez especializado en lo penal y para el amparo, *habeas data* y proceso de cumplimiento el juez especializado en lo constitucional, en los lugares donde se ha establecido esta especialidad y donde no hay esta especialidad, el juez especializado en lo civil. En segunda instancia son competentes para el *habeas corpus* las salas especializadas en lo penal y para el amparo, *habeas data* y cumplimiento las salas especializadas en lo civil. Cuando la resolución de segunda instancia es favorable al demandante, concluye el proceso. Cuando la sentencia de segunda instancia es desfavorable para el demandante, este puede interponer recurso de agravio constitucional para que el caso sea resuelto por el TC, con cuya sentencia queda agotada la jurisdicción interna y se habilita al demandante para recurrir a la jurisdicción internacional. La ejecución de sentencia corresponde al juez que conoció en primera instancia.

Dispone que el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que Perú es parte. Igualmente, ordena a los jueces interpretar las leyes, normas con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC.

Habilita el amparo y el *habeas corpus* contra resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva. Concibe el amparo como proceso residual, estableciendo su improcedencia cuando existan vías procedimentales jurisdiccionales específicas, igualmente satisfactorias, para

la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. Es esta una norma plausible, pero alejada de la realidad, pues en la práctica no existen vías igualmente satisfactorias y ni siquiera los procesos de amparo tienen la duración que la ley establece. Con el propósito de restringir el uso del amparo se dispone que no proceda cuando carezca de sustento constitucional directo o no esté referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo. En ejecución de sentencia aparece otra figura innovadora, pues se permite controlar actos sustancialmente homogéneos al que fue objeto de la sentencia, ampliando sus efectos a la nueva vulneración.

El proceso de *habeas data* tiene por finalidad no solo acceder a información que obre en cualquier entidad pública, sino también conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a la persona que se encuentren almacenados o registrados en entidades públicas o privadas que brinden servicio o acceso a terceros, así como hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales. El procedimiento es el mismo dispuesto para el amparo.

El proceso de cumplimiento tiene por objeto ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme, o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

El proceso de acción popular procede contra normas infralegales generales que vulneren la Constitución o la ley. Puede iniciarse por demanda de cualquier persona, sin necesidad de invocar interés. Se tramita únicamente en el poder judicial, en primera instancia conoce una sala superior y en segunda y última instancia la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Las sentencias que declaran fundada la demanda podrán declarar la nulidad con efecto retroactivo de las normas impugnadas. Las sentencias tienen efectos generales, por lo cual se publican en el *Diario Oficial*. Si la demanda se declara infundada, ya no se puede ejercer control respecto a la norma que fue impugnada. Puede solicitarse medida cautelar luego de la sentencia estimatoria de primer grado, que implica la suspensión de la eficacia de la norma.

Para interponer demanda de inconstitucionalidad, la Constitución y el código legitiman a los poderes del Estado, a los gobiernos regionales y locales, al defensor del pueblo, a los colegios profesionales y a un determinado número de ciudadanos. El proceso se tramita en instancia única en el TC. Procede contra leyes y normas con rango de ley y no hay medida cautelar. Las sentencias estimatorias dejan sin efecto las normas sobre las que se pronuncian, a partir del día siguiente de su publicación, salvo en materia penal o tributaria, en cuyo caso pueden tener efectos retroactivos. Las sentencias desestimatorias tienen como efecto que ya no se pueda ejercer control difuso sobre las normas materia del proceso.

El proceso competencial es de conocimiento único del TC y tiene por objeto resolver los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, órganos constitucionales, regionales y locales. Resuelve los conflictos negativos, cuando las entidades se niegan a ejercer su competencia; los conflictos positivos, cuando las entidades pretenden atribuirse la misma competencia, y los conflictos atípicos, por ejemplo, por menoscabo de atribuciones. Si el conflicto versa sobre una competencia o atribución expresada en una norma

con rango de ley, el TC declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad. La sentencia vincula a los poderes públicos y tiene efectos generales.

La experiencia demuestra que las normas que establecen mandatos, prohibiciones o confieren derechos son meras declaraciones si es que no se dictan las normas procesales para hacerlas efectivas. Ambas normas son, pues, las dos caras de la misma moneda, y la codificación permite la sistematización y coherencia de normas dispersas referidas a la misma materia.

Elvito A. Rodríguez Domínguez

125. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA CIUDAD DE MÉXICO

La Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México tiene su antecedente en la antigua Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, creada por ley el 22 de junio de 1993, día en que el entonces presidente de la República publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

El fundamento de creación de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal fue inicialmente el artículo 122, fracción C, base primera, fracción V, inciso h) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Adicionalmente, la reforma al artículo 102.B, párrafo quinto de ese mismo ordenamiento, realizada el 10 de junio de 2011, fortaleció a los organismos públicos autónomos de derechos humanos, al establecer un mandato constitucional que dispuso: “[...] las Constituciones de los Estados y [el entonces] Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos”.

Recientemente, con la entrada en vigor de la Constitución Política de la Ciudad de México de 17 de septiembre de 2018, se reconoce —en sus artículos 46 y 48— a la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México como el órgano autónomo encargado de la protección, promoción y garantía de los derechos humanos en la Ciudad de México. Las facultades que le son otorgadas desde la propia Constitución local son: *i*) promover el respeto de los derechos humanos de toda persona; *ii*) investigar las quejas para esclarecer las presuntas violaciones a los derechos humanos; *iii*) interponer acciones de inconstitucionalidad por normas locales de carácter general; *iv*) elaborar informes, dictámenes, estudios y propuestas sobre políticas públicas; *v*) propiciar procesos de mediación y de justicia restaurativa en las comunidades para prevenir violaciones a derechos humanos; *vi*) asistir, acompañar y asesorar a las víctimas de violaciones a derechos humanos; *vii*) definir los supuestos en los que las violaciones a los derechos humanos son graves; *viii*) formular recomendaciones públicas y dar seguimiento a las mismas; *ix*) establecer delegaciones en cada una de las demarcaciones territoriales, y *x*) rendir informes anuales sobre sus actividades y gestiones.

Desde su creación hasta la fecha, la Comisión de Derechos Humanos ha sido presidida por cinco personas: Luis de la Barreda Solórzano, Emilio Álvarez Icaza, Luis González Placencia, Perla Gallardo Gómez y Nashieli Ramírez Hernández.

A 25 años de la creación de dicho organismo autónomo, este ha emitido 358 recomendaciones públicas y 30 informes especiales de diversas temáticas, que van desde derechos de personas con discapacidad, VIH, uso de suelo, juzgados cívicos, poblaciones callejeras, drogas, centros de reclusión, calidad del aire y 19S, entre otros. El número de recomendaciones recibidas por año son: en 1994, 12; en 1995, 16; en 1996, 9; en 1997, 17; en 1998, 4; en 1999, 9; en 2000, 10; en 2001, 10; en 2002, 13; en 2003, 11; en 2004, 9; en 2005, 8; en 2006, 17; en 2007, 19; en 2008, 24; en 2009, 28; en 2010, 12; en 2011, 13; en 2012, 20; en 2013, 19; en 2014, 16; en 2015, 18; en 2016, 17; en 2017, 7; 20.

La atención que presta la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México se ha incrementado de forma importante. En 1993, año de su creación, se recibieron 352 quejas, mientras que en 2017 se recibieron 8812 quejas. Enseguida se muestra el incremento de quejas recibidas en esta institución por año: en 1993, 352; en 1994, 2946; en 1995, 5054; en 1996, 6136; en 1997, 5749; en 1998, 5347; en 1999, 7048; en 2000, 5877; en 2001, 6106; en 2002, 6264; en 2003, 5452; en 2004, 6945; en 2005, 9347; en 2006, 8055; en 2007, 7685; en 2008, 7814; en 2009, 8168; en 2010, 8925; en 2011, 7635; en 2012, 8129; en 2013, 8652; en 2014, 8338; en 2015, 8437; en 2016, 8139; en 2017, 8812.

Al momento de su creación, la competencia de la Comisión se enfocaba en conocer violaciones a derechos humanos por acción u omisión, excepto en materia electoral, laboral y jurisdiccional. La limitante para conocer de asuntos de carácter jurisdiccional no le impide a este órgano autónomo conocer presuntas violaciones de derechos humanos originadas por actos administrativos de autoridades del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, así como de las autoridades electorales de dicha entidad. La reforma de 10 de junio de 2011 suprimió la limitante para conocer de presuntas violaciones de derechos humanos de carácter laboral.

A los 25 años de su existencia, la Comisión de Derechos Humanos pasó de tener dos visitadurías generales a tener cinco. Cuatro fueron creadas previo a 2011, y posterior a dicho año se creó la quinta Visitaduría General. La división de las quejas se hace de la siguiente manera:

Primera Visitaduría General: conoce de casos relacionados con la seguridad pública y la procuración de justicia.

Segunda Visitaduría General: conoce todo lo relacionado con el sistema penitenciario, defensoría pública y la administración de la pena.

Tercera Visitaduría General: conoce los asuntos vinculados con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

Cuarta Visitaduría General: conoce de violaciones graves a los derechos humanos y vulneraciones a los derechos humanos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad.

Quinta Visitaduría General: conoce de las violaciones a los derechos humanos laborales.

Para presentar quejas ante la Comisión se puede acudir a las oficinas centrales, solicitar el registro de la queja vía telefónica, enviar un correo electrónico a cdhdf@cdhdf.org.mx, o bien, directamente desde su sitio web.

En 2020, dicho órgano debe brindar los servicios en todas las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, es decir, además de contar con

las oficinas centrales ubicadas en Avenida Universidad 1449, Colonia Pueblo Axotla, Alcaldía Álvaro Obregón, debe contar con una oficina en cada una de las 16 alcaldías existentes.

Juan Carlos Arjona Estévez

126. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES

El primer intento en el estado de Aguascalientes para contar con un organismo para defender los derechos humanos lo encontramos en la Procuraduría de Protección Ciudadana, creada por la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado, a la que se le adicionó el capítulo IX, el 14 de agosto de 1988. La Procuraduría dependía del poder ejecutivo y tenía como finalidad tutelar los derechos de los ciudadanos que se vieran vulnerados por el incumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos referidas en la ley, destacando que las quejas podían interponerse incluso sin ser autoridad pública o desempeñar alguna responsabilidad social y colectiva, sin que tuviera injerencia en asuntos electorales, laborales, jurisdiccionales ni en consultas que se le formularan sobre interpretación de la legislación estatal.

Quizá lo que se debiera destacar de esta Procuraduría es la facultad que se le concedió para imponer sanciones económicas, suspender empleos, cargos y comisiones hasta por ocho días y solicitar al superior jerárquico la aplicación de otras sanciones, es decir, se le había dotado de “dientes”, si bien de manera insipiente, para que las recomendaciones pudieran tener aspecto vinculante garantizado con estas consecuencias.

El 17 de junio de 1990, el titular del poder ejecutivo emitió un decreto por medio del cual se creó la Comisión Estatal de Derechos Humanos como un órgano desconcentrado de la Secretaría General de Gobierno. A la Comisión creada se le encargó promover y vigilar el cumplimiento de la política estatal en materia de respeto y defensa de los derechos humanos, instrumentando mecanismos de prevención, atención y coordinación. Se integra por diversos comisionados y es presidida por el secretario general de Gobierno, y cuenta con un secretario ejecutivo, que será el procurador de protección ciudadana.

El Congreso del estado adicionó la Ley de Responsabilidades de Servidores Públicos, el 17 de mayo de 1992, para incorporar a los defensores de oficio como encargados de defender a los acusados y procesados que no contaran con un abogado particular en los juicios penales.

El 25 de abril de 1993, de nueva cuenta una modificación a la Ley de Responsabilidades de Servidores Públicos otorga el carácter de organismo centralizado a la Procuraduría de Protección Ciudadana, por lo que adquiere personalidad jurídica y patrimonio propios, con el objeto de velar por la legalidad de los actos de la Administración pública relacionados con los derechos humanos.

Subsecuentes reformas en 1994 y 1995 van ajustando tanto la estructura como los procedimientos; así, se establece que contra las recomendaciones y acuerdos de no responsabilidad se podrá interponer el recurso de consideración.

Es el 29 de octubre de 2001 cuando, mediante una reforma al artículo 62 de la Constitución Política del estado, se da a la Comisión el carácter de órgano constitucional autónomo encargado de la protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano y de órgano garante de la

protección no jurisdiccional de los derechos humanos en el estado de Aguascalientes.

En concordancia con la figura del *ombudsman* que se introdujo en el orden jurídico mexicano en un ejercicio de derecho comparado realizado por Jorge Carpizo entre el derecho escandinavo —Constitución sueca— y el derecho mexicano, a este organismo se le incorporaron diversas innovaciones. Su estructura orgánica, sus funciones y facultades lo integran al sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos basado en una nueva racionalidad, donde la calidad moral, el prestigio intelectual y los valores éticos sociales son los instrumentos de defensa de los derechos humanos. Y si bien sus resoluciones tendrán carácter no vinculante, se crea una cultura de los derechos humanos.

La naturaleza jurídica de la Comisión como órgano constitucional autónomo le permite formar parte del Estado, pero no del Gobierno, garantizando su independencia en el conocimiento e investigación de las quejas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa de las autoridades estatales y municipales, por lo que no está sujeta a instrucciones de otras autoridades ni a ninguno de los poderes del Estado.

La Comisión brinda apoyo y asesoría a las personas que estimen que fueron afectadas en sus derechos humanos, por lo que conoce e investiga las quejas sobre presuntas violaciones de derechos fundamentales; formula recomendaciones públicas no vinculantes, pudiendo realizar denuncias cuando tenga conocimiento de actos presuntamente delictivos y se ocupa de buscar la reparación integral de sus derechos humanos. Entre sus facultades sustantivas de mayor relevancia están la difusión y promoción de los derechos humanos con la pretensión de consolidar una cultura de los derechos humanos.

La estructura orgánica de dicho organismo se integra por un presidente, nombrado por el Congreso del estado, mediante convocatoria pública, para un periodo de cuatro años, quien además será el representante legal de la Comisión y cuenta con fe pública y fuero, por lo que, al igual que el secretario general y el visitador general, no podrá ser detenido ni sujeto a responsabilidad penal o administrativa por las opiniones, recomendaciones o actos que realice en el ejercicio de las funciones propias de su encargo.

La Comisión cuenta con un consejo de consulta y autorización, pues aprueba lineamientos de actuación, como disposiciones reglamentarias y lineamientos administrativos, además del presupuesto de egresos. Está integrado por cinco ciudadanos, cuyo cargo es honorífico, designados también por el Congreso del estado por convocatoria pública por un periodo de cuatro años, sin posibilidad de reelección.

Como autoridades que auxilian al presidente en sus funciones se encuentra la Secretaría General, la Visitaduría, la Dirección de Educación y diversas coordinaciones establecidas en las disposiciones reglamentarias internas.

Los procedimientos de queja que se forman en la Comisión son iniciados a petición de parte, pero podrán iniciarse de oficio cuando se trate de presuntas violaciones graves a sus derechos humanos. Las quejas se presentan sin formalidad alguna y todas las actuaciones y procedimientos son gratuitos, sujetándose a los principios de inmediatez, concentración, rapidez y buena fe, pero no se admiten quejas anónimas.

Previo al inicio de procedimiento, procurando la rápida solución del conflicto y cuando la naturaleza de este lo permita, es necesario sustanciar un procedimiento conciliatorio utilizando las reglas de la mediación, y solo si con esto no se soluciona el conflicto, se inicia la investigación correspondiente.

La investigación se realiza dentro de un plazo de 90 días, mediante un procedimiento administrativo desformalizado, pero que respeta los derechos fundamentales del debido proceso, como son el emplazamiento y las pruebas, pues las resoluciones deben estar lo más ajustadas a la realidad. Si bien estas últimas no tienen carácter vinculante, se tiene como instancia de ejecución —aunque de carácter político— de la solicitud al Congreso del estado, quien puede llamar a comparecer a la autoridad que no haya aceptado una recomendación para que explique el motivo de su negativa.

Un aspecto que debe tener mayor relevancia está relacionado con la reparación de daños, pues toda recomendación determina la forma en que se repara el daño al quejoso, de conformidad con la ley de víctimas. En este sentido, la obligación de la autoridad de reparar el daño es objetiva y directa, pero debemos observar que se trata de una reparación integral y descartar la idea equivocada de que esta conlleva necesariamente una indemnización en dinero, que si bien se puede presentar, no sería la única forma de reparación.

La legislación que rige a la Comisión establece un procedimiento extraordinario para la exhibición de persona muy similar al *habeas corpus* que funciona en otras latitudes.

Finalmente, contra las actuaciones u omisiones de la Comisión proceden los recursos de impugnación y queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en los términos de su ley y reglamento.

J. Asunción Gutiérrez Padilla

127. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE YUCATÁN

La génesis de este organismo protector de los derechos humanos surgió a raíz de la emisión de la Ley que crea a la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán, misma que fue publicada en el *Diario Oficial del Estado* el 28 de enero de 1993, la cual estaba conformada por 15 artículos y 3 artículos transitorios. Posteriormente se publicó la nueva ley, el 23 de mayo de 2002, en el *Diario Oficial del Estado*, la cual abrogó la expedida previamente y otorgó la autonomía a la institución para ejercer su propio presupuesto. La ley que actualmente rige a este organismo se publicó por medio del decreto 152/2014, en donde se otorgaron varias facultades más a la Comisión de Derechos Humanos, a fin de volverla un órgano totalmente autónomo.

Hoy día, la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán (CODHEY) es un organismo público autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene por objeto proteger, defender, estudiar, investigar, promover y divulgar los derechos humanos en el estado de Yucatán, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 74 de la Constitución Política del Estado de Yucatán y 3 de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán.

La competencia con la que cuenta este organismo se ejerce sobre todo el territorio del estado de Yucatán, ya sea actuando de oficio o a petición de parte, para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos, por actos u omisiones de cualquier naturaleza que puedan ser imputables a las autoridades o servidores públicos. De igual forma, las inconformidades contra actos u omisiones de autoridades estatales que tengan el carácter de administrativo y laborales cuando se encuentren vinculadas a violaciones a derechos humanos podrán ser admitidas; sin embargo, no podrá conocer de cuestiones jurisdiccionales de fondo, tal como señala el artículo 7 del último ordenamiento referido.

Entre los principios rectores que rigen a la institución se encuentran los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los cuales pueden ser entendidos de la siguiente manera:

1. *Universalidad.* Debe ser entendido como el principio que hace a los derechos humanos inherentes a todos y conciernen, por tanto, a la comunidad internacional en su totalidad. Cabe señalar que los derechos humanos, si bien pueden ser vulnerados, no pueden ser protegidos de forma absoluta, pues ello depende del caso en particular, así como si llegan a confrontarse varios derechos humanos, en cuyo caso habría que ponderarlos y adecuarlos a las circunstancias particulares.

2. *Interdependencia e indivisibilidad.* Se refiere a que los derechos humanos están relacionados entre sí, por tanto, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados.

3. *Progresividad.* Este principio constituye un compromiso del Estado para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.

Asimismo, el personal de la Comisión presta sus servicios observando los subprincipios de inmediatez, rapidez y efectividad, en cumplimiento del principio de concentración. Además, todos los procedimientos llevados a cabo son gratuitos y se solicitan las mínimas formalidades que se requiere para la documentación de los expedientes e investigación de los hechos. De igual manera, durante las actuaciones se buscará en todo momento la igualdad sustantiva de las personas, aplicando políticas de equidad de género, no discriminación y respeto e integración de las personas en situación de vulnerabilidad.

La manera en la cual se integra la CODHEY, tal como describe el artículo 13 de la ley del organismo, es por un presidente, un secretario ejecutivo, un visitador general, un oficial de quejas y orientación, una Dirección de Vinculación, Capacitación y Difusión, así como por el Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos. La Comisión contará igualmente con un Consejo Consultivo, integrado por cuatro consejeros, un secretario técnico y el presidente del mismo, el cual será ocupado por el cargo del *Ombudsperson*. Asimismo, se prevé en el numeral 17, párrafo segundo de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán que, en casos de ausencias del presidente, el secretario ejecutivo quedará encargado de la presidencia.

De igual forma, y a fin de cumplir con las obligaciones encomendadas, la Comisión cuenta con una Dirección de Recursos Humanos, Finanzas y Adquisiciones, un Centro de Supervisión Permanente a Organismos Públicos y un Órgano de Control Interno.

Las atribuciones de la Comisión a fin de cumplimentar su objeto están encaminadas en un primer momento a recibir quejas por presuntas violaciones a los derechos humanos por actos u omisiones de cualquier naturaleza imputables a cualquier autoridad o servidor público, siendo estas inclusive instadas de manera oficiosa. Esa facultad podrá extenderse de igual manera cuando algún particular cometa ilícitos con la tolerancia o anuencia de alguna autoridad o servidor público, o bien, cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos.

De igual forma, en las gestiones y diligencias que se realizan en este organismo, siempre se procura la conciliación entre los quejosos y las autoridades o servidores públicos para solucionar de manera inmediata el conflicto planteado y la restitución del goce del derecho vulnerado. De no ser así, este organismo formula recomendaciones públicas no vinculatorias en los términos establecidos en el artículo 74 de la Constitución Política del Estado de Yucatán.

Otra atribución que es indispensable para la CODHEY es la observancia de los derechos humanos en el estado de Yucatán, lo cual se realiza mediante las proposiciones que se hacen a las diversas autoridades de la entidad y de las modificaciones a disposiciones legislativas y reglamentarias, la proposición de programas y acciones que impulsen el cumplimiento de los tratados internacionales, así como el impulso a las políticas públicas en materia de derechos humanos.

Como organismo investigador de los derechos humanos, en el ámbito de estudio se ve la promoción de la investigación científica, así como la enseñanza y difusión de los derechos humanos, buscando de esa manera potenciar el conocimiento de los mismos en los sectores público, social y privado, además de que se buscan alianzas con las organizaciones de la sociedad civil y demás autoridades mediante la celebración de convenios y acuerdos de coordinación y colaboración para mejorar la transversalización de los esfuerzos realizados.

Por último, cabe mencionar que la manera en la cual puede terminar una queja presentada ante la CODHEY podrá ser, esencialmente, por falta de interés, cuestión que se da cuando el quejoso, a petición de algún requerimiento por parte de este organismo haga caso omiso, siempre y cuando no estuviere claramente visible una violación grave hacia los derechos humanos, pues en esos casos la queja se seguirá de oficio. Otra manera en la cual puede concluir un expediente es por conciliación, situación que se da cuando se llega a un acuerdo entre las partes por sí mismas siendo guiadas en este proceso por algún funcionario perteneciente a la CODHEY (arts. 94 a 98 de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán).

Por otra parte, se podrán dictar acuerdos de no responsabilidad, los cuales se dictan cuando se comprueba que no existieron los actos u omisiones imputados a la autoridad o servidor público, o que no se acreditó la violación a derechos humanos del quejoso o agraviado (art. 86 de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán).

Por último, las recomendaciones se emiten cuando se comprueban las violaciones a los derechos humanos de los quejosos, señalando en las mismas, las medidas que procedan para la efectiva restitución de los derechos de los afectados y la reparación integral de los daños y perjuicios ocasionados.

Emitida una recomendación, se dará el seguimiento a la misma a fin de velar por su pleno cumplimiento y verificar que no se incurra de manera reiterada en la violación de derechos humanos por la cual se emitió o por diverso derecho humano, para lo cual se establecen indicadores de cumplimiento de las autoridades.

Miguel Óscar Sabido Santana

128. COMISIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE QUINTANA ROO

Organismo público y autónomo del estado federal libre y soberano de Quintana Roo que tiene por objeto primordial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos en todo el territorio quintanarroense, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 94 de la Constitución Política del Estado de Quintana Roo. Asimismo, está facultada para conocer de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa, provenientes de cualquier autoridad o servidor público, del estado o de los ayuntamientos, que violen los derechos humanos de las personas.

En cuanto a su estructura, organización y funciones, se encuentran reguladas por la Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Quintana Roo (CDHEQROO) expedida el 28 de noviembre de 2002, misma que suplió al Decreto 96 dictado por la Legislatura estatal y que fuera publicado el 30 de septiembre de 1992, cuando se creó este organismo protector. No obstante, hasta la fecha dicho ordenamiento ha sufrido varias modificaciones, entre las que destaca la armonización con la reforma constitucional federal de junio de 2011 en materia de derechos humanos, y que se reflejó hasta febrero de 2014 en esta ley. También cuenta con un reglamento interno, el cual fue modificado recientemente (1 de octubre de 2018).

Este organismo constitucional estatal forma parte de un sistema federado de organismos públicos autónomos que convergen en la protección, defensa y promoción de los derechos humanos en todas las entidades federativas y con su homóloga nacional, llamada Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH). Todas ellas conforman el sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos de la República mexicana. Si bien, todos y cada uno de ellos cuentan con autonomía y presupuesto propios, es la CNDH quien revisa los recursos interpuestos contra resoluciones de los organismos locales, en este caso, los de la CDHEQROO, aplicando con ello el principio de definitividad dentro del sistema no jurisdiccional de protección en la rama.

El artículo 102, apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece y garantiza la competencia, funcionamiento y atribuciones correspondientes del sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos, entre los que destacan la formulación de recomendaciones públicas no vinculatorias, así como el conocimiento de quejas y denuncias por violaciones a derechos humanos por acciones u omisiones de naturaleza

administrativa derivadas del servicio público y su incompetencia jurídica en casos electorales y jurisdiccionales.

Integración y estructura. La CDHEQROO está representada jurídicamente por un presidente, quien debe contar con los requisitos establecidos por la ley, entre los que encontramos: ser mayor de 30 años; contar con título y cédula profesional de licenciatura, preferentemente de licenciado en Derecho; ser mexicano por nacimiento y tener conocimientos en derechos humanos, entre otros. Su encargo tiene una duración de cuatro años sin posibilidad de reelección y es elegido por el poder legislativo del estado mediante convocatoria hecha a las fracciones parlamentarias y a organizaciones de la sociedad civil cuyo objeto esté vinculado con el de los derechos humanos. El organismo también cuenta con un Consejo Consultivo, integrado por seis personas de destacada trayectoria en la materia, elegido por el Congreso del estado; sus cargos son honoríficos y tienen como función principal la revisión y asesoría del trabajo del organismo y la aprobación de reglamentos internos. La sede de la CDHEQROO se encuentra en la ciudad de Chetumal, Quintana Roo. Está compuesta por tres visitadurías generales, que funcionan como coordinaciones jurídicas y administrativas geográficas en toda la entidad para la recepción e investigación de quejas y denuncias interpuestas por presuntas violaciones a derechos humanos de particulares en el territorio del estado. El titular de la Primera Visitaduría General es quien suplente al presidente en caso de emergencia o ausencia temporal delimitada por la ley.

Facultades. Entre sus atribuciones destacan las siguientes: *a)* promover y vigilar la política pública en la materia; *b)* impulsar la observancia de los derechos humanos; *c)* recibir e investigar quejas por violaciones presuntas a los derechos humanos y formular recomendaciones públicas autónomas no vinculatorias; *d)* procurar la conciliación y mediación entre quejosos y autoridades, así como la inmediata solución del conflicto cuando sea posible; *e)* proponer acciones legislativas y mejores prácticas administrativas a las diversas autoridades dentro del ámbito de sus competencias; *f)* promover el estudio, la enseñanza y la divulgación de los derechos humanos, además de ejecutar programas preventivos en la materia; *g)* visita, revisión y supervisión de centros oficiales o cualquier establecimiento estatal o municipal destinado al tratamiento de niñas, niños, personas con discapacidad y/o personas mayores; *h)* celebrar convenios con diversas instancias e instituciones públicas y privadas en materia de derechos humanos, e *i)* promover diversas acciones que apuesten al estudio, mejora, promoción, investigación, desarrollo y ejecución de políticas públicas y acciones estatales sobre derechos humanos.

Trabajo actual y logros. La CDHEQROO actúa esencialmente y conforme a los principios de los derechos humanos, de tal manera que cuenta con diversas unidades administrativas que permiten el abordaje, estudio, promoción e investigación con enfoques especializados en diversas ramas, entre las que destacan, por áreas: *a)* la Coordinación de Asuntos de la Mujer, que vigila, estudia y promueve las acciones y políticas públicas internas y externas sobre género, igualdad, mujeres y grupos de la diversidad sexual; *b)* la Coordinación de Vinculación Interinstitucional y de Organizaciones no Gubernamentales, que fortalece las redes de trabajo con distintos sectores y ámbitos poblacionales; *c)* la Dirección de Capacitación, Promoción y Difusión; *d)* la Coordinación General de Atención a Víctimas de Violaciones a los Derechos

Humanos; e) la Coordinación de Asuntos de la Niñez, Adolescencia y Atención a la Discapacidad; f) la Coordinación de Asuntos Penitenciarios y otros Asuntos, que conoce de temas relacionados con la vivencia de los derechos de las personas mayores, personas que viven con VIH/sida, población indígena, pueblos originarios y migrantes. Ello sin perjuicio de otras unidades que abonan al trabajo de substanciación de quejas y seguimiento de recomendaciones emitidas por este organismo, incluidas las de carácter financiero.

Cobra especial importancia la existencia de su Instituto de Formación Especializada en Derechos Humanos, perteneciente a esta Comisión, con casi tres años de funcionamiento. Este ha contribuido a la dinámica estatal en materia de derechos humanos, ya que tiene como objetivos principales la investigación y la promoción académica de los derechos fundamentales mediante diversos programas de posgrado, como son diplomados y maestrías en la materia, así como la incorporación de proyectos de investigación especializada para la medición, monitoreo y evaluación de la política pública estatal.

Actualmente, la CDHEQROO se concibe como un organismo de vanguardia. Sus planes y estrategias de trabajo están basadas en los principios y obligaciones que cubren el enfoque de derechos y vive una dinámica de actualización constante con el Sistema Universal de Derechos Humanos, alineando su funcionamiento a siete ejes: *i)* prevención y capacitación; *ii)* protección jurídica; *iii)* observancia; *iv)* consultoría; *v)* fortalecimiento institucional; *vi)* investigación, y *vii)* trabajo con sociedad civil organizada. Así, se facilita al interior de la Comisión el desempeño de las diversas áreas y se fortalece el papel que desempeña el organismo como intermediario entre sociedad civil y gobierno, garantizando en todo momento el respeto irrestricto e ineludible de los derechos de las personas por parte de las autoridades y servidores públicos en el estado.

Marco Antonio Tóh Euán

129. COMISIÓN EJECUTIVA DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS

Antecedentes, creación y marco normativo. En México estaba latente a nivel constitucional una deuda histórica con las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, ya que en el ámbito internacional se contaba con la Declaración de Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, publicada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1985, y la Resolución 1990/22, de 1990, que crea el Plan de Acción Integrado sobre las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.

En dicha Declaración se encuentra la definición de víctima, considerada como la persona que en lo individual o en lo colectivo ha sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos humanos como consecuencia de las acciones u omisiones que violen la legislación penal en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. También define a las víctimas indirectas —que son los familiares de la víctima directa—, mientras que las víctimas potenciales son, por ejemplo, testigos, defensores, entre otros.

En el caso de las víctimas de delito, es decir, la primera parte de la Declaración en comento, es hasta 1993 cuando se adicionó el apartado C al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM),

incorporando los derechos a la asesoría jurídica; reparación del daño; coadyuvar con el ministerio público y atención médica de urgencia. Solo se incorporaron unos cuantos derechos, porque de su lectura se observó que los presuntos imputados ya contaban con muchos derechos y que los de las víctimas del delito eran menos en cuanto a número. De ahí que hablemos de una deuda histórica y jurídica con ellas.

En el 2000 se ampliaron los derechos de las víctimas en el artículo 20 de la CPEUM, y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) creó el Programa de Atención a Víctimas del Delito (PROVÍCTIMA), cuya finalidad es la colaboración de instituciones para brindar apoyo a las personas que se encuentran en esta condición, proporcionándoles atención psicológica y asesoría jurídica.

En 2005, la ONU publicó la Resolución 60/147, que se refiere a los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, mismos que contemplan los derechos de acceso a la justicia y de reparación; fondos nacionales para indemnizar; medidas de protección integral; participación en el juicio, y el fortalecimiento del catálogo de derechos.

Para 2008 se reformó el artículo 20 de la CPEUM para reconocer más derechos a la víctima o el ofendido, así como para emigrar a un sistema de justicia de corte acusatorio, dando origen al Código Nacional de Procedimientos Penales (2014), el cual coloca a la víctima como centro.

Cabe resaltar que en 2011 se dio la reforma constitucional en materia de derechos humanos que modificó el artículo 1 de la CPEUM, cuyo texto ahora reconoce que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos —donde son parte los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a los derechos humanos—, con lo cual se aprecia una sólida base constitucional.

También en 2011 se crea por el Ejecutivo la Procuraduría Social de Atención a las Víctimas de Delitos (PROVÍCTIMA), la cual contaba con el Protocolo General para la Atención a las Personas Víctimas u Ofendidas del Delito, que señalaba los procedimientos para su atención.

Derivado del cambio constitucional se dio paso a la adecuación del marco legislativo y reglamentario en materia de víctimas, no así en el artículo 73 de la CPEUM, que se refiere a las facultades del Congreso. Con esa limitante, en 2013, producto del impulso de las organizaciones de la sociedad civil (OSC) y de los familiares de las víctimas se publicó la Ley General de Víctimas (LGV), instrumento que recoge los estándares internacionales en la materia y prevé la creación de un Sistema Nacional de Atención a Víctimas, conformado por las instituciones y las entidades públicas del ámbito federal, estatal, del gobierno de la Ciudad de México, municipal, organismos constitucionales autónomos, entre otros, vinculados siempre al tema de atención a las víctimas.

La LGV determinó que la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV) sería una institución colegiada, integrada por siete comisionados(as), designados de forma escalonada, propuestos por las OSC y las Universidades, y después incluidos en ternas por el ejecutivo, siendo aprobados por dos terce-

ras partes del Senado; estos integrarían el Pleno de la CEAV como su órgano máximo.

En 2014, el Ejecutivo emitió el decreto por el que se transforma PRO-VÍCTIMA en la CEAV como organismo descentralizado. Más tarde, en el mismo año, fue publicado el Estatuto Orgánico de la CEAV, reformado en varias ocasiones (una última en agosto de 2017). De igual manera, en dicho año, el ejecutivo expidió el Reglamento de la LGV, que reduce las facultades del Pleno y las delega al comisionado presidente de la CEAV.

En 2016 se reformó el artículo 73 de la CPEUM, facultando al Congreso para expedir una Ley General con concurrencia de los tres niveles de gobierno en materia de derechos de las víctimas. En 2017 se reformó dicha ley, convirtiendo a la CEAV en un órgano unipersonal con un comisionado ejecutivo, cuya primera designación dura tres años, es propuesto por el ejecutivo y designado por el Senado, y para cuyas siguientes designaciones el primero someterá una terna a la Cámara de Senadores, permaneciendo cinco años en el cargo.

Concepto. Es un organismo con personalidad jurídica y patrimonio propios; tiene autonomía técnica y de gestión, y cuenta con los recursos que le asigna el Presupuesto de Egresos de la Federación. Se encarga de emitir las medidas y reparaciones en favor de las víctimas. Su objeto es garantizar, promover y proteger derechos, como la asistencia, protección, atención, a la verdad, justicia, reparación integral y la debida diligencia.

Esta institución es, también, el órgano operativo del Sistema Nacional de Atención a Víctimas (SNAV) y puede establecer oficinas en las entidades federativas del país cuando así lo autorice su Junta de Gobierno y exista el presupuesto; debe garantizar la representación y participación de las víctimas y OSC, para la construcción de políticas públicas. De la CEAV depende la Asesoría Jurídica Federal, el Registro Nacional de Víctimas, el Comité Interdisciplinario Evaluador, el Fondo y la Asamblea Consultiva; sin embargo, ahora la LGV precisa que el Gobierno federal debe contar con un fondo, una asesoría jurídica y un registro de víctimas, obligando a que cada entidad federativa cuente con lo mismo.

Estructura orgánica y facultades. La LGV dispone la existencia del SNAV, presidido por el presidente de la República y varios servidores públicos: presidente de la Comisión de Justicia de la Conferencia Nacional de Gobernadores; secretario de Gobernación; presidentes de las comisiones de justicia de la Cámara de Diputados y del Senado; un integrante del poder legislativo de los estados y de la Asamblea Legislativa de la CDMX; presidente del Consejo de la Judicatura Federal; presidente de la CNDH; un representante de organismos públicos de protección de los derechos humanos de los estados y de la Ciudad de México; la CEAV, y un representante de las comisiones ejecutivas locales. Asimismo, el artículo 79 de la LGV señala un listado más amplio de quiénes integran dicho sistema.

En el SNAV también pueden participar los invitados que determine la CEAV en términos del Reglamento de la LGV. Dicho Sistema tiene amplias facultades en materia de coordinación y colaboración con diversas instituciones; por ejemplo, aportar a la elaboración del Programa de Atención Integral a Víctimas (PAIV) y demás instrumentos programáticos; vigilar los resultados de las comisiones ejecutivas del país; elaborar propuestas de reforma; integrar

comités para el desempeño de sus funciones; fijar criterios para la regulación del servicio civil de carrera; impulsar la participación de la comunidad; fijar criterios de cooperación y coordinación para la atención médica, psicológica, jurídica, gestoría y de trabajo social respecto de las víctimas; formular estrategias de coordinación en materia de combate a la corrupción y de atención a las víctimas; proponer programas de cooperación internacional, entre otras.

Lo novedoso de la LGV es el establecimiento de la figura del asesor jurídico de las víctimas, a quien le corresponde hacer efectivos cada uno de los derechos y garantías de la persona.

La CEAV tiene a su cargo el Registro Nacional de Víctimas, mecanismo administrativo y técnico que soporta el proceso de ingreso y registro de estas. Además, garantiza que estas tengan un acceso oportuno y efectivo a medidas, así como a la justicia y reparación integral.

La CEAV cuenta con un Comité Interdisciplinario Evaluador, que elabora todos los proyectos de dictamen de acceso al fondo para la reparación integral y para la creación de fondos de emergencia. Para ello, existen cinco medidas de reparación integral del daño: restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición; esto se desarrolla a través de un trabajo multidisciplinario para que la persona, en la medida de lo posible, recupere su proyecto de vida.

De igual manera, la LGV señala la existencia de un Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral que tiene como objeto brindar los recursos a las víctimas del delito y las víctimas de violaciones a los derechos humanos, siguiendo los criterios de transparencia, oportunidad, eficiencia y rendición de cuentas.

La Asamblea Consultiva se integra por nueve representantes de colectivos de víctimas, de OSC y de académicos, quienes serán elegidos por la Junta de Gobierno y su cargo es honorífico. Es un órgano de opinión y asesoría de las acciones, políticas públicas, programas y proyectos que desarrolle la CEAV. Las funciones de la Asamblea estarán previstas en el Reglamento de la LGV. Finalmente, la CEAV se encuentra representada por un comisionado ejecutivo.

Susana Thalía Pedroza de la Llave

130. COMISIÓN ESTATAL DE DERECHOS HUMANOS DE NUEVO LEÓN

Organismo público autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene por objeto la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos consagrados en el orden jurídico vigente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), 87 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León y 2 de la Ley que Crea la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Nuevo León (CEDHNL).

Competencia. La competencia de la CEDHNL se circunscribe al estado de Nuevo León, para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos cuando son imputadas a las autoridades y personas servidoras públicas municipales y/o estatales, a excepción de las del poder judicial, conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Ley que Crea la Comisión

Estatal de Derechos Humanos. Por regla general, los actos y omisiones de carácter administrativo de las autoridades son susceptibles de ser reclamados vía queja ante esta instancia; no obstante, la CEDHNL no puede conocer de actos o resoluciones relacionados con la materia electoral, ni de aquellas resoluciones de carácter jurisdiccional.

Principios de actuación. Para la defensa, promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, el personal de la CEDHNL debe observar los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, previstos en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dado que la CEDHNL forma parte del sistema no jurisdiccional para la protección de los derechos humanos, tiene que actuar con base en principios que tengan como finalidad última la protección y reparación inmediata de los mismos.

Por tanto, los procedimientos que se tramiten deben ser gratuitos, breves y sencillos, estando sujetos solo a las formalidades esenciales que requiera la documentación de los expedientes, además de que en todo momento deben evitarse los formalismos, a excepción de los que se requieran en la documentación de los expedientes, los ordenados en la Ley que Crea la Comisión, en su reglamento o en otras disposiciones jurídicas que sean aplicables.

Asimismo, deben tramitarse de acuerdo con los principios de inmediatez, concentración, rapidez, buena fe, transparencia y confidencialidad, debiendo procurarse, en la medida de lo posible, el contacto directo con quejosos, denunciantes y autoridades, en forma personal, vía telefónica, por correo electrónico o por cualquier otro medio de comunicación.

Integración, estructura orgánica y atribuciones. De acuerdo con el contenido del artículo 16 de la citada ley, se integra por: un Consejo; la persona que funja como titular de la Presidencia; tres personas que se desempeñen como visitadoras; una Secretaría Ejecutiva; un Órgano Interno de Control, y por el personal profesional, técnico y administrativo que se necesite para el mejor desempeño de sus funciones.

Tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 9 a 12 de la ley referida, dicho organismo cuenta con cinco órganos, tres direcciones y seis unidades.

Los órganos son los siguientes: la Presidencia, el Consejo Consultivo, tres visitadurías generales, una Secretaría Ejecutiva y un Órgano Interno de Control.

A su vez, las direcciones son las que a continuación se enuncian: Dirección de Orientación y Recepción de Quejas; Dirección del Centro de Atención a Víctimas, y Dirección del Instituto de Derechos Humanos.

Finalmente, las unidades son: Unidad de Administración; Unidad de Desarrollo Institucional; Unidad de Asuntos Jurídicos; Unidad de Oficialía y Archivo; Unidad de Comunicación, y Unidad de Informática.

Atribuciones. En términos del artículo 5 de la ley respectiva, dicho organismo tiene las siguientes atribuciones:

i) Recibir quejas y denuncias de presuntas violaciones a los derechos humanos.

ii) Conocer e investigar, a petición de parte o de oficio, de las presuntas violaciones de derechos humanos que lleguen a su conocimiento, en los si-

güientes casos: *a)* por actos u omisiones de autoridades administrativas o servidores públicos estatales o municipales, y *b)* cuando las personas particulares cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de alguna persona del servicio público o autoridad estatal o municipal; o cuando dicho servidor público o autoridad se niegue infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente le correspondan en relación con esos ilícitos.

ii) Procurar la solución inmediata del conflicto mediante el diálogo y la conciliación entre las partes, cuando la naturaleza del caso lo permita.

iv) Formular y dirigir a las autoridades estatales y municipales las recomendaciones para lograr la reparación de las violaciones a los derechos humanos y presentar denuncias y quejas ante las autoridades que corresponda.

v) Fomentar la cultura del respeto a los derechos humanos en el estado.

vi) Proponer a las autoridades estatales y municipales que, en el ámbito de sus competencias, realicen los cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas, que redunden en una mejor protección de los derechos humanos.

vii) Promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los derechos humanos en el ámbito estatal.

viii) Expedir su reglamento interior.

ix) Elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de derechos humanos.

x) Supervisar el respeto a los derechos humanos en el sistema penitenciario del estado y, en su caso, dirigir recomendaciones a la Dirección de Prevención y Readaptación Social, mediante la elaboración de un diagnóstico anual sobre la situación que estos guarden. En ese diagnóstico deberán incluirse, además de las evaluaciones que la CEDHNL pondere, datos estadísticos sobre el número, las causas y efectos de los homicidios, así como de las riñas, motines, desórdenes, abusos y quejas documentadas que sucedan en las prisiones, centros de detención y retención locales. Dicho documento debe hacerse saber a las dependencias locales competentes en la materia para que estas elaboren, considerando las opiniones de la CEDHNL, las políticas públicas tendentes a garantizar el respeto de los derechos humanos de los internos.

xi) La observancia del seguimiento, evaluación y monitoreo en materia de igualdad de derechos entre mujeres y hombres.

xii) Las demás que le otorguen la respectiva y otros ordenamientos legales.

Consejo Consultivo. De conformidad con el artículo 16 de la ley correspondiente, el Consejo es un órgano colegiado, integrado por diez personas, además de la persona que se desempeñe como titular de la Presidencia de la Comisión, quien, a su vez, lo será del propio Consejo.

El Consejo tiene las siguientes facultades:

i) Establecer los lineamientos generales de actuación de la CEDHNL.

ii) Aprobar su reglamento interior.

iii) Opinar sobre el proyecto de informe anual que la persona titular de la Presidencia presente al Congreso del estado y a la persona titular del poder ejecutivo.

iv) Pedir información adicional sobre los asuntos que se encuentren en trámite o se hayan resuelto.

- v) Transmitir a la CEDHNL el sentir de la sociedad respecto al trabajo de la misma.
- vi) Opinar sobre el proyecto de presupuesto para el ejercicio del año siguiente.
- vii) Conocer el informe de la persona titular de la Presidencia respecto al ejercicio presupuestal.

Sofía Velasco Becerra

131. COMISIÓN ESTATAL DE DERECHOS HUMANOS DE SONORA

La Comisión Estatal de Derechos Humanos de Sonora (CEDH) es un organismo constitucional autónomo creado en 1992 mediante la Ley 123, derivado de la reforma constitucional al artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). La propia ley, en su artículo 2, establece: “Se instituye la Comisión Estatal de Derechos Humanos como un organismo público, de carácter autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene por objeto la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos establecidos por el orden jurídico mexicano [...]”.

Tiene como misión promover la cultura del respeto irrestricto de los derechos humanos en el estado de Sonora, mediante la protección, defensa, promoción, estudio, observancia y divulgación de los mismos.

La Comisión se integra por un presidente, un secretario general, una Secretaría Ejecutiva, una Secretaría Técnica, visitadores generales, visitadores adjuntos y demás personal técnico y administrativo, destacando que se han ido integrando direcciones importantes como: Asuntos de la Mujer y Equidad de Género, Derechos Sexuales y Reproductivos, Observatorio contra la Discriminación, Atención Ciudadana, por mencionar algunas.

El presidente es elegido por las dos terceras partes de los integrantes del Congreso del estado por un periodo de cuatro años, pudiendo ser ratificado por un segundo periodo. El resto del personal, por disposición de la propia ley, se considera de confianza.

Actualmente se cuenta con 10 oficinas regionales de derechos humanos en las principales ciudades y localidades del estado, es decir, en Huatabampo, Navjoa, Cajeme, Guaymas, Poblado Miguel Alemán, Caborca, Nogales, San Luis Río Colorado, Cananea y Cumpas, mismas que se suman a la oficina central, que se ubica en la ciudad de Hermosillo, para poder brindar sus servicios a las personas que así lo requieran.

La CEDH tendrá competencia para conocer de presuntas violaciones a los derechos humanos, cuando estas fueren imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter estatal o municipal; pero carece de competencia para conocer de actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales, así como de resoluciones de carácter jurisdiccional y consultas formuladas por autoridades, particulares u otras entidades, sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales.

Sus principales atribuciones son: *i*) recibir quejas de presuntas violaciones a derechos humanos; *ii*) conocer e investigar a petición de parte, o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos; *iii*) formular recomendaciones

públicas autónomas, no vinculatorias, y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos del artículo 102, Apartado B de la CPEUM; *iv*) procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables; *v*) impulsar la observancia de los derechos humanos en el Estado; *vi*) proponer a las diversas autoridades del Estado y de los municipios que, en el ámbito de su competencia, promuevan los cambios a disposiciones legislativas y reglamentarias, que a juicio de la Comisión redunden en una mejor protección de los derechos humanos, y *vii*) promover el estudio, la enseñanza y la divulgación de los derechos humanos, en los ámbitos estatal y municipal, entre otras.

A través del personal de las visitadurías regionales y de la Dirección de Quejas, se brindan orientaciones jurídicas y canalizaciones a las personas cuando así sea pertinente y la solicitud no constituya una queja. En caso de proceder, la queja se turnará al visitador general, quien substanciará el procedimiento privilegiando la conciliación entre las personas y las autoridades. De no lograrse, se realizará el proyecto de recomendación o acuerdo de no responsabilidad, que será suscrito por el presidente.

La CEDH cuenta con varios programas institucionales, destacando los siguientes:

1. Programa de Atención a Migrantes: que tiene como objetivo principal brindar apoyo, acompañamiento y protección a los migrantes desde su ingreso a territorio sonorenses a través de las visitadurías regionales ubicadas en Huatabampo, Navojoa, Ciudad Obregón, Guaymas, Nogales, Caborca y San Luis Río Colorado.

2. Adopta un Niño de la Costa: a través de este programa, la CEDH hace llegar, de forma periódica, leche de fórmula y pañales a lactantes de entre cero meses y dos años de edad. Del mismo modo, personal de la Comisión busca hacer efectivos los derechos fundamentales de la niñez sonorenses, vigilando que reciban atención médica oportuna y tengan acceso a medicamentos por parte de las instituciones del sector salud; la prevención de violencia intrafamiliar y omisión de cuidados, entre otras problemáticas estrechamente vinculadas con sus derechos.

3. Promotores de la Dignidad y la Paz: para fomentar la cultura de los derechos humanos de la niñez, año con año se implementa el programa con la participación de niñas y niños de diversas ciudades del estado, mismos que, a su vez, son replicadores entre pares.

Pedro Gabriel González Avilés

132. COMISIÓN ESTATAL DE DERECHOS HUMANOS DE VERACRUZ

La Comisión Estatal de Derechos Humanos (CEDH) es un organismo constitucional autónomo del estado de Veracruz. Así, aunque es un órgano del Estado, no pertenece a la estructura tripartita de la división de poderes, ello para asegurar que la vigencia de los derechos humanos no dependa de su compatibilidad con un proyecto político ni del apoyo de las preferencias políticas mayoritarias.

La autonomía significa que la función de la CEDH no es convalidar o legitimar los actos del Estado, sino contrastarlas con el parámetro de control de regularidad constitucional (SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011, Sen-

tencia del Pleno de 3 de septiembre de 2013) y determinar, a partir de este, si constituyen violaciones a derechos humanos o no.

En efecto, de conformidad con los artículos 67, fracción II, de la Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, y 2 de la Ley de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, la CEDH tiene competencia para conocer y sustanciar quejas por violaciones a derechos humanos cometidas por autoridades locales o municipales.

Si bien las violaciones a derechos humanos pueden adoptar distintas formas, el marco normativo de la CEDH circunscribe su competencia en razón de la materia a los actos u omisiones de naturaleza administrativa; es decir que, con independencia de la denominación formal del acto u omisión del Estado que viole los derechos humanos de una persona, mientras su naturaleza sea administrativa, la CEDH será competente en razón de la materia para conocer del caso.

En la sentencia de fondo del caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostuvo que las violaciones a derechos humanos por acción se producen cuando el Estado, a través de sus agentes, lesiona la esfera jurídica de una persona mediante el ejercicio del poder público (Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, núm. 4, párr. 165). En la práctica, esto ocurre cuando los funcionarios públicos —de manera directa y a través de sus acciones, legal o ilegalmente— violentan los derechos humanos de una persona.

Por su parte, las violaciones a derechos humanos por omisión ocurren cuando el Estado incumple su deber de organizar todas las estructuras por las que se manifiesta el poder público para asegurar jurídicamente el ejercicio de los derechos humanos (*Ibidem*, párr. 166). Así, el Estado perpetra violaciones a derechos humanos por omisión cuando existen obstáculos al ejercicio de estos que el Estado debía y podía remover y, sin embargo, no lo hizo.

Que una acción u omisión de la autoridad tenga naturaleza administrativa, o no, depende de la norma constitucional que rija el acto. En efecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sostiene que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) distingue los actos privativos de los actos de molestia, porque los regula en disposiciones separadas y de manera diferente (SCJN, Actos privativos y actos de molestia. origen y efectos de la distinción. Novena Época, Pleno, *Seminario del Poder Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, julio de 1996, p. 5. P./J. 40/96).

El artículo 14 de la CPEUM regula los actos privativos. Estos son los que disminuyen, menoscaban o suprimen definitivamente el derecho de una persona, y solo pueden realizarse a través de la existencia de un juicio ante un tribunal previamente establecido, que cumpla con las formalidades esenciales del procedimiento y en el que se apliquen las leyes expedidas con anterioridad al hecho juzgado.

Por su parte, el artículo 16 de la CPEUM regula los actos de molestia. Estos son los que afectan la esfera jurídica de la persona, pero no producen los mismos efectos que los actos privativos porque solo restringen, temporalmente, un derecho para proteger determinados bienes jurídicos. Para ello, debe preceder un mandamiento escrito girado por una autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

En este sentido, son las disposiciones constitucionales en cita las que determinan la naturaleza de los actos del Estado. De lo anterior se desprende que la CEDH es competente para conocer de acciones u omisiones del Estado, cuando estén reguladas por el artículo 16 de la Constitución federal.

Para verificar si efectivamente existe una acción u omisión de la autoridad que viola los derechos humanos de una persona, la CEDH debe emprender una investigación independiente, exhaustiva e imparcial. Los resultados de esta determinarán si efectivamente la autoridad violó los derechos humanos de una persona.

El propósito de la investigación de la CEDH no es acreditar la responsabilidad individual de los servidores públicos que materialmente perpetraron la violación a los derechos humanos. La determinación de responsabilidades individuales por la comisión de actos ilícitos corresponde al poder judicial y, en todo caso, a las autoridades encargadas de aplicar sanciones administrativas.

Dado que el objetivo de la investigación de la CEDH solo es determinar si los hechos imputados a la autoridad constituyen o no violaciones a los derechos humanos, el estándar probatorio que rige es distinto al que opera en otros procesos. Por ello, no es necesario demostrar la responsabilidad del Estado más allá de toda duda razonable, ni identificar individualmente a quiénes se atribuyen los hechos violatorios; basta con acreditar que el Estado incurrió en acciones u omisiones que permitieron la comisión de violaciones a derechos humanos (*Cf.* Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 90; SCJN. *Incidente de inejecución 493/2001*, sentencia del Pleno de 28 de febrero de 2002).

Para determinar el alcance de las violaciones a derechos humanos, la CEDH debe analizar los hechos acreditados a la luz del parámetro de control de regularidad constitucional. Esto le permitirá precisar el contenido del derecho violado a la luz de las disposiciones constitucionales y convencionales que reconozcan el derecho en cuestión. A partir de ahí, la CEDH debe construir la versión más favorable de la norma, en términos del segundo párrafo del artículo 1 de la Constitución federal.

Esto significa que la CEDH debe considerar, del universo normativo en vigor, las disposiciones que protegen el derecho humano violado e interpretarlo extensivamente para cumplir con el mandato constitucional de favorecer a las personas con la protección más amplia.

Este es un ejercicio necesario para dictar reparaciones adecuadas a la violación de derechos humanos en análisis. Si al precisar el contenido del derecho la CEDH deja de considerar algunos de sus elementos porque entran en tensión con otros bienes o derechos humanos constitucionales protegidos, existe el riesgo de no determinar adecuadamente las reparaciones.

De esta suerte, favorecer a las personas con la protección más amplia es un presupuesto para la determinación de una reparación integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva. Para tal efecto, la CEDH puede y debe solicitar las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y no repetición que estime pertinentes para garantizar una reparación a las víctimas de violaciones a derechos humanos.

Namiko Matsumoto Benítez

133. COMISIÓN ESTATAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE SINALOA

Órgano constitucional autónomo del estado de Sinaloa, creado mediante decreto número 32, publicado en el periódico oficial *El Estado de Sinaloa*, de 29 de enero de 1993, el cual adicionó la sección II bis con el artículo 77 bis del capítulo tercero, denominado “Del Poder Ejecutivo”, dentro del título IV de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Sinaloa, iniciativa presentada el 11 de enero de 1993 por el entonces gobernador Renato Vega Alvarado.

La Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Sinaloa (CEDH) es un organismo público con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios. Tiene por objeto esencial la defensa, protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos reconocidos en la Constitución federal, en la Constitución local y en los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano.

En el ejercicio de su autonomía de gestión, la Comisión no recibe ni recibirá instrucciones ni indicaciones de autoridades o servidores públicos de poderes gubernamentales. Sus resoluciones se basan únicamente en el conjunto de evidencias compiladas y en el estricto apego a la normativa en cada caso en concreto.

Los principios que rigen el actuar del personal de la CEDH son los de inmediatez, legalidad, gratuidad e imparcialidad.

Integración y estructura. De acuerdo con su ley orgánica, para el cumplimiento de sus funciones, la CEDH se integra por un presidente, visitadurías generales, una Secretaría Ejecutiva, una Secretaría Técnica, un Órgano Interno de Control, un Consejo Consultivo y el personal profesional, jurídico, técnico y administrativo necesario para la realización de sus funciones.

El presidente y los visitadores están investidos de fe pública en sus actuaciones para el efecto de comprobar la veracidad de los hechos en relación con denuncias, quejas o inconformidades presentadas ante la Comisión.

Por su parte, el Consejo Consultivo es un órgano colegiado de participación ciudadana, el cual debe integrarse en forma plural, de manera que se logre la mayor representatividad social, atendiendo a la paridad y equidad de género. Tiene como función aconsejar al presidente sobre las determinaciones que fija la ley. Los miembros que integren el Consejo tendrán carácter honorífico y serán electos por el voto de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso del estado, mediante consulta pública, que deberá ser transparente a las organizaciones sociales y organismos públicos y privados, defensores y promotores de los derechos humanos en Sinaloa.

Competencia. La CEDH tiene su sede en la capital del estado. Podrá contar, además, con las oficinas regionales que las necesidades sociales exijan y el presupuesto permita, para la atención oportuna de la población.

Tiene competencia en todo el territorio estatal para conocer de denuncias y quejas derivadas de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, por presuntas violaciones a los derechos humanos.

De acuerdo con su ley orgánica, este organismo no tendrá competencia para conocer sobre actos y resoluciones de organismos y autoridades elec-

torales; resoluciones de carácter jurisdiccional, ni consultas formuladas por autoridades, particulares u otras instancias sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales y legales.

Los procedimientos que se sigan ante la Comisión podrán iniciarse a petición de parte o de manera oficiosa mediante acuerdo que emita el presidente.

Los trámites procedimentales serán breves, sencillos y gratuitos y estarán sujetos solo a las formalidades esenciales que requiere la documentación de los expedientes respectivos. Se regirán por los principios de inmediatez, concentración y buena fe, y se procurará, en la medida de lo posible, el contacto directo con denunciantes, quejosos, agraviados o autoridades y servidores públicos, para evitar la dilación de las comunicaciones escritas.

Cualquier persona podrá presentar denuncias o quejas sobre presuntas violaciones a los derechos humanos ante las oficinas de la CEDH, ya sea directamente o por medio de representante legal.

Los procedimientos seguidos en la Comisión no afectan el ejercicio de otros derechos y medios de defensa contemplados que puedan corresponder a los afectados conforme las leyes. Tampoco suspenderán ni interrumpirán los plazos preclusivos, de prescripción o caducidad.

Funciones. La CEDH tiene las siguientes atribuciones:

1. Recibir denuncias y quejas por presuntas violaciones a derechos humanos.

2. Conocer e investigar, a petición de parte o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos, en términos de su competencia.

3. Formular recomendaciones públicas no vinculatorias a las autoridades respectivas, por violaciones a los derechos humanos.

4. Formular propuestas de conciliación entre el quejoso o agraviado y las autoridades presuntamente responsables, para la inmediata solución del conflicto planteado, cuando la naturaleza del caso así lo permita.

5. Solicitar al Congreso del estado que llame a comparecer a las autoridades o servidores públicos responsables, para que expliquen el motivo de su negativa a aceptar o cumplir las recomendaciones emitidas por la Comisión.

6. Supervisar el respeto a los derechos humanos en el sistema penitenciario y de reinserción social de Sinaloa, así como en las diversas corporaciones policiales, en los lugares de reclusión o detención y en cualquier otra dependencia u organización en la que se asista a personas. Para tal efecto, se realizará el diagnóstico penitenciario sobre la situación que estos guarden.

7. Verificar el respeto de los derechos humanos de los usuarios de centros de asistencia social o instituciones públicas o privadas de bienestar social, además de casas-hogar para menores, personas mayores o personas con discapacidad, hospitales, centros de internamiento contra adicciones, albergues asistenciales para mujeres, niños de la calle, migrantes, población en general, entre otros, así como realizar visitas a campos agrícolas o comunidades étnicas o indígenas.

8. Orientar legalmente a denunciantes, quejosos o agraviados, así como a cualquier persona, en los asuntos que se hagan de su conocimiento y sobre los que la CEDH sea incompetente.

9. Impulsar la promoción y observancia de los derechos humanos en el estado.

10. Promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los derechos humanos, capacitando para tal efecto a los servidores públicos del plano estatal y municipal, así como a la sociedad en general.

11. Prestar apoyo y asesoría, cuando así se solicite o se estime conveniente, a las autoridades estatales o municipales en materia de promoción y defensa de los derechos humanos.

12. Establecer programas de atención a víctimas del delito y de violaciones de derechos humanos en grupos en situación de vulnerabilidad o discriminación.

13. Vigilar la observancia del seguimiento, evaluación y monitoreo en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

14. Interponer acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes expedidas por la Legislatura del Estado de Sinaloa, de acuerdo con el artículo 105, fracción II, inciso g, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

15. Proponer a los titulares del poder ejecutivo estatal y de los ayuntamientos, en los términos de la legislación aplicable, la suscripción de convenios o acuerdos en materia de derechos humanos.

16. Recibir, calificar y dar trámite a las comunicaciones sobre presunción de malos tratos o tortura perpetrados en contra de detenidos o internos que hagan llegar las instituciones.

17. Presentar denuncias y/o quejas ante las autoridades competentes, cuando de sus investigaciones se advierta precedente.

18. Proponer a las diversas autoridades del estado y los ayuntamientos, en el ámbito de su competencia, que promuevan los cambios y modificaciones a disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas que a juicio de la Comisión redunden en una mejor protección de los derechos humanos.

19. Recibir semestralmente o cuantas veces lo requiera, de la autoridad competente para ello, un listado actualizado de las personas privadas de su libertad, así como de las que estén cumpliendo la ejecución de una consecuencia jurídica del delito distinta a la pena de prisión.

20. Establecer los mecanismos de coordinación con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como con los demás organismos públicos de promoción y defensa de los derechos humanos en el país, y generar una colaboración permanente con ellos.

21. Suscribir convenios y acuerdos de colaboración con dependencias nacionales o internacionales de carácter gubernamental, no gubernamental, de la sociedad civil, académicas, asistenciales, organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos o cualquier otro organismo que tenga como fin la salvaguarda, respeto o fortalecimiento de los derechos humanos.

22. Establecer vías de comunicación permanentes con los organismos no gubernamentales y organismos de la sociedad civil locales, nacionales e internacionales en materia de derechos humanos.

23. Expedir su reglamento interior.

24. Las demás que le otorguen la ley y otros ordenamientos legales.

José Carlos Álvarez Ortega

134. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

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 aquel, 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 representa 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 (aproximadamente más de 100 cada año) con Estados, víctimas, organizaciones defensoras, expertos y otros sectores de la sociedad civil 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.

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 perso-

nas 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

135. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN AMISTOSA)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión, CIDH) es el órgano encargado de atender el sistema de peticiones y casos individuales, que permite a quien ha sufrido alguna violación de sus derechos humanos recibir ayuda de dicha instancia internacional, quien se encargará de investigar, emitir recomendaciones, dictar medidas cautelares, intervenir en la solución amistosa del conflicto o presentar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Para ello, ha definido su metodología de trabajo en cuatro etapas procesales: 1) el registro de peticiones; 2) la admisibilidad; 3) la solución amistosa, y 4) el fondo y la decisión del caso.

Respecto de la tercera etapa referida, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contempla como parte de las facultades de la Comisión la posibilidad de que los conflictos por violaciones a derechos humanos suscitados entre un Estado y una persona o grupo de personas pueda resolverse mediante un *mecanismo de solución amistosa*, buscando brindar un remedio ágil y efectivo, y frenar así la judicialización del caso. Este mecanismo es un proceso facilitado por la Comisión, que forma parte del procedimiento del trámite de peticiones y casos y que permite brindar una alternativa a la tramitación del asunto vía contenciosa, al generar un espacio de diálogo entre peticionarios y Estados.

El primer precedente vinculado al procedimiento de solución amistosa (PSA) ante la CIDH se generó a partir de la denuncia presentada el 24 de febrero de 1981 en contra del Estado de Nicaragua, en la que se alegaron, entre otras violaciones, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, detenciones ilegales, transgresión a los derechos de propiedad, libertad y residencia y, sobre todo, la represión masiva de que fueron víctimas los indígenas miskitos pertenecientes a las comunidades de Asang y San Carlos. Presentada la denuncia, la CIDH rindió un informe especial que contenía el análisis de la controversia y las recomendaciones emitidas con relación a la protección de los derechos vulnerados. Rendido el informe, el Estado de Nicaragua solicitó a la CIDH que se asumiera como *órgano de solución amistosa en el asunto*, dado que contaba con dichas facultades de conformidad con la CADH y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Reglamento CIDH). En consecuencia, la Comisión dictó una serie de medidas que fueron satisfechas en su mayoría por el Estado nicaragüense, empero, hubo otras tantas que no se cumplieron satisfactoriamente y, por ello, el proceso no concluyó con una solución amistosa integral y completa. A pesar de lo anterior, constituye

un precedente de notoria relevancia, pues representa el punto de partida del proceso evolutivo que ha tenido el PSA dentro del sistema de peticiones y casos individuales ante la Comisión.

Etapa inicial del PSA. Este mecanismo se encuentra contemplado en los artículos 48.1, inciso f de la CADH y 40 del Reglamento CIDH, mismo que inicia y concluye siempre que ambas partes estén de acuerdo, es decir, requiere del consentimiento tanto del Estado como del peticionario para su inicio, durante su tramitación y al concluir el mismo.

De conformidad con el artículo 40.1 del Reglamento CIDH, la solución amistosa puede iniciar de oficio o a petición de parte en cualquier etapa del proceso, empero, es común que se presente con mayor frecuencia: 1) cuando la Comisión da a conocer al Estado involucrado la petición inicial; 2) cuando se emite el informe de admisibilidad, o 3) en el momento en que alguna de las partes directamente lo solicita. La Comisión juega en todo momento un papel activo en la búsqueda del arreglo amistoso, de modo que una vez recibido por escrito el consentimiento de las partes de someterse a dicho mecanismo, encaminará las negociaciones procurando mantener constantes reuniones de trabajo y brindando asesoría e información a ambas partes.

Etapa de negociación del PSA. Dado que el PSA es voluntario, informal y flexible, una vez que las partes han manifestado expresa y formalmente su voluntad de someterse a este procedimiento, procederán a celebrar reuniones de trabajo con o sin la participación directa de la CIDH, adelantando negociaciones en aras de lograr una solución amistosa. En razón de ello, pueden optar por solicitar a la Comisión que durante sus dos periodos ordinarios de sesiones, que tiene lugar en Washington, D.C., se programe alguna reunión de trabajo encabezada por algún comisionado o comisionada, relator o relatora de país para el Estado concernido, quienes facilitarán el diálogo entre las partes, o bien, pueden celebrar las reuniones en su país de origen.

Puede ocurrir que alguna de las partes decida no continuar con la solución amistosa cuando se percate, por ejemplo, de que no existe voluntad de la otra parte para llegar a un verdadero acuerdo, o bien, que la propia Comisión advierta que el asunto no es susceptible de resolverse por esa vía, supuestos en los que se continuará con la tramitación ordinaria de la petición. De no llegarse a una solución amistosa, se continuará con el trámite de la petición o caso, ya sea en la etapa de admisibilidad o en la de fondo, según corresponda.

Acuerdo de solución amistosa. Si las reuniones de trabajo son satisfactorias, tendrán como resultado un documento final, al que se le llamará *acuerdo de solución amistosa*. Este deberá contener un relato de los hechos que dieron origen a la petición, así como las medidas de reparación integral de los derechos violados, que pueden ser, entre otras: *i)* medidas de compensación económica, traducidas en un pago monetario a las presuntas víctimas por las afectaciones generadas por los hechos denunciados; *ii)* medidas de satisfacción, como la disculpa pública o construcción de monumentos para honrar a las víctimas; *iii)* restitución del derecho lesionado, por ejemplo, la restitución de tierras o la liberación de personas privadas de su libertad a consecuencia de una detención arbitraria; *iv)* garantías de no repetición, es decir, aquellas que buscan que la violación no se vuelva a cometer, por ejemplo, la reforma del ordenamiento jurídico, y *v)* medidas de rehabilitación, como el otorgamiento de algún tratamiento psicológico o de alguna beca escolar.

En caso de lograrse un acuerdo de solución amistosa, la Comisión deberá verificar que la víctima o sus derechohabientes hayan dado su consentimiento para resolver la controversia de esa manera, y que dicho acuerdo esté fundado en el respeto de los derechos humanos reconocidos en la CADH, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y demás instrumentos aplicables. De ser el caso, procederá a aprobar el acuerdo y, en términos del artículo 49 de la CADH, publicará un informe, autorizando el documento y dando cuenta de las medidas adoptadas para el cumplimiento de los compromisos asumidos.

Etapas de seguimiento. La CIDH podrá supervisar y dar seguimiento al cumplimiento del acuerdo en tres momentos: después de su firma, antes de la emisión del informe previsto en el artículo 49, o después de su emisión.

Así, una vez publicado el informe que aprueba el acuerdo de solución amistosa, la CIDH comienza un proceso de supervisión y seguimiento de cumplimiento total del mismo, en el que podrá: 1) solicitar información a las partes respecto de las obligaciones aún no cumplidas; 2) dar seguimiento a los compromisos adquiridos mediante reuniones y visitas en el país involucrado, y 3) rendir informes sobre el avance en el cumplimiento de lo pactado.

El PSA se ha consolidado como un mecanismo eficaz para la solución de controversias entre peticionarios y Estados que, a través de su implementación, ha generado la celebración de decenas de acuerdos de solución amistosa de casos en los que se alegaron violaciones a derechos humanos, concluyendo satisfactoriamente en beneficio de las víctimas.

María Alejandra de la Isla Portilla

136. 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 resolutivo 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 acarrea 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).

Cynthia Chanut Esperón

137. COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antecedentes. La Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948 puso de manifiesto un ideal que debía ser común a todos los pueblos: el valor de la dignidad humana y la protección a los derechos que de esta se desprenden. En México, este ideal se vio reflejado con la creación, mediante decreto presidencial, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), el 6 de junio de 1990. En sus orígenes, la actual CNDH era un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, responsable de proponer y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos, cuya persona titular era designada de manera directa por el presidente de la República.

A pesar de la novedad de esta institución, en la historia de México es posible hallar otras instituciones de protección a los derechos humanos que, desde el siglo XIX, pueden considerarse sus antecedentes. Este es el caso de la Procuraduría de los Pobres que, en 1847, fue promovida por Ponciano Arriaga. Luego, durante el siglo XX, a partir de la década de 1970, se crearon diversos órganos públicos destinados a proteger los derechos de los gobernados frente a la Administración pública o la impartición de justicia. En 1979, en Nuevo León, se creó la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos, y en 1983 se fundó la Procuraduría de Vecinos por acuerdo del Ayuntamiento de la ciudad de Colima. En 1985, la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) crea la Defensoría de los Derechos Universitarios. Entre 1986 y 1987 se fundaron, en Oaxaca y Guerrero, respectivamente, la Procuraduría para la Defensa del Indígena y la Procuraduría Social de la Montaña. El 14 de agosto de 1988 nace la Procuraduría de Protección Ciudadana de Aguascalientes, a finales de ese año se funda la Defensoría de los Derechos de Vecinos en el municipio de Querétaro y al año siguiente se estableció la Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal. A comienzos de 1989, se creó la Dirección General de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación y en abril de ese mismo año la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Morelos.

Igualmente, hay que decir que la creación de la CNDH precedió a años de lucha en defensa de los derechos humanos a cargo de organizaciones no gubernamentales mexicanas que, en las décadas previas, documentaron y denunciaron los abusos cometidos por el Estado durante la llamada “Guerra sucia”, así como muchos otros casos de detenciones arbitrarias, tortura y maltrato ocurridos en los regímenes de los expresidentes Echeverría, López Portillo y de la Madrid. La CNDH también precedió a las reflexiones que juristas como Jorge Carpizo o Héctor Fix-Zamudio habían realizado por años en torno a la figura del *ombudsman* sueco y del defensor del pueblo español, como instancias necesarias para la limitación del poder gubernamental.

Pero el contexto propicio para la instauración de una institución pública que, como parte del Estado mexicano, realizara las funciones de protección de los derechos humanos, se dio a partir de la presión internacional para que el Gobierno de México atendiera los problemas relacionados con las frecuentes violaciones a estos derechos, en el marco de la firma de los tratados de libre comercio, con Estados Unidos primero y con la Unión Europea, después. En ese orden de ideas, por ejemplo, en mayo de 1990 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó que México había violado derechos políticos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las elecciones de diputados de 1985 en el estado de Chihuahua, las elecciones municipales de 1986 en la capital del estado de Durango, y las elecciones para gobernador de 1986 en el estado de Chihuahua. De igual forma, eran corrientes tanto la dilación como la incertidumbre jurídicas producto de una institucionalidad judicial anquilosada, gravemente afectada de nepotismo, acusada de ser instrumento represor del Estado y, frecuentemente, también de corrupción. No es casual, por tanto, que junto a la instauración de la CNDH haya nacido el Instituto Federal Electoral, se haya creado el Consejo de la Judicatura Federal y haya iniciado la reforma integral del Poder Judicial de la Federación.

Devenir institucional. A lo largo de su historia, la CNDH ha experimentado diversas transformaciones. La primera se debe a la reforma constitucional de 1992 que incorporó un apartado B al artículo 102 de la Constitución general de la República, en el que se mandata la creación de organismos de protección de los derechos humanos encargados de conocer de acciones u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público —con excepción de los del Poder Judicial de la Federación y los que derivasen de conflictos laborales o electorales— que violasen esos derechos. Fue esta reforma constitucional de 28 de enero de aquel año, la que creó y facultó a distintos organismos para emitir recomendaciones públicas autónomas, no vinculantes, derivadas de denuncias y quejas recibidas de la ciudadanía en contra de las autoridades administrativas del orden local o federal, respectivamente. Así, se constituyó el sistema de protección no jurisdiccional de derechos humanos del país, organizado alrededor de la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Derechos Humanos, creada en septiembre de 1993, que existe hasta la fecha.

Con la reforma de 29 de junio de 1992 como fundamento, se publicó la “Ley de la CNDH”, la cual dotó a la institución de la atribución de diseñar sus propias reglas internas y de administrar sus recursos con el mandato esencial de promover la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos en el ordenamiento jurídico mexicano; no obstante, el presupuesto de la Comisión todavía dependía del poder ejecutivo, y el presidente de la República continuaba siendo la autoridad a cargo de la designación de su titular y de los miembros del Consejo Consultivo, con la posterior aprobación de las designaciones por parte del Senado.

Formalmente, la CNDH adquirió su total autonomía el 13 de septiembre de 1999, con una nueva reforma al artículo 102, apartado B, de la Constitución federal, en el cual se estableció que tendría un Consejo Consultivo integrado por 10 personas y que contaría con autonomía de gestión y presupuestaria, así como personalidad jurídica y patrimonio propios (también cambió su nombre y pasó de ser la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a llamarse la Comisión Nacional de los Derechos Humanos). Asimismo, se dispuso que el presidente de la institución duraría en su cargo cinco años con posibilidad de reelegirse para otros cinco, o bien, de ser removido de sus funciones en los términos del título cuarto de dicho ordenamiento.

Finalmente, fue la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011 la que le extendió la autonomía constitucional a todas las comisiones, procuradurías y defensorías de derechos humanos del país, y la que obligó a los servidores públicos a que no aceptasen recomendaciones del organismo nacional o los estatales, a fundar y motivar la negativa, y también a hacerla pública. De esta forma, por mandato constitucional, hoy toda recomendación debe ser contestada, tanto si es aceptada como si es rechazada. Así, en el caso de que una autoridad no acepte una recomendación, el Senado de la República o su Comisión Permanente —si la recomendación proviene de la CNDH—, o bien, la legislatura local —si la recomendación fue expedida por una comisión local— pueden llamar a comparecer a la autoridad de la que se trate para que rinda cuentas sobre su negativa a aceptar la recomendación.

Aunque la reforma constitucional de 2011 amplió la competencia de la CNDH para conocer de los asuntos en materia laboral, los ámbitos electoral y jurisdiccional continúan ajenos a su competencia.

De igual forma, a la reforma constitucional de 2011 se debe el mecanismo de consulta pública y transparente que debe ser empleado para la elección del *ombudsman*, así como para las o los aspirantes a integrar el Consejo Consultivo. La misma reforma dotó igualmente a la CNDH de la capacidad para realizar investigaciones de violaciones graves a derechos humanos, cuando la presidencia del organismo así lo considere, o bien, cuando sea solicitado por el presidente de la República, el gobernador de un estado, cualquiera de las cámaras del Congreso de la Unión, las legislaturas locales o la Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México.

Futuro de la CNDH. A 30 años de la instauración de la CNDH y del sistema no jurisdiccional en la materia, hay sin duda razones para ser autocríticos. Es importante reconocer que, a pesar del importante avance que significó su creación y puesta en marcha, estas instituciones no han cumplido a cabalidad con la expectativa que se tenía de ellas. Haciendo un balance de las gestiones de los organismos públicos de protección de derechos humanos (OPDH) salta a la vista lo costoso de sus aparatos burocráticos, que poco han abonado a resolver el grave problema de violaciones que se vive en México desde hace mucho tiempo. Con sus notables excepciones, de la mano del poder ejecutivo en turno, las y los *ombudsman* poco han servido como contrapeso real al poder, muy a pesar de las múltiples recomendaciones que han emitido y que les han sido aceptadas.

El futuro de los OPDH depende del enfrentamiento de sus problemas estructurales, muchos de los cuales devienen de los usos y costumbres en el nombramiento de sus titulares, la exigencia de cuotas partidistas, el débito con el ejecutivo y la sujeción del mandato a la consecución de intereses particulares. Asimismo, deben revisarse los procedimientos de investigación y el rigor técnico de las recomendaciones, todo lo cual abona a dotar de contenidos a la idea de magistratura moral y de opinión, que es característica constitutiva de esta institución.

Luis González Placencia

138. COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (FACULTAD DE INVESTIGACIÓN)

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, el sentido semántico del vocablo “facultad” se encuentra referido a un poder o derecho para hacer algo; por otro lado, señala el mismo instrumento de consulta que el término “investigar” procede del vocablo latino *investigāre* y corresponde a la acción de indagar con la finalidad de descubrir algo, o bien, consiste en la indagación que tiene como propósito aclarar la conducta de ciertas personas que han actuado con desapego o en contra de la ley.

Con la reforma constitucional de 28 de enero de 1992, que tuvo como corolario incluir un apartado B en el artículo 102 constitucional, se instauró el sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos en México (*ombudsman*), el cual, en términos de dicho precepto, se encuentra conformado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y los organismos equivalentes de las entidades federativas.

La referida modificación constitucional también dispuso, por un lado, que el objeto de dicho sistema consistiría en la protección de los derechos humanos “que otorga el orden jurídico mexicano” y, por el otro, se determinó investir a dicho conjunto de organismos de protección con la facultad para conocer de las quejas “en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público” —excluyendo los del Poder Judicial de la Federación— que violen tales derechos. Concerniente al objeto del sistema, es importante mencionar que con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, el término “otorga” que empleaba el artículo fue sustituida por la expresión “que ampara el orden jurídico mexicano”.

Volviendo al tema central que nos ocupa, la facultad de investigación que ejerce la CNDH se actualiza precisamente frente a la petición de una persona que considera haber sido víctima de una violación a sus derechos humanos por parte de alguna autoridad administrativa o servidor público. En este sentido, el artículo 6 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (Ley CNDH) establece el marco de atribuciones que corresponden al organismo nacional y entre ellas se encuentran las relativas a conocer e *investigar*, bajo ciertos supuestos, presuntas violaciones de derechos humanos que sean hechas del conocimiento a través de una queja (a instancia de parte) o que la CNDH decida atender de manera oficiosa.

Los supuestos a los que se refiere dicho numeral corresponden a los actos u omisiones de autoridades administrativas pertenecientes al ámbito federal y a los actos ilícitos de terceros o particulares que son realizados con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, “[...] o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente en tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas [...]”.

Sin menoscabo de que el artículo 6 de la Ley CNDH establezca hacia el organismo en su conjunto la facultad de investigar las presuntas violaciones de derechos humanos, lo cierto es que dicha atribución corresponde y es ejercida de manera específica por ciertas áreas de la institución denominadas visitadurías generales. Son estas las que, conforme a la fracción II del artículo 24 de la citada legislación, se encargan de “[...] iniciar a petición de parte la investigación de las quejas e inconformidades que le sean presentadas, o de oficio, discrecionalmente aquellas sobre denuncias de violación a los derechos humanos que aparezcan en los medios de comunicación [...]”. El procedimiento se regula en el Reglamento de la CNDH (arts. 80 a 140). Todas las actuaciones de la CNDH serán gratuitas (art. 77 del Reglamento Interno de la CNDH).

Otro punto importante que debe mencionarse es la facultad de investigación respecto a violaciones graves de derechos humanos atribuida a la CNDH con motivo de la multicitada reforma constitucional de 2011. En tal sentido, la reforma tuvo entre sus efectos relevantes eliminar la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nombrar a algunos de sus integrantes para investigar hechos que constituyeran una grave violación de derechos humanos para trasladarla a la Comisión. De este modo, quedó establecido en el último párrafo del apartado B del artículo 102 constitucional, que el organismo nacional “podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos”.

En suma, cualquier investigación realizada por la CNDH parte del análisis de los hechos, argumentos y pruebas, así como de los elementos de convicción y las diligencias practicadas a fin de determinar si las autoridades o los servidores públicos han incurrido, o no, en actos u omisiones ilegales o arbitrarios que deriven en la violación de los derechos humanos de las personas.

Como resultado del ejercicio de la facultad de investigación de presuntas violaciones a derechos humanos se emiten las recomendaciones que con carácter público, autónomo y no vinculatorio se dirigen a una autoridad administrativa federal (en el ámbito de competencia de la CNDH) que, por acción u omisión, ha vulnerado uno o más de los derechos humanos reconocidos por el sistema jurídico mexicano (integrado por el marco jurídico constitucional, internacional o legal). Adicionalmente, la CNDH puede presentar denuncias y quejas ante las autoridades competentes.

Sobre esta cuestión resulta pertinente traer a colación lo que sostiene Jorge Carpizo al referirse a las características propias de las recomendaciones que emiten los organismos públicos de protección de derechos humanos, quien ha señalado que “[...] el carácter público de las recomendaciones implica que deben ser del conocimiento de la sociedad, ya que su autoridad es solo moral [...]” lo cual, en opinión del mismo autor, constituye “una de las columnas sobre las cuales basa el ombudsman su actuación”, pues sin este rasgo característico la actividad que realizan dichos organismos carecería de efectos.

A raíz de la reforma de 2011, “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, estos 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” (art. 102, apdo. B, segundo párrafo). Así, además de la fuerza moral de las recomendaciones, se instauró un mecanismo de control político para su cumplimiento.

Julietta Morales Sánchez

139. 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 solo 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 solo 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, este 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 esta 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 estas; 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 *im-*

peachment, 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

140. COMITÉ JUDICIAL DEL CONSEJO PRIVADO DE LA CORONA

El *Judicial Committee of the Privy Council* (Comité Judicial del Consejo Privado de la Corona, JCPC, por sus siglas en inglés) es un órgano jurisdiccional compuesto por los jueces del Tribunal Supremo de Reino Unido y está integrado por consejeros ingleses, escoceses, galeses, norirlandeses y consejeros provenientes de los países del *Commonwealth*.

El JCPC desempeña un triple papel en el derecho constitucional británico. En primer lugar, es un tribunal que conoce, en grado de apelación, de sentencias dictadas por jurisdicciones inglesas derivadas de los antiguos juzgados medievales o establecidas por el monarca en el ejercicio de sus prerrogativas. Pueden mencionarse los múltiples procedimientos vinculados con el Comité de Disciplina del Real Colegio de los Médicos Veterinarios (*Disciplinary Committee of the Royal College of Veterinary Surgeons*), los Tribunales de Presas (*Prize Courts*), el Tribunal del Almirantazgo de los Cinco Puertos (*Court of Admiralty of the Cinque Ports*) y el Alto Tribunal de Caballería (*High Court of Chivalry*). En caso de contestaciones, el JCPC es también junta electoral en relación con causas de incapacidad electoral para la Cámara de los Comunes.

En segundo lugar, siendo la Iglesia de Inglaterra parte del Estado, al JCPC se le encomienda, en último grado, el conocimiento y la resolución de recursos en materia eclesiástica procedentes de los tribunales de las provincias de Canterbury y York —la *Arches Court of Canterbury* y la *Chancery Court of York*—, por razones que no se refieran a cuestiones de doctrina religiosa.

Además de estas competencias —que hoy en día son residuales—, el JCPC ha jugado un papel de especial transcendencia en el ámbito del Imperio colonial británico. Se trata de un papel que el JCPC aún sigue desempeñando como órgano del poder judicial y tribunal de última instancia para los últimos territorios británicos de ultramar (*British overseas territories*) y las dependencias de la Corona (*Crown dependencies*). Asimismo, es el tribunal que conoce en último grado las apelaciones contra sentencias dictadas por los tribunales de los países miembros del *Commonwealth*: a) cuyo jefe de Estado sigue siendo el monarca de Reino Unido; b) que se han convertido en repúblicas; sin embargo, han mantenido el JCPC como máximo tribunal; c) cuyo jefe de Estado es distinto del monarca de Reino Unido. En el caso de Brunei, por ejemplo, la sección 3 del *Supreme Court (Appeals to Privy Council) Act 1990* autoriza interponer recursos al JCPC en ámbitos materiales regulados por el derecho civil.

En cuanto tribunal de *common law*, el JCPC no es un órgano judicial especializado y en consecuencia conoce por apelación los aspectos constitucionales de los casos comunes, ya que todos los países cuyo tribunal supremo es el JCPC practican modelos difusos de justicia constitucional con elementos de concentración. Por un lado, contra las decisiones del JCPC no cabe recurso alguno y, por el otro, el sistema se unifica a través de la regla del precedente.

En cuanto a la naturaleza jurisdiccional del JCPC, es preciso destacar que dicha índole judicial no es consubstancial al Comité, sino que es el fruto de una larga evolución, cuyo origen se remonta entre los siglos XVII y XIX. En efecto, desde una perspectiva histórico-jurídica, el JCPC no constituye un órgano del poder judicial, sino una estructura interna al Consejo Privado de la Corona (*Privy Council*), esto es, del poder ejecutivo en que había ido evolucionando la antigua *Curia Regis*. Esta constatación se desprende, por ejemplo, de la circunstancia de que el JCPC no dicta verdaderas sentencias. En cuanto a la estructura interna del Consejo Privado, el órgano se limita a “aconsejar” al monarca, pues emite dictámenes que luego serán publicados como reales decretos (*orders in council*) por parte del gobierno. En el caso de Brunei, la recomendación está dirigida al Sultán Yang Di-Pertuan de Brunei Darussalam, que la emana con su propio decreto.

El JCPC fue creado como órgano de naturaleza judicial en 1833 al adoptar el Parlamento británico el *Judicial Committee Act*. Con anterioridad a su institución, la jurisdicción eclesiástica estaba ejercida por los tribunales eclesiásticos, mientras las apelaciones contra sentencias de los juzgados coloniales se tramitaban frente a comités creados *ad hoc*: el *Board of Trade* (1679-1696) y el *Old Appeals Committee* (1696-1833).

En cuanto tribunal permanente, el Comité despliega su propia jurisdicción en último grado de apelación: el sistema de impugnaciones tiene carácter sucesivo, incidental y concreto. Según establece la sección 1 del *Judicial Committee Act 1844*, los recurrentes están habilitados a interponer recursos frente al JCPC contra cualquier pronunciamiento dictado por órganos judiciales británicos en las colonias.

El Comité es también el órgano supremo consultivo del monarca, la función de asesoramiento emana de las competencias originariamente desempeñadas por el Consejo Privado y la antigua *Curia Regis*. Según establece la sección 4 del *Judicial Committee Act 1833*, la Corona puede pedir al JCPC cualquier asesoramiento que considere adecuado (*any such other matters whatsoever as His Majesty shall think fit*).

La labor de realizar, en última instancia, el control sobre las sentencias dictadas por tribunales en las colonias ha permitido al JCPC desempeñar una función de difusión de principios judiciales de transcendencia constitucional. Entre otros, en cuanto órgano judicial y parte del poder ejecutivo, el Comité impuso en todas las colonias el principio de tutela judicial efectiva. Por un lado, la interposición del recurso de apelación (*appeal as a right*) permitía a la Corona británica controlar la actividad del poder público en las colonias y, por el otro, era obligación cardinal de la Corona asegurar una reparación frente a vulneraciones de situaciones jurídicas de los súbditos y la Corona cumplía con esta obligación garantizándoles un verdadero derecho constitucional de apelación al JCPC (entre otras, véanse las sentencias *Re Bishop of Natal* [1864], 3 Moo. P.C.N. S. 156; *Falkland Islands Co. v Reg.* [1863], 1 Moo. PCNS 312).

A nadie se le oculta la importancia del sistema de justicia colonial llevada a cabo por el JCPC; sin embargo, ya en el proceso de descolonización se ha reducido progresivamente el alcance de su jurisdicción, la cual, en los años sesenta, se veía calificada como una “jurisdicción en fase de disminución” (*waning jurisdiction*, Marshall, 1964). Entre los casos más famosos se pueden

mencionar Irlanda (1933), Myanmar (1947), Palestina (1948), India y Canadá (1949), Suráfrica y Pakistán (1950), Nigeria (1960), Tanganika (1961), Bangladesh y Sri Lanka (1971), Singapur (1985), Australia (1986) y Nueva Zelanda (2004).

Como se ha puesto de relieve, el Comité sigue siendo el tribunal competente para conocer recursos de apelación contra sentencias dictadas por órganos judiciales de aquellos territorios que han confirmado su jurisdicción “colonial”: los territorios británicos de ultramar, las dependencias de la Corona y unos países miembros del *Commonwealth*. Además de Mauricio, Kiribati y Tuvalu, la mayoría de los países que conservan la jurisdicción del Comité son islas caribeñas (s 122 Const. Antigua y Barbuda; s 104 Const. Bahamas; s 104 Const. Granada; s 110 Const. Jamaica; s 99 Const. San Cristóbal y Nieves; s 108 Const. Santa Lucía; s 99 Const. San Vicente y las Granadinas).

En los países del *Commonwealth* caribeño, sin embargo, la conservación de la jurisdicción colonial es objeto de un debate de naturaleza político-constitucional. El debate se centra en el activismo del JCPC en relación con la pena de muerte, prevista en muchos países del Caribe inglés. Se puede decir, en efecto, que el Comité es un tribunal “abolicionista”, esa postura entra en colisión con la cultura político-jurídica de las islas caribeñas, que, por el contrario, es muy retencionista, en la sentencia *Pratt and Morgan v AG Jamaica* [1994] 2 AC 1; de hecho, el JCPC limitó la discrecionalidad de los ejecutivos nacionales en su aplicación. Unos países han encontrado una alternativa al Comité y han devuelto las impugnaciones en último grado al Tribunal de Justicia del Caribe (*Caribbean Court of Justice*), esto es, un tribunal supranacional creado por el tratado por el que se instituye la Comunidad del Caribe (CARICOM), al cual varios países (Barbados, Belice, Dominica y Guyana) han atribuido también jurisdicción sobre cuestiones de transcendencia constitucional.

En las decisiones judiciales sobre pena de muerte, el Comité ha conocido por apelación en los aspectos constitucionales de los casos comunes. Como se ha señalado, el Comité no goza de una jurisdicción especializada; sin embargo, el sistema de justicia constitucional es dependiente de él y presenta los rasgos típicos de la jurisdicción difusa con elementos de concentración: el control es difuso, concreto, incidental y sucesivo; las sentencias producen efectos *inter partes*; empero, el principio del *stare decisis* hace que los tribunales inferiores estén vinculados por las decisiones de los superiores. Si nos centramos en los países caribeños, el JCPC vela por la supremacía e integridad de los textos constitucionales, y no cabe, para salvar este escollo, decir que numerosas constituciones no prevén cláusulas que garantizan su propia supremacía. Como el JCPC ha puesto de relieve rotundamente en relación con la Constitución de Trinidad y Tobago (*Collymore and Abraham v Attorney General* [1968] 12 WIR 5 [CA]), la garantía jurisdiccional de la constitución es un principio rector sobre el que vigila el mismo JCPC.

En cuanto a los derechos fundamentales garantizados por dichas constituciones, cabe recordar que hay una limitación en la difusión del control. En primer lugar, la jurisdicción constitucional no está encomendada a todos los tribunales, sino solo a los superiores (*courts of record*). Cuando una cuestión de inconstitucionalidad se presenta frente a un juzgado inferior, el juez la remitirá al tribunal superior, que decidirá sobre la constitucionalidad de las normas

aplicables en el caso concreto. En segundo lugar, las constituciones contienen cláusulas de reparación (*redress clauses*) por virtud de las que, en caso de vulneración de derechos constitucionalmente garantizados, se les encomienda a los tribunales superiores conocer de los recursos para asegurar su protección y observancia.

Por último, a nadie se le oculta que la mayoría de las colonias británicas, al alcanzar la independencia y abandonar la jurisdicción del JCPC, se les ha dotado de un modelo de justicia constitucional similar al estadounidense. En efecto, hay numerosas analogías entre los dos modelos de justicia constitucional que se han ido desarrollando en el Imperio colonial británico y en el sistema constitucional de Estados Unidos.

Así las cosas, cabe recordar que, al igual que el tribunal supremo estadounidense, el JCPC es un tribunal supremo —y que probablemente es posible detectar una cierta continuidad entre los dos tribunales y sistemas de justicia constitucional—. Desde este punto de vista, lo que se puede afirmar con total seguridad es que el sistema estadounidense se deriva de la jurisdicción colonial inglesa del Consejo Privado. De hecho, los comités *ad hoc* del Consejo Privado de la Corona conocían en último grado los fallos dictados por los tribunales de las colonias norteamericanas. Hasta la declaración de independencia en 1776, el mismo Consejo había dictado más de 265 sentencias procedentes de dichas colonias. A mayor abundamiento, cabe recordar que el Consejo dictó también sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de leyes aprobadas por los órganos legislativos de las colonias (*Winthrop v Lechmere* 1728, *Philips v Savage* (1737), *Clark v Tousey* (1745), *Camm v Hansford and Moss* (o *Parson's case*: 1758). La continuidad entre los dos modelos de justicia constitucional se deja apreciar también en relación con el *stare decisis*: la sentencia pronunciada en el asunto *Winthrop v Lechmere* —por el que se desestimó una ley de Connecticut— fue aplicado como precedente por el JCPC, después de su creación, esto es, después de la revolución estadounidense.

En suma, el sistema colonial dependiente del Consejo Privado, antes, y del JCPC, después, ha sido el modelo en el que se inspiraron —directa o indirectamente— Estados Unidos y las demás colonias inglesas. Ambos tipos de colonias recibieron de la madre patria británica rasgos comunes (control concreto, sucesivo, incidental y con un cierto grado de concentración) (*adjudicator*); tras haber seguido sendas constitucionales distintas, ambos tipos de colonias se han reunido finalmente y, por ende, han generado un modelo de justicia constitucional: el modelo anglosajón-unitario.

Matteo Nicolini

141. 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

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

142. 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

143. 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. Estas 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

144. 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 solo 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

145. **CONFERENCIA MUNDIAL CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, LA XENOFOBIA Y LAS FORMAS CONEXAS DE INTOLERANCIA**

Antecedentes. La Conferencia fue celebrada del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001 en Durban, Sudáfrica, país en el que tuvo lugar el *apartheid* (de hecho, la Conferencia tiene como inspiración la lucha del pueblo sudafricano contra el sistema institucionalizado del *apartheid*) y tiene como antecedente la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993, la cual exigió la rápida y completa eliminación de todas las formas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia.

Otras normas de *soft law* relevantes en este respecto son: la resolución 1997/74, de 18 de abril de 1997, de la Comisión de Derechos Humanos; la resolución 52/111, de 12 de diciembre de 1997, de la Asamblea General y las resoluciones posteriores de esos órganos sobre la convocación de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, y las dos conferencias mundiales para combatir el racismo y la discriminación racial, celebradas en Ginebra en 1978 y 1983, respectivamente.

Objetivos. El objetivo central de la Conferencia fue dar un nuevo impulso al compromiso político respecto de la eliminación de todas las formas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. Ello en virtud de que, pese a los esfuerzos de la comunidad internacional, no se han alcanzado los principales objetivos de los tres Decenios de Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, y que aún hoy un sinnúmero de seres humanos siguen siendo víctimas de dichas conductas. Por ello, 2001, año en que se celebró la Conferencia, fue el Año Internacional de la Movilización contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. El objetivo es poner énfasis en la tolerancia y el respeto por la diversidad, así como en la necesidad de encontrar elementos comunes entre y en el seno de las civilizaciones, con el fin de hacer frente a los desafíos comunes de la humanidad que amenazan los valores compartidos, los derechos humanos universales y la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia mediante la cooperación, la colaboración y la inclusión.

Cuestiones generales. Para efectos de la Conferencia, las víctimas de la problemática son los individuos o grupos de individuos que son o han sido afectados negativamente por esas conductas, las cuales se producen por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, y pueden sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexas, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición.

La lucha mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, en todas sus formas y manifestaciones odiosas y en constante evolución, es un asunto prioritario para la comunidad internacional, y la Conferencia ofreció una oportunidad única e histórica para evaluar y determinar todas las dimensiones de esos males devastadores de la humanidad con vistas a lograr su eliminación total, entre otras cosas, mediante la adopción de enfoques innovadores y holísticos, y el fortalecimiento y la

promoción de medidas prácticas y eficaces en los niveles nacional, regional e internacional. Por ello, la Conferencia reafirmó la gran importancia que tienen los valores de solidaridad, respeto, tolerancia y multiculturalismo, que constituyen el fundamento moral y la inspiración de la lucha mundial contra estas tragedias inhumanas que durante demasiado tiempo han afectado a los pueblos de todo el mundo, especialmente en África.

Contenido. La Conferencia proclama una Declaración y un Programa de Acción, práctico y aplicable, el cual contiene los siguientes elementos: *i)* los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia; *ii)* las víctimas: en general, africanos y afrodescendientes, pueblos indígenas, migrantes, refugiados y otras; *iii)* las medidas de prevención, educación y protección destinadas a erradicar el problema, en los ámbitos nacional, regional e internacional.

La Conferencia hace especial referencia a las medidas en el plano nacional:

1. Medidas legislativas, judiciales, normativas, administrativas y de otro tipo para la prevención y protección contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Esto incluye la ratificación y aplicación efectiva de los instrumentos jurídicos internacionales y regionales pertinentes relativos a los derechos humanos y a la no discriminación; el enjuiciamiento de los autores de actos racistas; el establecimiento y la consolidación de instituciones nacionales especializadas e independientes y de procedimientos de medicación.

2. Políticas y prácticas que abordan la reunión y el desglose de datos, investigación y estudios; políticas orientadas a la adopción de medidas y planes de acción, incluidas las medidas positivas para garantizar la no discriminación, en particular sobre el acceso a los servicios sociales, el empleo, la vivienda, la educación, la atención de la salud; empleo; salud, medioambiente; participación, en pie de igualdad, en la adopción de decisiones políticas, económicas, sociales y culturales, y el papel de los políticos y los partidos políticos.

3. Educación y sensibilización, que abarca el acceso a la educación sin discriminación; educación sobre los derechos humanos, tanto para adultos como para niños y jóvenes, y para los funcionarios públicos y los profesionales.

4. Información, comunicaciones y medios de difusión, incluidas las nuevas tecnologías.

5. El establecimiento de remedios, recursos, vías de reparación y otras medidas eficaces en los ámbitos nacional, regional e internacional.

6. Estrategias para lograr una igualdad plena y efectiva que abarquen la cooperación internacional y el fortalecimiento de las Naciones Unidas y otros mecanismos internacionales en la lucha contra la problemática en estudio. Esto incluye una estrecha cooperación con la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales, el sector privado y los jóvenes.

Elisa Ortega Velázquez

146. 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, estos 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, solo 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. Esta 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 anfibología 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 in-

interpretación constitucional de última instancia, sostienen que ellos fijan y amplían 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

147. CONFLICTO ENTRE PODERES DEL ESTADO

Los conflictos entre los poderes en un régimen democrático son inevitables y, por lo general, se resuelven por medio de negociaciones entre los órganos involucrados. Dado que siempre se corre el peligro de desestabilización del sistema, la Constitución mexicana redujo el ámbito de conflicto mediante un sistema que resolviera todo aquello que implicara el cumplimiento de los preceptos constitucionales. Como antecedente existen cortes constitucionales u órganos especializados en esta materia en varios países europeos.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) adquirió la función de corte constitucional. La reforma de 1994 amplió considerablemente el concepto de controversia constitucional que contenía el texto original de la Constitución y le dio, con toda claridad, la categoría de un juicio, estableciendo las condiciones para declarar la nulidad de las disposiciones generales contrarias a la Constitución. El sistema se diseñó a través de reformas, respetando la estructura de nuestro sistema.

Se crearon dos figuras jurídicas: las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, como juicios de los que puede conocer la SCJN como tribunal competente.

Controversias constitucionales. El artículo 105 otorga competencia exclusiva a la SCJN para conocer, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva, de las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre: *a)* la federación y una entidad federativa; *b)* la federación y un municipio; *c)* el poder ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquel y cualquiera de sus cámaras o, en su caso, la Comisión Permanente, sea como órganos federales o de la Ciudad de México; *d)* una entidad federativa y otra; *e)* dos municipios de diversos estados; *f)* dos poderes de una misma entidad federativa, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; *g)* un estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; *h)* una entidad federativa y un municipio de otra o una demarcación de la Ciudad de México, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, o *i)* dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de estos y el poder ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Son los órganos mencionados a quienes la Constitución otorga capacidad procesal. Quedan excluidas del conocimiento de la SCJN, por disposición expresa del primer párrafo de la fracción I del artículo 105, las controversias “que se refieran a la materia electoral”. El nuevo sistema electoral mexicano ha creado una justicia electoral a través de un tribunal autónomo y especializado que forma parte del poder judicial federal.

La controversia constitucional tiene la forma de un juicio, y en todos los casos mencionados es competente la SCJN, en términos de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos (*Diario Oficial de la Federación*, 11 de mayo de 1995).

Para efectos procesales, tanto el actor como el demandado tienen que ser por fuerza alguno de los órganos del poder público federal, local o municipal que la propia Constitución reconoce con capacidad procesal.

Las resoluciones de la SCJN tienen en principio efectos solo respecto de las partes de la controversia, trátese de normas generales o individualizadas; sin embargo, el último párrafo de la fracción I del artículo 105 que se comenta dispone que pueden tener efectos generales con dos condiciones: *i*) siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de las entidades federativas, de los municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por la federación; de los municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por las entidades federativas, o en los casos de conflicto entre el ejecutivo y el Congreso de la Unión, cualquiera de sus cámaras o la Comisión Permanente, o en los casos de controversias entre dos poderes de una misma entidad federativa sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones, y *ii*) si la resolución de la SCJN las declara inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

Así, la resolución de inconstitucionalidad, alcanza efectos *erga omnes* y puede declarar la invalidez de la disposición de carácter general, siempre y cuando se cumplan los supuestos mencionados.

Acciones de inconstitucionalidad. La fracción II del artículo 105 faculta a la SCJN para conocer de las acciones de inconstitucionalidad, que se definen en el mismo artículo. Estas son derechos subjetivos de minorías que forman parte de cuerpos legislativos colegiados y en defensa de normas que se consideran violatorias de la ley suprema aprobadas por la mayoría. Se concedió la misma capacidad procesal a los partidos políticos respecto a las leyes electorales y más adelante a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, al organismo garante del derecho a la información y, por último, al fiscal general de la República.

Se faculta a la SCJN para conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, que pueden ser promovidas por:

a) el equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales;

b) el equivalente al 33% de los integrantes del Senado, en contra de las leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano;

c) el Ejecutivo federal, por conducto del consejero jurídico del Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas;

d) el equivalente al 33% de los integrantes de alguna de las legislaturas de las entidades federativas en contra de las leyes expedidas por el propio órgano;

e) los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales, y los partidos políticos con registro en una entidad federativa, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por la Legislatura de la entidad federativa que les otorgó el registro;

f) la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, 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 las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las legislaturas;

g) el organismo garante del derecho a la información que establece el artículo 6 de la Constitución en contra de leyes de carácter federal y local, así como de tratados internacionales celebrados por el ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales, o

h) el fiscal general de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones.

La parte final de la fracción segunda que comentamos establece que las resoluciones de la SCJN solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueran aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

Las acciones de inconstitucionalidad se deducen en un juicio y rige para ellas la misma ley reglamentaria referida para las controversias constitucionales.

Reglas comunes. Los dos últimos párrafos del nuevo artículo 105 establecen reglas en común para las resoluciones que la SCJN pronuncie tanto en controversias constitucionales como en acciones de inconstitucionalidad:

i) la declaración de invalidez de sus resoluciones no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que rigen los principios generales y disposiciones legales aplicables, y

ii) en caso de incumplimiento de las resoluciones, se aplican, en lo conducente, las nuevas reglas que se establecen para el caso de incumplimiento de sentencias o repetición del acto reclamado en el juicio de amparo, mismas que prevén sanciones, establecen reglas si este es justificado y regulan el cumplimiento sustituto.

José Gamás Torruco

148. CONFLICTO NORMATIVO

En derecho, se refiere a la situación que se presenta cuando dos o más normas jurídicas no pueden ser aplicadas simultáneamente a un caso por ser incompatibles. Los conflictos normativos son, en general, problemas de orden práctico, aunque también se puede regular el control abstracto de compatibilidad de las normas como control de constitucionalidad o de legalidad.

Se puede producir un conflicto entre las normas de un mismo sistema jurídico, así como entre las normas de diversos sistemas normativos. Es un problema común en el derecho que resulta de la complejidad de los sistemas jurídicos, la pluralidad de fuentes, la sobreabundancia de normas, la internacionalización del derecho, así como la incorporación de derecho de fuente internacional al derecho interno.

Visto desde la perspectiva del derecho interno, el presupuesto de la posibilidad de un conflicto normativo es que un sistema de normas opera conforme a ciertos criterios de racionalidad, tales como su completitud, su coherencia y su consistencia, así como la independencia de sus normas.

Para entender este concepto es preciso comenzar por explicitar los elementos que integran el término compuesto que lo expresa, esto es, conflicto y norma. A pesar de que en la doctrina se utilizan diversos términos para referirse a este problema, como los de antinomia, colisión o contradicción, por ejemplo, se utilizará el de conflicto para englobar las diversas formas en que este problema de aplicación se puede producir.

El término conflicto refiere a una situación de confrontación, por lo que no se puede hacer lo que se debe, o no se sabe qué se debe hacer. Cuando las normas aplicables son incompatibles crean un conflicto al operador jurídico, porque no pueden ser satisfechas al mismo tiempo y es preciso decidir cómo deben ser aplicadas.

La probabilidad de satisfacer las normas depende de su consistencia o posibilidad lógica, que puede ser afectada cuando entre ellas se produce alguna forma de oposición. Esta última no siempre se presenta como una contradicción en sentido lógico que implicaría que se excluyeran de manera total, sino que abarca todas las posibilidades de la racionalidad. Es por ello que, para entender los conflictos entre normas, conviene hablar de “incompatibilidad” entre normas, pues refiere la relación entre normas que no pueden coexistir o armonizar, al rechazo de una norma para unirse con otra. En el caso de las normas jurídicas, se refiere a la imposibilidad de unirse para producir los efectos jurídicos que prevén.

La incompatibilidad entre normas evidencia un problema de racionalidad que se manifiesta en la falta de coherencia entre los contenidos regulados en las normas aplicables, en la forma en que una misma conducta es calificada deónticamente, así como cuando se atribuyen diversas consecuencias a una misma conducta. Puede tratarse de un problema lógico cuando los contenidos regulados no pueden ser satisfechos por razones lógicas, y se considera una contradicción cuando las conductas reguladas no pueden realizarse porque se contraviene el principio de no contradicción.

Las normas jurídicas, como formas de deber ser, son los elementos del sistema jurídico que se caracterizan por su carácter deóntico de obligación, prohibición o permisón. Las normas jurídicas pueden ser incompatibles por diversas razones, lo primero a considerar es que el condicional es su forma lógica y su estructura se integra por el supuesto de hecho, la cópula y la consecuencia jurídica o sanción.

El supuesto de hecho es la abstracción de la realidad regulada y lo integran los elementos que conforman la conducta o estado de cosas que se regula. La cópula es el nexo verbal mediante el cual se realiza la imputación de la sanción cuando se materializan los hechos previstos en el supuesto, en ella se encuentra el operador deóntico, pues se trata de una forma de deber ser. Finalmente, la sanción no es otra cosa que la consecuencia jurídica prevista, es decir, derechos u obligaciones.

Entendido en sentido amplio, un conflicto normativo se presenta cuando, con motivo de un caso, se considera que las normas aplicables son incompatibles en virtud de lo que disponen, por lo que no pueden ser satisfechas al mismo tiempo.

Un conflicto entre dos o más normas jurídicas siempre es de orden material, puesto que no se puede hablar de un conflicto, sino de una infracción a una norma, en el caso en que una norma inferior no es emitida conforme a los procedimientos previstos para su creación.

Los conflictos entre normas, atendiendo a la estructura lógica de la norma jurídica, se pueden producir entre sus diversos componentes: *i)* entre supuestos de hecho, por la incompatibilidad entre las conductas o estados de cosas regulados; *ii)* entre los nexos normativos, por la forma en que una misma conducta es calificada deónticamente, o bien *iii)* entre las consecuencias jurídicas.

En el primer caso, a pesar de ser calificado deónticamente de la misma forma el contenido de la norma, ya sea obligatorio, prohibido o permitido, las conductas no pueden realizarse simultáneamente por razones lógicas. Otro tipo de conflicto entre supuestos de hecho puede ocurrir cuando, dadas las circunstancias específicas, los derechos u obligaciones de dos o más personas no pueden verificarse al mismo tiempo. En ambos casos, como la conducta prescrita por las normas en conflicto no puede realizarse al mismo tiempo, al menos una de las normas no puede ser satisfecha.

Cuando las conductas difieren, no tanto en el sentido de cómo son reguladas, sino en que fácticamente no es posible la realización simultánea de los actos o las acciones prescritas, entonces se presenta un problema de contradicción entre los contenidos de las normas que por razones lógicas no permite la satisfacción de ambas.

En el segundo caso, las normas aplicables regulan la misma conducta, pero de modo opuesto, al vincularla a operadores deónticos incompatibles como son la prohibición y la obligación, que son contrarios, la prohibición y la permisón, que son contradictorios, así como la obligación y la permisón, cuando esta última implica la libertad para decidir sobre la realización de la conducta.

El conflicto entre sanciones se produce cuando las normas aplicables establecen distintos tipos de consecuencias jurídicas para un mismo supuesto, la diferencia puede radicar en el tipo de consecuencia, o bien ser de grado; en ambos casos esto plantea un problema al órgano decisor.

La doctrina considera que, para su solución, los conflictos entre normas se pueden abordar atendiendo a la forma en que se puede diferenciar la operatividad de las normas distinguiendo las reglas de los principios. Los conflictos entre reglas se caracterizan porque son aplicables de manera total, esto es, o se aplica una norma o la otra. Este tipo de conflicto se resuelve creando una cláusula de excepción cuando se cuenta con la competencia para ello, o al declarar una de las reglas como inaplicable o inválida.

Cuando el conflicto se produce entre normas cuya forma de aplicación puede no ser total se denomina colisión de principios, los cuales se distinguen de las reglas porque se considera que tienen una relevancia o un peso diferenciado. La solución se encuentra en la ponderación de ambos principios, esto es, en la realización de un proceso de valoración racional de la relevancia de la forma en que las normas en conflicto han de ser satisfechas. La prelación de los principios no es absoluta, se determina en relación con el caso concreto, ya que el peso o fuerza de los principios en colisión depende de la forma en que estos se oponen.

Carla Huerta Ochoa

149. CONFLICTO SOCIOAMBIENTAL

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 solo 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— pertenece 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 estos se inserten en un concepto más amplio que es el de crisis ambiental. Este 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

150. CONSEJERO DE LA JUDICATURA FEDERAL

La palabra consejero, de acuerdo con la Real Academia Española, proviene del latín *consilium* (consejo), se define como el órgano colegiado con la función de asesorar, administrar o dirigir una entidad; por ende, el consejero, como núcleo básico de este órgano, mediante su opinión y decisión analítica orienta la dirección de la entidad para el caso concreto. Misma perspectiva se sigue dentro del Consejo de la Judicatura Federal (CJF) en México.

El consejero es uno de los siete titulares del CJF que, de conformidad con el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), integra alguna de las comisiones y el Pleno de dicha institución, por lo que define la administración de los recursos financieros y humanos del Poder Judicial Federal (PJF), con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); instrumenta la carrera judicial (organiza los procesos de designación, capacitación, evaluación, promoción, vigilancia, disciplina y sanción de jueces, magistrados y otros funcionarios del PJF), e implementa las políticas públicas de transparencia y rendición de cuentas de la institución.

Su figura nace con la reforma de la CPEUM de 1994, que introdujo materialmente la institución del CJF al sistema judicial y, con ello, gestó una transformación sustancial al funcionamiento del PJF.

En cuanto a la designación de los consejeros, el artículo 100 de la CPEUM señala que el presidente del Consejo es el presidente de la SCJN; tres se designan por el Pleno de la SCJN por mayoría de cuando menos ocho votos, de entre los jueces de distrito y magistrado de circuito; dos consejeros se designan por el Senado, y uno por el presidente de la República, todos durarán cinco años en su encargo, a excepción del presidente, cuyo periodo será de cuatro años.

De acuerdo con el precepto constitucional citado, el aspirante al cargo de consejero debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 95 de la CPEUM, es decir, los mismos que para ser ministro (ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles, tener cuando menos 35 años de edad, título profesional de licenciado en Derecho

con una antigüedad mínima de diez años, buena reputación, no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación), además de ser una persona que se haya distinguido por su capacidad profesional y administrativa, honestidad y honorabilidad en el ejercicio de sus actividades; en el caso de los designados por el máximo tribunal, deberán gozar de reconocimiento en el ámbito judicial.

Por su parte, el perfil del cargo de consejero previsto en el Manual General de Puestos del CJF, se integra con los requisitos descritos anteriormente, a su vez clasificados en tres grupos: formación académica, experiencia laboral y otros requisitos.

Los impartidores de justicia viven un cambio de paradigma sobre el papel que representan en sociedad, pues, como Jorge Wynther García señala, han pasado de ser meros interpretadores y aplicadores mecánicos de normas a ser agentes activos de transformación política y social, por tanto, los titulares del CJF que vigilen su funcionamiento, además de cumplir con los requisitos legales para ocupar el cargo, es fundamental que satisfagan características particulares demandadas en la actualidad, entre ellas: un sólido eje de capacidades, ejercer las virtudes judiciales con probidad, estar plenamente conscientes de la situación que guarda el PJF y tener el perfil idóneo.

Este último es un requisito esencial a cubrir por el consejero, pues si bien no se menciona de manera expresa por la ley, resulta relevante cumplirlo para desplegar las aptitudes correctas en el desempeño de la labor.

Dicho perfil de aptitudes deseables, por su proyección, se pueden englobar en dos dimensiones: internas y externas. Referente a las primeras, el consejero debe cumplir con integridad basada en la ética profesional, capacidad analítica, reflexiva, crítica e innovadora, e incluso desarrollo de la inteligencia emocional, sensibilidad social, así como conocimiento del uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC).

Las aptitudes externas consisten esencialmente en habilidades de dirección, liderazgo y gerencia estratégica.

Tal como Luigi Ferrajoli reconoce, los poderes fácticos constantemente buscan influir en la labor de las organizaciones públicas, por lo que se requiere la participación prudente e imparcial de los representantes del CJF, que garantice autonomía y seguridad, lo que incluso se corrobora con la lectura del artículo 100 de la CPEUM, que refiere que los consejeros no representan a quien los designa, por lo que el ejercicio de su función debe siempre darse con independencia e imparcialidad.

La labor de dirigir las políticas públicas judiciales, así como de resolver los procedimientos disciplinarios, hace necesaria una visión funcional que proyecte la misión institucional del CJF, sustentado en un conocimiento de la realidad y no juicio de valor.

De conformidad con el artículo 20 del Acuerdo General del Pleno del CJF, por el que se expide el similar que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo y reforma y deroga diversas disposiciones de otros acuerdos generales, algunas atribuciones de los consejeros son las siguientes: *a)* integrar el Pleno y al menos una de las comisiones permanentes del Consejo, así como las comisiones transitorias y los comités, conforme lo determine el Pleno; *b)* cuidar el orden y la disciplina dentro y fuera de sus

ponencias; *c*) velar por la autonomía de los órganos del PJF; *d*) enviar a la Secretaría General las peticiones y promociones que los particulares presenten relacionadas con acciones de carácter jurisdiccional; *e*) integrar la Comisión de Administración del Tribunal Electoral del PJF; *f*) dar cuenta al Pleno de las medidas urgentes tomadas durante la Comisión de Receso y de los asuntos trascendentes; *g*) convocar a sesión extraordinaria del Pleno; *h*) solicitar la cooperación de los órganos jurisdiccionales y áreas administrativas; *i*) presentar los proyectos de resolución de los procedimientos administrativos de responsabilidad y de ratificación de los servidores públicos que les corresponda; *j*) participar en la designación del presidente de cada una de las comisiones y comités que integren; *k*) nombrar, remover y otorgar licencias al personal adscrito a su ponencia; *l*) someter a consideración del Pleno el proyecto de resolución por el que se dé cumplimiento a las resoluciones pronunciadas en los recursos de revisión administrativa, y *m*) someter al Pleno, por conducto de la Secretaría Ejecutiva del Pleno, iniciativas de acuerdos generales, reglamentos, manuales internos u otras disposiciones de acatamiento obligatorio, así como las propuestas para la reforma, modificación o derogación de ellos.

En síntesis, el consejero es un integrante del CJF cuya labor actual, debido al entorno nacional, debe traducirse en eficacia institucional y sensibilidad social.

Alejandro Sergio González Bernabé

151. CONSEJO CONSTITUCIONAL (FRANCIA)

Composición. Fue instituido por la Constitución de la V República, de 4 de octubre de 1958, que lo contempla en el artículo 56. Está integrado por nueve consejeros: tres de ellos designados por el presidente de la República, tres por el presidente del Senado y tres más por el presidente de la Asamblea Nacional. Los consejeros ejercen su mandato por un periodo de nueve años, sin posibilidad de renovación, y rinden juramento ante el titular del ejecutivo. Además de estos, los expresidentes de la república son miembros vitalicios de pleno derecho, a menos que ejerzan un cargo incompatible con el de este órgano.

Para formar parte del Consejo no se requiere ninguna cualificación de edad o profesión, pero el cargo es incompatible con el ejercicio de cualquier función electoral y con los cargos de miembro del Gobierno; miembro del Consejo Económico, Social y Medioambiental, y defensor de los derechos. Adicionalmente, sus integrantes están sometidos a las mismas incompatibilidades profesionales que los parlamentarios.

Este cuerpo colegiado se renueva por tercios cada tres años, para lo cual, el titular del ejecutivo y los presidentes de las cámaras parlamentarias nombran cada uno a un nuevo miembro.

Deliberaciones. El Consejo se reúne por convocatoria de su presidente y juzga en forma plenaria, salvo causa de fuerza mayor. Sus decisiones y dictámenes son emitidos por al menos siete consejeros y, en caso de empate, su presidente (nombrado por el titular del ejecutivo) cuenta con voto de calidad. A los consejeros no les es posible emitir votos particulares, y ni sus deliberaciones ni sus votaciones son públicas, aunque sí lo son las audiencias.

Naturaleza. Se trata de una institución que, si bien está dotada de diversas competencias de naturaleza jurisdiccional —especialmente vigilar la conformidad de las leyes a la Constitución—, no es considerada como un Tribunal

Supremo que actúe por encima de la Corte de Casación o el Consejo de Estado —figuras que se sitúan jerárquicamente en la cima de los tribunales judiciales y administrativos, respectivamente—.

De hecho, una de las mayores particularidades del Consejo Constitucional es precisamente su naturaleza política, lo que le permite ejercer sus funciones fuera del poder judicial. Esta cualidad lo convierte en un órgano excepcional entre las naciones europeas, las cuales, por lo general, encomiendan el control de la constitucionalidad a cortes o tribunales constitucionales pertenecientes al orden judicial, y a cuyos miembros se les exige haber realizado estudios en la ciencia jurídica y/o haber ocupado el cargo de juez o magistrado (en cambio, el modelo francés no prevé requisitos de profesión para ocupar el cargo de consejero, como vimos).

Aun así, es importante tener en cuenta que sus fallos son inatacables y se imponen a los poderes públicos y a las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

Competencia. Es delimitada por la Constitución y complementada por leyes orgánicas, y se divide en *consultiva* y *contenciosa*.

Por lo que ve a la *competencia consultiva*, el artículo 16 constitucional manda que en caso de que las instituciones de la república, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el presidente de la República tomará las medidas que exigen tales circunstancias, previa consulta oficial con el primer ministro, los presidentes de las cámaras y el Consejo Constitucional. Además de ello, el Gobierno le consulta sobre los textos relativos a la organización del escrutinio para la elección del presidente de la República y el referéndum. Asimismo, formula observaciones sobre las elecciones parlamentarias y presidenciales celebradas, así como sobre los siguientes comicios, a fin de proponer a los poderes públicos las medidas pertinentes para mejorar el desarrollo de las elecciones.

Ahora bien, por lo que se refiere a su *competencia contenciosa*, esta comprende dos ámbitos: *i*) normativo, y *ii*) electoral y referendario.

Ámbito contencioso normativo. El Consejo verifica la constitucionalidad de las leyes, ejerciendo tanto un control *a priori* como uno *a posteriori*. Respecto al primero, ejerce obligatoriamente el control de constitucionalidad de las leyes orgánicas (previo a su promulgación) y los reglamentos de las cámaras parlamentarias (antes de su entrada en vigor). También puede ser requerido para verificar la conformidad constitucional de un instrumento internacional (previo a su ratificación) y de una ley ordinaria (antes de su promulgación). En los dos últimos casos, el Consejo es requerido, según corresponda, por una autoridad política —el titular del ejecutivo, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional o del Senado— o por al menos 60 diputados o 60 senadores. Cuando resuelve sobre la constitucionalidad de una ley antes de su promulgación, el Consejo cuenta con un mes para emitir el fallo, aunque a petición del Gobierno y en caso de urgencia, contará tan solo con ocho días. Por cuanto ve al control *a posteriori*, nos encontramos ante la llamada “cuestión prioritaria de constitucionalidad” (*question prioritaire de constitutionnalité*), recurso judicial activado por un justiciable que es parte de un juicio contencioso. Dicho proceso inicia por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de

Casación, y tiene por objeto resolver si una norma vigente atenta contra los derechos y libertades garantizados por la Constitución, contando el Consejo Constitucional con un plazo de tres meses para resolver. Adicionalmente a dichos controles normativos, el Consejo es juez del reparto de competencias entre la ley y los reglamentos, es decir, puede ser requerido para modificar por decreto una disposición de naturaleza reglamentaria; además, puede verificar si la presentación de un proyecto de ley cumple con los requisitos establecidos en la ley orgánica correspondiente, y por último, es juez del reparto de competencias entre el Estado y algunas colectividades francesas de ultramar.

Ámbito contencioso electoral y referendario. En caso de impugnación, dicho órgano vela por la regularidad de la elección del presidente de la República y la realización de los referéndums y, como tal, está encargado de proclamar el resultado del escrutinio. También es juez de la regularidad de las elecciones parlamentarias y de la elegibilidad de los miembros de las cámaras. Por tanto, interviene cuando un parlamentario se encuentra, o es susceptible de encontrarse, en un caso de incompatibilidad con el cargo.

Carolina Hernández Parra

152. CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA

Es el órgano colegiado permanente de poder, que representa a la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP) —órgano supremo representativo de la voluntad popular electo directamente por el pueblo— y ejecuta sus acuerdos en el periodo intersesiones de la Asamblea. Es una muestra evidente de la influencia del constitucionalismo eurosoviético, aunque con adecuaciones criollas, pues por mandato constitucional —tanto a los fines nacionales como internacionales— representa al Estado cubano y no supone una jefatura del Estado colectiva. Tal concepción debió tener entre sus fundamentos la composición popular de sus integrantes, la cantidad de miembros previstos, dada la proporción de representación que cada uno significa y, por ello, la no profesionalización política de los diputados al legislativo, así como la necesidad de un órgano representativo permanente que propiciase unidad de acción política, y evitar con esta fórmula la contradicción legislativo-ejecutivo.

Los integrantes de este órgano son elegidos por la propia Asamblea Nacional de entre sus miembros, por tanto, son todos diputados electos directamente por el pueblo en los municipios que representan, aunque no así en su condición de integrantes del Consejo de Estado. Conforme al artículo 74 constitucional, el Consejo está formado por: un presidente; un primer vicepresidente; cinco vicepresidentes; un secretario, y 23 miembros más, cuyo mandato expira cada cinco años, al renovarse la ANPP y constituirse el nuevo Consejo de Estado, lo que asegura la existencia del órgano de representación popular y del Estado en todo momento. Asimismo, en la práctica política, entre los miembros se encuentran los líderes de las principales organizaciones de masas y políticas electos como diputados, lo que a su vez provoca una simbiosis Estado-representación de la sociedad.

La definición constitucional propicia la centralización y concentración en la toma de decisiones, pues está facultado para ordenar la celebración de sesiones extraordinarias de la Asamblea, impartir instrucciones a los tribunales y la Fiscalía así como a la Contraloría General de la República, creada en 2010.

Por otra parte, entre sus atribuciones encontramos la de dictar decretos-leyes durante el periodo intersesiones de la ANPP, con la finalidad de que puedan adoptarse las normativas de rango superior que la inmediatez requería. Estos decretos-leyes son disposiciones infralegales que pueden ser revocadas, en todo o en parte, en el plenario de la Asamblea en la sesión posterior, para lo cual el reglamento de la ANPP solo exige la aprobación de una mayoría simple de los votos de los integrantes (igual cantidad que para aprobar y modificar leyes), a propuesta de los diputados o de las comisiones de trabajo de la propia ANPP. Al no ser rechazadas por el legislativo, estas disposiciones (en la práctica, y de conformidad con la mutación introducida por el Reglamento de la Asamblea en 1996, que no obliga a someter estas normativas a su ratificación posterior los decretos-leyes, sino que solo estipula el procedimiento para su revocación si fuere necesario) se consideran con igual valía que las leyes, incluso las pueden modificar y se insertan a su lado en la escala jerárquica del ordenamiento jurídico.

La regla anterior se refuerza con la regulación constitucional según la cual este órgano permanente puede dar, en caso necesario, una interpretación general y obligatoria de las leyes, desarrollando como resultado de tales estipulaciones facultades legislativas, las que han debido mantenerse en escalón inferior a las resultantes de los órganos de representación popular directa. Esta vinculación Asamblea Nacional-Consejo de Estado y la existente entre ley y decreto-ley es uno de los temas que merece redefiniciones a fin de asegurar, entre otras, las debidas relaciones jerárquicas entre ellos.

Dado su carácter permanente, el Consejo de Estado está facultado para decretar la movilización general cuando la defensa del país lo exija y declarar la guerra en caso de agresión cuando la ANPP se halle en receso. Su presidente también puede declarar el Estado de emergencia, de acuerdo con la reforma constitucional de 1992. Entre las atribuciones del órgano también está la de sustituir a los miembros del Consejo de Ministros entre uno y otro periodo de sesiones de la ANPP y suspender sus disposiciones, así como los acuerdos de las asambleas locales que no se ajusten a la Constitución o a las leyes, y revocar los acuerdos de las administraciones locales que contravengan la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, decretos y demás disposiciones superiores, permitiéndole de esta manera, al menos formalmente, participar en el control de constitucionalidad y de legalidad. En relación con estas facultades de control, vale la pena señalar que son viables respecto a los organismos de la Administración central del Estado, los órganos locales del poder popular o sus entes administrativos.

Le compete también al Consejo de Estado, si lo estimare, proponer al legislativo la revocación de los decretos del Consejo de Ministros, exigiéndose igual mayoría que en el caso anterior, debiendo comunicársele el acuerdo adoptado, para que dicte una nueva disposición en sustitución de la derogada. No obstante, en la práctica tal atribución es de difícil instrumentación, ya que por mandato constitucional es el mismo titular para ambos órganos.

En síntesis, conforme al diseño político que existe en Cuba, los órganos legislativo y ejecutivo no se encuentran en ramas separadas, sino que se conjugan en el Consejo de Estado, con el apoyo del Consejo de Ministros, para asegurar unidad de acción. No existe el cargo de presidente de la República como era tradición hasta 1976, y la jefatura del Estado la ostenta el

presidente del órgano permanente que representa al Estado: el Consejo de Estado.

Martha Prieto Valdés

153. CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

El jurista Héctor Fix-Zamudio define al Consejo de la Judicatura como un órgano colegiado judicial que forma parte del poder judicial, creado con el objetivo de realizar las actividades relativas a su administración y disciplina, así como las que se refieren a la preparación, selección y designación de los jueces y magistrados. Por su parte, Pascual Sala Sánchez lo describe como el órgano constitucional garante de la independencia judicial.

Grosso modo, el término Consejo de la Judicatura o Magistratura tiene dos antecedentes históricos que, a la vez, forman su propia teleología y demuestran la importancia de su labor. Bajo la perspectiva del tratadista R.C.K. Ensor, esta institución surgió como un organismo de gobierno y administración del poder judicial, en los ordenamientos de Europa occidental a fines del siglo XIX, particularmente en Italia y España; su objetivo consistió en otorgar mayor autonomía a los tribunales, debido a las intervenciones de los Ministerios (Secretarías) de Justicia, los cuales tenían la facultad de participar en los nombramientos, promociones y traslados de los juzgadores. Posterior a la segunda posguerra, los consejos se consolidaron como autogobierno de la judicatura.

En América Latina, la introducción de dicha institución obedeció a la necesidad de disminuir la carga de trabajo administrativa de los tribunales superiores del poder judicial, además de otorgarles mayor transparencia y objetividad a su funcionamiento, evitando la endogamia y el clientelismo. Venezuela fue el primer país en establecer este organismo en su Constitución de 1961, con el nombre de Consejo de la Judicatura.

En México, el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) nace doctrinariamente en agosto de 1966 durante el IV Congreso de Derecho Procesal Mexicano, pero se materializó mediante decretos publicados el 31 de diciembre de 1994 y el 26 de mayo de 1995, que reformaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y promulgaron la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF), respectivamente; sin embargo, oficialmente se instauró el 2 de febrero de 1995. El Consejo General del Poder Judicial de España fue el que más influyó en la creación del Consejo de la Judicatura de nuestro país.

De los artículos 94 y 100 de la CPEUM y 68 de la LOPJF se advierte que el CJF es un órgano centralizado del Poder Judicial de la Federación (PJF) con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones, que tiene por funciones la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del PJF, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en los términos que señalen las leyes correspondientes, velando, en todo momento, por la autonomía de los órganos del PJF y por la independencia e imparcialidad de sus miembros.

En resumen, las funciones que realiza el CJF son las siguientes: 1. administración de los recursos humanos, materiales y financieros del PJF, con excepción de aquellos correspondientes a la SCJN y al Tribunal Electoral; 2. dirección de la política judicial y gobierno estratégico para lograr una efi-

ciente administración de justicia; 3. creación y especialización de los órganos jurisdiccionales; 4. aprobación del proyecto de presupuesto del PJF, así como el ejercicio del mismo, con excepción del correspondiente a la SCJN; 5. regulación del ingreso y promoción de los servidores públicos jurisdiccionales mediante el sistema de carrera judicial; 6. investigación y determinación de las responsabilidades y sanciones a los servidores públicos del CJF, de los tribunales de circuito y juzgados de distrito, en los términos y mediante los procedimientos establecidos en la ley, en los reglamentos y en los acuerdos generales expedidos por él mismo, y 7. expedición de los reglamentos interiores en materia administrativa, de carrera judicial, de escalafón y régimen disciplinario del PJF, y todos aquellos acuerdos generales que fueren necesarios para el adecuado ejercicio de sus atribuciones.

Orgánicamente se integra por siete titulares, de los cuales, el presidente es el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); tres son designados por el Pleno de la SCJN, por mayoría de cuando menos ocho votos, de entre los magistrados de circuito y jueces de distrito; dos designados por el Senado, y uno por el presidente de la República, todos desempeñan el cargo durante cinco años, a excepción del presidente, cuyo periodo es de cuatro años.

El CJF sesiona en Pleno o en comisiones; de conformidad con el artículo 122 de la LOPJF sus decisiones son definitivas, únicamente se pueden impugnar a través del sistema recursivo, establecido en su normativa.

En efecto, a partir de las reformas de 2012 a la LOPJF, así como al Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece las disposiciones en materia de responsabilidades administrativas, situación patrimonial, control y rendición de cuentas, se crearon distintos medios de impugnación oponibles durante el procedimiento de responsabilidad administrativa substanciado por el CJF o la Contraloría del PJF, a saber: los recursos de inconformidad, reconsideración y reclamación.

Tratándose del nombramiento, adscripción, cambios de adscripción y remoción de magistrados de circuito y jueces de distrito, únicamente procede el recurso de revisión administrativa, que se interpone dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que surta efectos la notificación de la resolución, el cual resolverá el Pleno de la SCJN.

Actualmente, el CJF tiene seis comisiones permanentes: Administración, Carrera Judicial, Creación de Nuevos Órganos, Disciplina, Adscripción y Vigilancia; cada comisión se integra por tres miembros, uno de entre los provenientes del poder judicial y los otros dos de entre los designados por el ejecutivo y el Senado. El pleno se integra por los seis consejeros y el ministro presidente.

De acuerdo con el artículo 88 de la LOPJF, los órganos auxiliares del CJF son el Instituto de la Judicatura, la Visitaduría Judicial, la Unidad General de Investigaciones de Responsabilidades Administrativas, el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, el Instituto Federal de Defensoría Pública y la Contraloría del Poder Judicial de la Federación.

Hoy la prospectiva del CJF involucra un crecimiento general y responsabilidad integral, tal como se observó durante los trabajos de implementación y consolidación del sistema de justicia penal acusatorio; también eso se refleja en la decisión de integrar los tribunales federales autónomos a la estructura del PJF, como ocurrió con el Tribunal Electoral Federal en las reformas cons-

titucionales de 1996 y, recientemente, con la creación de los tribunales laborales, a partir de la reforma en materia laboral de 1 de mayo de 2019; hechos que denotan altas expectativas en el CJF como parte del PJJF.

El CJF se encarga de la administración, supervisión, vigilancia y disciplina de 855 órganos jurisdiccionales distribuidos en todo el país, en los que laboran 48 125 servidores públicos federales.

El CJF persigue una eficacia administrativa que permita alcanzar los objetivos institucionales, mantener la funcionalidad de su sistema interno con sustento en políticas judiciales eficientes y atender a las demandas sociales.

Alejandro Sergio González Bernabé

154. 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 estos 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 solo 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 solo 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 profe-

sional, 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

155. CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA

En general, de toda resolución y, en particular, de toda sentencia judicial que se dirige a resolver una controversia jurídica del tipo que fuese, se espera no solo la formulación de la solución, sino también la correspondiente justificación de la misma. Una vez que el juez ha narrado los hechos que las partes han traído a un determinado proceso en los “resultandos” de la sentencia, así como sus contrapuestas pretensiones que dibujan un conflicto, le corresponderá mostrar las razones, de hecho y de derecho, que sostienen la solución del caso, y a eso destina la parte de la sentencia que se conoce como “considerandos” o “fundamentos”.

Los procesos, particularmente los judiciales, están destinados a resolver los problemas que puedan generarse en el desenvolvimiento de las relaciones de los particulares entre sí o entre estos y los poderes públicos. Se trata siempre de una solución institucionalizada de los problemas y, como tal, de una solución que ha de cumplir con las distintas reglas formales y materiales del sistema jurídico que institucionaliza, con la finalidad de lograr la justicia de la decisión, así como su aceptabilidad, tanto de las partes del proceso como de la sociedad en general. Las razones que se recojan en los considerandos, son un elemento objetivo decisivo que permitirá saber si la decisión es justa y, consecuentemente, prever un grado determinado de aceptabilidad.

La justicia y correspondiente grado de aceptabilidad de una decisión judicial inciden no solo en la paz social que como objetivo general persiguen todos los procesos judiciales, sino también en la existencia real de un Estado de derecho. Para saber si efectivamente los ciudadanos de una comunidad política han renunciado a encontrar por sí mismos y por medio de la fuerza la solución a los distintos problemas o controversias que puedan surgir de la convivencia, habrá que atender al grado de aceptabilidad y consiguiente cumplimiento oportuno de las decisiones judiciales. La parte de la sentencia destinada a recoger las razones que justifican el fallo es de relevancia esencial. De la corrección formal y material de las razones dependerá no solo la validez jurídica del fallo, sino también la aceptabilidad ciudadana y gubernativa de las decisiones judiciales.

En términos generales, en los considerandos de la sentencia dos asuntos son abordados: la determinación del problema jurídico y la justificación de su solución. El juez debe mostrar en esta parte de la sentencia cuál es el problema jurídico que ha guiado su actividad procesal. Normalmente, al juzgador

llega un problema jurídico más estructurado que el que llegó a los abogados de las partes. De la claridad que exista sobre el problema jurídico a resolver dependerá la corrección de las razones que sostienen su solución. Con frecuencia, el problema jurídico tiene que ver con la pretensión planteada por la parte que activa el proceso, por ejemplo, si corresponde o no la entrega de una suma de dinero; la restitución de un bien; sancionar a una persona o, bien, si corresponde o no anular una decisión de un órgano público.

La respuesta al problema jurídico dependerá de la que se otorgue a la pregunta acerca de la norma válida que regula y resuelve el problema jurídico, así como de la que se plantee acerca de los hechos probados del caso. A las primeras se les suele denominar razones de derecho y a las segundas razones de hecho.

Las razones de derecho están destinadas a justificar la premisa normativa del caso. Su elaboración proviene de resolver una serie de cuestiones que debe plantearse el juez, de entre las cuales son decisivas las de los tres tipos siguientes. Primero, las llamadas cuestiones de relevancia (MacCormick) o cuestiones de aplicabilidad (Atienza), a través de las cuales se indaga por el derecho vigente que es aplicable a la solución del problema jurídico que trae consigo el caso. El derecho vigente proviene de las disposiciones que conforman los distintos niveles normativos que componen un sistema jurídico determinado, incluido el nivel al que haya ingresado el derecho convencional.

Una vez identificada la o las disposiciones que regulan el caso, el juez resuelve las cuestiones de interpretación que tal material traiga consigo. Con base en la diferenciación entre disposición y norma (Guastini), en particular, se trata de justificar las normas que de las distintas disposiciones jurídicas que al caso conciernen, se pueden desprender válidamente. Los casos sencillos, que siempre son los menos, reducen la cuestión a construcciones normativas que provienen de aplicar los criterios de interpretación literal y sistemática. Serán razones dirigidas a justificar una interpretación declarativa, porque formula una norma que declara la voluntad del legislador (convencional, constitucional, parlamentario o reglamentario).

Los casos difíciles, por su parte, reclaman razones o consideraciones que justifiquen la formulación de normas que no provienen de la literalidad de las disposiciones relevantes al caso, sino de la aplicación de principios jurídicos abiertos en su contenido y alcance. En estos supuestos, el juzgador no se limita a formular normas que declaran la voluntad del legislador, sino que crea normas que incluso pueden ser contrarias a la expresa voluntad de este último, registrada en el enunciado lingüístico de una disposición. Las consideraciones, en este punto, están destinadas no solo a justificar la razonabilidad material de la norma así creada, sino también a justificar que esa creación no usurpa la competencia de ningún otro órgano público. A estas razones les es exigido un alto grado de corrección y de fuerza, a fin de generar la aceptabilidad reclamada.

Y, finalmente, una vez determinadas las normas que pueden ser concluidas desde el conjunto de disposiciones jurídicas aplicables al caso, el juez se planteará las llamadas cuestiones de validez (Atienza), que indagan por la validez material y formal de las normas concluidas en el paso anterior. Puede ocurrir que, aplicados los distintos criterios de interpretación, la norma que de una disposición se concluya resulte contraria a las normas que se concluyen de las disposiciones del nivel normativo superior, o directamente sean

contrarias a las exigencias de justicia constitucionalizada que significan los derechos fundamentales. En ese escenario, tales normas están condenadas a ser ineficaces. Las razones o consideraciones que sean mostradas para resolver los problemas de validez también han de gozar de un alto grado de corrección y fuerza.

De la corrección de las razones dadas para resolver las cuestiones de relevancia, de interpretación y de validez, dependerá la validez jurídica de la premisa normativa que construye el juez para resolver el problema jurídico que le presenta el caso concreto. Esta premisa normativa tendrá la forma de un silogismo condicionado del tipo $p \rightarrow q$, en el que p es un supuesto de hecho y q es una consecuencia jurídica.

Las razones de hecho, por su parte, se destinan a mostrar las consideraciones que tiene el juez para dar por probados determinados hechos y evitar así la arbitrariedad que una valoración probatoria puede traer consigo. Particularmente, deberá dar razones para justificar si han sido o no probados los elementos fácticos que componen p , el supuesto de hecho en que consiste la premisa normativa construida por este. Si justifica que han sido probados tales elementos, afirmará el antecedente p de la premisa normativa; y al afirmarlo, la solución del problema jurídico provendrá de la afirmación para el caso concreto del consecuente de la premisa normativa q .

Por lo demás, los considerandos —ya sean normativos o fácticos— de la sentencia deben ser expresados con claridad, de modo que las partes, en particular, y la sociedad, en general, puedan conocer y entender la justificación de la solución del problema jurídico enfrentado por el juez o tribunal. Las razones deben ser suficientes, es decir, las necesarias para conseguir este propósito, evitando los excesos explicativos, la reiteración de conceptos o las citas bibliográficas o jurisprudenciales irrelevantes. La claridad y la suficiencia juegan a favor de la aceptabilidad que reclama todo fallo que pretende, como se dijo, cerrar un problema jurídico con una decisión justa que se acata plena y oportunamente.

Luis Castillo Córdova

156. CONSTITUCIÓN

En el derecho constitucional, la noción de Constitución se ha entendido como: *i)* ordenamiento jurídico supremo creado por el constituyente originario que determina la forma de Estado y de gobierno y reconoce los derechos humanos y las garantías para su debida eficacia; *ii)* norma positiva fundamental, de la mayor jerarquía normativa, susceptible de reforma a través de un procedimiento generalmente rígido, y de la que derivan las demás normas jurídicas secundarias; *iii)* el ordenamiento que define la validez jurídica de todas las normas e instituciones del sistema; *iv)* documento que establece las bases para el equilibrio político que guardan las distintas instituciones, personas y comunidades de la sociedad concreta en aras de alcanzar una convivencia pacífica; *v)* pacto político entre gobernados y gobernantes que garantiza derechos humanos y permite un ejercicio no arbitrario de la función pública; *vi)* expresión y suma de la voluntad de los factores reales de poder; *vii)* conjunto de las decisiones políticas fundamentales de un Estado, y *viii)* limitación al poder formal y material, entre otros significados que han recorrido la historia del constitucionalismo.

Las constituciones se abrieron paso a finales del siglo XVIII, con la Independencia de Estados Unidos y con la Revolución francesa. En un principio, al igual que la Constitución de Estados Unidos, de 1787, aún vigente, fueron constituciones breves, no solo por su reducido articulado, sino porque se concretaron principalmente a organizar las instituciones básicas del Estado —lo que ahora llamamos la parte orgánica—. En la Francia de la Revolución francesa existieron así dos documentos: uno denominado Constitución, que organizaba el poder, y otro que reconocía los derechos del hombre, a pesar de que el artículo 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señalaba que: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni establecida la separación de poderes no tiene Constitución”.

Durante el siglo XIX, en el marco del Estado liberal de derecho, las constituciones, con algunas excepciones, se concretaron a desarrollar la organización del poder público y a garantizar el principio de división de poderes. En la segunda mitad del siglo XIX, algunas constituciones reconocieron derechos humanos de libertad, derechos civiles y políticos, y sus garantías. Es hasta el siglo XX cuando reconocen derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, además de otros derechos a favor de las minorías, así como principios ideológicos, programáticos y otros que fundamentan la actividad económica del Estado y de los particulares. En nuestro tiempo, algunas constituciones del siglo XXI llegan a reconocer una gran gama de derechos que tienen que ver con nuevos derechos humanos individuales y colectivos, pero también con los derechos de la naturaleza y de los animales.

Después de la segunda posguerra, las constituciones se empezaron a caracterizar, siguiendo a Guastini, por: *a)* ser rígidas; *b)* establecer su garantía jurisdiccional; *c)* considerar que poseen fuerza vinculante; *d)* el hecho de que los tribunales constitucionales realizan una sobreinterpretación de las mismas; *e)* la aplicación directa de las normas constitucionales; *f)* la interpretación conforme de las leyes secundarias de acuerdo con dichas normas supremas, y *g)* su influencia sobre las relaciones políticas.

La Constitución rígida entraña, además de la idea tradicional del procedimiento agravado para su reforma, dos cuestiones: que en ella misma existen principios expresos e implícitos que no pueden ser modificados ni siquiera por una reforma constitucional, y que “constitucionaliza” o irradia al resto del ordenamiento jurídico.

En cuanto a la garantía jurisdiccional de la Constitución, conlleva que esta y los tratados sobre derechos humanos se protegen mediante el control jurisdiccional de constitucionalidad y convencionalidad por tribunales nacionales y supranacionales y a través de las distintas vías de control de constitucionalidad y convencionalidad que están previstas en cada sistema jurídico y en cada tratado.

La fuerza vinculante de la Constitución significa que todas sus normas son obligatorias para todas las autoridades del Estado. No son programas de acción política ni recomendaciones y las autoridades de los distintos niveles del Estado están obligadas a acatarlas. La Constitución tiene fuerza normativa.

En el Estado de nuestro tiempo, a la Constitución se le sobreinterpreta, lo que implica que no se acude a los métodos tradicionales de interpretación de las normas —como el gramatical—, sino que los contenidos de las nor-

mas constitucionales se extienden y abren a todos los significados posibles de acuerdo con el contexto histórico y cultural para optimizar la protección de los derechos humanos y los principios democráticos. La sobreinterpretación de la Constitución impacta en las relaciones de los gobernados con los poderes públicos, pero también en las relaciones entre los particulares.

Existe aplicación directa de la Constitución, de lo que se deducen por lo menos dos situaciones: *a)* la norma suprema rige para los particulares y no solo para los poderes públicos, y *b)* todas las autoridades deben aplicarla, aunque no exista ley secundaria de desarrollo con el propósito de salvaguardar derechos humanos y principios democráticos.

La interpretación conforme, que recoge el segundo párrafo del artículo primero de la Constitución mexicana, se vincula a que todas las normas del ordenamiento secundario deben interpretarse a partir de lo establecido en la misma, lo que es tarea de todas las autoridades. También significa que, en caso de posibles interpretaciones opuestas, debe preferirse la que sea más consecuente con los principios de la Constitución.

En cuanto a la influencia de la Constitución en las relaciones políticas, ello tiene que ver con tres cuestiones: *a)* la existencia de métodos constitucionales para resolver conflictos entre e intra poderes y órganos; *b)* la imposibilidad de que existan decisiones de autoridad sin la consecuente revisión de constitucionalidad y convencionalidad, y *c)* que los sujetos políticos deben orientar su acción política hacia la maximización de los principios constitucionales y derechos humanos. En fin, toda la vida pública y privada está bajo el paraguas de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos.

La Constitución, hoy en día, esta convencionalizada, pues aunque tiene aún cierta importancia el principio de supremacía constitucional —en el caso mexicano no podemos perder de vista la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la contradicción de tesis 293/2011—, se armoniza, conforma y flexibiliza con los tratados sobre derechos humanos y las decisiones de las cortes de derechos humanos supranacionales. En nuestra región, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para México, a pesar de que nuestro Estado no haya sido parte en la controversia respectiva.

Estamos en esta época muy lejos de considerar a la Constitución solamente como Constitución formal —aquella que establece la validez jurídica de las normas secundarias de acuerdo con las competencias y procedimientos que emplean los distintos poderes y órganos superiores del Estado que dan origen al resto de las normas del ordenamiento jurídico—. También hemos dado un paso más allá de la noción de Constitución material, entendida principalmente como el conjunto de decisiones o principios jurídicos fundamentales del Estado que orientan y también ponen límites a la actividad del Estado —validez material—. Hoy debemos hablar de Constitución en sentido sustancial, viviente y normativo. Sustancial porque se integra no solo por las normas que se contienen en su texto, sino por todo el ordenamiento jurídico cuando este maximiza u optimiza los derechos humanos, las garantías para su eficacia y los principios democráticos —nos referimos a los conceptos bloque y parámetro de regularidad constitucional y convencional—.

La Constitución es viviente porque es interpretada y aplicada todos los días por las distintas autoridades del país, y muchas de esas interpretaciones,

sobre todo las de los tribunales supremos, permiten la mutación y modificación evolutiva —como un árbol en permanente crecimiento— de los significados iniciales que los operadores jurídicos habían dado a sus normas. Y es normativa, porque sus normas deben estar insertas, vinculadas y coincidir con la realidad misma, reduciendo el divorcio norma-realidad. La Constitución no es y no debe ser nominal —trozo o pedazo de papel que contiene disposiciones retóricas de puro carácter político— ni semántica —ordenamiento constitucional susceptible de manipulación por élites económicas o políticas—.

Se pretende, en el mundo globalizado y neoliberal de nuestro tiempo, por juristas como Ferrajoli, construir un constitucionalismo mundial, un constitucionalismo para la libertad y la igualdad con reconocimiento de derechos y garantías que permitan la construcción de una sociedad justa a escala planetaria, y un constitucionalismo para limitar a los poderes salvajes o fácticos del neoliberalismo —el constitucionalismo del derecho privado—. Esas son algunas de las aspiraciones de la Constitución del futuro.

Jaime Cárdenas Gracia

157. CONSTITUCIÓN (ELEMENTOS CONCEPTUALES)

La Constitución es el ordenamiento supremo del Estado, que prescribe sus fines, organización y funciones.

Esa caracterización funcional permite identificar a la Constitución con independencia de sus contenidos ideológicos o de su exteriorización formal. Todo Estado ha tenido, siempre, una Constitución, aun cuando no haya habido una norma específica, escrita o consuetudinaria, así denominada; donde hay Estado hay Constitución.

Aunque el concepto es muy lacónico, incluye una amplia gama de elementos que se verán a continuación.

Ordenamiento. La Constitución tiene carácter normativo pero no es una norma singular; es un sistema de normas, por ende, coherente y completo. El concepto de norma hipotética fundamental corresponde a un constructo valioso porque simboliza la “última razón de validez” de un sistema jurídico, pero no corresponde al concepto estricto de Constitución. A su vez, la expresión “norma fundamental” es solo una locución convencional que permite subrayar la supremacía de la Constitución y su carácter normativo.

Norma. Es una regla imperativa garantizada por una sanción legítima.

Supremacía. Un ordenamiento supremo es aquel por encima del cual no existe ninguna otra norma. De ahí que todos los actos de las personas físicas y morales, públicas y privadas, deban sujetarse a lo dispuesto por ese ordenamiento. Esta es la base de la jurisdicción constitucional. El juez constitucional tiene a su cargo el control de los actos que pueden afectar la validez de la Constitución.

Estado. Para efectos descriptivos, el Estado consiste en una población políticamente organizada, soberana, asentada en un territorio, continuo o discontinuo, que se rige por normas jurídicas, de fuente interna o internacional, adoptadas en su nombre por órganos legítimos.

Fines del Estado. Estos varían según el lugar y el tiempo histórico; se expresan a través de la creación y aplicación del derecho para atender los intereses colectivos e individuales de la sociedad. En los Estados constitucionales avan-

zados, sus fines incluyen los derechos humanos y sus garantías, y los intereses solidarios de la comunidad internacional.

Organización. Es el conjunto de reglas, órganos y procedimientos para desarrollar las funciones del Estado. En cuanto a la forma, puede organizarse como república o monarquía, y adoptar la democracia representativa, la democracia directa o semidirecta, o un ensamble de instituciones democráticas. En cuanto al gobierno, puede ser presidencial, parlamentario, semipresidencial o semiparlamentario; y en cuanto a la territorialidad puede adoptar un sistema unitario o descentralizado.

Funciones. Las funciones generales de los órganos del Estado obedecen al principio conforme al cual los destinatarios del poder pueden hacer todo lo que no les está prohibido, en tanto que los titulares de los órganos del poder solo pueden hacer aquello que para lo que están facultados de manera expresa.

En términos generales las funciones específicas normadas por las constituciones son las siguientes:

a) legitimidad institucional. Regula el origen y el desempeño de las instituciones y de sus titulares. En esta función son relevantes los derechos fundamentales, la tutela de la dignidad, la proscripción de la arbitrariedad, los procesos electorales y, en general, el Estado de derecho;

b) equidad y estabilidad social. Tiene por objeto distribuir la riqueza de manera equitativa y proveer los bienes y servicios requeridos por la población para su bienestar y desarrollo. En esta función se incluye lo concerniente a la fiscalidad, los derechos sociales y colectivos y los derechos de prestación a cargo del Estado;

c) mediación jurídica y garantía. Prescribe la forma de producción de las normas y su aplicación en cada caso específico. Esta función es realizada por el sistema jurisdiccional, el sistema alternativo de solución de conflictos y el sistema no jurisdiccional para la defensa de los derechos fundamentales;

d) mediación política. Se relaciona con la gobernabilidad a través de los órganos de representación y gobierno. Esta función se vincula con el régimen de gobierno, los procesos legislativos, las responsabilidades administrativas, el estado de excepción, las relaciones con las iglesias y las modalidades de descentralización;

e) regulación económica. Conciene a la presencia del Estado en los procesos económicos y financieros. La función se cumple a través del presupuesto público, el endeudamiento, la regulación monetaria, el régimen de concesiones y permisos, la regulación de los mercados, la planificación, la proscripción de prácticas monopólicas y la participación directa en la producción y distribución de bienes y servicios, y

f) control político. Es el conjunto de instrumentos y procedimientos que permiten verificar que los órganos del poder actúan conforme a las previsiones normativas y a las que se consideren como buenas prácticas políticas, acordes con las disposiciones jurídicas. Esta función, derivada del principio de que el poder controla al poder, permiten que los órganos constitucionales mantengan una relación simétrica y equilibrada entre ellos y que los gobernantes adecuen sus actos al derecho, además de quedar sujetos a las responsabilidades políticas que resulten de su actuación. Los controles son verticales, como los ejercidos por la ciudadanía y por los entes territoriales, en el sistema

federal, y horizontales, que a su vez son internos y externos (véase *control del poder*).

Reforma constitucional. La Constitución establece los requisitos, procedimientos y formalidades para su propia reforma. Por reforma se entienden las modificaciones, adiciones o supresiones que se hagan a la Constitución.

Diego Valadés

158. CONSTITUCIÓN (NÚCLEO INTANGIBLE)

De acuerdo al *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española, el concepto de «núcleo» (*del lat. nuclēus*) 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 solo 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 aquella 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 ulteriores 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*, solo 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 rracica del pueblo alemán, la cual se “justificó” debido a que las decisiones políticas fundamentales solo 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 solo 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 aquellos. 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

159. CONSTITUCIÓN (PRINCIPIO DE INVIOLEABILIDAD)

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 esta 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 Constituyente. 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”, solo 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 emanen 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

160. CONSTITUCIÓN (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 solo 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, solo 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 solo 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 legisladora 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

161. CONSTITUCIÓN (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, este 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 solo 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 fundamental, 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 solo 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

162. CONSTITUCIÓN (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)

163. 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)

164. 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 estos 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 esta 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 Sawhoyamaya 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 inconventionalidad 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

165. CONSTITUCIÓN DE 1814 (APATZINGÁN)

Desde el inicio de la insurrección armada en 1810, esta 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 consti-

tucionales 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

166. 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 procedimientos 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 instaura 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 este 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 estos 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 insta 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 prevé 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, esta 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

167. 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)

168. 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 solo 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 prehispanicas 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

169. 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 los 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 Valadés 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 convirtiéndose 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

170. CONSTITUCIÓN LOCAL (SUPREMACÍA DE LA)

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 estas no podrán contradecirla; otro, que ese con-

junto 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 este 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 entretajan con el ordenamiento cons-

tucional 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 tratados 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

171. CONSTITUCIÓN OTORGADA (*CHARTÉ OCTROYÉE*)

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)

172. CONSTITUCIÓN OTORGADA (ORIGEN)

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 unilateral-

mente 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 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

173. 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)

174. 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 completo, 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)

175. CONSTITUCIÓN VIVIENTE

Esta tesis, nacida en el derecho estadounidense, pretende destruir a las posturas *textualistas* y *originalistas*, también llamadas *preservacionistas*, que postulan un único modo de entender la Constitución: según su texto y la intención del constituyente histórico (*original intent*).

La doctrina de la Constitución viviente considera, por el contrario, que esta es un instrumento orgánico, vivo y mutante (no faltan quienes describen a esta teoría como una muestra de darwinismo social). En palabras de Charles y William Beard, “una Constitución es lo que el Gobierno y el pueblo, que gravitan en los asuntos públicos, reconocen y respetan como tal, lo que piensan que es”. La tarea de interpretación, más que reproducir fotografías históricas (como averiguar el *animus* del constituyente inicial o el sentido de las palabras al momento en que se dictó), consiste en construir respuestas jurídicas para resolver los problemas del presente, proyectando en tal quehacer las creencias y valoraciones sociales de hoy. En su tarea, el afiliado a la Constitución viviente puede emanciparse —en rigor de verdad, *debe* hacerlo— del constituyente histórico, en aras de formular respuestas útiles y con consenso.

Las palabras de la Constitución, a su vez, mutan en sus contenidos. La tesis de la Constitución viviente procura entenderlas con su significado y valoración actual. Para ello, Donald Dworkin dirá que cuando el constituyente emplea “conceptos” indeterminados, como justicia, igualdad, libertad, orden, moral pública, etc., implícitamente autoriza al operador a remozar su contenido de acuerdo con las acepciones actuales de esas palabras. En cambio, solamente si formula una “concepción” precisa cuando, por ejemplo, prohibiese la pena de muerte, estaría formulando una descripción lingüística firme.

La doctrina de la cuestión viviente se apoya en dos argumentos clave. El primero es la *teoría de las generaciones*. ¿Quién tiene derecho a interpretar la Constitución? ¿La generación que la sancionó, o la actual, que se beneficia o perjudica con su aplicación?

Naturalmente, la posición que comentamos se inclina por la segunda alternativa. Al mismo tiempo, y como otro argumento vital, indica que lo importante no es someterse al constituyente del pasado, sino al *constituyente actual*, que es el pueblo existente al momento en que se realiza la interpretación.

Desde luego, la tesis de la Constitución viviente tiene sus flancos débiles: ¿cómo se averigua cuál es el genuino pensamiento de la comunidad, para interpretar la Constitución? ¿Son los jueces buenos encuestadores sociales? ¿Qué ocurre si existen diferentes posiciones controvertidas sobre un tema trascendente, todas ellas con fuerte respaldo social? ¿Es aceptable siempre el criterio de la mayoría (en el supuesto de que sea detectable) acerca de cómo interpretarla? ¿Qué decir de las “cegueras axiológicas”, de los criterios algunas veces aberrantes, de los prejuicios o estereotipos fuertemente encarnados en una comunidad, y que hacen a su “Constitución viviente”?

Con relación a estas preguntas, en la interpretación constitucional, la doctrina de la Constitución viviente hace frecuente “recurso al dato sociológico”, a fin de detectar las creencias y valoraciones colectivas. En *Lawrence vs. Texas*, por ejemplo, la mayoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos demuestra, a través de estadísticas legislativas, cómo la sociedad estadounidense ha abolido en muchos estados de la Unión el castigo penal por actos de sodomía practicados por adultos, en la intimidad y sin violencia, dato que evidencia un deseo generalizado por despenalizar esas conductas.

En *Zamora Bolaños* (un caso referido a la inconstitucionalidad de la incorporación de Costa Rica a la coalición antiterrorista internacional contra Sadam Hussein), la Sala Constitucional de la Corte Suprema de tal país, para conferir rango constitucional y operativo al derecho a la paz, adopta francamente la doctrina de la “Constitución viva” y apela al sentimiento actual de la sociedad costarricense para realizar una interpretación evolutiva y amplia de la regla constitucional histórica que elimina al Ejército.

Las críticas a la Constitución viviente se centran, fundamentalmente, en la excesiva imprecisión que tendría una Constitución en permanente mutación, sumamente volátil, por cierto, si se le somete a los cambiantes humores colectivos, circunstancia desde luego muy ajena a la seguridad jurídica, y que puede provocar una seria crisis de identidad acerca de lo que efectivamente es dicha ley suprema, instrumento de gobierno que se supone debe estar dotado de estabilidad.

Se suma a ello la dificultad de averiguar cuáles, y en qué medida, son los sentimientos predominantes (con el consiguiente riesgo de manipulación ideo-

lógica de los sondeos que se practiquen o de las conjeturas en que se basen). Concomitantemente, la opinión colectiva actual, para interpretar la Constitución, debe tener sus topes en las reglas del derecho internacional de los derechos humanos y en el valor justicia, que no pueden ser transgredidos por más que la mayoría quisiera hacerlo. Cabe recordar, en cuanto este último valor, a la conocida “fórmula de Radbruch” (seguida por el Tribunal Constitucional Federal alemán), según la cual, la injusticia extrema no es derecho.

Esta temática la hemos desarrollado con mayor extensión en *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, 2a. ed., 1a. reimp., México, Porrúa, 2017, pp. 28 y ss., 98 y ss., 251 y ss., así como en *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 25 y ss.

Néstor Pedro Sagüés

176. CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

El constitucionalismo global inicia con la internacionalización de los derechos humanos a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, con la firme intención de juridificar valores en los Estados miembros de la organización de las Naciones Unidas (ONU) que hagan viable la continuidad de la vida humana civilizada en el planeta. En la era moderna, al permitirse la justiciabilidad de todo tipo de normas de derechos humanos, socioeconómicos, culturales y medioambientales, las cuestiones que en el pasado eran impensables en la esfera internacional han emergido en muchos frentes normativos, políticos y académicos alrededor del mundo, de tal manera que se les puede atribuir una cualidad global, porque cuentan con autonomía normativa y científica, al tener un objeto de estudio preciso. Así, la doctrina que han desarrollado diversos autores de Europa, Asia y América, y que es objeto de estudio en diversos foros nacionales e internacionales, ha permitido que jueces, profesores y operadores constitucionales de todo el mundo se den cita para debatir temas comunes con influjo constitucional en cada región del planeta que cuente con una Constitución.

De esta suerte, el constitucionalismo global se ha edificado como un conjunto de doctrinas de derechos humanos, diseños normativos de las constituciones y medios para exigir el cumplimiento de esas premisas, así como la contención y modulación del poder, tanto en los Estados-nación como en diversas regiones (p. ej., los sistemas interamericano, europeo y africano de derechos humanos). Así, el constitucionalismo global se consolida como un espacio interdisciplinario para abordar los fundamentos, limitaciones y disputas de los principios y normas del orden político y su dinámica a lo largo del tiempo a escala global.

Los elementos del constitucionalismo global se pueden descomponer en cuatro sublíneas de interacción de los sistemas locales, regionales y globales de aplicación de las normas y remedios para la protección de derechos humanos:

a) la regulación de los sujetos que representan a los poderes públicos nacionales mediante la jurisdicción penal del Estatuto de Roma, que impone un mecanismo internacional de control del poder político en torno a las normas de *ius cogens*;

b) la regulación de los poderes internacionales bajo las propias normas del derecho internacional de los derechos humanos (p. ej., el caso *Kadi vs. Consejo*

de Europa, CJUE, 2008, C-402, que sometió a control las medidas privativas de los bienes de una persona ordenada a discrecionalidad por el Consejo de Seguridad de la ONU so pretexto del terrorismo internacional);

c) la —hasta ahora— tenue regulación del poder corporativo global mediante la aplicación de los derechos fundamentales a los operadores privados, y

d) las propuestas de creación de una corte internacional de derechos humanos para dar viabilidad al cumplimiento de todas las normas de la materia que se han creado desde 1945 y que cuentan con un *corpus iuris* a través de las revisiones periódicas, las observaciones generales e informes de los comités de la ONU, de la creación de protocolos y marcos de trabajo que vinculan jurídicamente a los Estados parte.

Finalmente, otro rasgo del constitucionalismo global está conformado por todas las doctrinas jurídicas de derechos humanos, de *ius cogens* que se desarrolla mediante el dialogo judicial entre tribunales regionales y cortes constitucionales, tanto en el Sistema Interamericano como en el Europeo y que, a su vez, sirve de apoyo para otro dialogo judicial, académico y de colaboración que existe en las tres cortes regionales: la Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Interamericana y la Europea.

Isaac de Paz González

177. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

El constitucionalismo clásico (en su sentido moderno, desplegado a partir de la segunda mitad del siglo xx) está conformado por diversas corrientes que enfocan el ejercicio del poder, la concepción del poder público y privado como espacios regulados por la mayoría y en atención a los intereses del pueblo para la emancipación de los derechos humanos a través de distintos medios políticos, económicos y judiciales.

El constitucionalismo social se inscribe en la justicia y en la filosofía política de cómo se conciben los derechos frente al ejercicio tanto del poder público como del privado. Su sentido “social” deviene, por tanto, de dos premisas. La primera es como respuesta al desmantelamiento de la acción estatal, de normas y programas a favor de sectores en vulnerabilidad mediante acciones legales, económicas y políticas (p. ej., la supresión de derechos laborales en la Constitución mexicana o la ausencia de reguladores del poder privado en el consumo crediticio) que de forma permanente subyugan el desarrollo humano y nacional a las instituciones financieras transnacionales.

La segunda consideración social del constitucionalismo consiste en el peligro de la captura de mercado total de bienes y servicios y el avasallamiento del poder público frente al poder privado. Para el constitucionalismo societario (de empresas), el mercado se convierte en el medio de llamar a la “sociedad”, al someterlo a imperativos funcionales y, en última instancia, aprovecharlo para asignaciones de todo el intercambio de valores, servicios y derechos (p. ej., agua potable, banca, electricidad, transporte, vivienda) bajo las relaciones privadas y el supuesto ejercicio de la “autonomía de la voluntad”.

No obstante, la respuesta del constitucionalismo social es crear una base sólida de derechos y ámbitos que no se pueden tocar ni sujetar a lo que dis-

ponen los operadores privados, sino que deben enmarcarse bajo el interés superior de la colectividad, por ejemplo, las cláusulas piso —como límites a los intereses hipotecarios— que se han atrevido a formular leyes y tribunales de Europa (Países Bajos y España) para evitar la usura de las empresas y otros abusos en contra de los consumidores.

Así, el constitucionalismo social trata de integrar las voces deliberativas, académicas, sociales, pero también las corporativas, pues hay sectores que en el caso de sus cadenas de abastecimiento han suscrito compromisos de derechos humanos (p. ej., la Modern Slavery Act de 2015 en Reino Unido, pensada para monitorear mediante control parlamentario y administrativo las actividades productivas y de venta de bienes de las empresas) para evitar el trabajo forzado y la violación de derechos humanos en sus cadenas de suministro.

El constitucionalismo social que surge frente al poder empresarial tiene el potencial de contrarrestar las tendencias expansionistas de los sistemas sociales fuera del Estado, particularmente la economía globalizada, la ciencia y la tecnología, y los medios de información, cuando ponen en peligro la autonomía individual o institucional. Bajo estas premisas, una dimensión social de constitucionalismo se está gestando en diversas partes del globo. El ejemplo más notable es la comunidad europea, que ha edificado un Convenio Europeo de Derechos Humanos y un sistema regional de protección de manera amplia y homogénea, que es un faro de progreso e igualdad para el mundo (en comparación con nuestras instituciones latinoamericanas y con los problemas del sudeste asiático y africano).

Isaac de Paz González

178. 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 esta 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 este 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 solo 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 Medal) 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 impropio una reclamación incoada en contra de una reforma fundamental a través del juicio de amparo.

Rafael Estrada Michel

179. 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 “inconventionales” 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 *aggiornamiento* 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 Kasek*, 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 inconventionales” 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 “inconventionales” (las que sí se oponen). Las inconventionales 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 inconventional (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. Aclaramos 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 inculcado, 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 inconventional: 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

180. CONTROL DE ADMISIBILIDAD

El control de admisibilidad consiste en un acto procesal en el que un tribunal adopta la decisión de “acoger a tramitación” —o no— una pretensión —principal o accesoria—, mediante la verificación del efectivo cumplimiento de sus requisitos de admisibilidad. En el marco del derecho procesal constitucional, el control en análisis puede predicarse tanto de demandas que incoan procesos constitucionales como de recursos contra resoluciones dictadas en tales procesos.

Por su parte, los mencionados “requisitos de admisibilidad” dependen de cada proceso constitucional o recurso respectivo, si bien en términos generales se refieren a aspectos formales, los requisitos de procedencia hacen al fondo de la pretensión o a sus aspectos sustanciales.

En la generalidad de los casos, su realización se concreta en una decisión o auto interlocutorio que tiene lugar en una etapa procesal y con un trámite específico previsto por la legislación, aunque ello no resulta un requisito indispensable. En todo caso, el control de admisibilidad resulta previo al análisis de la procedencia del recurso o garantía intentado.

A su vez, el control en estudio puede ser realizado por un órgano jurisdiccional diverso al que corresponde formular, en última instancia, el juicio de procedencia de la pretensión respectiva. El objeto de la diferenciación en el órgano a cargo del control de admisibilidad consiste en dotar de eficiencia al sistema, evitando la congestión de decisiones en el órgano encargado del control de constitucionalidad, impidiendo que accedan a ellos recursos o demandas espurias.

La posibilidad, prevista en algunas legislaciones, de que tal decisión sea irrevisable, ha llevado a la doctrina a considerar que, en tales supuestos, el control de constitucionalidad se presenta como “condicionado”, en el sentido de que su ejercicio se encuentra subordinado a “una especie de ‘preexamen’, practicado por un sujeto distinto del que debe pronunciar el juicio definitivo de inconstitucionalidad” (Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4a. ed., Astrea, t. I, p. 73). Si bien ello ha generado ciertas críticas de la doctrina, puntualizando potenciales contradicciones o criterios disímiles, cabe aclarar que en la mayoría de los casos la decisión relativa al control de admisibilidad previa no es definitiva, sino que el órgano con competencia para pronunciarse sobre la procedencia del recurso o proceso articulado tiene potestad para revisar lo decidido en el control de admisibilidad.

Una variable de distinción entre el órgano que formula el control de admisibilidad del que realiza el juicio de procedencia se verifica cuando el primero es desarrollado por jueces ordinarios, quienes tienen competencia para decidir sobre la relevancia, improcedencia de la cuestión de constitucionalidad, o falta de fundamentación de su planteamiento (p. ej., leyes constitucionales de 1949 y 1957 en Italia). En el caso de Argentina, cuando un recurso extraordinario federal no satisface las exigencias de admisibilidad reguladas por un

reglamento dictado vía Acordada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el tribunal superior de la causa debe desestimar la petición, declarando inoficiosas las actuaciones (CSJN, Acordada 4/2007, art. 11 del Reglamento).

Otro supuesto de diversificación entre ambos controles se verifica cuando en el primero actúa un grupo de jueces que, si bien pertenecen al tribunal que realiza el segundo, cuando controlan la admisibilidad utilizan mayorías o un número distinto, sea menor o mayor, del órgano encargado del control de constitucionalidad. Así, por ejemplo, el artículo 94, inciso 2 de la Constitución de la República Federal de Alemania establece qué comisiones especiales compuestas por tres miembros del Tribunal Constitucional Federal están facultadas para rechazar *in limine* recursos notoriamente infundados, que no incluyan problemas constitucionales, o cuya aceptación no ocasione gravámenes irreparables.

En el caso de Estados Unidos de América, la Corte Suprema realiza una selección discrecional de los recursos respecto a los cuales va a pronunciarse, mediante el instrumento del *writ of certiorary*. La técnica utilizada para la selección de casos, de génesis jurisprudencial, se denomina “rule of four” o “regla de los cuatro”, conforme a la cual una petición de *certiorary* solo será analizada por el tribunal si cuatro (de un total de nueve) jueces se pronuncian a favor de su conocimiento.

Sofía Sagiés

181. CONTROL DE COMUNITARIEDAD

Concepto y contenido. Denominamos control de comunitariedad a la función de control que corresponde a los poderes públicos para asegurar la primacía de las normas del derecho de la Unión Europea sobre las normas propias de los derechos nacionales. Este principio implica básicamente: *i)* el carácter prevalente del derecho de la Unión Europea sobre los derechos nacionales, es decir que este derecho supranacional prevalece sobre el ordenamiento jurídico de cualquiera de los Estados miembros de la Unión; *ii)* el carácter absoluto de esta primacía, es decir que cualquier norma de derecho de la Unión prevalece sobre cualquier norma del derecho nacional, y *iii)* la prevalencia del derecho de la Unión Europea no se traduce en la invalidación de la norma nacional, sino en su inaplicación al caso.

Desarrollo jurisprudencial del principio. Desde que el Tribunal de Justicia dictara (el 5 de febrero de 1963) su sentencia *Van Gend & Loos*, se aclaró que el derecho comunitario constituía un verdadero ordenamiento jurídico con eficacia directa, distinto al mero acuerdo propio del derecho internacional, y se sentaron las bases para consolidar el principio de primacía del derecho comunitario. Así, en sucesivas sentencias se construirían los principales contenidos de este principio: *i)* el carácter prevalente del derecho de la Unión Europea sobre los derechos nacionales se enunció por el Tribunal de Justicia por vez primera en la sentencia *Costa vs. ENEL*, de 15 de julio de 1964. De la doctrina de esta sentencia se desprendió que los compromisos derivados del derecho comunitario son asumidos por los Estados miembros de forma incondicional e irrevocable frente a la propia Unión y frente a los demás Estados, una vez que voluntariamente han atribuido esta competencia a la Unión. Así, por efecto de los tratados, las normas internas de los distintos Estados miembros no pueden defraudar las normas comunitarias de derecho derivado. Ello constituye una condición de existencia del ordenamiento jurídico de la Unión

y, de no observarse este principio, las disposiciones europeas tendrían una vigencia desigual en sus distintos Estados, lo cual imposibilitaría la existencia de un régimen jurídico común y tendría además un efecto discriminatorio. Las normas comunitarias de naturaleza vinculante son, por ello, de reconocimiento obligado en todos los Estados miembros, estando prohibido adoptar medidas que pretendan eludir su eficacia; *ii*) el carácter absoluto de la primacía del derecho comunitario —esto es, de cualquiera de sus normas— sobre cualquier norma de derecho nacional, lo que sería enunciado por el Tribunal de Justicia en el caso *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970. En ella se establecería por vez primera que este control de compatibilidad de la norma nacional con la norma europea debe extenderse a todo el ordenamiento jurídico, con independencia del rango de la norma estatal, incluido el rango constitucional. Por ello, en este pronunciamiento se facultó y, al tiempo, se obliga al juez nacional a controlar la conformidad del derecho interno del Estado con el derecho europeo, cualquiera que sea el nivel jerárquico de la norma interna. Del mismo modo, el carácter absoluto de esta primacía del derecho de la Unión afecta a normas de cualquier ámbito material. Así, el Tribunal ha aclarado que la primacía sobre el derecho nacional afecta a todas las sectores del ordenamiento jurídico interno, incluidas las normas penales, que también resultan excluidas en su aplicación en caso de conflicto con el derecho europeo, como se ha señalado en reiteradas ocasiones, por ejemplo, en las sentencias *Ratti*, *Bordessa y Barbero Mestre*, o *Sanz de Lera y otros*, y *iii*) una vez sentados los anteriores principios, el Tribunal de Justicia estableció que la prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho nacional debía tener como efecto la inaplicación al caso de la norma nacional contraria al derecho de la Unión, no su invalidación; conclusión que fue alcanzada por el Tribunal en la sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, en la que por vez primera se enunciaron de forma sistemática los efectos del principio de primacía del derecho europeo que ya había construido el Tribunal en sus anteriores pronunciamientos. En este asunto, el Tribunal pondría de manifiesto, en primer lugar, que cuando una norma nacional resultare contraria a una disposición comunitaria aprobada con posterioridad, la norma nacional resultaría inaplicable. Del mismo modo se establecería que si la entrada en vigor de la norma nacional fuere posterior a la comunitaria, la primera sería asimismo inaplicable, al ser contraria al derecho europeo. En estos supuestos, el órgano jurisdiccional nacional no debía aguardar a la derogación formal de la norma estatal interna contraria al derecho comunitario, sino inaplicarla, siempre que la contradicción entre ambas resultare evidente, no encontrándose el juez nacional obligado a presentar cuestión de inconstitucionalidad. La jurisprudencia *Simmenthal* supuso así la creación del control de comunitariedad y la puesta en manos del juez nacional de un instrumento de control de conformidad de las normas estatales con el derecho de la Unión. Se debe también señalar que han existido algunas reservas por parte de diversos tribunales constitucionales europeos en relación con la posibilidad de que los jueces controlen la comunitariedad de las normas internas de rango constitucional.

Por último, el Tribunal del Justicia se planteó también si las administraciones públicas de los Estados miembros serían obligadas, al igual que sus tribunales, a inaplicar aquellas normas estatales internas que se opusieran al derecho de la Unión. Su conclusión fue que, efectivamente, las adminis-

traciones públicas debían abstenerse de aplicar cualquier norma nacional que resultare contraria al derecho europeo, puesto que las obligaciones derivadas de este derecho de integración se imponen no solo a los jueces, sino a todas las autoridades estatales; idea que el Tribunal de Justicia enunció por primera vez en 1989 en la sentencia *Fratelli Constanzo* y que se ratificaría en 2010, en el asunto *Fuss*.

Consecuencias del control de comunitariedad. Mediante el dictado de todas las anteriores sentencias, el Tribunal ha configurado el principio de primacía como una condición existencial del derecho comunitario y como un principio jurídico vinculado directamente a la eficacia normativa de los tratados, ya que la cesión de soberanía realizada por los Estados a favor de las comunidades sería voluntaria, pero definitiva. Ningún Estado miembro puede impedir la eficacia normativa del derecho de la Unión en cualquier parte de su territorio, ni emplear sus normas nacionales para eludir la eficacia de este derecho de integración. Al contrario, cualquier norma doméstica de cualquier rango que resulte contraria al derecho de la Unión debe ser inaplicada por la autoridad nacional, dando preferencia a la norma europea que desplazaría a la norma interna, pues si los Estados miembros pudieran vaciar de contenido la norma común mediante el dictado de disposiciones nacionales posteriores, o manteniendo la vigencia de normas nacionales previas a una nueva norma comunitaria, se perdería la eficacia de esta última, resultando imposible la existencia de un régimen jurídico unificado en toda la Unión Europea.

El actual artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece hoy el carácter obligatorio de las normas de derecho derivado de la Unión Europea.

José María Coello de Portugal

182. 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 esta, 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. Solo 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 contraría 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.

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez

183. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (TIPOS TÉCNICOS)

Como es sabido, es común emplear variables jurídico-políticas para crear grandes tipologías de control de constitucionalidad (y, por ende, de jurisdicción constitucional), lo que da lugar, por ejemplo, a diferenciar entre control concentrado o difuso, o entre control jurídico y político. Además de ello, también es posible referirse a distintos aspectos técnicos del proceso para articular otras tipologías de control, que pueden emplearse conjuntamente y, en algún caso, conectarse. Así las cosas, el control de constitucionalidad asume fisonomías diferentes con base en la caracterización técnica que se le dé al proceso de que se trate.

En este sentido, en primer lugar y pensando en el carácter del control, citamos la diferencia entre control abstracto y concreto (estos controles también son objeto de otras entradas en este diccionario, por lo que ahora solo efectuamos un par de apuntes teóricos). El primero es el que efectúa un tribunal constitucional al analizar la compatibilidad lógica entre dos normas: por un lado, la Constitución, y, por el otro, la ley impugnada a través de dicho proceso de control. La comparación se realiza al margen de un caso judicial determinado y de la aplicación concreta de la ley fiscalizada. Ahí radica la abstracción de dicho análisis. Se trata, sin duda, del tipo de control más extendido en todo el mundo, a pesar de los riesgos de politización que presenta, que en parte consiguen desactivarse si no existe plazo de interposición.

El control concreto, en cambio, es el que se realiza teniendo como referente un caso judicial determinado, lo que implica considerar las circunstancias del mismo. En los sistemas de justicia constitucional difusa, el control

que ejercen los tribunales ordinarios es concreto. A su vez, en los sistemas de justicia constitucional concentrada hay dos grandes modalidades de control concreto. Una es el control que realiza un tribunal constitucional sobre una ley que un juez ordinario le reenvía y que va a aplicar a un litigio, por lo que se debe tener en cuenta dicho caso y los elementos del mismo (como ocurre en la “cuestión de inconstitucionalidad” española o el control italiano por vía de excepción). El juez ordinario tiene una duda sobre la validez de una ley que va a aplicar y eleva semejante duda al tribunal constitucional para que la resuelva. Y la otra modalidad del control concreto se produce cuando el tribunal constitucional revisa una sentencia ordinaria que inaplicó una ley por considerarla inconstitucional o que aplicó una ley que el recurrente estima inconstitucional.

En segundo lugar, desde la perspectiva del momento del control, se distingue entre control *a priori* y control *a posteriori*. En el primer caso, el control se efectúa antes de la promulgación de la ley recurrida, es decir, durante el procedimiento de formación, y en el segundo, el más habitual, después de dicha promulgación. El control *a priori* ha generado diversos debates sobre la conveniencia de su propia existencia, habida cuenta que entraña un evidente riesgo de politización y desconoce cómo se va a aplicar la ley (en proyecto) fiscalizada. En este sentido, el control *a posteriori* supera esta debilidad al operar sobre una ley ya en vigor, cuya interpretación puede ajustarse al momento histórico en el que se produce el control. Por eso es el control más extendido en el derecho comparado, aunque su sentido se modula en función de la existencia o no de plazo de interposición, como apuntamos también antes, y de la duración de tal plazo (si es largo —más de tres meses— es posible que la polémica política se haya enfriado).

Como tercera tipología técnica podemos hablar de control directo o indirecto. Por el primero entendemos aquel en el que la pretensión procesal consiste en la impugnación de la constitucionalidad de la ley. En el segundo, la pretensión procesal es otra. Como ejemplo de control indirecto podemos citar un conflicto de competencias en el que la competencia controvertida está atribuida por ley, que exigirá fiscalizar esta última (art. 67 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español).

En cuarto lugar, tenemos el control en vía principal o en vía incidental. En aquel el juicio consiste, precisamente, en la realización del control de constitucionalidad. Dicho control es el objeto del proceso (el *thema decidendi*) que debe resolver el tribunal. Al incoar el proceso, la acción ya recoge dicho objeto. Ante ello, la otra modalidad (el control en vía incidental) se configura procesalmente como un incidente, lo que implica la existencia de un juicio principal diferente al control de constitucionalidad que se pretende con el incidente. El objeto del proceso se completa con otro tema (que lleva a la fiscalización de la constitucionalidad) con el que presenta conexión jurídica y una relación inmediata. El incidente, así, implica un agregado al objeto principal. Supone una cuestión autónoma pero conectada de manera directa con ese objeto principal.

Todo control directo es principal. Por el contrario, el control indirecto puede ser en vía principal o incidental.

Y en quinto y último lugar, el control de constitucionalidad puede ser objetivo o subjetivo. En el objetivo se defiende el interés general, por lo que

la legitimación para incoarlo recaerá en personas que defienden tal interés, al menos teóricamente. En el subjetivo se defiende el interés particular del legitimado activamente, lo cual también hay que considerar que sucede cuando se defienden competencias propias de quien interpone la acción.

Sin duda, las tipologías expuestas ayudan a ganar precisión a la hora de caracterizar los distintos procesos de control. Además, como mencionamos, estas tipologías se pueden cruzar para obtener información adicional.

Así, el control abstracto es un control directo (la pretensión procesal consiste en la impugnación de la constitucionalidad de la ley) que se sustancia en vía principal; y objetivo, dado que se defiende el interés general. Tales características explican que, habitualmente, la legitimación se restrinja a unas pocas autoridades públicas superiores (aunque hay casos de acciones populares). Asimismo, el control abstracto puede ser *a priori* o *a posteriori*. En cambio, el control concreto será siempre *a posteriori*, pues la ley que se aplica al caso judicial ordinario no solo ya está promulgada, sino que también ha entrado en vigor, pues se ha aplicado o va a aplicarse al mismo.

El control concreto (en su modalidad del juez ordinario que reenvía la duda al tribunal constitucional) es un control incidental, dado que se configura procesalmente como un incidente (lo que implica, como vimos, la existencia de un juicio principal diferente al control de constitucionalidad que se pretende con el incidente); y objetivo, al defenderse el interés general. Para este control concreto se suele hablar técnicamente de excepción de inconstitucionalidad, a pesar de que, en realidad, se trate de una cuestión prejudicial devolutiva, dado que el que decide este incidente es un juez diferente al que tramita el proceso principal. En las excepciones, desde el punto de vista procesal, es el propio juez del litigio en donde se plantea el que resuelve, cosa que no sucede en el control concreto de constitucionalidad al residenciarse este en el tribunal constitucional (en cambio, sí es excepción la inconstitucionalidad de un acto que se invoca ante un juez ordinario de un sistema difuso, porque será este el competente para decidir su adecuación o no con la carta magna).

El proceso específico de defensa de los derechos fundamentales (p. ej., amparo español, o *Verfassungsbeschwerde* alemana) presenta una naturaleza concreta y subjetiva, además de contener una pretensión que se esgrime de manera directa y principal. Similares características tienen otras acciones protectoras de derechos, como el *habeas corpus* o el *habeas data*.

Con relación a las acciones de garantía de distribución del poder, tanto vertical como horizontal, pese a que a veces se tachan de objetivas, presentan en realidad una naturaleza subjetiva, al defenderse competencias propias del legitimado activamente (conflictos de competencias o conflictos de atribuciones).

José Julio Fernández Rodríguez

184. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ABSTRACTO

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 divergencias 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 disconformidad) 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 abs-

tracto, 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 tendencia 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 “ven-

cedores”, 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 este gráficamente de “legislador negativo”, según la clásica caracterización de Hans Kelsen.

Joaquín Brage Camazano

185. 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

186. 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: pero ello es cierto solo 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 solo 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 planteada 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 solo *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 solo en las cláusulas de intangibilidad y eventualmente en aquellos principios esenciales, pero no en todo el conjunto de las normas constitucionales.

Sabrina Ragone

187. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD 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 este 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 esta 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— solo 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 solo *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 solo 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 *iusis* 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 solo 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

188. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PRESIDENTE

Recordando la tesis del *pouvoir neutre* del monarca, formulada por Benjamin Constant, pero adaptándola a un ordenamiento republicano como la Alemania de Weimar, a inicios de los años treinta, Carl Schmitt defendía, con distintos argumentos, al jefe de Estado como el único custodio de la Constitución. Sin negar un rol al presidente y al mismo Gobierno en el control de constitucionalidad, le replicaba Kelsen que: “La tesis de que el jefe de Estado y ningún otro órgano sería el defensor natural de la Constitución” no tenía otra finalidad salvo ““volver a poner en uso [...] este requisito verdaderamente cubierto de polvo”, trayendo “del desván del teatro constitucional el trasto más viejo”.

Estas mordaces palabras tuvieron su eco en la moderna historia institucional: ya sea configurado como poder neutro o como guía del ejecutivo, al jefe de Estado —monárquico o republicano— ningún ordenamiento liberal-democrático le encomienda hoy, en exclusiva, el deber de defender a la Constitución de los atentados perpetrados por leyes u otros actos que estén en conflicto con ella.

De todas formas, en todos —o casi todos— los ordenamientos jurídicos, el jefe de Estado, *de iure* o *de facto*, contribuye a tales funciones, no solo donde él está legitimado —a veces compitiendo con otros órganos— para recurrir al Tribunal Constitucional o para solicitarle una decisión o un dictamen, sino, más en general, en conexión con el ejercicio del poder del mensaje (mediante el cual el soberano o el presidente pueden pedir al legislador y a los otros poderes del Estado el respeto de la Constitución, pidiendo la aprobación de medidas legislativas o la revocación de las mismas) y sobre todo al final del procedimiento legislativo, en caso de que pueda oponer su propia voluntad a la del Parlamento —también— por razones de constitucionalidad.

Salvo no frecuentes excepciones, esta intervención todavía se registra hoy a través de diversas modalidades de participación en el proceso legislativo: la remisión al Parlamento de la decisión legislativa, la sanción, la promulgación (o el rechazo de esta última). Donde tales poderes son insuperables por las cámaras parlamentarias, el dogma de la soberanía popular a veces impide su ejercicio (una convención constitucional cuyos orígenes se remontan a 1707 prohíbe al monarca inglés rechazar la sanción; ocurre de manera similar en otras monarquías). En las repúblicas, un poder de veto o de reenvío que puede ser superado por una nueva deliberación de las cámaras se encuentra en muchos ordenamientos: algunas constituciones establecen por qué el proyecto se convierte en ley, y que la mayoría simple del Parlamento es suficiente. En Francia, por ejemplo, el artículo 10.2 de la Constitución dispone que el presidente puede solicitar al Parlamento una nueva deliberación de la ley o de algunos de sus artículos, una decisión que no puede ser rechazada por segunda vez (del mismo modo, *cf.* el art. 77.2 de la Constitución de Rumania y, en un contexto muy diverso, el art. 74 de la Constitución italiana, así como el art. 6 de la Constitución de Hungría, que prevé un procedimiento complejo con posible intervención del Tribunal Constitucional). Otras prescriben que el veto o el reenvío del jefe de Estado solo puede ser superado por la mayoría de los miembros del Parlamento, o con mayorías calificadas; a veces la Constitución contempla mayorías diferenciadas de acuerdo con la materia objeto de la ley, o atribuye diferentes consecuencias a la aprobación con una u otra mayoría.

Emblemático es el caso de un ordenamiento “hipersemipresidencial”, como el ruso, donde coexisten el control difuso y el control ejercido por una Corte Constitucional, pero los artículos 107 y 115.3 constitucionales confieren al presidente —configurado por el artículo 80.2 como verdadero y propio garante de la Constitución, con poderes de suspensión de actos inconstitucionales y de veto en el ámbito de la función legislativa— el poder de reenviar las leyes y anular los decretos y las ordenanzas del Gobierno de la Federación Rusa contrarios a la Constitución, a las leyes federales y a los edictos del presidente.

Hay que añadir que el jefe de Estado (republicano) muchas veces puede solicitar una decisión del Tribunal constitucional.

Independientemente de cómo se configure el ordenamiento desde el punto de vista de la descentralización territorial, el presidente de la República es el órgano más frecuentemente habilitado para vetar preventivamente o para impugnar una ley *a posteriori*: este poder se contempla en Francia y en Rumania, en Hungría, Brasil, Portugal, Eslovaquia, Polonia, Lituania (donde el presidente puede recurrir a la Corte solo contra los actos del Gobierno o solicitar un pronunciamiento sobre cuestiones concernientes a las elecciones políticas o tratados internacionales); e igualmente, en Ucrania, Georgia, Kazajstán, Bielorrusia, Armenia, Argelia, República Democrática del Congo, Chad, Togo y, en América Latina, en Ecuador, Chile y Bolivia.

Es adecuada la fórmula acuñada por A. Spadaro, que da al binomio presidente-Corte el nombre de “consolato”, y atribuye a uno la calidad de “custodio” y a la otra la de “garante”.

Lucio Pegoraro

(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

189. 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 solo efectos declarativos, y por tanto, efectos *ex tunc, pro pretaerito* 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 solo 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 solo tiene efectos *in casu et inter partes*, es decir, en relación con las partes en el proceso concreto en la cual aquella 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

190. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIRECTO

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 Cappelletti— 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 solo 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 norteamericano, y el concentrado —directo— para la acción de inconstitucionalidad,

que solo 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

191. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ESTADO SOCIALISTA

Si bien Cuba dio nacimiento al sistema de control judicial de constitucionalidad de carácter mixto en América Latina a través de la Constitución de 1940, creándose una sala independiente denominada “Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales”, a partir de la decisión adoptada por este órgano en 1953, de validar la ley —supuestamente constitucional— resultante del golpe de Estado de 1952, se sentaron bases para una consideración crítica sobre su labor como garante de la Constitución.

Aun así, la Ley Fundamental de 1959 mantuvo el control judicial de la constitucionalidad, concentrado y posterior, en la Sala de Garantías constitucionales y sociales, parte del sistema de justicia, y encabezada por el presidente del Tribunal Supremo, la cual tuvo una amplia actividad hasta finales de los años sesenta, cuando se inició un cambio en la concepción del control y del modelo político, entendiéndose que esa función no debía ser del órgano de justicia, para evitar la usurpación de las correspondientes al legislativo. Ya para 1973, mediante la Ley 1250, se desarticuló el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones, sometiéndose los tribunales al Consejo de Ministros —órgano legislativo con funciones constituyentes— y se hizo descansar en el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo la responsabilidad de evacuar las consultas de los tribunales inferiores sobre los conflictos entre leyes y otras disposiciones inferiores, asegurándose legalidad.

El texto constitucional de 1976, vigente, reintrodujo el control de la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones y el de legalidad, pero por órgano político. No existe jurisdicción constitucional ni procesos judiciales para el control concentrado de la constitucionalidad de las disposiciones generales, como tampoco especial para la reclamación de los derechos constitucionales vulnerados o amenazados, y tampoco hay práctica generalizada de aplicación judicial directa de la normativa constitucional. El control es de tipo político, concentrado en el máximo órgano legislativo, al igual que se estipulaba, por ejemplo, en las constituciones de Checoslovaquia, de 1960, Bulgaria, de 1971 y Corea, de 1972.

Está previsto el control *político preventivo* de las leyes a cargo de la Asamblea Nacional del Poder Popular, con activa participación de las comisiones de Asuntos Constitucionales y jurídicos y la correspondiente a la materia objeto de regulación en el proyecto de Ley que se somete a revisión. Su regulación no es constitucional, sino que se contempla en el Reglamento de la Asamblea, como parte de su trabajo en sede del proceso legislativo. Como resultado de esta previsión, al nacer la ley, nace ya con un aval formal de constitucionalidad, por lo cual no tiene sentido el control posterior, al menos con carácter general. Es por ello que se hace necesario que el proceso de elaboración de las leyes sea más participativo y goce de mayor publicidad, tanto respecto a los proyectos como a los debates vinculados a su elaboración en aras de brindar mayor legitimidad a estas disposiciones generales.

En el texto constitucional sí está estipulado el control *político-abstracto*, posterior y concentrado en la propia Asamblea Nacional, respecto a las leyes y demás disposiciones generales, al preverse como atribución del legislativo la declaración de la constitucionalidad de todas las disposiciones generales, asentado en la noción de la supremacía de este órgano de representación. Su primer desarrollo normativo se efectuó al amparo del Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 1977 y conservado en el Reglamento de 1982, con la posibilidad incluso de ser estimulado por 25 ciudadanos que tuvieran interés directo en ello. No obstante, luego de la adopción del Reglamento de 1996, ya no fue así, pues solo se ordena el control previo y se espera la adopción de la ley especial que prevea el control sistémicamente, de conformidad con una decisión de la propia Asamblea al momento de aprobar la vigente reglamentación. Así, en la actualidad no tiene instrumentación ordinaria el posterior, a pesar de su estipulación constitucional y al no intervenir los tribunales en su actuación cotidiana en la solución de las antinomias que pueda advertir en los procesos ordinarios, ante el vacío legislativo, se afecta la normatividad y obligatoriedad de los mandatos constitucionales.

Sobre el control posterior, valdría considerar la regulación que faculta a la propia Asamblea para decidir, luego de la promulgación de la ley, la constitucionalidad de la misma. Algo que debe ser revisado, pues la Asamblea Nacional es juez y parte de tal proceder, lo que significaría ir contra sus propios actos, salvo que se refiera a leyes de la provisionalidad revolucionaria, o del tiempo de la neocolonia. También merece preguntarse: si son objeto de control previo, y ya nacen con el voto favorable de constitucionalidad, ¿cómo será posible que la propia Asamblea con posterioridad las revise nuevamente?

No obstante, en cuanto a la intervención de la Asamblea en el control de la constitucionalidad de sus propias leyes, sí es procedente el control político posterior respecto a otras disposiciones infralegales, como lo estipula el artículo 75 ch) del magno texto, por ejemplo, contra los decretos-leyes del Consejo de Estado y los decretos del Consejo de Ministros.

De igual manera, la Fiscalía General de la República tiene, entre otros, el mandato constitucional de velar por la Constitución y la legalidad, debiendo rendir informe ante la Asamblea al respecto, y si bien los tribunales populares no participan en el control de constitucionalidad de las leyes, tampoco se excusan de cumplir la Constitución, y en su ley orgánica, al igual que la Fiscalía, tienen prevista la presentación de informes ante la ANPP.

Una peculiaridad del diseño cubano es la conjunción entre control de constitucionalidad y de legalidad, para el Consejo de Estado, de Ministros y las Asambleas provinciales y municipales del Poder Popular en cuanto órganos representativos superiores del Estado en la localidad, y se prevé en las atribuciones de cada uno de estos órganos en el magno texto la posibilidad de revocar o suspender las disposiciones de los inferiores a estos órganos cuando no se ajusten o contravengan la Constitución, las leyes u otras disposiciones emitidas por superiores a ellos.

Una diversidad de órganos políticos y representativos intervinientes en el control, pero que, a fin de lograr su eficacia, no debe desconocer la importancia de la intervención del sistema de justicia, así como tampoco de la promoción ciudadana.

Martha Prieto Valdés

192. 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 solo 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 solo 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)

193. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD INTERNO AL PARLAMENTO

Escribía Hamilton en el ensayo número 78 de *The Federalist*: “it is not to be collected from any particular provisions in the Constitution” [that] “the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers, and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments”, puesto que “The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever”.

Textualmente refiere que no se deduce “de ninguna cláusula específica de la Constitución” que “los integrantes del legislativo sean ellos mismos jueces constitucionales de sus propios poderes y que la interpretación que hacen de ellos sea definitiva para los otros órganos”. Por el contrario, “la interpretación de las leyes es una tarea primaria de los tribunales”. En los escritos 33 y 81 opina que el primer juez de la necesidad y conveniencia de las leyes aprobadas para ejecutar los poderes de la Unión es el mismo Gobierno central; observa, sin embargo, que siendo insuficiente tal garantía, como incluso aquella representada por el recurso a los electores, no conviene confiar el juicio a la misma asamblea que aprobó las leyes, sino al poder judicial y, en último lugar, al Tribunal Supremo.

La actuación en el ámbito de los más variados ordenamientos de formas de justicia constitucional organizada según las propuestas de Hamilton, y la institución de tribunales constitucionales organizados según los esquemas kelsenianos, no excluye que, al lado de ellos, otros órganos estén llamados a colaborar en funciones de control de constitucionalidad de leyes o de otros actos

durante el procedimiento establecido para su adopción. Al lado del presidente de la República, y pese a varios ejemplos históricos, son relevantes formas de control de constitucionalidad desarrolladas por los propios parlamentos.

Un primer ejemplo se encuentra en Francia, en donde si a la decisión del Gobierno de presentar la inadmisibilidad de propuestas de ley o de enmiendas constitucionales —porque violan la reserva de reglamento establecida en el artículo 34 constitucional, o en tanto produzcan aumento de los gastos o disminución de los ingresos— no se opone el presidente de la República o los presidentes de la Asamblea Nacional o del Senado, aquella es definitiva, siendo, pues, el Ejecutivo el que asume el papel de único garante de la constitucionalidad. Solo para el caso opuesto, para dirimir una eventual controversia (aunque esto sucede raramente), se llama al Consejo Constitucional (además del art. citado, véase, respectivamente, los arts. 40, 39.3 y 39.4 de la Constitución francesa).

Una segunda hipótesis la representa el control de la existencia de requisitos de necesidad y urgencia de los derechos-leyes”, que los reglamentos de las cámaras italianas encomiendan todavía hoy a las comisiones de asuntos constitucionales y/o al Pleno: un control que, hasta el cambio de jurisprudencia de la Corte, agotaba toda forma de control (art. 96 bis del reglamento de la Cámara, modificado por el texto que entró en vigor el 1 de enero de 1998; art. 78 del reglamento del Senado, y sentencias de la Corte Constitucional 29 y 161, de 1995).

Puede recordarse el control interno y previo de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento finlandés (*Perustuslakivaliokunta*), que expresaba, hasta el 2000 —fecha de la introducción del control difuso—, el único modo para bloquear las leyes inconstitucionales. De igual manera, el control político y previo ejercido por el ministro de Justicia de Canadá, del *Attorney-General* en Nueva Zelanda y del ministro competente de Reino Unido.

Otro tipo de control interno de naturaleza política en vía transitoria es el configurado en el artículo 106.2 de la Constitución de Georgia, para el cual “Durante los dos años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, el presidente de Georgia y el Parlamento de Georgia deben proceder a la convalidación de los actos normativos adoptados antes de la entrada en vigor de la Constitución, verificando su compatibilidad con la Constitución y las leyes”.

En Grecia, donde no existe un tribunal constitucional y muchas disposiciones de la Constitución de 1975 aseguran un recíproco control de los órganos constitucionales del Estado, el presidente de la Asamblea puede plantear la cuestión de constitucionalidad de un proyecto de ley, que viene sometida a debate preliminarmente a toda otra excepción procedimental y al debate sobre el fondo (art. 80.2 del reglamento del Parlamento).

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

194. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD 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 solo 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

engazar 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 (trátese 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

195. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD LOCAL (PURO/DE JURISDICCIÓN CONCURRENTENTE)

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 autonomía 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 caber 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 siguientes: *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 solo 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

196. 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 esta 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

197. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD 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 estos actuaran con apego a las leyes y, en su caso, perseguir a los que en el desempeño de sus funciones incurrieran en ilegalidades 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 este 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 solo 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, este 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 este contravenga la Constitución.

Jorge Fernández Ruiz

198. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA CONSULTA POPULAR

La figura jurídica de la *consulta popular* surge recientemente en el marco jurídico mexicano como un instrumento de participación ciudadana en los procesos democráticos, naturaleza que también podemos observar en las figuras de la *iniciativa ciudadana* o del derecho a ser votado por la vía *independiente*. Lo anterior en razón de la recién creada Ley Federal de Consulta Popular, reglamentaria de la fracción VIII del artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de marzo de 2014.

Se puede observar en la experiencia latinoamericana que el modelo de consulta popular también forma parte del marco jurídico de diversas naciones. Tal es el caso de Argentina, donde se faculta al Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, para someter a consulta popular un proyecto de ley. Por su parte, Colombia establece que el presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo aval del Senado de la República, podrá consultar al pueblo las decisiones de trascendencia nacional, otorgando el carácter de obligatoria a la decisión del pueblo. En Ecuador se prevé el mecanismo de consulta popular para reformar la Constitución. Guatemala, por su parte, contempla que las decisiones políticas de especial trascendencia deban ser sometidas a procedimientos consultivos de todos los ciudadanos, la consulta debe ser convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del presidente de la República o del Congreso de la República, que fijará con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos. Como veremos, varios de los elementos que nos muestra la experiencia latinoamericana forman parte del modelo de consulta popular mexicana.

La consulta popular en el sistema mexicano es el mecanismo de participación por el cual los ciudadanos ejercen su derecho a través del voto emitido por el que expresan su opinión respecto de uno o varios temas de trascendencia nacional, misma que se efectúa el día de la jornada electoral federal correspondiente.

Conforme a la Ley Federal de Consulta Popular, se reputan con carácter de trascendencia nacional los temas que contengan los siguientes elementos: 1) que repercutan en la mayor parte del territorio nacional, y 2) que impacten en una parte significativa de la población.

Además, por mandato constitucional, no pueden ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución; los principios consagrados en el artículo 40 de la misma; la materia electoral; los ingresos y gastos del Estado; la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente.

Cabe mencionar que el resultado de la consulta popular será vinculante para los poderes ejecutivo y legislativo federales y para las autoridades competentes en los casos en que la participación total corresponda, al menos, al 40% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal.

Las consultas populares deben ser convocadas por el Congreso de la Unión a petición del presidente de la República; del equivalente al 33% de los integrantes de cualquiera de las cámaras del Congreso de la Unión; o de los ciudadanos, en un número equivalente, al menos, al 2% de los inscritos en la lista nominal de electores.

Para el ejercicio del derecho del ciudadano para participar en las consultas populares, la petición de las mismas debe pasar previamente por el tamiz constitucional con la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de declaración de constitucionalidad de la materia de la consulta popular, de tal suerte que el constituyente permanente —además del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad— ha otorgado al Máximo Tribunal Constitucional del país un nuevo medio de control de constitucionalidad, es decir, las determinaciones de constitucionalidad sobre la materia de consultas populares. Adicionalmente, conforme al artículo 5 de la Ley Federal de Consulta Popular, se faculta a la SCJN para analizar y resolver respecto a la trascendencia nacional del tema sujeto a consulta, únicamente tratándose de aquellas solicitadas por ciudadanos.

Analizando la primera praxis en la materia, para efectos de llevar a la jornada electoral federal de 2015 diversas consultas populares, fueron presentadas en su momento cuatro peticiones ciudadanas y una más por integrantes del Senado de la República del Congreso de la Unión, esta última fue desechada por el mismo órgano legislativo, por lo que no fue materia de estudio de la SCJN. Las otras cuatro fueron estudiadas y posteriormente desechadas por el Máximo Tribunal, determinando que si bien es cierto se cumplía con el carácter de trascendencia nacional, también lo fue que la materia de las consultas carecía de constitucionalidad por encontrarse en los supuestos contenidos en el apartado tercero de la fracción VIII de la carta magna, es decir, de los temas prohibidos a ser sujetos de consulta. Tal fue el caso de la consulta en materia de reducción de los integrantes del Congreso federal, desechada por trastocar los principios consagrados en el artículo 40 de la Constitución y estar relacionada con la materia electoral; así como aquellas dos consultas

respecto a la reforma energética y una más en materia de salarios mínimos, las cuales fueron calificadas de inconstitucionales por versar sobre los ingresos y gastos del Estado.

De todo lo expuesto se puede destacar que la consulta popular es un modelo de participación que empodera al ciudadano, el cual, al igual que la iniciativa ciudadana, es muestra de una reingeniería jurídica tendente a la transición hacia una democracia más directa; sin embargo, en vista de las primeras resoluciones respecto a la inconstitucionalidad de todas las consultas populares presentadas y con el fin de dar plena vigencia al derecho ciudadano de votar sobre temas de trascendencia nacional, es pertinente replantear las limitantes constitucionales —o, en su caso, analizar y matizar el alcance de las mismas a través de la ley secundaria— para no caer en el absurdo de tener, por un lado, el requisito constitucional de decretar la trascendencia nacional y, por el otro, la inconstitucionalidad y, por tanto, la inoperancia e inviabilidad de la consulta en razón de la amplitud de las restricciones contenidas en la carta magna, teniendo un mecanismo en el derecho vigente pero sin darse las condiciones para encontrarse en el derecho positivo.

Por último, huelga decir que ante este nuevo modelo es de destacarse que la SCJN robustece sus facultades incidiendo directamente en el proceso de participación ciudadana, dando así lugar al nuevo control de constitucionalidad sobre la consulta popular.

Emanuel López Sáenz

199. 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 integrador 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 sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención In-

teramericana 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

200. 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 *adeque* (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 este 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 *inconventionalidad* 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 aquella, 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 inconvencionalidad* 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 *inconvencional*; 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 jurisprudencia, de las prácticas judiciales o administrativas internas *inconvencionales* *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 *inconvencionalidad* 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 *inconvencional*) de los efectos jurídicos de las normas, jurisprudencia y prácticas nacionales *inconvencionales* (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

201. CONTROL DE LA REGULARIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE VOTACIÓN (EUROPA CENTRO-ORIENTAL)

La confianza a los tribunales constitucionales de la competencia en materia de disputas electorales es interpretada como la prueba de la voluntad para redimensionar el papel del Parlamento y de los partidos. Se trata de una función que tiene una doble incidencia: por una parte, entra en juego el enlace entre la voluntad popular y la representación política mediante la garantía del derecho de votar. Tal atribución se coloca en una tendencia de concebir el momento electoral como piedra angular de la democracia constitucional. Por otro lado, se confía a un árbitro la recomposición de controversias que, por otra parte, son remediadas en sede parlamentaria, lo cual acentuaría el poder de los partidos, una forma de control aplicada en los anteriores regímenes socialistas.

El control electoral del mandato presidencial por los órganos de justicia constitucional se encuentra en muchos de los ordenamientos de Europa centro-oriental que disponen la elección directa del jefe de Estado; los arquetipos austriaco y francés han sido replicados con ajustes en Lituania, Eslovaquia, Bulgaria y Rumania.

En Lituania, la Corte Constitucional decide sobre las violaciones de las leyes electorales en relación con la elección del presidente de la República (art. 105 constitucional, párr. 3, núm. 1). En cuatro recursos presentados hasta el momento no se ha encontrado ninguna violación.

En Eslovaquia, de conformidad con el artículo 129 constitucional, la Corte Constitucional decide sobre la constitucionalidad y legalidad de las elecciones del presidente de la República (párr. 2) y de los recursos en contra del resultado de la votación popular de revocación del presidente (párr. 3). A partir de 1999, año en que se introdujo el sistema de elección directa del jefe de Estado, ha habido tres recursos, presentados todos en la elección de 2009.

La Constitución búlgara dispone que “La Corte Constitucional juzga sobre recursos relativos a la legalidad de las elecciones del presidente y del vicepresidente” (art. 149, párr. 1, núms. 6 y 7), que se sustancia en el control del respeto de los procedimientos electorales; sin embargo, no es por esta vía que la Corte ha intervenido al respecto, sino mediante la interpretación constitucional. En 1996, la Corte aclaró que solo los ciudadanos búlgaros por nacimiento podían ser candidatos; en 2001 negó al heredero al trono, Simeone II —que vivió mucho tiempo en el exilio— la participación en las elecciones presidenciales por falta del requisito de residencia.

En Rumania está previsto que la Corte Constitucional controle el cumplimiento del procedimiento para la elección del presidente de la República y que confirme los resultados, según el artículo 146 constitucional, letra f. Más precisamente, la Corte es el órgano que tiene competencia para decidir sobre la elegibilidad de los candidatos, para juzgar sobre las resoluciones del órgano electoral relativas al impedimento para los partidos políticos de desarrollar la

campana electoral, así como para dar a conocer los resultados, examinar las quejas sobre los resultados y, si es necesario, decidir sobre la organización de la segunda vuelta de la votación, indicando los candidatos y el día de la elección. A la fecha, más de 300 recursos han sido presentados ante la Corte, en los cuales se ha tenido la oportunidad de aclarar los requisitos de elegibilidad y el hecho de que la anulación de las elecciones depende de la dimensión y relevancia de las irregularidades.

En cuanto a la exportación del concepto alemán del control sobre las elecciones generales encomendada a los jueces constitucionales, a veces en vía exclusiva y en ocasiones en segunda instancia después del control de órganos especiales, el control electoral se encuentra en los ordenamientos checo, eslovaco, lituano, búlgaro y esloveno, y puede ir de la detección de la regularidad de los procedimientos de votación a la determinación de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los miembros del parlamento.

En la República Checa, la Corte Constitucional juzga “sobre el remedio correctivo contra una decisión relativa a la verificación de la elección de diputado o senador” (art. 87 constitucional, párr. 1, letra e) y “en caso de duda sobre la pérdida de la elegibilidad e incompatibilidad en el desempeño de las funciones del diputado o del senador de conformidad con el artículo 25” (art. 87 constitucional, párr. 1, letra f). En una sentencia de 1999, la Corte, después de haber subrayado que este tipo de intervención no es importante, tanto en el plano de la tutela de los derechos constitucionales garantizados como en el de la confiabilidad del proceso electoral democrático, declaró la regularidad de las elecciones de un senador (causa I. ÚS 526/98).

En Eslovaquia, la Corte Constitucional decide sobre los recursos en contra las decisiones relativas al control del mandato parlamentario (art. 129 constitucional, párr. 1) y decide la constitucionalidad y legalidad de las elecciones de los órganos del autogobierno territorial y de las elecciones del Parlamento Europeo (art. 129 constitucional, párr. 2). Con respecto a las elecciones generales, en 1994 fueron rechazados los diez recursos presentados. En aquella ocasión, la Corte aclaró que su poder de declarar nulas las elecciones no se extendía a todas las violaciones de la ley electoral, sino solo a aquellas graves, en serie o múltiples, y que el ámbito de control no preveía el de las firmas necesarias para la candidatura al escaño parlamentario (decisión ÚS 19/94 e ÚS 16/94).

En Lituania, la Corte Constitucional decide sobre las violaciones de las leyes electorales relativas a las elecciones de los miembros de la *Seimas* (art. 105 constitucional, párr. 3, núm. 1). Solamente ocho casos fueron planteados por presuntas irregularidades por el jefe de Estado.

En Bulgaria, la Corte Constitucional juzga sobre los recursos inherentes a la legalidad de las elecciones al Parlamento (art. 149 constitucional, párr. 1, núm. 7). Las instancias pueden ser planteadas únicamente por determinados órganos o sujetos, o sea, una quinta parte de los parlamentarios, el jefe de Estado, el Consejo de Ministros, el Tribunal Supremo de Apelación, la Corte Suprema Administrativa y el procurador general (art. 150 constitucional). Esto significa que un partido político o un candidato deben tener el apoyo de uno de los citados órganos/sujetos para recurrir dentro de los siete días siguientes a la validación de la votación por la comisión electoral, y dentro de los 15 días subsiguientes a la Corte Constitucional. La Corte Europea de De-

rechos Humanos estableció que este procedimiento no garantiza una tutela judicial efectiva en el caso *Petkov and others vs. Bulgaria*, de 11 de junio de 2009, núms. 77568/01, 178/02, 505/02.

En Eslovenia, el artículo 82 constitucional, párrafo 3, confía a la Corte Constitucional la tarea de juzgar sobre las apelaciones en contra de las decisiones de la Asamblea Nacional de confirmación de las elecciones de los diputados. Además, en virtud del artículo 50, párrafo 3, de la Ley del Consejo Nacional, la Corte juzga sobre las apelaciones en contra del Consejo Nacional de confirmación de las elecciones de sus miembros. En general, los recursos electorales son esporádicos.

Serena Baldin

202. 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 solo 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 solo 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. 8o. 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.

José Antonio Caballero

203. CONTROL DEL PODER

El control del poder es la función, jurídica o política, que consiste en autorizar, supervisar, comprobar, evaluar, fiscalizar o sancionar las decisiones y acciones de cada órgano del Estado, por parte de diferentes instancias del propio órgano, o de otro u otros órganos estatales.

La presencia y eficacia de los controles es uno de los elementos para determinar el grado de desarrollo de un sistema constitucional. A menores controles, mayor concentración del poder, con la consiguiente proclividad a ejercerlo de manera discrecional, lo que a su vez genera arbitrariedad e impunidad. A la inversa, la presencia de los controles supone un ejercicio más responsable del poder.

Uno de los principales problemas de los controles consiste en su diseño. Es común que cuando se piensa en ellos se tengan en cuenta experiencias consideradas paradigmáticas, a veces sin advertir que cada institución tiene efectos diferentes según el contexto institucional y cultural en el que funciona.

El diseño adecuado de los controles es la clave para alcanzar sus objetivos. Los controles no tienen por objeto dificultar, y mucho menos impedir, que los órganos del Estado cumplan con esos objetivos. En un Estado constitucional, los controles tienen por meta que cada uno de sus órganos consiga su mejor rendimiento.

La eficacia de las instituciones depende en buena medida de la capacidad y de la probidad de sus titulares. Los controles se orientan a determinar y asegurar que se cumpla con los estándares de capacidad y probidad requeridos para la gestión institucional.

Los elementos del control del poder son los siguientes:

Función jurídica o política. El control puede ser administrativo, jurisdiccional o político. Es administrativo cuando lo llevan a cabo instancias internas del órgano controlado —o externas, correspondientes a otro órgano, pero en

ambos casos pertenecientes a la administración—; es jurisdiccional cuando corresponde a los tribunales, en cualquiera de sus especialidades, y es político cuando lo aplican los órganos de representación política.

Los controles administrativo y político pueden implicar la autorización, supervisión, comprobación, evaluación, fiscalización o sanción de las decisiones y acciones; los controles jurisdiccionales solo corresponden a la fiscalización y eventual sanción de los actos objeto de control.

Lo más frecuente es que la función de control se ejerza de conformidad con disposiciones legales, pero se admiten las prácticas que no se opongan a la norma y que, por el contrario, resulten complementarias. La deliberación política es una de esas prácticas de las que resultan expresiones de control del poder. El solo hecho de que las decisiones y acciones de los órganos del poder sean discutidas implica una forma primaria de control. Varios de los instrumentos constitucionales y legales correspondientes a los controles ejercidos por los congresos se apoyan en el debate público, por lo general en sede parlamentaria, y en valoraciones de carácter político.

Autorización. Es la serie de facultades conforme a las cuales las decisiones de un órgano deben ser sometidas a procedimientos de aprobación por diversas instancias internas, o convertidas en propuesta ante un órgano externo.

Las autorizaciones externas pueden referirse a un documento (*v. gr.*, ley, tratados, presupuesto, programa de trabajo) o a una persona (*v. gr.*, nombramiento, reconocimiento). En el primero de los casos, el control más usual es el que se ejerce con motivo del procedimiento legislativo y presupuestario, y tiende a ampliarse merced a la cada vez más frecuente sujeción de los programas de gobierno a la aprobación congresual. En el segundo caso se trata de que el órgano de control haga designaciones a partir de las propuestas formuladas por el órgano controlado, o bien, que ratifique u otorgue su confianza a los nombramientos hechos por el controlado.

Ratificación y confianza son instituciones diferentes. La primera es un acto jurídico irrevocable que se limita a constatar que el propuesto para la designación cumple con los requisitos legales exigidos. La confianza, en cambio, es un acto jurídico revocable mediante la censura, y se otorga merced a la valoración política de la persona que es propuesta para el desempeño de un cargo.

Supervisión. Es la facultad de la instancia interna o del órgano externo para realizar inspecciones o investigaciones acerca del funcionamiento del órgano controlado.

Comprobación. Es la facultad de verificar que las decisiones y acciones del órgano controlado se ajustaron a lo previsto por la norma, por el presupuesto, por el programa o por las atribuciones específicas que se le hayan conferido.

Evaluación. Es la facultad de apreciar los efectos de las decisiones y de las acciones del órgano controlado para determinar si alcanzaron los objetivos comprometidos.

Fiscalización. Es la facultad de iniciar y desarrollar un procedimiento, si se trata de un control administrativo o político, o un proceso, si se trata de un control jurisdiccional, para aclarar dudas o confirmar certidumbres acerca de las decisiones y de las acciones del órgano controlado, cuando se estima que ha incumplido la norma, el programa de trabajo o las asignaciones espe-

cíficas, incurriendo en excesos o en defectos lesivos para los intereses de los gobernados.

Sanción. Es la facultad del órgano de control para castigar a los titulares de los órganos controlados. En el caso de los controles administrativos, la gama de castigos posibles son destitución, multa e inhabilitación; en el caso de los controles jurisdiccionales, el castigo puede incluir además la reclusión, y en el caso de los controles políticos, los castigos consisten en la reprobación —mediante una declaración pública— y en la censura, como una petición de remoción dirigida al superior del censurado o la remoción directa, en los sistemas que así lo previenen.

Órganos. Los controles pueden ser internos o externos. Son internos cuando diferentes instancias de un mismo órgano tienen a su cargo la función de controlar al propio órgano; son externos cuando el controlador es diferente y ajeno al controlado. Para estos efectos, el gobierno puede ser considerado como un órgano que dispone de un sistema de control general, así como cada una de las entidades o dependencias que conforman al gobierno puede contar con su sistema de controles propios. Los controles externos son los que se llevan a cabo entre distintos órganos del poder. Estos controles pueden ser horizontales, cuando se practican entre los de un mismo nivel de gobierno, o verticales, cuando se llevan a cabo entre niveles de gobierno diferentes, como sucede en los sistemas federales o regionales.

La historia del constitucionalismo se basa en las formas de controlar al poder. Solo así es posible que prevalezcan los derechos de los gobernados sobre las facultades de los gobernantes. Como correlato de los controles se produce la responsabilidad de los gobernantes. Los controles administrativos y jurisdiccionales son los más desarrollados, porque no afectan la permanencia de los gobiernos en el poder. En cambio, los controles políticos han avanzado con muchas reticencias y resistencias por parte de los gobernantes, porque se traducen en un aumento de sus responsabilidades y quedan sujetos al escrutinio de los ciudadanos a través de sus representantes políticos. Donde no hay un sistema funcional de controles, incluidos los políticos, los derechos de los gobernados carecen de una tutela plena efectiva.

Diego Valadés

204. CONTROL DEL PODER (REPÚBLICA ROMANA)

Roma tuvo tres grandes periodos históricos: Monarquía, República e Imperio. El periodo de la Monarquía está inmerso en leyenda, aunque una fecha que podría ser convenida para su fundación es el 753 a.C., la fundación misma de la ciudad y de la Monarquía tiene dos grandes cuentos míticos. El primero, considerado el más antiguo y sangriento es la historia de Rómulo y Remo, mientras que uno más reciente, y que algunos historiadores piensan coincide con un periodo histórico de más esplendor y que requería repensar los orígenes de la sociedad romana, es aquel en el que tenemos a Eneas como protagonista, uniendo con este hecho a Roma con Troya. Su fin como periodo histórico igualmente está enmarcado en leyenda, pero no carente de iluminaciones mitológicas y literarias, como es el caso más conocido de las razones que llevarían a los nobles a destronar a Tarquino el Soberbio y a la aparición de una figura femenina de gran penetración en la cultura occidental, Lucrecia, quien sufrió el maltrato del rey y decidió suicidarse, no sin antes dar a

conocer a sus familiares las razones y pedir que la vengaran. La lectura que se le ha dado a este suceso es la significación simbólica de los excesos de la tiranía monárquica y la creación de un nuevo orden político.

Así comienza el periodo de la República, y la pregunta que surge es: ¿cuáles son los extremos del control del poder público de este periodo histórico y por qué se dio su declive? Para ello abordaremos dos dimensiones de su concepción: la institucional y los personajes junto con su influencia para el declive de la República romana.

Lo primero que debe indicarse es la composición social básica de la sociedad romana republicana, esto es, la división entre patricios y plebeyos —donde originalmente los patricios dominaban la escena política—, lo que generó conflictos constantes, como el llamado “conflicto de las órdenes” —entre 494 y 287 a.C.— con el que los plebeyos van a adquirir mayores derechos, como es la creación del cargo de tribuno de la plebe.

Otro tema que debemos abordar es el llamado *Cursus Honorum*, esto es, los diferentes cargos que en orden ascendente debían ocuparse si se quería desempeñar políticamente en Roma, este *Cursus* era obligatorio en cuanto a su escalafón o carrera y no debía evitarse uno para pasar a otro superior. Los cargos del *Cursus Honorum* eran: 1) cuestor, con la edad mínima de 30 años, había diferentes tipos dependiendo de la obligación, por ejemplo, encargarse de vigilar el erario, y eran responsables solo ante el Senado; 2) edil, que era un cargo opcional, aunque solo quien había sido cuestor se podía desempeñar como tal; con una edad mínima de 36 años, entre otras obligaciones, debía encargarse de la regulación de los festivales públicos; 3) pretor, con una edad mínima de 39 años, vigilaba las cortes y el sistema judicial; 4) cónsul —eran dos—, se requería una edad mínima de 42 años para los plebeyos y 40 para los patricios, tenían el *poder* ejecutivo supremo y duraban un año en su cargo.

Igualmente había algunos cargos extraordinarios, como el de dictador, considerado como una “válvula de escape” en casos donde el Consulado resultaba demasiado lento, y que se desarrollaba por seis meses. Asimismo, aunque no formaba parte del *Cursus Honorum*, no podemos dejar de mencionar al tribuno de la plebe, nombrado para mantener los intereses de la plebe protegidos, sirviendo durante un año; sus poderes políticos eran importantes, por ejemplo, podía proponer legislación a las asambleas y ejercitar el poder de veto a todos los otros magistrados u oficiales.

El Senado, instituido de acuerdo con la mitología romana por Rómulo, tenía un poder consultivo y esto lo conservó durante toda su existencia, inclusive en el Imperio. Originalmente estuvo constituido por 100 *senex* o personas maduras, posteriormente fue aumentado a 300, luego a 600, e inclusive llegó a 900 en la época de Julio César. Su poder devenía no de la ley sino de la tradición, dado que la sociedad romana era conservadora, el papel que desempeñaban los *mos maiorum* —las costumbres de los antiguos— era trascendente. Su influencia se daba a través de los decretos denominados *senatus consulta*; sin embargo, sí tenía poder ejecutivo en la materia de relaciones exteriores, tratados y el manejo de las arcas y cuentas públicas. Era un cuerpo jerárquico estricto, en el que solo los más poderosos tenían la oportunidad de hablar.

Las asambleas, donde se daban las votaciones de la población, eran un elemento fundamental para el proceso legislativo. Generalmente el Senado,

convenido por un magistrado o un tribuno de la plebe, discutía un asunto en particular, votando y emitiendo el *Senatus Consulta*. Hecho esto se formulaba una propuesta y se discutía en una junta informal para presentar la idea. Un par de días después se llamaba a asambleas formales para que los ciudadanos se pudieran organizar en bloques de votación, se leía la propuesta y era votada, en caso de ser aprobada mayoritariamente se volvía legalmente vinculante. Existían cuatro tipos de asambleas: *comitia curiata*, *comitia centuriata*, *concilium plebis* y *comitia plebis tributa*, cada una discutía temas particulares propios de su naturaleza.

Como se puede ver, se trataba de una sociedad dividida en dos grandes clases que, a su vez, dividía las tareas políticas en diversas instituciones y autoridades, pero más importante, era una sociedad conservadora, donde los *mos maiorum* desempeñaban un papel trascendente. Según algunos historiadores, el haber dejado de hacer las cosas de esta forma provocó el declive de la República y la aparición del Imperio. Así, al dejar de funcionar el aparato político en sus diversas y variadas competencias, se da lugar a la concentración del poder en una sola persona.

Históricamente podemos identificar una serie de personajes que se desempeñarán de la forma descrita anteriormente y darán paso al debilitamiento de las instituciones de la República.

En primer lugar Tiberio Graco, quien siendo tribuno de la plebe y pretendiendo pasar su propuesta *Lex Sempronia Agraria*, decidió no convocar al Senado y aprobarla mediante el llamado directo a la Asamblea de la Plebe. Ante esto, el Senado decidió nombrar a otro tribuno de la plebe, Marcus Octavius, pero Tiberio llamó de nuevo a la Asamblea de la Plebe e invalidó el nombramiento de Senado, agravando más la situación.

En segundo lugar debemos recordar a Cayo Mario, quien sería siete veces cónsul. Sila es otro personaje, quien entre otras decisiones dispuso entrar a Roma con su Ejército, lo que transgredió las formas de los antiguos.

La formación del primer triunvirato por parte de César, Pompeyo y Craso —un triunvirato que llamaríamos “de hecho”, ya que no tiene sanción institucional, más bien una junta militar— marcan un parteaguas en el declive de la República romana, la cual, inmersa en el enfrentamiento entre *optimates* y *populares*, irán debilitando más las instituciones.

Por último, el segundo triunvirato —este sí con sanción institucional— y la adquisición de un poder individual casi absoluto de Julio César, marca el fin de la República, ya que rompe frontalmente con los *mos maiorum* y la separación de las funciones tal y como antaño estaba diseñado.

Victor Manuel Collí Ek

205. CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

En un país federal, hay control difuso por jueces locales cuando estos 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 esta 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 solo 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. Solo 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, este 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 incompa-

tibilidad de una ley con un tratado internacional solo 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 solo podía ejercerse de manera subsumida en el control de constitucionalidad, pero como este 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, este sí lo podían ejercer los jueces locales en México, incluso antes de 2011, pero solo 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 solo 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 aquel se limita a salvaguardar, exclusivamente, los derechos humanos que establece el propio ordenamiento local" (tesis P. XXXIII/2002). Actualmente, las Constituciones 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 solo 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 solo 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, enten-

diendo 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)* solo en casos de incompatibilidad insubsanable, acudir a la inaplicación de la norma local como *ultima ratio* del control difuso.

Carlos Emilio Arenas Bátiz

206. 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 esta 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”, esta 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, estas 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 este, 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 esta 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, dándole a conocer al electorado y produciendo, de esta manera, efectos de diversa índole y, por tanto, *difusos*.

Pablo Abreu Sacramento

207. CONTROL POLÍTICO

La expresión “control” significa más que vigilar o fiscalizar las actividades de otros o las propias. En términos políticos y jurídicos se entiende por control los métodos que evitan el ejercicio abusivo del poder para que se acaten las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley. El poder no debe superar los límites contemplados en el orden jurídico. El control es un vehículo para hacer efectivas las limitaciones al poder y asegurar la observancia del orden jurídico.

Según los autores clásicos, como Karl Lowenstein y Galeotti, para que exista control debe haber sanción. Ellos señalaron que el fin del control político es poder exigir responsabilidad política para que una autoridad dé cuenta a otra o a la sociedad sobre el cumplimiento de las funciones o competencias asignadas.

No obstante lo expresado por ellos, el control es más amplio, lo que significa que existen límites, instituciones y procedimientos de vigilancia, así como supervisión de dichos límites y además sanciones que puedan ser aplicadas por medios coactivos. La sanción puede ser una consecuencia del control, pero no equivale totalmente a este.

Existen diversas clasificaciones de control. Por su temporalidad puede ser previo —antes de la realización de los actos—, concomitante —se realiza al mismo tiempo de las funciones— y posterior —cuando se efectúa concluidas las atribuciones—.

Otra clasificación distingue al control por su conformidad con el orden jurídico. Hay control general y difuso que no está institucionalizado jurídicamente, por ejemplo, los medios, la opinión pública y otros controles sociales no institucionalizados; y los controles institucionalizados que se encuentran previstos en el orden jurídico, por ejemplo, para garantizar la división de poderes o el Estado federal.

Lowenstein clasificó al control de acuerdo con su ámbito de actuación y lo dividió en controles verticales y horizontales. Los primeros existen entre la sociedad y el Estado, fundamentalmente cuando la sociedad o sus integrantes

se enfrentan e impugnan los actos u omisiones del Estado. Los horizontales operan dentro del Estado y se dividen en intraorgánicos, que son los que se articulan al interior de un órgano o poder, e interorgánicos, que funcionan entre los distintos órganos o poderes estatales de manera recíproca, y en los que gracias a la cooperación se evita la concentración de facultades y el bloqueo de actuación entre poderes.

En un sistema democrático, según Loewenstein, hay cuatro tipos de controles interorgánicos: 1) del ejecutivo al legislativo; 2) del legislativo al ejecutivo; 3) del judicial hacia el legislativo y ejecutivo, y 4) del electorado hacia los tres poderes a través de las elecciones o de los medios de democracia directa, participativa, deliberativa y comunitaria.

Esta última clasificación de controles interorgánicos debe ser reformulada para establecer los controles propios de un Estado federal que evitan el avasallamiento de las autoridades federales sobre las estatales y municipales, y los controles que ejercen los órganos constitucionales autónomos sobre los tres poderes formales clásicos y los poderes fácticos.

Una clasificación más alude a controles realizados por un órgano político, como fue el caso en México del Supremo Poder Conservador previsto en las Siete Leyes Constitucionales de 1836; controles ejercidos por un órgano neutro —en los sistemas de monarquía parlamentaria se piensa que esa es la función de la Corona—; controles realizados por un órgano jurisdiccional para ejercer el control de constitucionalidad; controles por órgano mixto, en donde el control de constitucionalidad lo efectúa un órgano de naturaleza política y jurídica.

En una democracia, además del control de la sociedad hacia el Gobierno mediante los mecanismos de democracia representativa, participativa, deliberativa y comunitaria con los que contamos, uno de los controles más importantes hacia el Gobierno, además del jurisdiccional que se ejerce principalmente con los instrumentos de control de constitucionalidad y ahora de convencionalidad, es el control político de carácter parlamentario. Este control es diverso, si estamos en presencia de un régimen parlamentario o de uno presidencial.

Los controles en el régimen parlamentario son fundamentales —además de los tradicionales— para la aprobación de los presupuestos, las cuentas públicas, la ratificación de los tratados o la aprobación de las leyes, las mociones de censura y las cuestiones de confianza. Mediante las mociones de censura, una mayoría parlamentaria puede deponer a un Gobierno, y cuando esta es constructiva, la mayoría designa inmediatamente a otro en sustitución del primero. Por medio de las cuestiones de confianza se afirma el respaldo mayoritario del Parlamento al Gobierno y se garantiza su continuidad; estas dos figuras constitucionales actualizan las relaciones de confianza entre ambos y la responsabilidad política mutua entre ellos.

En un sistema presidencial como el mexicano, entre los controles con efectos materiales que ejerce el legislativo sobre el ejecutivo —que pueden traer aparejada sanción—, podemos señalar los siguientes: la participación del legislativo en la discusión y aprobación de las iniciativas de ley del ejecutivo; el veto del ejecutivo a las leyes aprobadas; la superación del veto; las facultades legislativas en los mecanismos de intervención federal; la ratificación de los tratados por parte del Senado; la ratificación de nombramientos del ejecutivo

que realizan ambas cámaras; la elección de los ministros de la Suprema Corte con participación del ejecutivo y del Senado; el nombramiento de los titulares de los órganos constitucionales autónomos; el juicio político; la declaración de procedencia o desafuero; el juzgamiento de las responsabilidades penales del presidente por el Senado de la República; la aprobación del presupuesto y la cuenta pública; la aprobación de la ley de ingresos; la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo; la aprobación de la Estrategia Nacional de Seguridad Pública; la aprobación de la Estrategia en materia energética; las atribuciones del Congreso en la designación de los presidentes provisionales, interinos o sustitutos; la intervención del Congreso en la calificación de la renuncia del presidente; la facultad del legislativo para autorizar salidas del ejecutivo o de las Fuerzas Armadas del territorio nacional al ejecutivo; las facultades del Congreso en materia de suspensión de garantías; las atribuciones del Congreso para declarar la guerra; las atribuciones del Congreso para supervisar las labores de la Guardia Nacional; las atribuciones del Senado sobre la desaparición de poderes de las entidades federativas, etcétera.

Entre los instrumentos de valoración política del legislativo a la acción del ejecutivo en México, que no necesariamente traen aparejada sanción, encontramos: el informe presidencial; el análisis del informe presidencial; las comparecencias de los secretarios de Estado y otros funcionarios; la pregunta parlamentaria; las comisiones de investigación para la Administración pública descentralizada, o las solicitudes de información al ejecutivo.

Es posible que en México se apruebe la figura de revocación de mandato, que constituirá un mecanismo de control político de la ciudadanía hacia los gobernantes. A través de este método de democracia directa, los ciudadanos podrán revocar la confianza a los gobernantes electos, incluyendo al presidente de la República. Los rasgos característicos de este mecanismo jurídico-constitucional son: 1. es un derecho político reconocido a los ciudadanos, previsto constitucional y legalmente en algunos países; 2. tiene por objeto la destitución de un servidor público de elección popular antes que expire el periodo de su mandato; 3. requiere el acuerdo de la mayoría de los electores que participan en el revocatorio en el porcentaje que establezca cada Constitución, y exige un porcentaje de ciudadanos para iniciarlo; 4. su carácter vinculante depende de la determinación de la propia Constitución; 5. puede promoverse con expresión de causa o sin determinación de ella, con pruebas o sin ellas. Las causas y las pruebas no son importantes. Se trata de una decisión ciudadana; 6. no debe confundirse con el *impeachment* o juicio político ni con ningún otro procedimiento de responsabilidad de carácter jurídico, y 7. es un procedimiento eminentemente político, en el sentido de que los ciudadanos tienen el derecho, en ejercicio de su soberanía, de deponer a sus gobernantes electos por medio de una consulta organizada para ese fin.

Jaime Cárdenas Gracia

208. CONTROL POLÍTICO EN LOS PAÍSES SOCIALISTAS

La introducción de un control jurisdiccional de constitucionalidad *stricto sensu* fue tenazmente combatida por algunos ordenamientos, contemporáneos o del pasado. La hostilidad frente a un juez de las leyes puede atribuirse a dos razones principales y además, por decirlo de algún modo, dogmáticas: la división de poderes (en Francia) y la superioridad del Parlamento (en Inglaterra).

En los países socialistas, para frenar la introducción de un control jurisdiccional de constitucionalidad, se usó la teoría que allí se contraponía a la de Montesquieu: o sea, la unidad del poder estatal (P. Biscaretti Di Ruffia, 1988).

Es sabido que la forma de Estado socialista rechaza la división de poderes, estando el poder concentrado (al menos formalmente) en el *soviet* como representante de los ciudadanos. En este tipo de Estado ni el conocido principio de la doble dependencia deja espacio alguno para el ejercicio de actividades de control externo a las asambleas. Estas no solo están llamadas a probar las leyes ordinarias, sino también las constitucionales, aunque ateniéndose a procedimientos especiales y/o mayorías, siempre aseguradas por la disciplina impuesta por el partido único o hegemónico.

Por tanto, la actuación de verdaderos y singulares tribunales constitucionales ha sido rechazada y fue considerada, durante la vigencia del bloque soviético, no coherente con el orden de las instituciones y con las ideas guía que las inspiran.

En cambio, resultaba plenamente compatible con ese sistema que la tarea de vigilar la conformidad de las leyes con la Constitución y, más en general, que se aplicara la misma, se otorgara a la propia asamblea representativa o al órgano más restringido y permanente del Parlamento: el *Praesidium*. En este sentido tenemos, por ejemplo, las constituciones de Rumania (1965), República Democrática Alemana (1968), Bulgaria (1971), Hungría (1972), Albania y Polonia (ambas de 1976), Unión Soviética y Cuba (1977) y China (1978)); mientras que el ejercicio del control solo se confirió a un tribunal en casos esporádicos, por ejemplo, Polonia (reforma de 1982), Checoslovaquia en 1968 —donde, no obstante, el instituto nunca se puso en marcha—, Yugoslavia (constituciones de 1963 y 1974), URSS según la Constitución de 1924 y las reformas de 1988 y de los dos años posteriores, y Hungría (reforma de 1983).

Sin embargo, en la actualidad todo esto forma parte de la historia del derecho, puesto que en casi todos estos ordenamientos se ha rechazado la forma de Estado socialista, en favor de un modelo liberal-democrático, y con ello, la adopción de formas más acabadas y completas de control de constitucionalidad de leyes.

Con respecto a las experiencias socialistas aún vigentes, en Cuba, la historia del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales previsto en la Constitución de 1940 y desarrollado por la Ley 7/1949 tuvo punto final, de hecho, con el golpe de Batista y la Ley constitucional de 1952. Mantenido formalmente vigente por la Constitución castrista de 1959, el control de constitucionalidad desapareció oficialmente con una ley de 1976, ni está previsto en el texto de la nueva Constitución aprobada con el referéndum de febrero de 2019, cuyo artículo 108 establece que: “Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular: [...] c) decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y las demás disposiciones generales”.

En China, la Constitución prevé en el artículo 5 que “Cada acto que viole la Constitución y las leyes debe ser perseguido”; sin embargo, a pesar de algunas propuestas hechas durante la elaboración de la Constitución de 1982 para introducir un órgano especial, el control de constitucionalidad se incardinó firmemente a la Asamblea Popular Nacional, a la cual el artículo 62.2 confía la tarea de “supervisar la aplicación de la Constitución”, mientras el artículo 67.1 confiere a la misma y a su Comité permanente la de interpretarla y con-

trolar su aplicación (con la salvedad de que la Asamblea puede anular las decisiones “inapropiadas” del Comité: art. 62.11 constitucional). Más aún, para permitir el cambio radical de curso en beneficio del liberalismo económico, se afirmó la doctrina de las violaciones “necesarias para el desarrollo del país”, respaldando con ello la primacía de la política sobre el derecho; y de cualquier forma no se dan en la experiencia casos de anulación de leyes por violación de la Constitución (A. Rinella).

Junto con la categoría tratada aquí podría ser abordado el control que ejercitaba en Portugal el Consejo de la Revolución antes de la promulgación presidencial, con conexo poder de veto suspensivo, o en vía sucesiva, también por omisión (el caso se refiere, sin embargo, a una fase de transición, antes de la instalación definitiva del sistema político-institucional.)

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

209. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

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; solo 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

210. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD (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 solo 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 sola-

mente 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. *Etapas 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, este 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 este 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 este 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.

José Manuel Chavarín Castillo

211. CONTROL RELIGIOSO

Como ha sostenido G. Morbidelli, “Contribuye a la idea de ley fundamental un doble (pero no siempre concurrente) tipo de razones. Por un lado, la convicción, sea de derivación filosófica o de derivación religiosa, de la superioridad de leyes que encuentran su fundamento en principios no efímeros, y más bien inviolables, porque son expresión de la coincidencia entre las leyes de los hombres y las leyes de Dios (‘derecho natural’) y, por el otro, la superioridad de las leyes es el resultado de largos y complejos ‘ajustes’ entre los diferentes poderes y las clases sociales: ajustes que pueden encontrar derivación en documentos formales (como la carta magna)”.

Corrientes recientes y nuevas evoluciones recuperan una visión de la justicia constitucional más desligada del derecho positivo y sujeta a ideas trascendentes. En Occidente, a través del neoconstitucionalismo; en otros lugares, acogiendo la idea “formal” de justicia constitucional, pero utilizando como parámetro principal la ley religiosa.

En la República de Irán, que se caracteriza por una forma de Estado teocrático (o mejor dicho, hierocrático), se asume que el Corán es la Ley Fundamental y la *Shari’a* es la fuente suprema de la ley (arts. 2 y 4 constitucionales), aplicable a todos los artículos de la Constitución; de aquí, el artículo 72 establece ilegitimidad de la legislación contraria a las directivas de la religión oficial y el artículo 170 la obligación para los jueces de desaplicar las normas en conflicto con la ley islámica.

Para comprobar que ningún acto aprobado por el Parlamento sea contrario a la Constitución existe, a su vez, sujeto a los principios del Islam, un Consejo de Guardianes compuesto por 12 jueces, donde la mitad de los miembros provienen del clero, nombrados una parte por el líder supremo y la otra por el Parlamento, que tiene el poder de decidir previamente sobre todos los actos parlamentarios.

Salvo que se justifique de otro modo, el Consejo se pronuncia dentro de 10 días, asumiendo como primer parámetro los principios del Islam, según la opinión de los seis miembros religiosos y después la Constitución (con decisión colegiada). Los documentos que no cumplen con las normas son enviados otra vez al Parlamento para su reconsideración, siendo previstos procedimientos de conciliación y posible participación de los guardianes en la deliberación parlamentaria (art. 97).

En Egipto, con los recientes desarrollos (2014), la interpretación de la Constitución está subordinada en menor medida a las limitaciones de la Constitución anterior (2012), ya sea porque afecta a las “reglas ciertas” del derecho islámico, sobre las cuales el Tribunal no tiene discrecionalidad, o bien, por la obligación de consultar a la Universidad (islámica) de Al-Azhar sobre cuestiones que comprometen el derecho religioso. A pesar de que en parte ha cambiado el controlador, se mantiene el mismo parámetro, la *Shari'a*, que continúa considerando a la Constitución como la fuente principal de derecho.

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

212. 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

213. CONTROL SOBRE ACTOS POLÍTICOS

Sin lugar a dudas, cuando referimos el concepto de control identificamos la expresión de límite al ejercicio del poder, necesario para la organización y buen funcionamiento del Estado que, de conformidad con las normas y específicamente con la Constitución, bajo un sistema democrático y transparente, permite el equilibrio de los diversos órganos de autoridad.

Así, podríamos señalar que el Estado de derecho se fortalece en gran medida por el influjo que los mecanismos de control ejercen sobre los actos del Estado, ya sea entendido como las normas, en su dimensión de acto de autoridad proveniente de una potestad formal y materialmente válida que lleva a cabo el proceso legislativo correspondiente; o bien, aquellas conductas que en el ejercicio de sus atribuciones públicas emiten las autoridades.

Vale la pena tener presente que la existencia de las constituciones y los límites implementados por las mismas a través del principio de separación de poderes y del federalismo como organización política del sistema, representan en sí mismos una forma de control, los cuales actúan consecuentemente como una garantía de la democracia como forma de gobierno y al constitucionalismo imperante a través de la implementación de nuestra carta fundamental desde 1917.

Ha ocurrido, por tanto, que a partir de las diversas atribuciones otorgadas a los órganos del Estado por las propias disposiciones normativas, resulte fundamental el análisis de los mecanismos, ya sea formales o materiales, políticos, jurídicos, o bien, procesales, en sus diversas manifestaciones, preventivos o posteriores, que permiten amplios márgenes en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y hacen posible la exigencia de responsabilidades que, en el ejercicio de sus funciones, los órganos del Estado tienen frente a un sistema jurídico.

Es por estas razones que se denomina control sobre actos políticos a los mecanismos tendentes a garantizar que los actos y normas de carácter político se conformen a lo dispuesto por la Constitución y las leyes integrantes de un sistema jurídico. Su finalidad se ve inmersa en un sistema de legalidad que permita combatir las transgresiones que en el ejercicio del poder fragmenten a las instituciones y a las normas jurídicas que integran al Estado de derecho.

Ahora bien, debe considerarse la existencia de un catálogo de instrumentos de control diverso. Al respecto, Diego Valadés señala que la expresión formal de los controles políticos aparece en la Constitución y en sus disposiciones reglamentarias; pero el contenido material suele ir más allá de la relación entre los órganos de poder a que la Constitución hace referencia.

A partir de esa idea surgen numerosas posibilidades de manifestación del control de actos políticos que coadyuvan a la prevención del perjuicio de las relaciones sociales y especialmente políticas como piedra angular del comportamiento institucional. Entre ellas podríamos enumerar algunas que identifican el interés de los gobernados, o bien, aquellas que vigilen o eviten las conductas lesivas realizadas por los representantes del Estado en aras de mantener un equilibrio normativo que permita, inclusive, su legitimidad frente a sus representados.

Retomando la propuesta de Valadés e indicando que la doctrina distingue entre control y garantía, considerando a la segunda como la “salvaguarda de las condiciones de normalidad constitucional en el funcionamiento del Estado”, y a la primera como “responder, en la confrontación con el Parlamento”, podríamos advertir dos sentidos diferentes que apuntan nuevamente a la evaluación, revisión y verificación de los actos políticos a través de un método, que inclusive admitan sancionar, a través de instrumentos coactivos determinados en las leyes, la presencia de un comportamiento arbitrario por parte del Estado y que confirman que control y garantía son conceptos diversos.

Carla Huerta Ochoa ofrece una definición de control apoyada en Karl Loewenstein que se manifiesta en dos maneras: *a)* obligatorio y recíproco, por participar dos o más órganos en la realización de actos estatales en virtud de una norma jurídica, ya que estos solo podrán llevar a cabo determinadas funciones conjuntamente, o *b)* un control discrecional y unilateral, si es de un órgano respecto de otro; se considera facultativo por dejar al arbitrio de ese órgano, la decisión de ejercer o no el control, pues el detentador individual del poder está facultado constitucionalmente para intervenir en la actividad de otro y frustrar su acción.

Luego entonces, es claro que uno de los elementos que acompañan a la definición del control sobre actos políticos podría expresar la existencia de la sanción como consecuencia del desacato a las leyes por la autoridad, y cuyo

objetivo es reparar la lesión y fungir como herramienta de persuasión en conductas similares futuras.

El control sobre actos políticos puede manifestarse como preventivo y posterior. El primero puede o no encontrarse institucionalizado, pero su pretensión es evitar el desacatamiento de la conducta contemplada en el orden legal; en el segundo, el control posterior se actualiza una vez llevado a cabo el acto de conducta por parte de la autoridad, en ese caso existe la necesidad de sancionar e inclusive reparar por la violación sufrida al sistema de legalidad.

El control de actos políticos podría entenderse como sinónimo de control político que se ejercita contra actos del gobierno, y facilita el buen funcionamiento de los diferentes órganos del Estado, en donde el ente que ejerce dicho control despliega un freno sobre los actos del organismo controlado, cuya naturaleza es política y, por ende, va en contra de la voluntad de los gobernados, atribuyéndole dicho significado por la función que lleva a cabo la autoridad sancionada.

Jaime Arturo Verdín Pérez

214. 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 solo 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

215. 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 ór-

gano 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 este 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 estas 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 este que correspondía a la Suprema Corte de

Justicia, desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias que se suscitaran de un estado con otro, y de aquellos en los que la Unión fuere parte.

En el proyecto de Carranza se indicó que correspondía solo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se suscitaran 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 solo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le competía conocer de las controversias que se suscitaran 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 solo competía a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se suscitaran 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 suscitaran 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 estas 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 aquel 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 Fe-

deral, 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 solo 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

216. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (ALCANCES Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS)

Dado que en la controversia constitucional (CC) es posible impugnar actos y normas generales, los efectos posibles de las determinaciones de invalidez variarán según el objeto impugnado.

En todos los casos, como requisito intrínseco de la sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) deberá establecer los efectos y alcances de la misma, fijando con precisión los órganos obligados a cumplirla.

Actos como objeto impugnado. Cuando se determine la invalidez de un acto, se requiere solamente de una mayoría simple. Eso es, se requieren tres votos (si la controversia se radicó en Sala) o seis votos (si la controversia se radicó en Pleno).

Al analizar actos, la SCJN ha determinado en casos excepcionales (CC 10/2005) que si la suspensión detuvo la generación de efectos del acto concreto, puede determinarse que la sentencia de fondo tiene una retroactividad material, es decir, si la suspensión mantuvo las cosas en el estado en que se encontraban previo a la violación, puede considerarse que la situación jurídica no tuvo modificativo con la sentencia que reconoció la legalidad del estado de cosas previo (Jurisprudencia P./J. 71/2006, “Controversia constitucional. La sentencia de invalidez excepcionalmente puede surtir efectos a partir de la fecha de presentación de la demanda”). Se han establecido también efectos positivos (reinstalación municipal en la CC 32/1997) e, inclusive, al analizar omisiones legislativas, se ha ordenado emitir legislación con ciertos estándares y dentro de un plazo determinado (CC 61/2010).

Normas como objeto impugnado. En el caso de conflictos *sub specie legis*, los efectos varían según la votación concreta, así como los órganos u órdenes jurídicos parte en la controversia (véase las jurisprudencias P./J. 9/99, “Controversias constitucionales. Los efectos generales de la declaración de invalidez de normas generales, dependen de la categoría de las partes actora y demandada” y P./J. 76/2006, “Controversia constitucional. Efectos de la sentencia dictada en esta vía cuando la federación haya impugnado una norma general del distrito federal”).

El artículo 105 constitucional establece un sistema absolutamente asimétrico respecto a los efectos de las impugnaciones. En ese sentido, si un nivel competencial superior impugna normas de un nivel competencial inferior, los efectos pueden ser generales si se presenta una mayoría de ocho votos (es decir, la federación impugna una norma de un estado o un estado de un municipio). El mismo efecto ocurre en los incisos c) y h) de la fracción I del artículo 105 constitucional, es decir, impugnaciones entre la tríada de poderes de la Federación o de los estados.

En los casos restantes, la mayoría requerida de ocho votos no se modifica, pero la resolución solo tendrá efectos entre las partes, es decir, subsistirá la norma inconstitucional a pesar de haber sido votada por la mayoría calificada respectiva (y no subsistiría si la misma norma hubiera sido analizada en la condición asimétrica relatada anteriormente. Por ello, a pesar de que la conocida controversia constitucional *Cherán* (32/2012) determinó la invalidez de una reforma constitucional estatal por falta de consulta previa a un municipio de población mayoritariamente indígena, los efectos únicamente se dieron entre las partes y no fueron generales.

Se ha empleado la terminología “invalidez absoluta” e “invalidez parcial” para distinguir ambas posibilidades. En todos los casos anteriores, cualquier votación menor a ocho votos (así sea mayoría) trae la desestimación del concepto de invalidez, es decir, una mayoría de seis sobre cinco o una clara mayoría de siete sobre cuatro a favor de la inconstitucionalidad traen como consecuencia que se desestime el planteamiento.

Efectos retroactivos. El propio artículo 105 constitucional establece la imposibilidad de otorgar efectos retroactivos a las sentencias de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad; sin embargo, expresamente se exceptúa de lo anterior la materia penal, en la cual es posible establecer efectos retroactivos.

Extensión de efectos. La institución de la extensión de efectos no está contemplada en artículo 105 constitucional, pero ha sido desarrollada por la ley reglamentaria. Así, el artículo 41, párrafo IV constitucional dispone que los efectos “deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada”. Lo anterior es la consecuencia lógica del principio kelseniano de validez, es decir, si se invalida una ley, naturalmente su reglamento resulta inválido al tener sustento normativo en este (piénsese en la jerarquía normativa piramidal).

Una cuestión que surge como duda es la naturaleza de la expresión “cuya validez dependa”. ¿Qué significa esto? ¿Debe entenderse como una simple relación o jerarquía normativa? Por el fraseo del artículo y la interpretación de la propia extensión de efectos, ello debería implicar jerarquía normativa.

Debe, sin embargo, mencionarse el precedente aislado de la acción de inconstitucionalidad 79/2015 (a pesar de ser acción, se menciona porque los efectos entre ambos procesos son compartidos y por lo relevante del precedente). En dicha acción, se impugnaba un precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de un estado que reiteraba contenido normativo de la Constitución local. Así, la SCJN invalidó la norma contenida en la Constitución del estado por extensión de efectos, es decir, extendió efectos de una norma inferior (Ley Orgánica del Poder Judicial) a una norma jerárquicamente superior (Constitución local). Para ello, se refirió: “Sin que sea óbice que la norma cuya invalidez se declara por extensión pertenezca a la Constitución Política del Estado, toda vez que la finalidad de la invalidación indirecta es hacer coherentes las disposiciones del orden jurídico estatal, con el propósito de generar seguridad jurídica; de lo contrario, subsistirían en el sistema normativo disposiciones contrarias a la Constitución Federal, cuya aplicación tornaría ineficaz la invalidez decretada por el Tribunal Pleno”.

Naturalmente, la “extensión” de efectos es problemática en el caso reseñado, pues la Constitución local no depende de su validez de la Ley Orgánica

del Poder Judicial local (que sí depende para su validez de aquella). El ministro Pardo Rebolledo emitió un voto particular en el cual criticó fuertemente la extensión de efectos, dado que “se invalidaron por extensión normas de grado superior, pues las normas constitucionales son en sí la base de la que se declaró inconstitucional”. Además, acertadamente refirió que “Así, no se puede sostener que la validez de la norma de la Constitución del Estado de Veracruz, depende de la validez de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, pues como se ha señalado, la Constitución local es de grado superior y base de la secundaria”.

Mauro Arturo Rivera León

217. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (ALEGATOS)

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 resolutive, 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 resultan 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 es-

pecificarse 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, estas, 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 esta 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 esta 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 estas 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”. Estos 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.

Maria Amparo Hernández Chong Cuy

218. **CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES (CAUSAS DE IMPROCEDENCIA Y SOBRESEIMIENTO)**

Las causales de improcedencia son aquellas razones que impiden a un tribunal pronunciar una resolución de fondo en un asunto, por existir un impedimento técnico insalvable para ello. Por su parte, las causales de sobreseimiento (con estrecha relación a las causales de improcedencia) son aquellas razones por las cuales un tribunal no puede continuar el trámite, substanciación o resolución de un asunto, por emerger una razón técnica impeditiva para ello.

El propio artículo 25 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la expresión “motivo manifiesto e indudable de improcedencia”. Es decir, la improcedencia debe causar certeza y plena convicción de que, aun cuando se admitiera la demanda, no sería factible obtener una convicción diversa. La simple sospecha de improcedencia, así, no justifica el desecamiento de plano, independientemente de que la sentencia resultante aprecie la improcedencia. En ese sentido, no puede realizarse un complejo estudio para inadmitir la demanda, pues un análisis minucioso (incluso de su improcedencia) estaría reservado para la sentencia definitiva y no para el auto que la admite.

Momentos en que se aprecia la improcedencia. Dada la naturaleza uninstitucional de la controversia constitucional (CC), la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) debe llevar su trámite. Por ello, la propia ley reglamentaria dispone el nombramiento de un ministro instructor a fin de que ponga el proceso en estado de resolución (art. 24). De acuerdo con la ley reglamentaria, el ministro instructor es el encargado de analizar integralmente la demanda y admitirla (total o parcialmente) o, en su caso, desecharla.

En ese sentido, el ministro instructor es quien aprecia, de primera mano, las causales de improcedencia. Contra su determinación (admisión o inadmisión) procede el recurso de reclamación en términos del artículo 51, fracción IV, de la ley reglamentaria. Una vez que el ministro instructor ha admitido, no puede *motu proprio* realizar una nueva apreciación sobre la improcedencia (véase la tesis de la Primera Sala 1a. XCVIII/2008, de rubro “Controversia constitucional. Cuando el ministro instructor admite la demanda ya no puede, durante el desarrollo del proceso, hacer determinación alguna sobre su

improcedencia”). Ahora bien, la Sala o el Pleno, según sea el caso, pueden realizar una nueva apreciación sobre la procedencia o improcedencia en la sentencia dictada. Es decir, la determinación del ministro instructor no es firme y la última apreciación corresponde al órgano que resuelve. Aunado a ello, debe recordarse que el análisis de las causales de improcedencia es oficioso, esto es, aun si no se alegare una causa de improcedencia, tanto el ministro instructor como el órgano que resuelve (sea Pleno o Sala) pueden apreciar la actualización de una causal.

La consagración expresa de causales de improcedencia es poco usual en el derecho comparado (más aún en un catálogo tan extenso), al menos en el europeo, con lo cual se ve en la CC una influencia de la ley de amparo y el proceso genérico de amparo mexicano.

Consagración de causas de improcedencia. En las controversias constitucionales, las causas de improcedencia tienen dos fuentes: pueden estar contenidas en la Constitución o pueden ser, como usualmente acontece, de configuración legal. Así, el propio artículo 105 constitucional dispone la imposibilidad jurídica de conocer en vía de CC de cuestiones relativas a la materia electoral (causal que se reitera en la fracción II del art. 19 de la ley reglamentaria). Sin embargo, la mayor parte de las causales de improcedencia están establecidas directamente en la ley, en concreto, en el citado artículo 19. Estudiaremos dichas causales de forma pormenorizada.

Fracción I (contra decisiones de la SCJN). Esta causal de improcedencia evita el cuestionamiento de actos del máximo órgano de control constitucional del país que, por otro lado, tampoco puede ser parte en la controversia constitucional (requisito indispensable para que pudiera controvertirse un acto suyo), en tanto no se menciona en el listado de la fracción I del artículo 105 constitucional.

Fracción II (materia electoral). Como se ha mencionado, actos en materia electoral no pueden ser impugnados en CC. El verdadero cuestionamiento que surge aquí es: ¿qué debe entenderse por materia electoral? La SCJN ha entendido que la materia electoral comprende “[...] todos aquellos aspectos vinculados directa o indirectamente con los procesos electorales o que influyan en ellos” (P./J. 49/2005), como la designación o creación de órganos administrativos para fines electorales (RR 2014-PL), entre otras. De esta suerte, en la CC 15/2003 se afirmó que un decreto de un Congreso local que crea un municipio no tenía carácter electoral, a pesar de prever en un artículo transitorio la celebración de elecciones del recientemente creado ayuntamiento. Así, se mencionó que no nos encontrábamos en materia electoral, puesto que el decreto no instituía “[...] principios rectores para la elección de un Ayuntamiento, ni cuestiones organizativas, administrativas o de otra índole relacionadas con las funciones de las autoridades electorales o la creación de órganos administrativos para fines del sufragio, organización de las elecciones, financiamiento público, comunicación social de los partidos políticos, límites a las erogaciones y montos máximos de aportaciones, delitos, faltas administrativas y sus sanciones, distritación o redistribución [...]” (P./J. 105/2004).

Desde la CC 114/2006 se ha establecido que para cerciorarnos de que no existe un impedimento material (materia electoral) para conocer de la controversia constitucional deben realizarse los siguientes análisis: 1) cercio-

rarse de que la impugnación no recaiga sobre leyes generales en materia electoral; 2) comprobarse que no se combaten actos y resoluciones cuyo conocimiento exclusivo es de autoridades de justicia electoral, y 3) satisfacerse el resto de condiciones previstas por la Constitución y la ley —en otras palabras, analizar que el conflicto esté previsto en el artículo 105 constitucional— (CC 114/2006, P./J. 125/2007). Por tanto, no todo tema conectado con la materia electoral recae en la exclusión material. Por ejemplo, a pesar de su conexión, no recae en la materia electoral la asignación presupuestaria a órganos electorales (RR 74/2005-PL y tesis 1a. LII/2005), siempre que no se contenga en una norma electoral *per se* (CC 97/2008 y 1a. C/2010), o la designación de autoridades interinas por parte de congresos locales (CC 114/2006).

Fracciones III y IV (litispendencia y res judicata). La CC es improcedente contra actos materia de controversia distinta que aún se encuentre pendiente de resolución. Esta causal obedece a la natural preservación de congruencia en las sentencias y al hecho de que el ejercicio del derecho de acción agota la capacidad impugnatoria de cuestionar el mismo acto o norma por una segunda ocasión si hay identidad de presupuestos.

Por otro lado, la improcedencia de la fracción IV obedece al principio de cosa juzgada, es decir, la firmeza incuestionable que adquiere una determinación jurisdiccional última (véase la jurisprudencia P./J. 137/2000, de rubro “Controversia constitucional en contra de una resolución dictada en acatamiento de una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Son inoperantes los conceptos de invalidez que versen sobre el exceso o defecto en el cumplimiento de la ejecutoria o sobre cuestiones que constituyan cosa juzgada”).

Fracción V (cesación de efectos). Esta fracción dispone la improcedencia de la CC por cesación de efectos del acto o norma general objeto de la controversia. Esta causal sobreviene con frecuencia durante la tramitación de controversias, mientras que si la norma impugnada se modifica (o simplemente se deroga) y no se tramita ampliación de la demanda, estamos ante la cesación de efectos de la norma misma (véase la jurisprudencia P./J. 18/2013, de rubro “Controversia constitucional. Si con motivo de un nuevo acto legislativo se modifica o deroga la norma impugnada y la nueva no se combate mediante un escrito de ampliación de demanda, debe sobreseerse en el juicio por cesación de efectos”).

De hecho, el Pleno de la SCJN ha llegado incluso a diferenciar la operación de la causal de cesación de efectos en amparo y en CC, dada su similitud. Dicha diferencia radica en que, en CC, basta que dejen de producirse los efectos de la norma (de hecho, esta causal de improcedencia es aplicada con frecuencia en acciones de inconstitucionalidad. Véase la jurisprudencia de pleno P./J. 47/99, de rubro “Acción de inconstitucionalidad. Si durante el procedimiento es abrogada la norma general impugnada, debe estimarse que ha cesado en sus efectos, por lo que procede sobreseer en el juicio”) o el acto, dado que la declaración de invalidez no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal, mientras que, en amparo, debería restituirse al quejoso en el pleno goce del derecho vulnerado (Jurisprudencia P./J. 54/2001, de rubro “Cesación de efectos en materias de amparo y de controversia constitucional. Sus diferencias”).

Esta causal también tiene una actualización curiosa cuando en CC se resguarda la integración orgánica. Así, si un ayuntamiento impugnó actos que vulneran su correcta integración, debe considerarse que cesan los efectos del acto si sus integrantes concluyen el periodo para el que fueron electos (véase la tesis de Segunda Sala 2a. CXLV/2003, de rubro “Controversia constitucional. Cuando un ayuntamiento reclama actos que pretendan vulnerar su integración, y durante el trámite del juicio concluye su periodo de gobierno, debe de sobreseer por cesación de efectos”).

Fración VI (falta de agotamiento de la vía prevista para solución del conflicto). Esta causal de improcedencia probablemente sea una de las que menos aplicación ha tenido, al menos en el estricto entendimiento. ¿Qué vía previa podría existir para la solución de un conflicto ventilado en CC, como procedimiento uninstitucional?

En ese sentido, otros procesos de control constitucional como el amparo, la acción de inconstitucionalidad o los mecanismos de tutela judicial no podrían constituir vía previa. Entiéndase así, que el amparo está restringido a autoridades en su faceta de defensa orgánica de competencias (algo que quedó asentado con gran fuerza en el amparo en revisión 4521/90); la acción de inconstitucionalidad es un proceso autónomo con finalidades diferentes y, finalmente, la CC es inclusive improcedente en materia electoral como se ha sostenido.

Sin embargo, ¿pueden constituir vía previa los mecanismos de control constitucional local que prevén las entidades federativas a efectos de la actualización de esta causal? Es decir, ¿podría argumentarse que es necesario agotar la CC local (si la entidad lo prevé) antes de acudir a la CC federal, al ser una “vía previa”? Este argumento ha sido desestimado por la SCJN cuando se ha planteado. Así, ha sostenido que no debe agotarse vía previa (aun aquella prevista en una entidad federativa) si en la demanda se plantean violaciones a la Constitución federal (Jurisprudencia P./J. 116/2005, de rubro “Controversia constitucional. Si en la demanda se plantean violaciones directas a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, no es necesario agotar la vía prevista en la Constitución Política del estado (estado de Veracruz-Llave”). Por el contrario, se ha sostenido que si la totalidad de los conceptos de invalidez se hicieran depender de vulneraciones de la normativa local, tendría que agotarse la vía previa (Jurisprudencia P./J. 136/2001, de rubro “Controversia constitucional. La vía prevista en la legislación local solo debe agotarse para su procedencia cuando en los conceptos de invalidez no se planteen violaciones directas e inmediatas a la Constitución federal, sino que su transgresión se haga derivar de la vulneración a normas locales”). Esto, sin embargo, es poco común, pues el nivel de detalle de los preceptos constitucionales hace posible reconducir, en la mayoría de los casos, toda vulneración competencial a una vulneración a la Constitución federal. Incluso así, el hecho de que las resoluciones de la jurisdicción constitucional local sean revisables en sede federal y la falta de una articulación de controles constitucionales, fomentan a los actores a plantear la controversia directamente ante la Suprema Corte planteando vulneraciones a la Constitución federal (Rivera León, en Andrews *et al.* (coords.), pp. 221 y ss.).

Fración VII (extemporaneidad de la demanda). Consagra una causal de improcedencia que, en estricto sentido, era innecesario establecer, pues la constata-

ción de la oportunidad es un presupuesto de estudio oficioso para el Tribunal. Se remite al comentario respectivo sobre plazos en esta obra.

Fracción VIII (causal residual). La CC es improcedente cuando dicha improcedencia deriva de alguna disposición de la ley. Esta causal residual implica dejar abierta la puerta para que, potencialmente, pueda determinarse la improcedencia por razones que no han sido consagradas específicamente como causales, pero sí se encuentran establecidas expresamente en la ley. A través de esta causal, por ejemplo, se ha establecido que la falta de legitimación es causal de improcedencia (encuadrándola en la frac. VIII del art. 19, en relación con el art. 11 —que establece los medios para acreditar la representación y capacidad de los promoventes—). Así lo estableció la Primera Sala en la tesis 1a. XIX/97, de rubro “Controversias constitucionales. La falta de legitimación de la parte actora constituye causa de improcedencia”.

Causas de sobreseimiento. El sobreseimiento procede también en casos tasados por ley. De tal suerte, el artículo 20 de la ley reglamentaria establece las causales de sobreseimiento respectivas.

Fracción I (desistimiento). La primera causal de sobreseimiento es el desistimiento de la demanda. Sin embargo, este desistimiento, de acuerdo con la propia norma, atiende de formas diversas según el objeto impugnado. En el caso de normas generales, el desistimiento simplemente no procede. De hecho, si tomamos en cuenta que la CC procede por conflictos *sub specie legis*, sería comparable al desistimiento en acciones de inconstitucionalidad (sobre el desistimiento en acciones de inconstitucionalidad véase Umbach y Clemens, 2005, p. 937. Para el caso polaco, Królikowski, 2012, p. 110. En el caso español se ha sostenido que el Tribunal debe verificar primero: a) que exista identidad entre el actor y el promovente del desistimiento, y b) que no exista un interés constitucional susceptible de ser evaluado en el control abstracto. Véase el ATC 419/1986 EJ 2). O sea, la ley presupone un objetivo tuitivo del medio de control constitucional, como ocurre en otros países (sobre el desistimiento en procesos constitucionales también puede verse Rivera León, 2016, p. 273). Por su parte, el desistimiento es procedente en controversias constitucionales tratándose de actos en cualquier momento, siempre que sea expresamente antes del dictado de la sentencia (véase la jurisprudencia P./J. 54/2005, de rubro “Controversias constitucionales. El desistimiento de la demanda puede hacerse en cualquier etapa del procedimiento, siempre y cuando sea expreso y se refiera a actos y no a normas generales”). Para verificar la procedencia del desistimiento, la SCJN ha sostenido que, para efectos del desistimiento, es necesario que la persona que se desista tenga legitimación para representar al órgano o poder (nótese que la SCJN ha sostenido que la presunción legal que opera a favor de la promoción de una controversia constitucional no opera para su desistimiento. Jurisprudencia P./J. 40/2008, de rubro “Controversias constitucionales. Condiciones para la procedencia del sobreseimiento por desistimiento de la demanda”) y ratifique su voluntad ante un funcionario investido de fe pública —aunado, evidentemente, a que no se impugnen normas de carácter general— (Jurisprudencia P./J. 113/2005, de rubro “Controversias constitucionales. Condiciones para la procedencia del sobreseimiento por desistimiento de la demanda”).

Fracción II (causal de improcedencia sobrevinida). Procede sobreseer cuando durante el juicio sobreviniere una causal de improcedencia. Es decir, esta frac-

ción permite la interrupción del proceso cuando una causa de improcedencia (que no pudo ser detectada en la admisión de la demanda) sea clara e indubitable como acontece, por ejemplo, con la modificación de la norma previo al dictado de la sentencia o la revocación del acto por la propia autoridad demandada.

Fracciones III y IV (inexistencia genérica e inexistencia por convenio). Finalmente, la CC es improcedente cuando no se demuestra la existencia del acto reclamado o la norma. Naturalmente, si no existe acto o norma lesivo del ámbito competencial, no tiene caso proseguir con la CC. Sin embargo, la existencia o inexistencia del acto, por regla general, no debe ser apreciada por el ministro instructor al admitir la demanda, porque corresponderá a las partes demostrar la existencia o inexistencia de los actos durante la secuela procesal (véase la tesis 1a. CLXXVI/200, de rubro “Controversia constitucional. La determinación de la existencia de la norma general o actos impugnados no corresponde hacerla al ministro instructor al momento de dictar el auto admisorio, ya que se trata de un aspecto que las partes pueden acreditar durante la tramitación del juicio”).

Finalmente, la fracción IV permite que las partes hagan convenio sobre el acto materia de la controversia (una amigable composición) sin que el convenio pueda recaer sobre normas generales, al ser estas indisponibles (aunque nótese que la modificación de la norma, naturalmente, traería como consecuencia el sobreseimiento de la CC por cesación de efectos).

Mauro Arturo Rivera León

219. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (LEGITIMACIÓN)

En las controversias constitucionales, como en todo juicio, existen dos tipos de legitimación: la activa y la pasiva. La legitimación activa es aquella que se otorga a ciertas entidades, poderes u órganos para que impugnen un acto o norma que consideren afecta su esfera de atribuciones constitucionalmente asignada. Por su parte, la legitimación pasiva es la que recae sobre los poderes, entidades u órganos que pueden ser demandados precisamente por haber emitido los actos o normas que se consideren transgresores del ámbito competencial de otro.

La fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala, en sus diversos incisos, como sujetos legitimados para promover una controversia constitucional a: la federación, las entidades federativas, los municipios, el poder ejecutivo federal, el Congreso de la Unión (ya sea por conducto de la Cámara de Senadores, la Cámara de Diputados o de la Comisión Permanente), los poderes de las entidades federativas, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y los órganos constitucionales autónomos. Así, estos órganos son los que cuentan con legitimación activa para promover una controversia constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación actualmente entiende que este listado de órganos es limitativo y literal, aunque no siempre fue así. En los primeros años en los que la Corte resolvió controversias constitucionales, entendió que estas tenían como finalidad la salvaguarda del sistema federal, y que a través de ellas se pretendía lograr una defensa integral de todos los actos de todos los niveles de gobierno, con la finalidad de evitar que las autoridades

actuaran al margen de sus competencias (tesis P. LXXII/98, derivada de la controversia constitucional 51/96 resuelta en junio de 1998).

En esta lógica de entendimiento, el 4 de noviembre de 2003, el Pleno resolvió la controversia constitucional 28/2002 promovida por la Delegación Benito Juárez del Distrito Federal en contra del jefe de Gobierno, por la emisión del acuerdo por el que se expidieron las normas generales en materia de comunicación social para la administración pública de dicho orden. Al resolver esta controversia se sostuvo que la fracción I del artículo 105 constitucional no debía interpretarse en un sentido literal o limitativo, ni que estableciera un listado taxativo de los entes, poderes u órganos legitimados para promover una controversia, sino que esta fracción debía interpretarse en armonía con las normas del sistema federal y conforme al principio de división de poderes, con la finalidad de que no quedaran marginados otros supuestos de procedencia, por lo que se deberían favorecer hipótesis de procedencia que, aunque no estuvieran previstas expresamente en su texto, fueran acordes con la finalidad manifiesta de ese medio de control constitucional, que es precisamente salvaguardar las esferas de competencia de los órganos y poderes cuya existencia prevé la Constitución federal. De este modo, se consideró a la parte actora como órgano legitimado para promover dicha controversia, entendimiento que se siguió aplicando posteriormente en la resolución de diversas controversias —tales como la controversia constitucional 31/2006 resuelta en noviembre de 2006, de la que derivó la tesis de jurisprudencia P./J. 21/2007—.

En 2007, el criterio del Tribunal Pleno cambió al resolver el recurso de reclamación 58/2007, en el que se señaló que: *a)* el artículo 105 constitucional, en su fracción I, era un artículo cerrado y limitativo; *b)* el Instituto Federal Electoral, como órgano constitucional autónomo, no tenía legitimación para promover una controversia constitucional; *c)* sostener lo contrario sería tanto como agregar un inciso a la fracción I del citado precepto; *d)* el diseño constitucional era de “estancos exclusivos y excluyentes” conforme a los cuales, quien tenía legitimación para promover controversia constitucional no la tenía para promover una acción de inconstitucionalidad y viceversa, lo que generaba un equilibrio del diseño de este tipo de medios de control constitucional, y *e)* el Pleno no podía ampliar los supuestos de procedencia. Así, el criterio cambió y continuó aplicándose con este nuevo entendimiento.

Fue hasta la reforma constitucional de junio de 2013 que se incluyó el inciso l) en la fracción I del citado artículo y se legitimó a los órganos constitucionales autónomos para promover una controversia constitucional, agregándose de manera expresa al órgano garante previsto en el artículo 6 constitucional en febrero de 2014. Ya con este agregado a la fracción I, en 2015 se presentaron diversas controversias constitucionales promovidas tanto por comisiones locales defensoras de los derechos humanos como por tribunales electorales locales y tribunales de justicia administrativa locales; algunas se admitieron al considerarse a estos órganos como constitucionales autónomos y otras se desecharon —entre ellas las controversias 51/2015, 53/2015, 34/2016 y 66/2016—, y en ambos sentidos se promovieron recursos de reclamación —entre otros, los recursos 28/2015 y 23/2016—, en los que finalmente la Corte volvió a adoptar un criterio mayoritario en el sentido de una interpretación limitativa y restringida de la fracción I del artículo 105

constitucional, al señalar que los órganos actores no tenían legitimación activa para promover controversias constitucionales, toda vez que no estaban contemplados en ninguna de las hipótesis previstas por la fracción I del artículo en cita y que el constituyente permanente solo había legitimado a los órganos constitucionales autónomos federales para promover controversias constitucionales en contra del ejecutivo federal y del Congreso de la Unión. De este modo, el criterio de la Corte en cuanto a la legitimación activa para promover una controversia constitucional es limitativo y cerrado.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, la Corte siempre ha sostenido la distinción entre órganos originarios o primarios del Estado —siendo estos los legitimados activamente por estar contemplados en la Constitución federal y tener delimitadas sus competencias en la misma— y órganos derivados o legales, los que en ningún caso cuentan con legitimación activa; sin embargo, sí están legitimados pasivamente (tesis LXXIII/98). Así, la Corte ha sostenido que ciertos órganos, aun cuando no estén contemplados en la Constitución federal, sí cuentan con legitimación pasiva en controversias constitucionales y, por tanto, sí pueden ser demandados; por ejemplo, al resolver en enero de 2004 la controversia 1/2001 se consideró que la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECÉ) sí tenía legitimación pasiva, ya que emitía sus resoluciones con plena autonomía (tesis P./J. 10/2004. En relación con otros órganos se emitieron las tesis P./J. 15/2008 y P./J. 52/2008). Del mismo modo, en febrero de 2013, al resolver la controversia 41/2011 se tuvo al Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) como órgano demandado. En abril de 2015, al resolver la controversia 117/2014 se tuvo al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFETEL) como demandado. De este modo, el criterio de la Corte en legitimación pasiva ha sido mucho más laxo, ya que permite tener como demandados en una controversia constitucional a los órganos derivados o secundarios del Estado. Finalmente, cabe señalar que este criterio había sido consistente, hasta que en mayo de 2017 el Tribunal Pleno, al resolver —por mayoría de 6 votos— el recurso de reclamación 76/2016, confirmó un auto de desechamiento de una controversia constitucional promovida por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en contra del Instituto Electoral Local del Distrito Federal, por considerar que el órgano demandado no contaba con legitimación pasiva, al no encontrarse previsto en ninguno de los incisos de la fracción I del precepto referido, aplicando y extendiendo el criterio limitativo de legitimación activa a la legitimación pasiva.

José Ramón Cossío Díaz
Laura Patricia Rojas Zamudio
Raúl Manuel Mejía Garza

220. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (LOCAL)

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; una 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

221. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (OBJETO IMPUGNABLE)

Marco normativo. La controversia constitucional (CC) a nivel comparado, como proceso de control constitucional de conflictos orgánicos, usualmente involucra la impugnación de actos, resoluciones y disposiciones distintas a aquellas que tengan el rango de ley.

En el caso mexicano, el artículo 105, fracción I, constitucional no define de forma estipulativa el objeto impugnatorio, pero sí lo hace de forma táctica. Así, diversas fracciones del artículo hacen una referencia implícita al mismo cuando definen el planteamiento de la litis, de tal suerte que la fracción h) establece la procedencia de la controversia entre dos poderes de una misma entidad federativa “sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales”. Esta fórmula se repite con igual terminología en las fracciones i), j), l). Una referencia ulterior se da en el penúltimo párrafo de la fracción I del artículo 105, en el que se establecen los efectos de la declaratoria de invalidez de normas generales.

Así, el propio artículo 105 constitucional permite establecer las dos categorías de objetos impugnables en controversia constitucional: actos o disposiciones generales. Ello implica que, a diferencia de otros ordenamientos como el español, en México es posible el planteamiento de conflictos constitucionales *sub specie legis*.

La ley reglamentaria no lo especifica expresamente pero emplea los mismos presupuestos impugnatorios en su articulado. De forma que la fracción II del artículo 10 establece el carácter de parte de la autoridad, entidad u órgano “que hubiere emitido y promulgado la norma general o pronuncia-

do el acto que sea objeto de la controversia”. En diversos artículos de la ley reglamentaria se reafirma así la distinción conceptual empleada por el texto constitucional.

Interpretación jurisprudencial. La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se ha encargado de determinar qué conjunto de objetos impugnables pueden ser enmarcados dentro del concepto de actos y normas generales (véase Rivera León, en Cossío Díaz, 2017, pp. 1667 y ss.).

La SCJN ha entendido que un acto impugnabile es aquel que resulta definitivo y genera un principio de afectación. Ejemplos enunciativos, más no limitativos, los constituyen las normas jurídicas individualizadas (ejemplo de ello sería un decreto de creación de un municipio como en la CC 91/2012), los actos de aplicación de normas, los oficios (CC 115/2013), los avisos o las fases del procedimiento legislativo (1a. CCLXVIII/2012, 10a.). Además de lo anterior, la Corte ha afirmado la posibilidad de impugnar omisiones de actuación. Por ejemplo, en la CC 77/2015 se debatía sobre la omisión de un Congreso local de resolver sobre una solicitud de un municipio relativa a la suspensión del presidente municipal en su cargo. Sin embargo, cuando lo que se pretenda impugnar son consecuencias directas de un acto positivo, la impugnación de potenciales omisiones derivadas debe regirse por el plazo de impugnación por el acto positivo y no generan autónomos plazos impugnatorios (CC 49/2008).

Por otro lado, es importante referir que las resoluciones jurisdiccionales no son un objeto impugnabile en CC, salvo cuando se aduzca una invasión autónoma a una esfera competencial (pero como situación absolutamente excepcional).

Respecto a las normas generales, la Corte ha entendido que dentro de esta categoría se encuentran las leyes federales, las leyes de las entidades federativas, las constituciones de las entidades federativas, los reglamentos locales (CC 56/1996) o reglamentos federales (CC 97/2004), así como cualquier norma que satisfaga las condiciones de generalidad. Aunado a ello, los tratados internacionales pueden ser impugnados también en controversia constitucional (p. ej., CC 33/2002. Para ello, debe llamarse a juicio a las autoridades integrantes de los poderes de la federación que intervinieron en su proceso de formación. *Cf.* Tesis P./J. 85/2004, de rubro “Tratados internacionales. Son normas generales y, por tanto, son impugnables en controversia constitucional”), mientras que, desde la CC 82/2001, la Suprema Corte ha sostenido una interpretación firme de que la reforma constitucional (aun en su acepción de norma general) no puede ser impugnada en controversia constitucional por vicios de procedimiento o cuestiones de fondo. Concretamente en controversia constitucional, también ha jugado un papel relevante la afirmación de la Suprema Corte de que la reforma constitucional implica a un órgano reformador de la Constitución que no goza de legitimación pasiva en este procedimiento (una crítica a este endeble argumento se encuentra en Rivera León, 2016, pp. 184 y ss.).

Mauro Arturo Rivera León

222. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (PLAZOS IMPUGNATORIOS)

La Constitución no establece los plazos de impugnación en la controversia constitucional (CC); sin embargo, el primer párrafo de su artículo 105 realiza

una delegación amplia a la ley reglamentaria para establecer estos plazos. Por un lado, ello implica una obligación de dicha ley en su establecimiento y, por el otro, cristaliza en la ley reglamentaria la posibilidad única de especificar plazos en dicho proceso, con lo cual, una ley distinta no podría modificarlos.

Ahora bien, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las reglas aplicables a las controversias constitucionales en su artículo 3. De tal suerte, refiere que los plazos impugnatorios iniciarán al día siguiente a aquel en que surta efectos la notificación; se contarán únicamente los días hábiles (entendiéndose por estos los establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación), y no correrán durante los periodos de receso ni en los días en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) suspenda labores (así, por ejemplo, en 2017, el Alto Tribunal determinó inhábiles algunos días a causa del terremoto que impactó a la Ciudad de México, conforme a la Circular 1/2017-P).

El artículo 21 de la ley reglamentaria regula pormenorizadamente los plazos para la promoción de la CC. A pesar de contener tres fracciones, en realidad, regula dos hipótesis de impugnación en la CC ordinaria y una hipótesis distinta para el caso de CC que impliquen conflictos limítrofes.

Una misma controversia, pero distintas causas generadoras de plazos. Dado que en México la CC es procedente para impugnar tanto actos como normas (conflictos *sub specie legis*), la ley reglamentaria establece plazos distintos para cada una.

a) Actos. En dicho supuesto, existen tres causas generadoras del plazo. En primer término, la notificación. Si un acto ha sido notificado, el plazo inicia a partir del día siguiente a aquel en que surta efectos dicha notificación. Para el surtimiento de efectos de la notificación, la propia ley dispone (art. 21, frac. I) que deberá acudirse a la ley que rija el acto. Ahora bien, cuando el acto no sea notificado hay dos oportunidades impugnatorias: 1) el momento en que la parte actora haya tenido conocimiento del acto (es decir, la demanda puede promoverse el mismo día en que el actor tiene conocimiento del acto, independientemente de que no haya tenido acto de aplicación o se haya publicado —en caso de ser norma—. Ello, en tanto su presentación, temprana no puede causar su extemporaneidad. Véase la jurisprudencia P./J. 114/2010, de rubro “Controversia constitucional. No es extemporánea aun cuando se presente el mismo día en que el promovente tenga conocimiento, se ostente sabedor o hubiere sido notificado respecto del acto, o bien, se publique la norma o se produzca su primer acto de aplicación.”), o 2) el momento en que el actor se ostente sabedor del mismo. La propia SCJN ha establecido que la CC procede contra omisiones, por tanto, ha tenido que definir su plazo impugnatorio, dado que este no se regula en la ley reglamentaria. Así, se ha determinado que para impugnar omisiones, el plazo se renueva día a día (véase jurisprudencia P./J. 43/2003, de rubro “Controversia constitucional. Cuando se trate de omisiones, la oportunidad para su impugnación se actualiza día a día, mientras aquellas subsistan”) en tanto subsista la omisión, al ser esta de tracto sucesivo (naturalmente, la pretensión principal del actor debe ser el llenado del vacío legal en cuestión. Véase jurisprudencia P./J. 66/2009, de rubro “Controversia constitucional. Para que pueda promoverse con motivo

de una ‘omisión’ imputada a la parte demandada, es necesario comprobar su inactividad”).

b) Normas. Las normas tienen dos plazos impugnatorios diversos. En primer término, pueden impugnarse en 30 días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación (es irrelevante si la norma ha entrado en vigor o no. La naturaleza de la publicación otorga definitividad al acto legislativo, es decir, actos intraproceso legislativo no constituyen momentos idóneos para impugnar la norma. Véase jurisprudencia P./J. 21/2008, de rubro “Controversia constitucional. El plazo para impugnar un acto cuya publicación quedó en suspenso en virtud de que el titular del ejecutivo local ejerció su derecho de veto, y contra este se promovió una diversa controversia constitucional, inicia al día siguiente al en que se realiza la publicación oficial de aquel”).

Un segundo plazo impugnatorio de igual duración (es decir, 30 días) inicia al momento en que se produzca el primer acto de aplicación. Este acto, en la segunda hipótesis, solo fungirá como detonador de la oportunidad de acudir a la CC, por lo que, aun si el acto pierde efectos, la impugnación sobre la norma subsiste. Sin embargo, la impugnación contra la norma será improcedente si pretende hacerse con base en un segundo o ulterior acto de aplicación, en tanto se presume el consentimiento de la parte actora al no haber impugnado en el momento procesal oportuno (véase jurisprudencia P./J. 121/2006, de rubro “Controversia constitucional. Es improcedente contra un segundo o ulterior acto de aplicación de la norma general impugnada”).

Dados los diferentes plazos impugnatorios de la norma, la sentencia debe encuadrar la CC en alguna hipótesis concreta del artículo 21 para poder hacer el cómputo de la oportunidad (así lo dispone la jurisprudencia P./J. 65/2009, de rubro “Controversia constitucional. Tratándose de normas generales, al estudiarse en la sentencia la oportunidad en la presentación de la demanda relativa deberá analizarse si la impugnación de aquellas se hace con motivo de su publicación o de su primer acto de aplicación”).

Una hipótesis curiosa, que incluso fue objeto de pronunciamiento expreso, es la de las normas previas a la emisión de la ley reglamentaria. ¿Cómo debían impugnarse normas previo al mecanismo reglamentario? La SCJN optó por sostener que el plazo era de 30 días contados a partir de la entrada en vigor de la ley reglamentaria (es decir, homologando el plazo como si iniciara la publicación de la norma en cuestión), o bien, empleando en segundo término el plazo correspondiente al primer acto de aplicación. Así, la Corte sostuvo que, con dicha determinación, se respetaba el criterio de la extensión de doble oportunidad establecido en la ley reglamentaria (véase la jurisprudencia P./J. 28/97, de rubro “Controversias constitucionales. Momento en que inicia el plazo para hacerlas valer, con motivo de la publicación de las normas generales impugnadas, anterior a la fecha en que entró en vigor la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”).

c) Conflictos limítrofes. Finalmente, la fracción III del apartado 21 dispone que el plazo respectivo tratándose de conflictos limítrofes no especificados en la fracción IV del artículo constitucional, es de 60 días contados a partir de la entrada en vigor de la norma general o la realización del acto que motive el conflicto.

Mauro Arturo Rivera León

223. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES (PROMOVIENTES)

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 mencionados 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 otras palabras, solo 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 solo 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 esta 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

224. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (SUSPENSIÓN)

La suspensión en las controversias constitucionales se encuentra regulada en la sección II del título II de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, específicamente en los artículos 14 a 18. De esta regulación se puede advertir que las características generales de la suspensión en controversias constitucionales son las siguientes: *a)* el ministro instructor, ya sea de oficio o a petición de parte, podrá concederla cuando se impugnen actos hasta antes de que se dicte la sentencia definitiva, lo cual podrá hacer con base en los elementos proporcionados por las partes o recabados por él mismo en términos del diverso artículo 35 en lo que resulte aplicable; *b)* se tramitará por vía incidental; *c)* no podrá otorgarse cuando en la controversia se hubieran impugnado normas generales; *d)* no podrá concederse cuando se pongan en peligro la seguridad o economía nacionales, las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano o pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante; *e)* el auto de suspensión podrá modificarse o revocarse cuando ocurra un hecho superveniente que lo fundamente; *f)* para su otorgamiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional (CC), y *g)* en el auto en el que se otorgue se deberán señalar, de manera precisa, los alcances y efectos de la suspensión, los órganos obligados a cumplirla, los actos suspendidos, el territorio respecto del cual opere, el día en que deba surtir sus efectos y, en su caso, los requisitos para que sea efectiva.

Algunas de estas características se precisaron en las tesis 1a. L/2005 y P./J. 27/2008 de rubros “Suspensión en controversia constitucional. Naturaleza y características” y “Suspensión en controversia constitucional. Naturaleza y fines”. Por su parte, la Segunda Sala de la Corte emitió las tesis 2a. LXVII/2000 y 2ª. I/2003 de rubros “Controversias constitucionales. No procede el otorgamiento de la suspensión en contra de actos consumados” y “Suspensión en controversias constitucionales. El ministro instructor tiene facultades para decretarla no solo respecto del acto cuya invalidez se deman-

de, sino también respecto de sus efectos o consecuencias”, en las que precisó que la suspensión en CC no tiene efectos retroactivos y que su finalidad es impedir que se lleven a cabo los actos impugnados, por lo que no podrá concederse cuando dichos actos, sus efectos o consecuencias, ya se hubieren materializado.

Asimismo, la Primera Sala emitió la tesis 1ª LXXVII/2001 de rubro “Reclamación en contra del auto que decide sobre la suspensión en controversia constitucional. Queda sin materia si durante su tramitación se resolvió el referido medio de control constitucional”, en la que señaló la naturaleza accesoria del incidente de suspensión con relación al juicio principal. También se ha señalado que la suspensión en una CC, en primer lugar, tiene como objeto primordial preservar la materia del juicio, asegurando provisionalmente la situación jurídica o el interés de que se trate, para que la sentencia que, en todo caso, llegue a declarar fundada la controversia pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente; y, en segundo lugar, tiende a prevenir un daño trascendente a las partes o a la sociedad en tanto se resuelve el juicio principal.

En cuanto a las “instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano” como criterio en el que no se podrá conceder la suspensión cuando estas se puedan poner en peligro, la Corte ha entendido por este tipo de instituciones a 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 Política de los Estados Unidos Mexicanos, dando estabilidad y permanencia a la nación en su conjunto, dado que rigen su vida política, social y económica. Lo anterior lo definió en las tesis 1a. XIV/2000 y P./J. 21/2002 de rubros “Suspensión en controversias constitucionales, concepto de instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano para los efectos del incidente de (interpretación del artículo 15 de la ley reglamentaria de la materia)” y “Suspensión en los juicios regidos por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. ‘Instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano’ para efectos de su otorgamiento”. En desarrollo de este criterio la Corte ha considerado como instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano al juicio político; a la administración, conservación, uso, aprovechamiento y eficiencia del espacio radioeléctrico; a las fases del procedimiento legislativo; a la economía nacional siempre que se lesionen intereses de la sociedad en general, entre otras.

En cuanto a la prohibición expresa prevista en la ley reglamentaria de la materia en el sentido de que la suspensión no procede cuando se impugnen normas generales, la Corte había sido consistente en su criterio, e incluso consideró que esta prohibición también incluía a los artículos transitorios de la norma y sus efectos, tal como se precisó en la tesis 2a. XXXII/2005 de rubro “Suspensión en controversias constitucionales. La prohibición de otorgarla respecto de normas generales incluye los artículos transitorios y sus efectos”. Sin embargo, en sesión pública de la Segunda Sala de la Corte de 26 de octubre de 2016, al resolver el recurso de reclamación 32/2016-CA, por mayoría de tres votos de los ministros Medina Mora, Luna Ramos (quien se apartó de algunas consideraciones) y Pérez Dayán, se generó una excepción a esta prohibición legal ya que se revocó un auto por el que se había negado la suspensión de la norma impugnada en la CC 62/2016 —la fracción XIII del

artículo 121 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México—. Al respecto, se indicó que la interpretación más favorable del último párrafo del artículo 14 de la ley reglamentaria de la materia permitía sostener, como excepción, que sí era factible conceder la suspensión de la norma impugnada en una CC, para el efecto de que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentran, cuando se pudiera implicar la transgresión de algún derecho humano. Se precisó que lo conducente era otorgar la suspensión de la fracción XIII del artículo 121 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, para el efecto de que los servidores públicos obligados no hicieran públicas, en los sistemas habilitados para ello, sus declaraciones patrimoniales, de intereses y fiscales, ello con el objeto de mantener viva la materia de la CC, sin que esto significara que los citados servidores públicos dejaran de presentar sus aludidas declaraciones ante los órganos respectivos, pues lo único que se suspedía era la publicación o divulgación de las mismas, en aras de salvaguardar su derecho humano de protección de datos personales. Se indicó que, de no concederse la medida cautelar se causarían daños irreversibles a los destinatarios de la norma, que eran justamente los servidores públicos obligados, porque de publicarse sus declaraciones, y ante el supuesto de una posible invalidez de la norma impugnada, sería imposible volver las cosas al estado que guardaban antes de la difusión o publicación, pues se habrían consumado de manera irreparable, en perjuicio de los sujetos obligados, lo que resultaba contrario a la naturaleza jurídica de la medida precautoria. Se agregó que no se desconocía que en CC era improcedente conceder la suspensión respecto de normas generales; sin embargo, en el caso particular el artículo impugnado no estaba dirigido a la generalidad, sino a un grupo determinado, como lo eran las personas servidores públicos integrantes de los sujetos obligados. Así, la Segunda Sala, por mayoría de tres votos, generó una excepción a la prohibición legal de conceder una suspensión en CC cuando se impugnen normas generales.

José Ramón Cossío Díaz
Laura Patricia Rojas Zamudio
Raúl Manuel Mejía Garza

225. **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**
 El antecedente de un programa regional para la protección de derechos humanos en el continente americano, lo encontramos en la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (Conferencia de Chapultepec) de 1945, que tenía como propósito fijar la postura del continente frente al nuevo orden internacional de la postguerra. En esta se encomendó al Comité Jurídico Interamericano un tratado de derechos y deberes del hombre que finalmente no se concretó, pero dejaba constancia del trabajo y el interés que se tenía sobre el tema. En el Acta de Chapultepec se manifestaba que “la nueva situación del mundo hace cada vez más imperiosa la unión y la solidaridad de los pueblos americanos para la defensa de sus derechos y el mantenimiento de la paz internacional”.

En ese contexto, la Organización de Estados Americanos surge con la suscripción de la Carta de la OEA, en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en 1948 en Bogotá, Colombia, durante

la cual también se aprobaron dos resoluciones: la número XXX que crea la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como un instrumento de carácter no obligatorio, y la número XXXI que encomendaba al Comité Jurídico Interamericano la elaboración de un proyecto de Estatuto para una Corte Interamericana que tuviera como propósito garantizar los derechos humanos, argumentando que “no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente”. El Comité consideró que previo a la creación de este estatuto, era necesario suscribir un tratado general de derechos humanos en la OEA. El proyecto fue elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y se presentó en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria en Río de Janeiro, en noviembre de 1965, sin que en ese momento se adoptara una decisión. Se remitió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que realizara observaciones y posteriormente a los países miembros de la OEA. Todo este trabajo derivó en la convocatoria del Consejo de la OEA para celebrar la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica en 1969, en la que se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, cuando llegó a la décimoprimer ratificación, y a partir de ese momento se puede considerar que el sistema de derechos humanos en el continente transitó de un modelo soportado en instrumentos normativos de naturaleza declarativa, a uno con base convencional y obligatoria.

La Convención Americana se integra por un preámbulo y tres partes. La primera parte se titula “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y se divide en cinco capítulos: el primero establece los deberes de los Estados (Arts. 1 y 2); el segundo se refiere a Derechos Civiles y Políticos (Arts. 3 al 25); el tercer capítulo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se integra solo por el artículo 26, al que se tituló “Desarrollo Progresivo”. El cuarto se refiere a la suspensión de garantías, interpretación y aplicación (Arts. 27 al 29); y el quinto capítulo a los deberes de la persona (Art. 32). La segunda parte de la Convención regula los “Medios de la Protección” (Arts. 33 al 73), donde crea los órganos de tratado: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sus respectivas organización, funciones, competencia y procedimiento. La tercera parte del tratado establece las disposiciones generales y transitorias (Arts. 74 al 82), como la firma, ratificación, reserva, enmienda protocolo y denuncia.

I. Obligaciones generales.

El artículo 1 de la CADH, donde se establecen las obligaciones generales, es la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento y, en gran medida, del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La obligación de los Estados Parte del Pacto de San José de *respetar* los derechos y libertades ahí contenidos y *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción *sin discriminación alguna*, permea en el objeto y fin del tratado y, consecuentemente, en el entendimiento que deben tener todos los operadores jurídicos (nacionales e internacionales) para lograr la plena efectividad de los derechos y libertades que contiene. El artículo 2 prevee otro deber convencional de la mayor importancia para la armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la normatividad interna: la obligación de los Estados

nacionales de *adoptar disposiciones de derecho interno*, sean legislativas o de otro carácter, para otorgar efectividad a los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales.

II. *Derechos protegidos.*

La Convención Americana posee el reconocimiento más amplio de derechos, con relación a cualquier otro instrumento internacional de derechos humanos. Se refiere tanto a derechos civiles y políticos, como a derechos económicos, sociales y culturales (DESC), con un tratamiento diferenciado. Los primeros son desarrollados a partir de los mismos derechos ya reconocidos en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948. Comprende veintitrés derechos: 1) Reconocimiento a la personalidad jurídica, 2) Vida, 3) Integridad personal, 4) Prohibición de la esclavitud y servidumbre, 5) Libertad personal, 6) Garantías judiciales, 7) Principio de legalidad y de retroactividad, 8) Derecho a indemnización, 9) Protección de la honra y de la dignidad, 10) Libertad de conciencia y de religión, 11) Libertad de pensamiento y de expresión, 12) Derecho de rectificación o respuesta, 13) Derecho de reunión, 14) Libertad de asociación, 15) Protección a la familia, 16) Derecho al nombre, 17) Derechos del niño, 18) Derecho a la nacionalidad, 19) Propiedad privada, 20) Circulación y residencia, 21) Derechos políticos, 22) Igualdad ante la ley, y 23) Protección judicial.

En el reconocimiento de los DESC la Convención no los trata de manera explícita, ya que solo hace una referencia genérica en el artículo 26 que denomina de “desarrollo progresivo”. No obstante ello, esta disposición ha sido garantizada desde el principio de interdependencia por vía indirecta y utilizando de manera complementaria el Protocolo de San Salvador y, en la jurisprudencia reciente de la Corte IDH sobre la materia, a través de la exigibilidad directa de este artículo.

III. *Aplicación nacional*

La CADH no define el lugar que debe ocupar en el derecho interno, sin embargo, esto debe entenderse a partir de los principios establecidos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados, así como el deber de accepción establecido en su artículo 2. La articulación entre el ordenamiento nacional y el tratado, pretende la eficacia de los derechos a partir de la integración coordinada entre normas y mecanismos de protección de ambos sistemas, desde una doble dimensión: desde la perspectiva internacional, la Convención Americana es derecho interno de fuente internacional y tiene aplicación directa en todos sus preceptos cuando un Estado americano la ha firmado, ratificado o se ha adherido. Las obligaciones contenidas en el Derecho Convencional Internacional y particularmente las referidas a derechos humanos, constituyen derecho directamente aplicable y con carácter preferente a las normas jurídicas legales internas, si estas fueran más protectoras. Desde la perspectiva nacional, resulta relevante considerar la configuración y los efectos de las cláusulas de apertura constitucional latinoamericanas: en estas los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional y, por tanto, prevalecen sobre la legislación interna; al formar parte del bloque de constitucionalidad, también pueden ser considerados como parámetro de control de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales y, finalmente, los derechos reconocidos y protegidos internacionalmente por los tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones

nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales, tanto en la jurisdicción constitucional como en la ordinaria.

En sus más de 40 años de vigencia, la CADH ha consolidado de manera progresiva y consistente su función transformadora y corresponde siempre orientar su interpretación y aplicación en clave incluyente, emancipadora y dignificante.

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Rogelio Flores Pantoja*

226. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL TERRORISMO

Fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 6 de marzo de 2002, entrando en vigor el 10 de julio de 2003 y contando hasta la fecha con 24 Estados parte. Históricamente, se debe destacar que la Convención Interamericana contra el Terrorismo (CIACT) fue adoptada seis meses después de los ataques de 11 de septiembre de 2001. Dado que la mayoría de los Estados de la OEA tienen leyes antiterroristas, este instrumento reitera un compromiso hemisférico en la materia, pues intenta homogeneizar la tipificación de conductas penales y fomenta mecanismos de cooperación internacional.

Su objetivo es prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo (art. 1). De una forma similar a otros tratados internacionales, esta Convención no cuenta con una definición que explique el fenómeno combatido; en su lugar, el artículo 2 establece una lista de diez tratados cuyas violaciones serían, para la CIICT, actos terroristas. Su inclusión obedecería a un consenso en el derecho internacional sobre qué se puede entender como un acto de esta naturaleza, lo que incluye, entre otros: *i)* atacar aeronaves e instalaciones aeroportuarias civiles; *ii)* atacar instalaciones fijas ubicadas en la plataforma continental marítima; *iii)* atentar contra medios usados para la seguridad marítima; *iv)* atacar instalaciones con materiales nucleares; *v)* la toma de rehenes o el uso de bombas contra la población civil, y *vi)* el financiamiento del terrorismo.

Dado que no todos los tratados incluidos en el artículo 2 de la Convención han sido ratificados por los miembros de la OEA, el artículo 2.2 posibilita a los Estados excluir la aplicación de un determinado tratado incluido en el artículo 2, en caso de que no lo hubiesen ratificado. Hasta la fecha, esta cláusula *opt-out* ha sido utilizada por Colombia, Ecuador, Guatemala y Venezuela, mientras que Costa Rica remite la aplicación de este artículo a lo dispuesto en su legislación penal interna.

Luego de enlistar los tratados que describen actos terroristas y de exhortar a los Estados a ratificarlos e implementarlos (art. 3), la CIICT se centra en las medidas para prevenir y suprimir el financiamiento del terrorismo (art. 4). Esto incluye la adopción de medidas de supervisión de servicios bancarios, la vigilancia de movimientos financieros transfronterizos y facilidades para la cooperación e intercambio de información entre autoridades estatales. Igualmente, se exhorta a los Estados a que las figuras de embargo y decomiso de bienes (art. 5), así como las normas sobre lavado de activos (art. 6), sean aplicables a los actos terroristas descritos en el artículo 2 de la Convención.

Los artículos 7 a 10 desarrollan mecanismos de cooperación internacional. La CIICT hace especial énfasis en la articulación e intercambio de in-

formación en zonas fronterizas y aduaneras (art. 7), con el fin de prevenir el ingreso de personas sospechosas de estar involucradas en actos terroristas y luchar contra el tráfico ilegal de armas. Luego, la Convención desarrolla pautas de asistencia jurídica mutua (art. 9) y describe mecanismos aplicables al traslado de personas bajo custodia hacia otro Estado (art. 10).

Un comentario aparte merece el artículo 8, referido a la cooperación estatal. Este es el objeto esencial del tratado, desarrollado tanto en su preámbulo como en su artículo 1. Formalmente, esta disposición pudo haber sido incluida luego de haber identificado la lista de actos terroristas en el artículo 2. Sustancialmente, los verbos rectores usados en este artículo son “colaborarán”, “establecerán” y “mejorarán”. Dado que esta Convención se centra en la importancia y en la necesidad de contar con mecanismos eficientes de cooperación regional, esta norma pudo haber sido más específica en cuanto a los compromisos requeridos a los Estados para cumplir con este fin.

Los artículos 11 a 13 son disposiciones que han sido objeto de declaraciones interpretativas por parte de algunos de los Estados parte. El primero de ellos prevé que los actos terroristas descritos en su artículo 2 no pueden ser considerados como delitos políticos, mientras que los preceptos 12 y 13 disponen que las solicitudes de refugio o asilo no serán reconocidas a personas sospechosas de haber cometido algún acto terrorista. Sobre este punto, Chile, Costa Rica y México han depositado declaraciones interpretativas determinando que el asilo es un derecho reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y que, por tanto, sus funcionarios respetarán este derecho por ser una prerrogativa estatal. Costa Rica hace lo mismo respecto a la figura del refugio y en los procesos de extradición.

El artículo 14 es una norma de no discriminación, que señala que un Estado no está obligado a prestar asistencia jurídica a otro Estado si es que existen razones fundadas para creer que una solicitud “[...] ha sido hecha con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política o si el cumplimiento de la solicitud causaría un perjuicio a la situación de esa persona por cualquiera de estas razones”. Esta norma debería ser entendida como una forma de proteger a las personas de acusaciones políticamente motivadas o sin base probatoria. Sin embargo, se debe advertir una leve contradicción entre esta norma que busca evitar el traslado de una persona por sus opiniones políticas, frente a la prohibición de que un Estado conceda el asilo o refugio (arts. 12 y 13), el cual podría estar motivado por amenazas o procesos iniciados por la posición política de una persona.

El artículo 15 reconoce que la aplicación de esta Convención se hará de acuerdo con los derechos humanos y las obligaciones internacionales de los Estados establecidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la OEA y el derecho de los refugiados. A su vez, se garantiza el respeto de todos los derechos y un trato justo a toda persona detenida o procesada por actos de terrorismo. Esta norma es importante, pues por lo general las leyes antiterroristas suelen tener problemas de compatibilidad con los derechos humanos, particularmente con garantías procesales. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) durante los años noventa es un claro ejemplo de esto. El referido artículo 15 pudo haber hecho una

referencia expresa a la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, aplicable a todos los Estados miembros de la OEA, así como a la CADH. A su vez, más que un trato justo, la CIACT requiere siempre el respeto al debido proceso y a las garantías judiciales.

Por su parte, los artículos 16 a 19 desarrollan lineamientos sobre cómo se puede realizar esta cooperación internacional. El artículo 16 se refiere a programas de capacitación, mientras que el 18 exhorta a los Estados a realizar consultas periódicas referidas a la implementación de la CIACT y la sistematización de buenas prácticas. El precepto 19 es una reiteración de un principio general de la OEA, referido al respeto a la jurisdicción y soberanía de los Estados.

El artículo 17 de la Convención identifica al Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE), creado por la Asamblea General de la OEA en 1999, como la principal entidad encargada de asistir a los Estados en el cumplimiento de la CIACT. El CICTE ha sido la entidad encargada de prestar asistencia técnica a los Estados, de articular esfuerzos regionales y de reportar anualmente las actividades de implementación del tratado. Esto no excluye que, dependiendo de la materia, otras entidades de la OEA (art. 4) u órganos estatales lideren ciertos procesos de implementación. La parte final de la CIACT (arts. 20 a 22) regula el depósito, la entrada en vigor y denuncia de la Convención.

Para finalizar, se puede hacer un comentario sobre el impacto que este tratado ha tenido, específicamente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). La CIACT ha sido utilizada como referencia por la Corte IDH en los casos *Norín Catrimán y otros vs. Chile* (sentencia de 29 de mayo de 2014, núm. 279) y *Pollo Rivera y otros vs. Perú* (sentencia de 21 de octubre de 2016, núm. 319). En el primero utilizó el preámbulo para determinar que la lucha contra el terrorismo debe realizarse respetando plenamente los derechos humanos e instituciones democráticas, mientras que en el segundo recuerda el cuidado que debe tener un Estado para respetar el principio de legalidad, con el fin de evitar que tipos penales comunes se vean cubiertos por una legislación especial antiterrorista.

No debe sorprender la escasa referencia de la CIACT en el SIDH. En el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, su Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos fue publicado en octubre de 2002, antes de la entrada en vigor de la Convención. De una forma similar, la Corte IDH ya había establecido en los casos *Loayza Tamayo vs. Perú*, *Barrios Altos vs. Perú* y *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, entre otros, sus estándares para analizar leyes antiterroristas frente a la CADH. Además, el objeto de la CIACT es la cooperación frente al terrorismo internacional, mientras que el SIDH se dedicó a casos de terrorismo interno.

Salvador Herencia Carrasco

227. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (RECEPCIÓN EN BRASIL)

Brasil puso punto final a la discusión sobre la estatura jurídica de las convenciones de derechos humanos que ingresaban a su orden interno realizando una modificación al texto de la Constitución de 1988. Así, a partir de la Enmienda 45 de 30 de diciembre del 2004, que adicionó el párrafo tercero al artículo 5

de la carta, las convenciones con ese valioso contenido fueron recibidas como actos equivalentes a enmiendas constitucionales. Con esa nueva cobertura, y pasados 16 años desde la promulgación del texto constitucional, la primera convención recibida fue, precisamente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas.

En efecto, por medio del Decreto legislativo 186 de 2008, el Congreso aprobó la Convención, que fue cuatro años más tarde ratificada por el presidente de la República, a través del Decreto 6649 de 2009.

A pesar de la tardanza, es importante advertir que además de esta Convención, solo otro instrumento internacional —el Tratado de Marrakech, de 2008, que consagra medidas para facilitar el acceso a la lectura en favor de las personas con discapacidad visual— fue introducido en el orden jurídico brasileño. De esa manera, abierta la compuerta constitucional, ingresaron dos instrumentos para favorecer a las personas con discapacidad.

La Convención de la ONU trajo grandes novedades. Merece especial atención el nuevo concepto de persona con discapacidad, que causó gran impacto en el orden normativo interno debido a que el sistema brasileño hasta ese momento abordaba el tema apenas sobre el aspecto estrictamente médico. De esa manera, la declaración médica era suficiente para comprobar la situación de la persona con discapacidad y, dentro de la legislación existente, permitir que recibiera beneficios y participara de concursos públicos en situación ventajosa, entre otras medidas de relieve (esos derechos pueden ser encontrados de forma detallada en Araujo, 2011).

La Convención abandonó ese concepto y pasó a adoptar un concepto socioambiental. A partir de este, no basta que la persona se encuentre en situación de discapacidad, sino que tendría que ser analizada tomando en cuenta la realidad en la que desarrolla o pretende realizar sus actividades. En consecuencia, se tornó mucho más importante la idea de potencialidad de la persona. Como era de esperarse, para conferir esa potencialidad fue necesario alterar el sistema de verificación de las discapacidades, abandonando el modelo médico y creando las condiciones para que fueran verificadas atendiendo a las condiciones de relacionamiento de la persona. Por eso, adquirió una relevancia mucho mayor el equipo interdisciplinario, impactando en las tareas del poder judicial. Así, no puede el juez, aisladamente, determinar cuáles son las potencialidades de la persona. La ayuda del médico, del psicólogo, del fisioterapeuta, del terapeuta ocupacional, entre otros profesionales, es fundamental para ayudar a determinar, a partir de sus conocimientos y pericia, las potencialidades de cada persona.

Dentro de esta Convención, un punto destacable es el de la accesibilidad, porque se trata de un derecho fundamental de carácter instrumental o garantista, es decir, apto para viabilizar el ejercicio de otros derechos. En ese sentido, el derecho de locomoción solo puede ser ejercido si hay accesibilidad, o el derecho a la salud solo puede ser ejercido si se posibilita que la persona con discapacidad consiga llegar al hospital o a la clínica. No es imaginable que una persona sin accesibilidad pueda ejercer derechos y vivir con plena dignidad en el contexto de una sociedad que registra avances de todo tipo. Por eso la importancia del tema, que en la Convención ocupa un lugar destacado.

En el ámbito interno, la Convención originó la expedición de la Ley Brasileña de Inclusión de la Persona con Discapacidad —Ley 13146 de 2015—,

también conocida como Estatuto de la Persona con Discapacidad. Este nuevo complejo normativo se constituyó en el medio para aproximar los conceptos genéricos de la Convención a la realidad normativa brasileña, otorgándole aplicabilidad inmediata. Y no fue sin razones justas que la ley de 2015 consideró que el administrador público que deje de atender las reglas de accesibilidad será juzgado por improbidad administrativa, siendo su patrimonio personal garantía de los daños causados a la sociedad.

En efecto, atendiendo a esa visión, el artículo 11 de la Ley 8429 de 1992 (Ley de Improbidad Administrativa) incluyó la fracción IX que actualmente señala como improbidad administrativa el “dejar de cumplir la exigencia de requisitos de accesibilidad previstos en la legislación”.

A pesar de que la Convención fue recibida a partir de la nueva cláusula constitucional, así como del hecho de que la ley le haya proporcionado una instrumentalización más efectiva, lo cierto es que aún hay cierta dificultad en la Administración para adoptar el nuevo concepto. En muchos casos hay claras oposiciones a la nueva comprensión, pues se trata de algo más especializado y que genera una carga mayor de tareas; sin embargo, es deber de todos promover las potencialidades de los seres humanos, incluyendo, con especial atención, a las personas con discapacidades.

*Luiz Alberto David Araujo
Pietro de Jesús Lora Alarcón*

228. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La corrupción se ha convertido en un fenómeno mundial negativo de grandes dimensiones. Hoy se distingue a la corrupción regular de la denominada “gran corrupción”, entendida como aquella que es desarrollada por autores con gran poder político o económico, que moviliza grandes cantidades de recursos y tiene un impacto nocivo en los derechos fundamentales de millones de personas. Según el último Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional (IPC, 2017), más de dos terceras partes del planeta padecen de gran corrupción.

En el contexto internacional de un mundo globalizado, la corrupción no solamente es un problema en el ámbito interno de los Estados que profundiza la pobreza y aumenta la desigualdad, sino que también afecta la gobernabilidad. De igual manera, es un problema que atenta contra la seguridad mundial y la relación entre Estados, tal como se demostró con los atentados de 11 de septiembre del 2001 en Estados Unidos de América.

En el contexto del continente americano, los Estados, conscientes de la amenaza que presenta la corrupción, tanto para su desarrollo económico como para la estabilidad democrática y el mantenimiento de la paz en la región, adoptaron un instrumento destinado a crear un marco común de lucha contra este flagelo, que además permitiera contar con mecanismos de cooperación entre ellos mismos.

En esta dinámica, los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), luego de sostener diversas reuniones para discutir la viabilidad de una convención regional contra la corrupción, aprobaron, el 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela, el primer instrumento internacional de este tipo: la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC). Los

35 Estados miembros de la OEA son parte de este tratado que, conforme a su artículo XXV, entró en vigor un año después, el 6 de marzo de 1997.

Siguiendo la ruta abierta por los países del continente americano, luego otras regiones aprobaron similares convenciones: la Unión Europea, en 1997, la Unión Africana, en 2006, y la Unión de los Estados Árabes. Posteriormente surgió una tendencia internacional en igual sentido, que se plasmó en la Convención contra el Soborno Transnacional de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 1997) y en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés, 2003).

La CICC tiene un doble objetivo —uno interno y otro regional—, señalado en su artículo II: “1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.

En este sentido, propone un conjunto de medidas destinadas a prevenir la corrupción (normas de conducta, sistemas de control, sistemas de denuncia, participación de la sociedad civil, etc.), para luego fijar su ámbito de aplicación y un conjunto de reglas y compromisos para los Estados parte. Si bien la Convención no define qué es la corrupción (Transparencia Internacional lo hace de manera amplia, describiéndola como el “abuso de una posición pública para obtener un beneficio privado”), consigna los actos a los que esta será aplicable (arts. VI.1, VIII y IX) y exige que los Estados parte adopten las medidas necesarias para tipificarlos en su legislación interna. También dispone que los países que la adopten deben sancionar los delitos de soborno transnacional y enriquecimiento ilícito, en los términos que propone su texto.

En su artículo XIII fija algunas reglas para la aplicación de la extradición, y luego señala como principio que los países se prestarán la más amplia asistencia recíproca, no pudiendo, entre otras razones, negarse a cooperar amparándose en el secreto bancario (art. XVI.1).

Finalmente, establece algunos mecanismos operativos, como la designación de una autoridad central (art. XVIII), su aplicación en el tiempo (art. XIX) y los mecanismos de denuncia de la propia convención (art. XXVI).

Cabe resaltar que la CICC no previó un sistema de monitoreo de su implementación; sin embargo, la Primera Conferencia de los Estados Parte de la Convención Interamericana contra la Corrupción adoptó la Resolución AG/RES.1784 (XXXI-O/01) en el contexto de la Asamblea General de la OEA (San José, Costa Rica), donde se creó un Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC).

Como su nombre lo indica, el MESICIC es un mecanismo de control intergubernamental, compuesto de dos órganos, encargado de verificar el avance de los Estados en el cumplimiento de la CICC. El primer órgano, de carácter político, es la Conferencia de los Estados parte, y el segundo es el Comité de Expertos, órgano cuasijurisdiccional que controla la implementación de la CICC por medio de un proceso de evaluación mutua o recíproca. El Comité remite, al final de su evaluación, un informe nacional en el cual pue-

de incluir recomendaciones a los Estados en los ámbitos donde encuentran vacíos o cuando consideran que se requieren mayores avances. La convención reconoce la necesaria participación de la sociedad civil en materia de lucha contra la corrupción. Es así que, además de los Estados investigados, la sociedad civil puede contribuir al proceso de evaluación, proveyendo información sobre cumplimiento de la CICC al Comité de Expertos.

José Ugaz

229. CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA

La discriminación es el trato diferenciado y perjudicial que se le da a una persona o un grupo de personas por su origen étnico o nacional, sexo, edad, condición social, posición económica, estado de salud física o mental, estado civil, condición migratoria, preferencias sexuales, identidad de género, características físicas, lengua, religión, opiniones, entre muchas otras. La intolerancia es el desprecio y la falta de respeto a las ideas, las creencias, las condiciones, las preferencias o las opiniones ajenas cuando son diferentes y opuestas a las propias.

Este trato diferenciado e irrespetuoso deriva en la negación del acceso en condiciones de igualdad a los derechos fundamentales y a las libertades de las que debemos de gozar todos los seres humanos, por el mero hecho de serlo. La discriminación tiene un serio impacto en la vida de las personas y puede ir desde soportar comentarios hirientes hasta la comisión de crímenes de odio motivados por la intolerancia.

Alarmada por los índices de violencia y las conductas discriminatorias persistentes en la región, la Organización de los Estados Americanos aprobó, en 2013, la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, el primer instrumento internacional en la materia jurídicamente vinculante, y con ello puso a este organismo regional a la vanguardia en la lucha contra todas las formas de discriminación.

La Convención está integrada por 22 artículos dispuestos en cinco capítulos. El primero establece que la discriminación puede estar basada en motivos de “nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra”.

El siguiente capítulo contempla los derechos protegidos, a saber, la igualdad de todas las personas ante la ley, la protección contra toda forma de discriminación, ya sea *en el ámbito público o en el privado*, y el derecho de todas las personas al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos y libertades fundamentales.

El tercer capítulo marca los deberes y compromisos de los Estados para prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, acorde a sus derechos constitucional y convencional. Establece, además, una serie de prohibiciones a los Estados, por ejemplo, la elaboración y utilización de contenidos, métodos o herramientas pedagógicos que reproduzcan estereotipos o preconceptos.

En el cuarto capítulo se recogen los mecanismos de protección y seguimiento de la Convención, es decir, su efectividad, y señala que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violaciones a la Convención.

Contempla también la creación de un Comité Interamericano para combatir la discriminación en todas sus formas.

Finalmente, el capítulo cinco refiere la entrada en vigor y la vigencia de la Convención que, al día de hoy —22 de agosto de 2019— ha sido firmada por 12 países, incluido México, pero ha sido ratificada solamente por Uruguay, por lo que no ha entrado en vigor.

La entrada en vigor de la Convención resulta trascendente porque a partir de entonces la protección será operativa y funcional. Desde la reforma constitucional en derechos humanos de 2011, todas las autoridades tienen la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos contemplados en la propia Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia para las personas. Esto quiere decir que las y los impartidores de justicia deben ejercer el control de convencionalidad, esto es, aplicar los instrumentos internacionales, como la Convención —cuando entre en vigor— en los casos que conocen, garantizando a los justiciables siempre la igualdad, la tolerancia y la no discriminación basada en los motivos en ella enumerados.

Ana Reyes Retana Lasa

230. CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Antecedentes. Es un instrumento que adoptaron los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999 (México lo suscribió en la misma fecha y lo ratificó el 25 de enero de 2001). La Convención entró en vigor el 14 de septiembre del mismo año. En virtud de su artículo 6, el 28 de febrero de 2007 se instaló en Panamá el Comité de Seguimiento de la Convención, integrado por un representante designado por cada Estado parte, con el fin de dar seguimiento a los compromisos adquiridos en la misma.

Cuestiones generales. El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Las personas con discapacidad han sido discriminadas, excluidas socialmente y despreciadas por su condición, lo que ha dado lugar a que se les niegue la titularidad de derechos fundamentales y el acceso a oportunidades de desarrollo. Se les ha negado el acceso a educación, trabajo, seguridad social y otros bienes sociales, así como a derechos que son esenciales para garantizar una vida digna. Además, el entorno físico, los servicios, las actividades, la información y la documentación no han estado al alcance de estas personas.

La Convención señala que el término “discriminación contra las personas con discapacidad” supone “toda distinción, exclusión o restricción basada en

una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

Objetivos y medidas establecidas para lograrlos. Su finalidad es la prevención y la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. Para lograrlo, los Estados parte se comprometen a: *i)* adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación; entre otras, las siguientes: *a)* medidas de autoridades gubernamentales y entidades privadas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, así como las actividades políticas y de administración; *b)* medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso a las personas con discapacidad; *c)* medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar su acceso y uso por parte de las personas con discapacidad, y *d)* medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la Convención y la legislación interna sobre esta materia estén capacitadas para hacerlo, y *ii)* trabajar prioritariamente en las siguientes tareas: *a)* prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles; *b)* detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida a las personas con discapacidad, y *c)* sensibilizar a la población a través de campañas de educación encaminadas a eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de las personas a ser iguales en dignidad, derechos y oportunidades, propiciando de esta forma el respeto y la convivencia con las personas con discapacidad.

Ahora bien, las medidas anteriores requieren cooperación y colaboración entre las naciones, por lo que la Convención dispone que los Estados parte deben: *i)* cooperar entre sí para contribuir a prevenir y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad, y *ii)* colaborar de manera efectiva en: *a)* la investigación científica y tecnológica relacionada con la prevención de las discapacidades, el tratamiento, la rehabilitación e integración a la sociedad de las personas con discapacidad, y *b)* el desarrollo de medios y recursos diseñados para facilitar o promover la vida independiente, autosuficiencia e integración total, en condiciones de igualdad, a la sociedad de las personas con discapacidad. Además, los Estados parte deben promover, en la medida en que sea compatible con sus respectivas legislaciones nacionales, la participación de representantes de organizaciones de personas con discapacidad, organizaciones no gubernamentales que trabajen en este campo o, de no existir dichas organizaciones, personas en dicha situación, en la elaboración, ejecución y evaluación de medidas y políticas para aplicar la presente Convención. De igual manera, están obligados a

crear canales de comunicación eficaces que permitan difundir entre las organizaciones públicas y privadas que trabajan con las personas con discapacidad los avances normativos y jurídicos que se logren para la eliminación de la discriminación en su contra.

Elisa Ortega Velázquez

231. **CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR,
SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA
CONTRA LAS MUJERES**

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 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 solo 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

232. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE EXTRADICIÓN

La Convención Interamericana sobre Extradición (CIE) fue adoptada en la ciudad de Caracas, Venezuela, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Extradición, celebrada el 25 de febrero de 1981. La CIE entró en vigor el 28 de febrero de 1992, el trigésimo día después de la fecha de depósito del segundo instrumento de ratificación, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 31. El depositario de este convenio es el secretario general de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Pueden ser parte de esta Convención todos los Estados miembros de la OEA y también puede adherirse a ella cualquier Estado americano o el que tenga la calidad de observador permanente de la OEA, previa aprobación de la Asamblea General de la organización. Para el caso de aquellos Estados que hayan ratificado o adherido con posterioridad a la entrada en vigor de la CIE, el instrumento regirá 30 días después de haberse depositado el respectivo instrumento de ratificación o adhesión. La CIE no deja sin efecto tratados multilaterales o bilaterales vigentes o concluidos con anterioridad, salvo que haya declaración expresa

de voluntad de los Estados parte, o bien, un acuerdo de estos en contrario. La CIE es una expresión de la cooperación internacional penal.

Cooperación judicial internacional. El instrumento se inserta en el contexto de la cooperación judicial internacional en materia penal. Consecuentemente, se vincula con lo que se puede llamar el derecho penal internacional, para distinguirlo del derecho internacional penal. Esta colaboración representa, sobre todo, un acto de solidaridad entre Estados (Prado Saldarriaga, 1994). Adicionalmente, debe recordarse que en esta materia opera el principio general de buena fe consagrado en la Carta de las Naciones Unidas. En efecto, considerando que en estas materias resulta aplicable también el derecho constitucional y el orden jurídico interno de los Estados, “cualesquiera que sean las condiciones previstas por el derecho interno o por un tratado en relación con la extradición, no se deben aplicar de mala fe, con el efecto de proteger a un presunto infractor de su enjuiciamiento en una jurisdicción penal competente o de su extradición a esta”, como menciona la Comisión de Derecho Internacional (N.U. A/69/10, 2014, párr. 59).

Se puede conceptualizar la cooperación judicial internacional como “un conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa, que involucra a dos o más Estados, y que tiene por finalidad favorecer la criminalización secundaria de un hecho delictivo ocurrido en territorio, cuando menos, de uno de tales Estados” (Prado Saldarriaga, 1994). En estrecha vinculación con la cooperación judicial internacional se encuentra la cooperación procesal internacional, que se define como “una parte del derecho procesal internacional, que a su vez es una rama importante y complementaria del derecho internacional privado, su contenido comprende las reglas de jurisdicción y de competencia, así como la solidaridad y el auxilio que recíprocamente se presten los tribunales de diferentes países para la administración de la justicia” (José Luis S., 1988). Ana Elizabeth Villalta resalta la importancia de la cooperación judicial internacional en el contexto de un mundo globalizado, señalando que se ha convertido en uno de los “instrumentos más eficaces y necesarios para el combate de la delincuencia organizada transnacional, así como en cualquier actividad de auxilio judicial, propiciada por el continuo y cotidiano hecho del tránsito de personas entre los Estados, lo que ha provocado su evolución hacia la incorporación de nuevas estructuras y mecanismos de cooperación judicial internacional que facilitan la aplicación de los instrumentos internacionales existentes sobre cooperación judicial internacional con el objeto de mejorarla, simplificarla y acelerarla” (Villalta, 2013, p. 51).

El entendimiento preciso de la cooperación judicial internacional permite comprender por qué, en el caso de los tratados sobre extradición, ellos se insertan en un contexto de derecho penal internacional, más que de derecho internacional penal. En efecto, el derecho penal internacional se refiere a un conjunto de reglas penales nacionales, generalmente sustantivas, que involucran a dos o más Estados, por lo que en su determinación y aplicación se recurre a los principios y reglas que tradicionalmente rigen las relaciones entre Estados, *i.e.*, las normas convencionales, las normas consuetudinarias y los principios generales (Aguilar Cavallo, 2007). Entre estos principios generales se encuentra el de utilidad, cortesía internacional (*comitas gentium*), reciprocidad, equidad y justicia; asimismo, “comprende el conjunto de reglas jurídicas que determinan las condiciones en las cuales deben auxiliarse mutuamente los Estados para

la administración de justicia” (Villalta). Cabe señalar que la asistencia mutua entre Estados en materia penal no suele usarse para ilícitos de escasa envergadura, sino lo contrario. De hecho, Víctor Prado (1994) refiere que “puede ser utilizada contra formas de criminalidad convencional o no convencional; contra delitos que afecten bienes jurídicos”. Ahora bien, cuando la cooperación judicial se produce entre un Estado y una organización internacional, como la Corte Penal Internacional, pasamos al derecho internacional penal, es decir, a un derecho de producción internacional aplicable a ilícitos primariamente tipificados por el derecho internacional y que generan responsabilidad internacional penal individual (Aguilar Cavallo, 2007, pp. 1-9).

Antecedentes y origen histórico. Existen otros instrumentos en la región americana relacionados con la extradición y la cooperación internacional en materia jurídico-penal y, por tanto, con la CIE de 1981, que le sirven de antecedente, algunos de los cuales ya no están vigentes. En este sentido, se pueden mencionar en orden cronológico: el Tratado de Extradición Americana, firmado en Lima el 27 de marzo de 1879, entre Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, Guatemala, Ecuador, Perú, Uruguay y Venezuela; el Tratado sobre Derecho Penal Internacional, firmado en Montevideo el 23 de enero de 1889, en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, adoptado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay (revisado por el Tratado de Derecho Penal Internacional firmado en Montevideo el 19 de marzo de 1940, en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado); el Tratado de Extradición y Protección contra el Anarquismo, adoptado en 1902 en la Segunda Conferencia Internacional Americana; la Convención sobre Extradición de Criminales, suscrita en la ciudad de Washington el 20 de diciembre de 1907 (no se encuentra vigente, ya que fue sustituida por la Convención de Extradición suscrita en la ciudad de Washington, el 7 de febrero de 1923); el Acuerdo sobre Extradición, adoptado en Caracas el 18 de julio de 1911, por Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia y Venezuela; la Convención de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), suscrita en la Habana, Cuba, el 13 de febrero de 1928; la Convención sobre Extradición, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933, en la Séptima Conferencia Internacional Americana; la Convención Centroamericana de Extradición, suscrita en Guatemala el 12 de abril de 1934. Asimismo, habría que considerar como un instrumento relacionado, la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, adoptada el 23 de mayo de 1992, durante el 22º periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA y su Protocolo Facultativo, adoptado en Managua el 11 de junio de 1993. Consecuentemente, como ha señalado Siqueiros (1998), “la preocupación por regular jurídicamente las instituciones de la extradición y el asilo, tanto territorial como diplomático, destaca en el derecho convencional del siglo pasado.” Finalmente, según Elena del Mar García Rico (2008), todos estos tratados responden al interés de los Estados “por hacer frente al proceso de globalización experimentado por la criminalidad en la sociedad internacional contemporánea.”

Hasta noviembre de 2018, según la información visible en el sitio web de la OEA, la CIE ha sido firmada por los siguientes Estados: Argentina, Bolivia, Chile, El Salvador, Guatemala, Haití, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Uruguay. Y, por su parte, los siguientes Estados la han ratificado:

Antigua y Barbuda, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Santa Lucía, Venezuela. Guatemala realizó una declaración interpretativa respecto de los artículos 7 y 8 al momento de firmar, mientras que Haití formuló una reserva.

Objetivos. La CIE tiene por objeto: *a)* evitar la impunidad de los delitos; *b)* simplificar las formalidades, y *c)* permitir la ayuda mutua en materia penal. No hay que olvidar que las variadas formas de cooperación internacional en materia penal son “fórmulas basadas en el principio de reciprocidad como expresión soberana de los Estados” (García Rico, 2008, p. 383). Asimismo, la extradición tiene un campo limitado, *i.e.*, reclamar a otro país a quien se busca o persigue para que sea juzgado o para que cumpla la condena que le fue impuesta, de manera que constituye un mecanismo de cooperación cronológicamente posterior a la asistencia judicial y no la presupone necesariamente.

El fin de la Convención es desarrollar la cooperación judicial internacional con el pleno respeto de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo que quizás, se puede considerar un gran avance respecto del modelo tradicional de tratados internacionales de cooperación judicial en materia penal anteriores. Resulta interesante, y a tono con los avances en materia de protección de la dignidad humana, el interés reflejado en la CIE (*u. gr.*, en sus arts. 4, 5 y 9) de proteger “los derechos humanos fundamentales en la regulación de este mecanismo de cooperación internacional penal” (García Rico, 2008, p. 389).

Delitos respecto de los cuales procede. Para los efectos de la CIE, el Estado que solicita la extradición es el requirente y el Estado a quien se la solicita es considerado el requerido. La CIE impone a los Estados parte, en su artículo 1, la obligación de “entregar a otros Estados parte que lo soliciten, a las personas requeridas judicialmente para procesarlas, así como a las procesadas, las declaradas culpables o las condenadas a cumplir una pena de privación de libertad”.

En este sentido, el artículo 3.1. señala la regla general respecto de los delitos que dan lugar a la extradición, a saber, “es necesario que el delito que motivó la solicitud por sus hechos constitutivos, prescindiendo de circunstancias modificativas y de la denominación del delito; esté sancionado en el momento de la infracción, con la pena de privación de libertad por dos años como mínimo, tanto en la legislación del Estado requirente como en la del Estado requerido, salvo el principio de la retroactividad favorable de la ley penal.” En este caso, la CIE impone una exigencia no solo en cuanto a la envergadura del ilícito penal, sino también la “exigencia de verificación de la doble incriminación como requisito general” (García Rico, 2008).

Reglas de procedimiento. Como se ha mencionado, uno de los objetivos principales de la CIE es simplificar las formalidades del procedimiento de extradición. De acuerdo con su artículo 10, la solicitud de extradición puede ser formulada por la vía diplomática o directamente de gobierno a gobierno “según el procedimiento que uno —Estado requirente— y otro —Estado requerido— convengan”. Junto a la solicitud de extradición deberán acompañarse los documentos de prueba que señala el artículo 11, “debidamente autenticados en la forma prescrita por las leyes del Estado requirente”. De acuerdo con el artículo 17, “el Estado requerido comunicará sin demora al Estado requirente su decisión respecto a la solicitud de extradición y las razones por

las cuales se concede o se deniega”. De conformidad con este mismo artículo, el Estado requerido puede conceder la extradición sin cumplir con las formalidades anteriores, siempre que: “a) sus leyes no la prohíban específicamente, y b) la persona reclamada acceda por escrito y de manera irrevocable a su extradición después de haber sido informada por un juez u otra autoridad competente acerca de sus derechos a un procedimiento formal y de la protección que este le brinda.” En este sentido, si se contrasta abstractamente la extradición simplificada con los estándares mínimos del derecho de acceso a la justicia, quizá quedarían espacios de duda a este respecto.

Improcedencia de la extradición. En términos generales, puede haber motivos de denegación relacionados con el delito, *u. gr.*, la prescripción; el incumplimiento de los requisitos de doble incriminación; que se trate de un delito político o conexo, o bien, no tan relacionados con él, como la concesión de asilo a la persona (N.U. A/69/10, 2014, párr. 58). En este sentido, cabe resaltar que la CIE, en su artículo 4, recoge “la prohibición expresa de conceder la extradición respecto de delitos políticos o conexos que ha caracterizado históricamente esta institución” (García Rico, 2008, p. 389). De acuerdo con el artículo 8, “cuando correspondiendo la extradición, un Estado no entregare a la persona reclamada, el Estado requerido queda obligado, cuando su legislación u otros tratados se lo permitan, a juzgarla por el delito que se le impute, de igual manera que si este hubiera sido cometido en su territorio, y deberá comunicar al Estado requirente la sentencia que se dicte.” Dicho de otro modo, el Estado requerido que, estando obligado a extraditarlo, no lo hace, queda obligado a juzgarlo.

El artículo 9 de la CIE adquiere especial importancia, ya que indica que “los Estados Partes no deberán conceder la extradición cuando se trate de un delito sancionado en el Estado requirente con la pena de muerte, con la privación de libertad por vida o con penas infamantes, a menos que el Estado requerido obtuviera previamente del Estado requirente, las seguridades suficientes, dadas por la vía diplomática, que no impondrá ninguna de las citadas penas a la persona reclamada o que, si son impuestas, dichas penas no serán ejecutadas.” Esta disposición expresa un consenso ampliamente compartido por la comunidad internacional —particularmente la latinoamericana— en torno a la pena de muerte, en relación con un principio de no regresión, que establece la regla de que aquellos Estados que han abolido la pena de muerte ya no podrán restablecerlas, establecido en el artículo 4.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El consenso, que no requiere ser unánime, gira en torno a que “la pena de muerte produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial y elimina toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado”, como se señala en el Preámbulo del Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990).

En definitiva, el principio básico que se intenta difundir es el tránsito de los ordenamientos jurídicos interamericanos hacia la abolición de la pena de muerte. Igualmente, este precepto es manifestación de conquistas que expresan mínimos civilizatorios en el ámbito de la determinación de penas penales (García González y Pérez Francesch, 2015, pp. 1-16). Por esta razón, por ejemplo, en el control efectuado por la Corte Suprema de Costa Rica a la CIE, se señaló que “en cuanto al artículo 9 de la Convención, este no es in-

constitucional, si se interpreta y aplica en el sentido de que no se concederá la extradición, si Costa Rica no recibe del Estado requirente la seguridad jurídica absoluta de que la pena de muerte, cadena perpetua o pena infamante no será impuesta ni aplicada” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, exp. 99-007158-007-CO-C, res. 08292-99, “Consulta preceptiva de constitucionalidad”, sentencia de 29 de octubre de 1999).

Gonzalo Aguilar Cavallo

233. **CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES**

En adelante CIPDHPM o Convención, fue firmada el 15 de junio de 2015 en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en Washington, por Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay, a los que se sumó Bolivia en 2016. Ha sido ratificada por Costa Rica (12 de octubre de 2016), Uruguay (7 de noviembre de 2016), Bolivia (13 de marzo de 2017), y recientemente se han adherido El Salvador (18 de abril de 2018) y Ecuador (12 de febrero de 2019). Por su parte, Argentina (30 de junio de 2017) y Chile (11 de julio de 2017) la ratificaron de manera temprana, pero con reservas.

Entró en vigor el 11 de enero de 2017, el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el segundo instrumento de ratificación, tal y como se establece en el propio instrumento.

La multiplicidad de las fuentes normativas existentes con anterioridad a la Convención, su distinta categoría jurídica y su alcance regional o variedad de contenido complejizaban la definición de los derechos mínimos de este grupo etario en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se trata del primer tratado vinculante en el mundo que protege el abanico de derechos de las personas mayores de manera íntegra y completa.

Este sus aciertos figuran los siguientes: es un instrumento aterrizado en las necesidades reales y la vida cotidiana de las personas mayores, toma en cuenta la multiculturalidad de la región, la desigualdad, las múltiples vejeces, y todo ello con perspectiva de género. Asimismo, incluye una agenda progresista, dando cauce a las reivindicaciones de los sectores más vanguardistas.

Por otra parte, incluye tanto a los derechos civiles y políticos como a los económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de las personas mayores. Esta tridimensionalidad (civil, política y social) es digna de subrayarse, dado que otros instrumentos de gran relevancia como el Protocolo adicional de San Salvador (1988) introduce exclusivamente la parte de derechos sociales, mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José, de 1969, vigente desde 1978) establece solo derechos civiles y políticos.

La CIPDHPM también destaca por integrar las esferas que están divididas en el Sistema Interamericano: Corte y Comisión, dándole competencia a ambas, mientras que el Protocolo de San Salvador les da competencia solo respecto a dos derechos sociales: derecho a la educación y derechos sindicales.

En la elaboración de la CIPDHPM han participado tanto juristas como especialistas en gerontología y envejecimiento. Es un instrumento de vanguardia que establece conceptos básicos en la materia tal y como corresponde al primer instrumento vinculante de esta naturaleza en el mundo. Entre estos conceptos figuran los de:

Actividades de la vida diaria (AVD): escalas que evalúan la capacidad de la persona para realizar las actividades diarias. Se pueden distinguir dos componentes: *AVD* elementales o básicas, como vestirse, alimentarse y comunicarse, y *AVD* instrumentales, es decir, tareas más complejas asociadas a una vida totalmente independiente (como tomar un medicamento o preparar una comida).

Consentimiento libre e informado, que comprende dos exigencias básicas: informar y obtener la adhesión libre de la persona. Será la persona mayor en el ejercicio de ese principio la que decida plena y libremente la aceptación de lo propuesto. En principio, se presupone la capacidad efectiva de poder tomar decisiones libremente con base en la plena capacidad jurídica, si bien hay casos excepcionales en que no la hay.

Cuidados paliativos: la atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, a fin de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor, de otros síntomas y de los problemas sociales, psicológicos y espirituales de la persona mayor. Abarcan al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan.

Discriminación por edad en la vejez: cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

Envejecimiento: proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio.

Envejecimiento activo y saludable: proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a personas como a grupos de población.

Maltrato: acciones u omisiones, realizadas intencionada o negligentemente, que no tienen carácter de accidentalidad, y hacen referencia a daños físicos, psíquicos y/o económicos, independientemente de que ocurran en una relación de confianza. Es poco fiable que solo se tenga en cuenta la denuncia directa o la opinión de familiares o cuidadores. Se deberá recurrir a signos de alarma indirecta que detecten focos de maltrato, como puede ser la depresión, la recurrencia en la hospitalización, las caídas sin causa que las justifique, y la no ingesta de medicamentos prescritos.

Negligencia: error involuntario o falta no deliberada, incluidos, entre otros, el descuido, omisión, desamparo e indefensión que le causa un daño o sufrimiento a una persona mayor, tanto en el ámbito público como privado, cuando no se hayan tomado las precauciones normales necesarias de conformidad con las circunstancias.

Persona dependiente: aquella que presenta limitaciones para realizar una o varias actividades básicas de su vida, como vestirse, lavarse o cocinar. Hay personas mayores dependientes y personas mayores no dependientes. La dependencia no va asociada a la edad, aunque en los tramos de edad más avanzada, esto es, personas muy mayores, es más probable la dependencia.

Servicios de cuidado a largo plazo: la persona mayor que recibe estos servicios es aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado, sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios sociosanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio.

Servicios sociosanitarios integrados: beneficios y prestaciones institucionales para responder a las necesidades de tipo sanitario y social de la persona mayor, con el objetivo de garantizar su dignidad y bienestar, así como promover su independencia y autonomía.

Vejez: construcción social de la última etapa del curso de vida.

A continuación se presenta un cuadro con todos los derechos que figuran en la CIPDHPM.

<i>Derechos contenidos en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores</i>
<p>A la igualdad y no discriminación por razón de edad (art. 5), a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6), a la independencia y autonomía (art. 7), a la participación e integración comunitaria (art. 8), a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (art. 9), a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10), a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11), derechos de la persona mayor que recibe cuidados de largo plazo (art. 12), a la libertad personal (art. 13), a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información (art. 14), a la nacionalidad y a la libertad de circulación (art. 15), a la privacidad y a la intimidad (art. 16), a la seguridad social (art. 17), al trabajo (art. 18), a la salud (art. 19), a la educación (art. 20), a la cultura (art. 21), a la recreación, al esparcimiento y al deporte (art. 22), a la propiedad (art. 23), a la vivienda (art. 24), a un medioambiente sano (art. 25), a la accesibilidad y a la movilidad personal (art. 26), derechos políticos, votar libremente y ser elegido (art. 27), de reunión y asociación (art. 28), situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 29), igual reconocimiento como personas ante la ley (art. 30), derecho a la justicia (art. 31).</p>

Los mecanismos de seguimiento tienen que ver con el cumplimiento de los Estados de sus responsabilidades, las cuales son explícitas: cada derecho contemplado en la Convención va acompañado de una obligación. En su texto establece un mecanismo de seguimiento que consiste en la Conferencia de Estados parte y el Comité de Expertos (art. 33). La primera da seguimiento al avance de los Estados parte en el cumplimiento de los compromisos emanados de la CIPDHPM y recibe las recomendaciones del Comité de Expertos (art. 34). Por su parte, este órgano colabora en el seguimiento al avance de los

Estados parte en la implementación de la Convención, siendo responsable del análisis técnico de los informes presentados por aquellos. El mecanismo de seguimiento quedará constituido cuando se haya recibido el décimo instrumento de ratificación o adhesión (art. 33).

Finalmente, su artículo 36 establece que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente establecida de uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas por la violación de un Estado parte de alguno de los artículos que contiene.

Aída Díaz-Tendero

234. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

La subsistencia de la humanidad se basa en el principio de su capacidad para cubrir sus necesidades elementales, y dentro de estas se encuentran las que son vitales, como la ingesta de nutrientes, que suele considerarse bajo el término genérico de “alimentos”. Así, de manera general, el concepto de alimentos se asocia con la idea de comida o sustento, pero también se refiere al vestido y casa que proporcionan los padres a los hijos en una familia.

Ahora bien, desde el ámbito jurídico, dicho término reúne una serie de elementos de contenido diverso que tienen por objeto asegurar el desarrollo integral de las personas; por tal razón, se incluye en el concepto la asistencia en caso de enfermedad, mientras que en los casos en que se refiera a los menores, se comprenderán los gastos necesarios para la educación básica y para proporcionarles un oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales (Pérez Duarte, 2000).

En otras palabras, el término alimentos se considera, para el derecho de familia, la prestación que obra a cargo de una persona, comúnmente llamada alimentante o deudor, que goza de suficiente capacidad económica, consistente en contribuir con la satisfacción de las diversas necesidades vitales de otra, conocida como alimentario o acreedor, quien, de otro modo, no podría asegurarlas con su gestión personal (Suárez, 2006).

Su contenido abarca, por tanto, una relación jurídica entre dos sujetos, de la cual se desprenden derechos y obligaciones y de la que resulta la deuda alimentaria, como deber principal derivado del derecho a la vida. La obligación de proporcionar alimentos se ha asociado desde las sociedades antiguas a las relaciones de parentesco, de ahí que, de acuerdo con la idea tradicional, se identifique al padre como el principal obligado a proporcionarlos. En la actualidad dicha idea ha sido superada, en la medida en que se considera a la alimentación como un derecho humano y, por tanto, deberá ser suministrada, indistintamente del sexo de la persona que funja como jefe de la familia.

Los beneficiarios del crédito alimentario son, naturalmente, los hijos, así como los propios cónyuges entre sí; no obstante, cada país señalará en su derecho interno a los sujetos que tendrán este derecho. Por lo que respecta a México, se consideran acreedores alimentarios a los menores, a los concubinos, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado, menores o incapaces, y al adoptado en relación con el adoptante. A este reconocimiento se añade la característica de que las obligaciones alimentarias se proporcionarán tomando en cuenta las posibilidades de quien deba darlos y la necesidad de quien

deba recibirlos (art. 311 del Código Civil Federal, CCF) pero, sobre todo, que la obligación de dar alimentos es recíproca, esto es, el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos (art. 301 CCF), lo que implica que, atendiendo a lo dispuesto en la ley, se debe considerar a los padres, en su caso, como acreedores alimentarios y a los hijos, como deudores alimentarios (art. 304 CCF).

Las disposiciones sobre las obligaciones alimentarias que cada nación regula de manera interna en sus respectivas leyes civiles o de derecho privado constriñen la aplicación de ese derecho a su propio territorio. En tratándose de este tema, el problema surge cuando los sujetos de la obligación alimentaria tengan su residencia o domicilio habitual en Estados diferentes, cuyas respectivas legislaciones contemplen, quizá, distintas disposiciones sobre la materia, lo que conlleva a comprometer al deudor en el cumplimiento y ejecución de dichas obligaciones en perjuicio del acreedor alimentario. Esto es, la problemática consiste en determinar con certeza y claridad la ubicación del domicilio del deudor; asimismo, es necesario identificar a la autoridad competente para conocer de la reclamación o cobro de los alimentos y dirigirse a ella fundamentando su derecho, además, la efectividad de la prestación alimentaria requiere de la aplicación de medidas cautelares personales o patrimoniales en contra del deudor, que en el caso *sub examine*, se complican frente a las formalidades procesales que cada autoridad judicial exija para su cabal práctica (Díaz Sarasty, 2013).

Es importante señalar que la comunidad internacional, desde hace varios años, ha dedicado un gran esfuerzo al estudio y discusión de la temática y, justamente, en el ámbito del derecho internacional, se ha avanzado en la regulación de las obligaciones alimentarias mediante la celebración de convenios o tratados internacionales para establecer los mecanismos y reglas para su cumplimiento. En ese sentido, en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Obligación de Dar Alimentos, nace el primer convenio de protección alimentaria denominado Convención de las Naciones Unidas sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, suscrita en Nueva York, Estados Unidos, en 1956. Este instrumento jurídico internacional tiene la virtud de establecer mecanismos de cooperación procesal entre las naciones, que se dirigen a favorecer y simplificar los trámites judiciales que se exigen en cada país, según su normativa interna.

A este instrumento le seguirían otros convenios internacionales en la materia: Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias Respecto de los Menores, suscrita en la Haya, el 24 de octubre de 1956; Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Obligaciones Alimenticias, de 15 de abril de 1958; Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Relativas a las Obligaciones Alimenticias, de 2 de octubre de 1973; Convenio de la Haya sobre la Ley Aplicable de las Obligaciones Alimenticias, de 2 de octubre de 1973. Estas convenciones fueron promovidas por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

A la tendencia internacional de brindar protección al derecho de alimentos se sumaría el instrumento jurídico regional conocido como Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, en el seno de la Organización de los Estados Americanos, celebrada el 15 de julio de 1989, en Montevideo, Uruguay. Como presupuesto fundamen-

tal para los países que suscriben esta Convención se establece la adopción y recepción de la misma en el derecho interno vigente.

La Convención en comento se compone de seis capítulos, desplegados en 33 artículos, cuyo objeto es determinar el derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, la competencia y la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en diverso Estado que la haya suscrito (art. 1). De acuerdo con la Convención, los deudores alimentarios, en principio, son los menores (quienes no hayan cumplido 18 años), los cónyuges, o los que hayan sido tales. Sin embargo, los Estados parte podrán determinar la aplicación de las obligaciones alimentarias a los mayores de 18 años en ciertos casos, así como a otros acreedores en razón del grado de parentesco u otros vínculos legales que determinen la calidad de acreedor y deudor en sus respectivas legislaciones.

En cuanto al derecho que resulta aplicable a las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y deudor de alimentos, será aquel que, a juicio de la autoridad competente, sea más favorable al interés del acreedor, pudiendo ser el ordenamiento jurídico que corresponde a la residencia habitual del acreedor, o bien, el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor.

Asimismo, serán materia del derecho aplicable: *a)* los montos del crédito alimentario y los plazos y condiciones para su prestación efectiva; *b)* la determinación de quienes pueden ejercer la acción alimentaria a favor del acreedor, y *c)* las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de alimentos.

En cuanto a la competencia en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, la Convención le otorga al acreedor la facultad de acudir ante el juez o autoridad competente la reclamación alimentaria de entre: *a)* el juez o autoridad del Estado del domicilio de la residencia habitual del acreedor; *b)* el juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o *c)* el juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales, ya sean posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos. De las posibilidades mencionadas, la tercera ofrece un amplio campo de protección de los derechos del acreedor alimentario (Álvarez de Lara).

En materia de cooperación procesal internacional, dicho instrumento jurídico aborda el tema de su propia eficacia respecto a la ejecución de las sentencias extranjeras sobre obligaciones alimentarias a través de varias hipótesis normativas, partiendo del supuesto de que el juez o autoridad que dictó la sentencia haya tenido competencia, de acuerdo con la Convención, para conocer y juzgar el asunto, entre otras.

Para lograr el cumplimiento de las sentencias, la Convención establece los requisitos que debe cumplir la documentación respectiva, la cual será examinada por el juez que deba conocer de la ejecución.

Por otro lado, la Convención concede a los Estados parte la posibilidad de decidir si será su derecho procesal el que regulará la competencia de los tribunales y el procedimiento de reconocimiento de la sentencia extranjera. Finalmente, incluye en su articulado dos capítulos más sobre disposiciones generales y disposiciones finales, en las cuales se prevé, entre otras, que los

Estados parte, atendiendo a sus posibilidades, darán asistencia alimentaria a los menores de otro Estado que se encuentren abandonados en su territorio.

Ma. Carmen Macías Vázquez

235. **CONVENCIÓN PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS ACTOS DE TERRORISMO CONFIGURADOS EN DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y LA EXTORSIÓN CONEXA CUANDO ESTOS TENGAN TRASCENDENCIA INTERNACIONAL**

La Convención en estudio (Convención de 1971) fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 2 de febrero de 1971. Hasta la fecha cuenta con 18 Estados parte: Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Históricamente, este instrumento se constituyó como el primero en la región interamericana que se centrara en el delito de terrorismo internacional, siendo el resultado de un mandato establecido por la Asamblea General de la OEA en la Resolución 4, de 30 de junio de 1970. Esto marcó el inicio de la inclusión del problema como una preocupación sostenida por parte de dicho órgano regional. Ello ha incluido numerosas resoluciones por parte de la Asamblea General, la creación de grupos de trabajo y la adopción de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, en marzo de 2002, entre otras iniciativas, sin contar con el trabajo que ha hecho el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la materia.

Uno de los principios rectores de la OEA es la búsqueda de la paz y seguridad continental. Si bien la Carta de la OEA no hace una referencia expresa al fenómeno del terrorismo, el respeto a los principios de no intervención, la democracia, la seguridad, la solidaridad continental y la solución pacífica de controversias sirvieron para fundamentar la inclusión del terrorismo internacional en la agenda regional.

Antes de analizar el contenido de la Convención de 1971, es importante destacar el contexto histórico en el cual fue adoptada. Este tratado responde a la división política y económica que existía en América Latina. La tendencia política de los diferentes regímenes, fueran civiles o militares, condicionaba la cooperación e incluso la confianza entre los gobiernos. En varias ocasiones, grupos armados al margen de la ley utilizaban el secuestro de personal diplomático para ganar notoriedad internacional.

En este sentido, la referida Resolución 4 de la Asamblea General de la OEA determina, en su artículo 1, que el delito de terrorismo y el secuestro de personas son crímenes de lesa humanidad. En su artículo 2 establece que el secuestro de representantes de Estados extranjeros es, además de una violación a los derechos humanos, un acto que atenta contra las relaciones internacionales.

Por este motivo, la Convención de 1971 se centra en la adopción de medidas internas relativas a la protección de personas protegidas por el derecho internacional, la cual incluye reglas para asegurar la persecución penal y fomentar la cooperación internacional. Llama la atención que el tratado utilice constantemente la expresión “personas que merecen protección especial de acuerdo con las normas del derecho internacional”, pero en ninguna parte defina o incluya una lista de quiénes se encuentran en dicha categoría.

Para interpretar esta norma, se tendría que acudir a las reglas generales del derecho internacional público, asumiendo que la Convención de 1971 hace referencia al personal diplomático y del servicio consular acreditado en un país, funcionarios de organismos internacionales y personas con algún estatus especial, de acuerdo con tratados internacionales. A pesar de no incluir una lista de personas, este tratado fue precursor en la materia, pues la Organización de las Naciones Unidas (ONU) recién adoptó la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, en diciembre de 1973.

El primer párrafo del preámbulo de la Convención de 1971 hace referencia a la defensa de la libertad, la justicia y el respeto a los derechos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (cabe resaltar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos recién había sido adoptada en 1969 y aún no había entrado en vigor).

La justificación para que esta sea la primera disposición de la Convención de 1971 se encuentra en la Resolución 4 de la Asamblea General de la OEA, la cual habla del secuestro como una violación a los derechos humanos. Las otras referencias que el tratado hace a los derechos humanos se encuentran en los artículos 4 (que hace hincapié en el respeto a las garantías judiciales de personas procesadas por terrorismo) y 6 (que determina que la interpretación del tratado no podrá “menoscabar el derecho de asilo”).

El resto de los considerandos del preámbulo enmarcan el propósito de la Convención de 1971: la necesidad de que los Estados adopten mecanismos para prevenir actos de terrorismo y proteger de estos a personas amparadas por el derecho internacional. Por ende, junto con la adopción de normas internas para evitar estos delitos, el artículo 1 exhorta a fomentar mecanismos de cooperación internacional: “Los Estados contratantes se obligan a cooperar entre sí, tomando todas las medidas que consideren eficaces de acuerdo con sus respectivas legislaciones y especialmente las que se establecen en esta Convención, para prevenir y sancionar los actos de terrorismo y en especial el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida y la integridad de las personas a quienes el Estado tiene el deber de extender protección especial conforme al derecho internacional, así como la extorsión conexas con estos delitos”.

El artículo 2 enlista los delitos comunes que son trascendencia internacional, independientemente del móvil: el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida e integridad personal. Los artículos 3 y 5 establecen las reglas de extradición de quien haya cometido un delito contra una persona cubierta bajo el derecho internacional. El artículo 3 determina que las personas procesadas o condenadas por cualquiera de los actos descritos anteriormente podrán ser extraditadas, pero al final se hace la salvedad de que el Estado en donde se encuentra la persona requerida en extradición decidirá si la naturaleza de los hechos delictivos se enmarca en el objeto de la Convención. El artículo 5 implanta la regla del *aut dedere, aut judicare*. Es decir, si el Estado se niega a proceder con la extradición, sus autoridades competentes están obligadas a realizar las investigaciones pertinentes. Asimismo, el artículo 7 determina que los Estados deberán implementar las normas internas para asegurar que estos delitos puedan ser objeto de extradición. Cabe destacar que la regla en mención se encuentra en otros instrumentos internacionales de relevancia

para los derechos humanos y el derecho penal internacional, como es el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

El artículo 8 se refiere a la adopción de medidas internas para evitar que el territorio de un Estado sea utilizado para la planificación de actos terroristas en otras naciones. Además de la obligación general de implementar medidas internas, incluso en su ordenamiento penal, reconoce la obligación de cooperación e intercambio de información, así como el cumplimiento expedito de los exhortos de cooperación internacional.

Dado que este tratado fue pionero en materia de cooperación frente al terrorismo internacional, no es de extrañar que su artículo 9 haya previsto la posibilidad de que tanto la ONU como sus demás Estados miembros pudiesen suscribirlo. A pesar de su enfoque limitado, centrado en personas protegidas por el derecho internacional, llevó a que la ONU adoptara una Convención específica en la materia en 1973.

Un aspecto final, pero no menos importante, es reconocer que la Convención de 1971 hizo referencia al respeto de los derechos de las personas en la prevención del terrorismo, tema que sería central en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la década de los noventa, así como la afirmación de la regla *aut dedere, aut judicare*, que posteriormente se consolidaría como una norma para evitar la impunidad.

Salvador Herencia Carrasco

236. CONVENCIÓN SOBRE ASILO DIPLOMÁTICO

Como consecuencia de algunos incidentes diplomáticos —y particularmente del caso *Haya de la Torre*, el cual, debido a diferencias de interpretación generó un desencuentro entre Perú y Colombia que llevó el caso a la Corte Internacional de Justicia de la Haya—, durante la Décima Conferencia Interamericana se adoptó la Convención sobre Asilo Diplomático y su complementaria, la Convención sobre Asilo Territorial, con las cuales se buscó terminar con algunas de las inconsistencias y regular de mejor manera el otorgamiento del asilo diplomático. Adicionalmente, con estas dos convenciones se buscó distinguir los términos “asilo territorial” y “asilo diplomático” ya que, recogiendo la sustancia del Tratado sobre Asilo y Refugio de 1939, “tratan separadamente el asilo territorial y el asilo diplomático, pero como parte de un solo concepto fundamental: el asilo” (Esponda Fernández, 2014).

Esta Convención representa un avance en la reglamentación del asilo diplomático, toda vez que se busca regular de manera detallada el alcance de la prerrogativa de su otorgamiento, los mecanismos de traslado de las personas una vez que han recibido protección por parte del Estado asilante, así como la determinación de los espacios en los cuales las personas pueden solicitar y encontrar la protección referida.

El artículo I de la Convención determina en qué sitios se puede otorgar el asilo (legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares) y se define qué se entiende por legación y los casos en los cuales los navíos o aeronaves no pueden constituir recintos de asilo (cuando están en espacios de reparación).

En consonancia con instrumentos previos, se constituye la prerrogativa de otorgar asilo diplomático como propia del Estado, por lo que no hay obligación de otorgarlo ni a explicar los motivos por los cuales este pueda ser

negado. Igualmente, se sostiene la prohibición de otorgar asilo a delincuentes comunes y la facultad del Estado asilante de calificar la naturaleza del delito o los motivos de persecución.

Un aspecto importante es que se determina que el asilo solamente puede ser concedido en casos de urgencia, siendo estos los siguientes: “Aquellos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades; Aquellos en que el individuo sea perseguido por las autoridades mismas, y Cuando el individuo se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política y no pueda, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad” (art. IV). Asimismo, se deposita en el Estado asilante la posibilidad de determinar si se trata de un caso de urgencia.

El artículo X de la Convención establece que la falta de reconocimiento de parte del Estado territorial del gobierno del Estado asilante no impide que este último pueda conceder el asilo y, por tanto, las obligaciones al amparo de la Convención estarán vigentes. No obstante, esto no implica que en virtud del otorgamiento de asilo los actos ejecutados en virtud de ello impliquen reconocimiento del gobierno.

Respecto del traslado de la persona, se establece la obligación del Estado territorial de otorgar el salvoconducto necesario para la salida de las personas, así como asegurar las garantías para que la persona pueda salir del territorio sin que su vida, libertad o integridad personal corran peligro. Además, se establece que es el Estado asilante a quien “le corresponde el derecho de trasladar al asilado fuera del país” y que el Estado territorial puede señalar la ruta preferible para la salida.

El artículo XVII aborda un aspecto fundamental de la protección concedida al asilado, pues se establece que si bien el Estado asilante no está obligado a radicar a la persona en su territorio, sí deberá abstenerse de devolverle a su país de origen, a menos que expresamente lo manifieste el asilado.

Finalmente, una característica relevante es que, una vez que se ha concedido asilo diplomático a un individuo, este deberá ser impedido de practicar actos contrarios a la tranquilidad pública e intervenir en la política interna del Estado territorial; esto mientras se obtienen los salvoconductos para la salida del territorio.

La convención fue firmada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. En México, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de abril de 1957.

Ignacio López Vergara Newton

237. CONVENCIÓN SOBRE ASILO POLÍTICO

La Convención sobre Asilo Político, producto de la Séptima Conferencia Internacional Americana celebrada el 26 de diciembre de 1933 en la ciudad de Montevideo, Uruguay, pretendió fortalecer la regulación del asilo político en la región panamericana a partir de una modificación de la definición adoptada en 1928 en la Convención de la Habana sobre Derecho de Asilo.

El artículo 1 de la Convención establece que “No es lícito a los Estados dar asilo en legaciones, naves de guerra, campamentos o aeronaves militares,

a los inculpados de delitos comunes que estuvieren procesados en forma o que hubieren sido condenados por tribunales ordinarios, así como tampoco a los desertores de tierra y mar. Las personas mencionadas [...] que se refugiaren en algunos de los lugares señalados en él, deberán ser entregados tan pronto lo requiera el Gobierno local”.

Una consideración inicial es que se limita el concepto de asilo, ya que se determina que solamente puede ser otorgado en legaciones, naves de guerra o aeronaves militares, sin hacer mención de la posibilidad de solicitar asilo en el territorio del país de asilo. De esta manera se limitó la posibilidad del asilo territorial, lo cual sería subsanado posteriormente en el Tratado sobre Asilo y Refugio Político, suscrito también en la ciudad Montevideo en 1939.

Una cuestión relevante es que, en la nueva definición, si bien no se precisa qué se entiende por delitos políticos (el art. 2 de la Convención deja en manos del Estado asilante la “calificación de la delincuencia política”), para efectos de la determinación de los delitos comunes no basta con que las personas estén acusadas o condenadas, sino que deben “estar [procesadas] en forma” o haber “sido [condenadas] por tribunales ordinarios”.

Otro aspecto notorio de esta Convención radica en que se señala la naturaleza humanitaria del asilo político (art. 3), por lo que no queda sujeta a reciprocidad. Adicionalmente, si un Estado decide establecer limitaciones al asilo político, será sujeto de las mismas limitaciones frente a otros Estados; esto sin perjuicio de obligaciones previas existentes.

No debe pasarse por alto que en esta Convención, en consonancia con instrumentos previos, el asilo es concebido como una prerrogativa del Estado y no un derecho de los individuos.

Finalmente, una innovación que no debe ignorarse es que en el artículo 4 se determina que, cuando en virtud de discusiones derivadas de un caso de asilo político se solicite el reemplazo de un agente diplomático, esto no será motivo para la interrupción de relaciones diplomáticas.

La Convención fue firmada por Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. México la ratificó el 13 de agosto de 1935 y la publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de abril de 1936.

Ignacio López Vergara Newton

238. CONVENCIÓN SOBRE ASILO TERRITORIAL

Complementaria a la Convención sobre Asilo Diplomático, la Décima Conferencia Interamericana adoptó la Convención sobre Asilo Territorial con el objeto de definir la figura de asilo territorial. Si bien dicha figura se había incluido en instrumentos relacionados con la extradición, esto siempre se hacía a manera de excepcionalidad y no de manera definitiva. Allí radica la importancia de la Convención, en que contribuye a concluir con “la etapa de positivización del asilo latinoamericano, en su versión de derecho clásico interestatal” (San Juan, 2004).

Adicionalmente, mediante las dos convenciones adoptadas por la Décima Conferencia Interamericana se buscó distinguir los términos “asilo territorial” y “asilo diplomático”, ya que, recogiendo la sustancia del Tratado sobre Asilo y Refugio, de 1939 “tratan separadamente el asilo territorial y el asilo

diplomático, pero como parte de un solo concepto fundamental: el asilo” (Esponda Fernández, 2014).

En la presente Convención se reitera la naturaleza estatocéntrica de la figura del asilo, puesto que se establece, en su artículo I, que es derecho del Estado admitir, en ejercicio de su soberanía, a las personas que juzgue conveniente sin que otro Estado pueda emitir reclamo alguno. El artículo II complementa lo anterior, al establecer que “El respeto que según el Derecho Internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tienen sobre las personas que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias, opiniones, o filiación política por actos que puedan ser considerados como delitos políticos”.

Si bien en este instrumento —a diferencia de la Convención sobre Asilo Diplomático— no se establece una obligación de no devolución, sí se determina (art. IV) que la extradición no es procedente cuando se trate de personas que sean perseguidas por delitos políticos o por delitos comunes cometidos con fines políticos. En alcance a la práctica identificada en diversos instrumentos interamericanos, es el propio Estado receptor el facultado para calificar la naturaleza de los delitos como políticos o como delitos del orden común. Por otra parte, también es importante considerar que se determina que el ingreso irregular no debe de afectar las estipulaciones de la Convención.

Finalmente, otro aspecto relevante es que busca sentar las bases para reglamentar la estancia de las personas asiladas en el territorio. Para esto, se establecen disposiciones vinculadas a libertad de expresión, libertad de reunión y asociación, libre tránsito y permanencia cerca de zonas fronterizas. Sin embargo, es importante subrayar que estas consideraciones se hacen desde la perspectiva de la relación entre el Estado receptor y el Estado expulsor y no desde una perspectiva de derechos de los asilados. Las estipulaciones se plantean desde una perspectiva de limitaciones y prerrogativas de los Estados, no de los individuos.

La convención fue firmada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. En México fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de mayo de 1981.

Ignacio López Vergara Newton

239. CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) constituye uno de los principales acuerdos internacionales sobre derechos humanos. Fue aprobada el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, contando al primer semestre de 2019 con 189 Estados parte. Tuvo su antecedente en la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas como Resolución 2263 (XXII) el 7 de noviembre de 1967. A su vez, es el reflejo normativo de la preocupación del derecho internacional de los derechos humanos por la histórica situación de

exclusión de las mujeres en diversos ámbitos del quehacer humano, lo que a su vez se enmarca en la preocupación por la especificidad de la protección y promoción de los derechos humanos de grupos sometidos a vulnerabilidad. El sexo de las mujeres es el motivo de discriminación más antiguo, más extendido temporal y espacialmente, y el que reviste más formas, pues normalmente, en el caso de la mujer confluye por lo menos una doble discriminación. La primera por el solo hecho de ser mujer; la segunda por alguna de las características que forman su identidad, ya sea mujer migrante, indígena o lesbiana, por ejemplo.

En cuanto tratado internacional, la CEDAW considera la necesidad de reconocer derechos para las mujeres en las esferas civil, política, económica, social y cultural, y define la discriminación que las afecta. Para ello, se estructura en un preámbulo y 30 artículos, en los cuales no solo se limita a consagrar un cuerpo de derechos para las mujeres, sino que insta a los Estados, como claramente lo dice su artículo 2, a que sigan por todos los caminos adecuados y sin dilación una política encaminada a eliminar la discriminación.

Consagra para las mujeres derechos en los ámbitos de: participación política (arts. 7 y 8); nacionalidad (art. 9); educación (art. 10); empleo (art. 11); atención médica (art. 12); otras esferas de la vida económica y social (art. 13); mujer de zonas rurales (art. 14); igualdad con el hombre en materia civil (art. 15), e igualdad con el hombre en materia de matrimonio y relaciones familiares, incluyendo los aspectos patrimoniales y de propiedad (art. 16).

La definición de discriminación se contiene en el artículo 1, que indica que “la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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”.

En relación con las esferas en que puede darse la discriminación, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité), órgano de vigilancia de este tratado, creado y regulado en los artículos 17 a 22 del mismo instrumento, ha sostenido en su Recomendación general 12, de 6 de marzo de 1989, que se incluye la esfera familiar y también la laboral. Ello constituye a la violencia intrafamiliar y las diversas formas que asume (p. ej., violencia sexual) y a los abusos sexuales ocurridos en el lugar de trabajo como parte de las formas más graves de discriminación contra la mujer.

Esta idea ha sido ratificada por el mismo Comité en su Recomendación general 19, de 29 de enero de 1992, que señala expresamente que la definición de discriminación del artículo 1 de la CEDAW incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada, considerando en ella actos que provocan daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.

Además de dar una definición y consagrar un cuerpo de derechos para las mujeres, en el artículo 5 la CEDAW contempla que los Estados deben luchar por modificar patrones socioculturales de conducta entre hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de

la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Esta disposición introdujo, ya en 1979, una primera idea en torno a la necesidad de incorporar una transversalización del género, lo que recién se asumió institucionalmente para 1995 con ocasión de la Conferencia de Beijing. Como consecuencia de dicho encuentro internacional, Naciones Unidas comienza a hablar de perspectiva de género, refiriendo así al proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. La perspectiva de género se concibió como una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, aplicación, supervisión y evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad.

El artículo 4, por su parte, contempla la adopción de medidas especiales de carácter temporal, las que no se estiman discriminatorias pues se contemplan con miras a conseguir la igualdad de hecho de las mujeres. Extendiéndose en su comprensión y sentido, el Comité, en su Recomendación general 5, sobre medidas especiales temporales, de 4 de marzo de 1988, recomienda que los Estados parte hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal, como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo. En la Recomendación general 23, sobre vida política y pública, de 13 de enero de 1997, el Comité hace referencia otra vez a las medidas especiales de carácter temporal ahora en ese ámbito.

Un gran avance para la efectividad de las disposiciones de la CEDAW fue la aprobación del Protocolo Facultativo a la Convención, adoptado por consenso por la Asamblea General en su Resolución A/54/4, de 6 de octubre de 1999, entrando en vigor el 22 de diciembre de 2000. Este Protocolo contempla dos mecanismos: el procedimiento de quejas individuales y un procedimiento de investigación.

El primero es similar al que contemplan otros tratados sobre derechos humanos que cuentan con órgano de vigilancia. El artículo 1 presume que todo Estado parte en el Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones presentadas de conformidad con el artículo 2 que, a su vez, precisa que estas pueden ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación de alguno de los derechos establecidos en la Convención cometida por el propio Estado, pudiendo presentarse por sí mismas o representadas por otra persona o entidad, caso este último en que se requerirá su consentimiento, “a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento”. Las comunicaciones individuales solo pueden presentarse cuando se alega la violación de las disposiciones de la CEDAW que contienen derechos.

El segundo mecanismo que contempla el Protocolo Facultativo es el procedimiento de investigación regulado esencialmente en el artículo 8 por medio del cual se faculta al Comité para dar curso a esa investigación si “recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un

Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención”. En ese caso se invita al Estado respectivo a “colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información”. Con base en esas observaciones y toda información fidedigna de que disponga, el órgano de vigilancia puede encargar a uno o más de sus integrantes que realice una investigación y le presente con carácter urgente un informe. Esta investigación puede incluir, cuando se justifique y con el consentimiento del Estado parte, una visita a su territorio de carácter confidencial. Luego de examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas. Por el artículo 10 se ha establecido una cláusula *opt-out* sobre el procedimiento de investigación al establecer que todo Estado parte puede, “al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 8 y 9”, que son los referidos a tal mecanismo, pudiendo en todo caso retirar esa declaración en cualquier momento, previa notificación al secretario general.

Ximena A. Gauché Marchetti

240. CONVENCIÓN VIVIENTE

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido varias veces 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”.

Tal doctrina es coincidente con la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *v. gr.*, casos *Tyrer vs. Reino Unido*, *Marckx vs. Bélgica* y *Loizidou vs. Turquía*. En la jurisprudencia de la Corte IDH aparece, por ejemplo, en la Opinión consultiva (OC) 16/1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (párr. 114) y en el caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (párr. 106. *Cf.*: Beloff, en Steiner y Uribe, 2014, pp. 389 y 390).

Con posterioridad, tuvo oportunidad de reiterarla en *Atala Riffo vs. Chile* (párr. 83), en *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (párr. 245), y en *Trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (párr. 245). Más tarde lo hace en la OC-24/2017, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (párr. 187).

En definitiva, la tesis de la “convención viviente” resulta un principio consolidado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), e importa un dato vital para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, o Pacto de San José).

La concepción de la “convención viviente” guarda profunda conexión con la idea de “constitución viviente” (*living constitution*), voz a la que nos remitimos. El instrumento constitucional y, ahora también, el convencional, superan así el mero texto del documento de que se trate, y se nutren de nuevos contenidos derivados, principalmente del orden de las realidades y de las creencias y valoraciones sociales predominantes. De hecho, le ha servido a la Corte IDH para ampliar, por ejemplo, el concepto de “familia” empleado por el artículo 17 del Pacto de San José en el caso *Atala Rifo vs. Chile*, por ejemplo.

En la aludida OC-24/2017, la Corte Interamericana ha hecho una contundente invocación de la convención viviente. El texto del artículo 17.2 de

la CADH indicaba que “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia [...]”. Para admitir el matrimonio legal entre personas del mismo sexo, el Tribunal, alegando precisamente la vivificación de la Convención, tuvo que cambiar el sentido original de las palabras de la misma. Para eso argumentó que los vocablos señalados no debían entenderse en su sentido histórico o etimológico, sino en el actual, y que tal mutación estaba programada incluso por los Estados que elaboraron el Pacto, quienes confiaron a la Corte y a los Estados la tarea de desarrollarlos para ampliar el cupo original de derechos. Añadió que, hoy día, el concepto de familia es de imposible codificación y cuantificación; y siguiendo pautas del TEDH, dijo también que su sentido variaba de país a país, y también de región a región. En ese contexto tan heterogéneo y elástico, la Corte, apretando el acelerador del valor igualdad, afirmó que no era posible negar a individuos del mismo género contraer matrimonio, y que incluso tenían el derecho a reclamar tal estado matrimonial, por lo que es un deber de los Estados instrumentarlo en su legislación interna. En eso difirió del Tribunal Europeo, quien entiende que el Sistema Europeo de Derechos Humanos no obliga a un Estado a adoptar necesariamente tal tipo de enlace, aunque sí puede consagrarlo, si lo desea, conforme a su margen de apreciación nacional.

Ahora bien, dado que la mayor parte de los países de la región no han implementado todavía al matrimonio, también denominado por muchos igualitario, y que el mismo no tendría consenso en muchos países y sociedades del área, la Corte IDH sostuvo en la OC referida que debía prescindirse de dicha opinión colectiva y establecerse, de todos modos, legalmente. Hasta tanto ello no ocurriera, las parejas del mismo sexo no debían sufrir discriminaciones o tratos estigmatizantes o desigualitarios, en comparación a las heterosexuales.

En este tramo de la OC-24/2017, surge el problema de la compatibilización de la invocada doctrina de la convención viviente (*living convention*), con la actuación de un tribunal que, en la especie, opera con prescindencia o, al parecer, si fuere necesario, contra el consenso de la comunidad. La tesis de la constitución viviente (y de su pareja, la convención viviente), legítima su posición con el *argumento de las generaciones* (es la generación actual quien tiene autoridad para interpretar la constitución o la Convención, y los tribunales, para vivificar ambas, deben reinterpretar el texto original con las voliciones, creencias y valoraciones sociales contemporáneas), por lo que resulta difícilmente coherente invocar tal teoría sin tener en cuenta (o más todavía, de ser indispensable, operando en oposición) del dato sociológico que emerge de las ideas y pareceres de la comunidad del caso. En otras palabras, en la constitución o convención viviente el elemento o agente vivificador básico es la sociedad, mientras que en la OC-24/2017, respecto del caso que allí se dirime, lo es la Corte IDH, sin subordinarse al consenso global (nos remitimos asimismo a nuestro trabajo *La “convención viviente” en la Opinión Consultiva 24/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2018).

En un orden de ideas paralelo, la OC-24/2017 implanta un específico *control de convencionalidad legislativo*: impone a los Estados sancionar la ley del matrimonio igualitario. Es un mensaje destinado, principalmente, a los congresos de las diferentes naciones del SIDH.

Néstor Pedro Sagiús

241. *CORPUS IURIS INTERAMERICANO*

El *corpus iuris* interamericano es un término que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) acuñó en 2004, en el marco del caso *Tibi vs. Ecuador* (sentencia de 7 de septiembre de 2004, núm. 114). En dicha oportunidad, la Corte IDH estableció que la Convención Interamericana contra la Tortura forma parte del *corpus iuris* interamericano que, para efectos del caso, “[debía] servir a [la] Corte para fijar el contenido y alcance de la disposición general contenida en el artículo 5.2 de la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]”, relativo al derecho a la integridad personal (párr. 145).

Si bien en dicha oportunidad la Corte Interamericana no desarrolló el contenido y alcance del término, previamente, con ocasión de la Opinión consultiva OC-16/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (de 1 de octubre de 1999), la Corte se refirió de manera amplia al concepto “*corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En la referida opinión consultiva, la Corte estableció que el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos “está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”. De acuerdo con la Corte, la “evolución dinámica [de dicho *corpus iuris*] ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones” (párr. 115).

Dicho esto, el *corpus iuris* interamericano puede ser definido como el conjunto de instrumentos interamericanos de contenido y efectos jurídicos variados. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) constituye el pilar de dicho *corpus iuris* interamericano en constante evolución, que abarca los protocolos adicionales a la Convención y demás instrumentos orientados a la protección de los derechos y libertades del individuo o de las personas tradicionalmente consideradas como pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, o referidos a temas de particular relevancia frente al contexto de derechos humanos —pasado, presente y futuro— de los Estados de la región. La Corte IDH tiene competencia para aplicar directamente algunos de dichos instrumentos, y para remitirse a todos ellos como referente de interpretación en la determinación del contenido y alcance de los derechos humanos y de las obligaciones estatales previstos en la CADH, de conformidad con las normas de interpretación establecidas en su artículo 29 y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

En la medida que el *corpus iuris* interamericano está integrado por instrumentos de contenido y efectos jurídicos variados, es posible identificar entre ellos normas tanto de *soft law* como de *hard law*. Entre los instrumentos de *soft law* destaca la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que constituye un elemento de interpretación indiscutible dentro del *corpus iuris* interamericano. El propio artículo 29.d convencional dispone que “[ninguna] disposición de la [...] Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Estos instrumentos de *soft law* pueden incluir declaraciones, recomendaciones, guías, códigos, estándares de conducta, opiniones

de comités o grupos de trabajo, directrices, criterios y otros pronunciamientos autorizados de órganos especializados en una temática dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Entre los instrumentos de *hard law*, además de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, destacan los protocolos adicionales a la CADH y los principales tratados interamericanos de derechos humanos, a saber: el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Al tratarse de instrumentos convencionales, sea para aplicarlos o para remitirse a ellos a título interpretativo en el análisis de un caso, la Corte IDH se ha cuidado de verificar que el Estado concernido en el proceso sea parte del tratado en cuestión y que este haya entrado en vigor.

De esta manera, en el ejercicio de sus competencias, la Corte Interamericana no solo deberá tener en cuenta la CADH, sino también los demás instrumentos interamericanos de derechos humanos, sean de *soft law* o de *hard law*. Así, por ejemplo, en un caso que involucra actos de violencia contra la mujer, las obligaciones estatales y los derechos humanos involucrados no se derivan solamente de la Convención Americana. Ciertamente, los referentes de interpretación trascienden a esta, y deben incluir también las disposiciones pertinentes de las convenciones interamericanas especializadas en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra la mujer (Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención de Belém do Pará), sin perjuicio de aquellas del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos que también resulten pertinentes. De acuerdo con la Corte, dichas normas, “especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana” (véase, *inter alia*, casos *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, sentencia de 4 de septiembre de 2012, núm. 250, párr. 222, y *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006, núm. 160, párr. 276). La Corte tiene así competencia para determinar el contenido y alcance de las normas previstas en la Convención y en los demás instrumentos del *corpus iuris* interamericano.

Específicamente, la referencia al término *corpus iuris* interamericano ha sido una constante en la jurisprudencia de la Corte vinculada a casos de desaparición forzada de personas. En dichos supuestos, el análisis a la luz de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ha revestido la mayor importancia, considerando que la Corte tiene competencia para pronunciarse sobre el alegado incumplimiento de las obligaciones

previstas en dicho tratado. Por otro lado, cuando la Corte ha constatado que el *corpus iuris* interamericano no cuenta con una norma precisa sobre un tema —p. ej., bioética y derechos humanos—, no ha vacilado en remitirse al *corpus iuris* internacional en la materia para especificar y complementar lo establecido en la Convención (caso *I.V. vs. Bolivia*, sentencia de 30 de noviembre de 2016, núm. 329, párr. 168).

Por todo lo expuesto, queda en evidencia que el *corpus iuris* interamericano es el parámetro para la aplicación del denominado control de convencionalidad. Conforme ha sido desarrollado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte IDH, toda autoridad pública, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, está obligada a ejercer *ex officio* el control de convencionalidad, entre las normas y prácticas internas y la CADH, los demás instrumentos del *corpus iuris* interamericano y la interpretación de los mismos ha hecho la Corte Interamericana.

Juana María Ibáñez Rivas

242. **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 supranacional; el concepto fue definido por primera vez en la Opinión Consultiva OC-16/1999 (del 10. 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 Interamericana 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 solo 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*.

Jorge Rivero Evia

243. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

La Constitución de 1991 introdujo grandes innovaciones en el sistema constitucional colombiano, siendo una de las más trascendentales la creación de la Jurisdicción Constitucional y de la Corte Constitucional. Durante la vigencia de la Constitución de 1886, la Corte Suprema de Justicia fue el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad. Estuvo conformada por las salas de casación Civil, Laboral y Penal, hasta 1968, cuando se introdujo la Sala Constitucional que, además de ser pequeña y secundaria, nunca fue decisoria, pues simplemente elaboraba los proyectos de decisión para la Sala Plena.

La jurisdicción constitucional significó la oportunidad histórica de lograr que los problemas relacionados con la defensa de la Constitución y los derechos humanos, fueran decididos desde el derecho constitucional y no desde el derecho civil, el laboral o el penal. Su organización y funcionamiento fueron dispuestos por la Ley 270 de 1994. Los jueces que la conformaron promovieron la *constitucionalización* del derecho, entendida por Guastini como el proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, dicho ordenamiento resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales.

La Corte Constitucional de Colombia corresponde al transplante de los tribunales constitucionales europeos hacia algunos países de América Latina, para que ejercieran un control estricto de constitucionalidad. El artículo 241 de la carta política le asignó como tarea principal “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”. El régimen de la magistratura señala que la Corte está conformada por nueve magistrados “pertenecientes a diversas especialidades del derecho”. El modo de elección de los magistrados es mixto y en él participan los tres poderes públicos. El presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado postulan, cada uno de ellos, tres ternas de candidatos, correspondiendo al Senado de la República efectuar la elección.

En relación con su estructura, la Corte tiene tres tipos de salas. La Sala Plena, conformada por nueve magistrados, que deciden las acciones de inconstitucionalidad y demás procedimientos del control abstracto, mediante las sentencias “C”, y los fallos de unificación en tutela, mediante las sentencias

“SU”. Las Salas de Revisión de Tutela, conformadas por tres magistrados, son nueve y efectúan la revisión de los expedientes seleccionados, dando lugar a las sentencias “T”. Finalmente, se tiene la Sala de Selección de Tutelas, conformada por dos magistrados, elegidos cada mes por sorteo. Las decisiones de las salas se adoptan por mayoría simple de votos (la mitad más uno de los miembros), debiendo contar la Sala Plena, con un quorum mínimo de siete magistrados.

El plano funcional está relacionado con las competencias de la Corte Constitucional, previstas en el artículo 241 de la carta política. Colombia tiene un sistema mixto de control de constitucionalidad, que involucra elementos de los sistemas concentrado y difuso. La sentencia C-400 de 2013 señaló que se trata de un sistema “difuso funcional”, en el que concurren, por un lado, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, como órganos encargados del control abstracto de constitucionalidad y, por el otro, los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones y recursos previstos para garantizar los derechos constitucionales, en los casos concretos.

La Corte efectúa el control abstracto de constitucionalidad sobre las siguientes normas: *i*) los “actos legislativos”, que es el nombre que se le da a las enmiendas constitucionales (a octubre de 2019, la Constitución había sido reformada 52 veces); *ii*) las leyes que convocan a la realización de referendos destinados a reformar la Constitución, habiéndose perfeccionado tan solo uno de ellos; *iii*) las leyes en general, tanto por vicios en el trámite de su expedición como por vicios de fondo, es decir, por violar directamente la Constitución; *iv*) los decretos con fuerza de ley, que son normas expedidas por el presidente, con base en habilitaciones o en facultades concedidas por una ley especial; *v*) los decretos legislativos, que son las normas que expide el presidente en los estados de excepción, que en Colombia son tres: el de guerra exterior, el de conmoción interior y el de emergencia económica, social y ecológica; *vi*) los proyectos de ley que hayan sido objetados como inconstitucionales por el presidente; *vii*) los proyectos de leyes estatutarias, que tienen previsto un control previo y automático por la Corte Constitucional, y *viii*) los tratados públicos celebrados por el Gobierno, y las leyes que aprueban esos tratados. Finalmente, y en el plano del control concreto, debe decirse que la Corte Constitucional no conoce directamente de ningún amparo, sino que revisa los pocos fallos de tutela escogidos por la Sala de Selección.

La Corte Constitucional comenzó a ejercer funciones en 1992, y como contribuciones notorias deben señalarse las siguientes: introdujo la defensa de los derechos humanos en Colombia, que había estado ausente durante dos siglos; efectivizó el control estricto de constitucionalidad, pues el ejercicio anteriormente había sido mínimo, tolerante y sumiso al poder político; hizo efectivo el sistema de pesos y contrapesos; actualizó las teorías, prácticas y metodologías del derecho constitucional, en medio de su sistema judicial dominado por el formalismo de los siglos XIX y XX, e introdujo elementos contemporáneos y dinámicos, como la modulación de los fallos de constitucionalidad, la aplicación de los test constitucionales, la incorporación de dogmáticas sobre los derechos humanos, así como las metodologías al uso, como la razonabilidad, la ponderación, el precedente o el derecho viviente. No obstante lo anterior, el mayor logro de la Corte Constitucional fue haber acercado al ciudadano corriente a un sistema de justicia selectivo y hostil.

Al lado de esos logros innegables, debe señalarse que la Corte actual y su jurisprudencia padecen un proceso de regresión, que distorsiona los avances y los estándares de protección alcanzados, situación que está relacionada con la llegada de los nuevos magistrados. Históricamente, la Corte estuvo conformada por jueces de carrera y por abogados de perfil académico, comprometidos con la defensa de la Constitución y de los derechos humanos; sin embargo, la política domina hoy la elección de los magistrados. En este sentido, la Corte Constitucional vive más del prestigio construido durante más de 20 años que de las ejecutorias del presente. Si bien el artículo 239 de la Constitución aboga por una Corte conformada por “magistrados pertenecientes a distintas especialidades del derecho”, el panorama a finales de 2019, es el de magistrados simpatizantes de los gremios económicos, las corrientes políticas y las confesiones religiosas.

Manuel Fernando Quinche Ramírez

244. 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), esta 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 solo 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

245. CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

En Italia, la creación de la Corte Constitucional es una novedad introducida por la Constitución republicana de 1947, llamando la atención, especialmente, en las exigencias de garantizar jurisdiccionalmente el principio de rigidez constitucional y defender los derechos de los ciudadanos de los posibles abusos del poder legislativo. Muy significativas e importantes son las palabras de Giorgio La Pira, en la sesión de 28 de noviembre de 1947, quien veía en la Corte una “exigencia intrínseca de la Constitución, de naturaleza jurídica y política. Sin este órgano, tendríamos una casa sin techo, un edificio sin bóveda”.

La particularidad de las funciones atribuidas a la Corte Constitucional explica y justifica su especial composición, balance entre exigencias de carácter jurídico y exigencias de sensibilidad político-institucional. A tal fin, por un lado —en el aspecto activo— se ha distribuido la competencia a nombrar o elegir a los jueces constitucionales entre diversos órganos y, por el otro —en un aspecto pasivo—, se diferenciaron las categorías de sujetos susceptibles de ocupar el cargo de juez constitucional, de todos modos garantizando una calificación técnico-jurídica elevada. Este “compromiso” se encuentra estipulado en el artículo 135 de la Constitución que, en el inciso primero, establece las

modalidades en que pueden nombrarse: “La Corte Constitucional está compuesta por quince jueces nombrados un tercio por el Presidente de la República, otro tercio por el Parlamento en sesión común y el tercio restante por la Suprema Magistratura ordinaria y administrativa”. Y el inciso segundo prevé los requisitos para ser nombrado: “Los jueces de la Corte Constitucional son electos entre los magistrados incluso jubilados de las jurisdicciones superiores ordinarias y administrativas, los profesores ordinarios de las universidades jurídicas y los abogados con más de veinte años de ejercicio”. La composición de la Corte puede ser modificada solo a través del juicio de acusación promovido contra el presidente de la República. En tal caso, como prevé el inciso séptimo del mismo artículo 135 de la Constitución, a los 15 jueces ordinarios se suman otros 16 miembros extraídos de un elenco de ciudadanos que cumplan simplemente con los requisitos para ser elegido senador, que el Parlamento compila cada nueve años mediante votación en sesión común.

La Corte Constitucional italiana realiza las siguientes funciones especificadas en el artículo 134 de la Constitución:

El *control de constitucionalidad* sirve para verificar la conformidad de las leyes y aquellos actos con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones, en relación con una norma constitucional, ya sea por vicios en el procedimiento (formales) o por vicios en el contenido (sustanciales). Los artículos del acto legislativo impugnado, constituyen el objeto del control, las normas constitucionales que se consideren vulneradas, constituyen el parámetro. El control se ejerce respecto de actos ya en vigencia (control de tipo sucesivo) y puede ser activado tanto *in via incidentale* como *in via principale*. La vía de acceso general al proceso constitucional es la incidental, en el sentido que la cuestión de legitimidad constitucional nace en el curso de un proceso concreto. El juez del proceso (denominado juez *a quo*), al advertir que la cuestión atañe a una norma aplicable al juicio y sea, en un principio, plausible (en términos técnicos, se habla de relevancia y no falta de fundamento manifiesta), suspende el proceso y somete la cuestión ante la Corte. El recurso *in via principale*, por su parte, se activa solamente por las Regiones, respecto a leyes estatales (o de otras Regiones) que sean consideradas lesivas de las propias competencias, y por el Estado, respecto a aquellas leyes regionales que excedan sus atribuciones. La Corte examina la cuestión en una audiencia pública y su decisión puede ser emitida a través de una ordenanza o de una sentencia. Las ordenanzas se limitan a examinar la cuestión de manera superficial, considerando solo los aspectos procesales. Las sentencias efectúan un análisis más profundo de la cuestión, verificando si la norma impugnada es o no conforme a la Constitución. La cuestión, en estas circunstancias, vendrá aceptada o rechazada. En el primer caso, la norma será declarada inconstitucional, luego, anulada con efectos generales (*erga omnes*), ya sea para el futuro o para el pasado. En el segundo, la norma no adquirirá ningún “salvaconducto” particular, pudiéndose dudar de su constitucionalidad en el futuro. Por otra parte, la única alternativa entre estimatoria y desestimatoria ha sido superada a través de la propia jurisprudencia de la Corte, que durante años ha “inventado” toda una serie de pronunciamientos muy sofisticados, con los cuales se “manipulan” los efectos de la inconstitucionalidad, interpretando las normas en cuestión.

La Corte decide en *Camera di Consiglio*, con la intervención de todos los jueces que han sido parte en las audiencias públicas, a través de una mayo-

ría absoluta de los votantes. La no mención del éxito del voto es una manifestación ejemplar del principio de colegialidad, en el sentido de que todas las decisiones son, formalmente, tomadas por unanimidad, sin difundir ni el número ni los argumentos contrarios. En otras palabras, en Italia, a pesar de que se discute hace mucho tiempo, falta la posibilidad de explotar la llamada *dissenting opinion*, tradicionalmente prevista en el sistema de justicia estadounidense y ahora en muchos otros países.

Los *conflictos de atribución* son controversias para reivindicar las competencias constitucionales, vulneradas por actos o por comportamientos de otros órganos. La primera tipología presenta notables analogías con el control de constitucionalidad *in via principale*, incluso si el conflicto puede versar solo sobre actos no legislativos, por ejemplo, los proveídos administrativos. La segunda constituye un remedio general para resolver las controversias entre los órganos supremos de la organización estatal; en efecto se admite que puedan recurrir a la Corte todos los titulares con competencia constitucional para tutelar el correcto ejercicio. La decisión del conflicto, contenida en una ordenanza o en una sentencia, establece a quien corresponde la competencia de decidir, con una eventual anulación del acto controvertido.

La *competencia penal* entra en la denominada justicia política, a efecto de juzgar las violaciones cometidas por los altos mandatarios del Estado por tribunales *ad hoc*, los cuales podrían valorar de mejor manera el carácter “político” de los comportamientos. Actualmente se prevé que pueda activarse únicamente para juzgar la alta traición o el atentado contra la Constitución, cometidos por el presidente de la República. En dichos casos —hasta el momento jamás han ocurrido— la Corte, en composición especial, juzgaría *a posteriori* de la acusación dispuesta por el Parlamento en sesión ordinaria.

El *juicio de admisibilidad del referéndum* se inserta en el procedimiento referendario de la ley previsto en el artículo 75 de la Constitución. El pedido de referéndum abrogativo popular de una ley, promovido por 500 mil electores o cinco consejos regionales, debe ser evaluado preventivamente, en los diversos aspectos, por el *Ufficio Centrale per il Referéndum* tomado por la Corte de Casación. Tal control sirve para verificar que la cuestión del referéndum sea conforme a las prescripciones constitucionales y, por ende, pueda ser legítimamente sometida al voto popular.

Del examen de las cuatro funciones parece que la Corte efectúa un trabajo muy diversificado. Por el contrario, esencialmente juzga sobre cuestiones de legitimidad constitucional.

El control de constitucionalidad representa la competencia principal, no solo porque constituye la razón esencial por la cual el órgano ha sido creado, sino porque también —estadísticamente— incide de manera preponderante en su trabajo. Basta con pensar que cada año, medianamente, la Corte emite 500 decisiones, de las cuales cerca de 85% vienen representadas por juicios de constitucionalidad, con una prevalencia de juicios elevados *in via incidentale* (cerca de 50% del total) y, en los últimos años, una presencia de juicios *in via principale* (aproximadamente 35% del total).

Simplificando, puede decirse que la Corte ha asumido la tarea por la cual el constituyente la había pensado: tutelar la Constitución de posibles manipulaciones de los grupos dominantes. Los valores fundamentales de la Cons-

titudin de 1948 aún hoy se encuentran presentes y arraigados en el sistema italiano, y esto se debe a mérito de la Corte, la cual ha sido garante.

Alfonso Celotto

246. 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 contuvieran 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

247. CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA DE 1965

Estructura orgánica y funcionamiento. La Corte de Constitucionalidad estaba compuesta por 12 magistrados (número par) elegidos de la siguiente manera: el presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por la misma, y los demás por sorteo global que realiza la Corte Suprema de Justicia entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso Administrativo. El presidente era el mismo que el de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a su funcionamiento, debe anotarse que la Corte de Constitucionalidad no era permanente, como sucede en la vitrina comparada con el grueso de tribunales constitucionales, sino que tan solo se reunía cuando se presentaba un recurso (acción) —en realidad, un verdadero proceso constitucional— de inconstitucionalidad dentro del término de cinco días, que resolvería la suspensión provisional de la ley, sin formación de artículo; y cuando fuere procedente, dentro de los ocho días siguientes (Ley Reglamentaria, art. 109, párr. 3). Es decir, la Corte de Constitucionalidad no tenía una función estable, solamente se integraba cuando se presentaba un recurso de inconstitucionalidad.

Atribuciones: el recurso de inconstitucionalidad. En lo que concierne al recurso de inconstitucionalidad, según lo dispone el artículo 106 de la citada ley reguladora, “La Corte de Constitucionalidad conocerá de los recursos que se interpongan contras las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad”. Acertadamente, Aguirre Godoy afirma que “se trata de un proceso constitucional en el que existe un conflicto o litis a resolver, aunque sea de carácter jurídico”, dejando de lado el vocablo “recurso”. La Corte de Constitucionalidad al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad, tomaba en cuenta que solo podía declararse con el voto favorable de por lo menos ocho de sus miembros. Si la votación daba un resultado menor, la sentencia tenía que limitarse a declarar sin lugar el recurso.

Las partes que estaban legitimadas procesalmente para interponer el recurso de inconstitucionalidad eran: *a)* el Consejo de Estado como órgano consultivo de representación de intereses presidido por el vicepresidente de la República; *b)* el Colegio de Abogados, por decisión de su Asamblea General; *c)* el ministerio público, por disposición del presidente de la República, tomada en Consejo de Ministros (legitimación activa) y en defensa de la constitucionalidad de la ley o disposición gubernativa de carácter general (legiti-

mación pasiva); *d*) cualquier persona o entidad a quien afectare directamente la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados en ejercicio. La Corte podía decretar la suspensión de la ley o disposición gubernativa, siempre y cuando la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables, debiendo surtir efectos generales (*erga omnes*) y publicarse en el *Diario Oficial* al día siguiente de haberse decretado.

Al no constituirse como un órgano constitucional permanente, había que pronunciarse sobre la suspensión provisional de la norma recurrida. Esta medida cautelar procedía si la inconstitucionalidad era notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables, y debía ser dictada con el voto favorable de la mayoría absoluta del total de miembros de la Corte, suspensión que tenía efectos generales. La sentencia debía pronunciarse, conforme lo dispone el artículo 108 de la Ley Constitucional de Amparo, en lo que fuere aplicable, dado el carácter estrictamente jurídico de este recurso, así como en lo dispuesto en la Ley Constitutiva del Organismo Judicial (poder judicial). Así, cuando la sentencia declaraba la inconstitucionalidad total de una ley o disposición gubernativa de carácter general, esta quedaba sin vigor; y si la ley era parcialmente constitucional, quedaba sin vigor en la parte declarada inconstitucional. En ambos casos dejaban de surtir efecto desde el día siguiente de la publicación del fallo en el *Diario Oficial*. Es evidente que, al declararse la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, esta quedaba sin vigor *a posteriori*, produciéndose en consecuencia la cosa juzgada con respecto al caso concreto, y con efectos jurisprudenciales.

Pudo entonces la Corte de Constitucionalidad realizar una labor fructífera. A pesar de que en ese lapso conoció tan solo algunos casos, abonó el terreno para que en la Constitución de 1985 volviera sobre el tapete la nueva Corte de Constitucionalidad, órgano que se mantiene en funcionamiento sobre la base de la experiencia de su antecesor. Como lo recuerda García Laguardia, entre 1966 y 1981 la Corte de Constitucionalidad resolvió muy pocas sentencias. Así, el Consejo de Estado y el Colegio de Abogados no hicieron uso de su prerrogativa, aunque pudieron y debieron hacerlo en algunas ocasiones; el presidente de la República lo hizo una sola vez —siendo declarado procedente el recurso de inconstitucionalidad—, y los demás recursos fueron interpuestos por particulares.

Una sentencia importante fue la concerniente a la impugnación del artículo 23 de la Ley de Partidos Políticos por Unidad Revolucionaria Democrática, partido de orientación socialdemócrata, fundado en 1961 por un grupo de intelectuales de centroizquierda cuyo viacrucis para lograr su inscripción es un claro ejemplo de la manipulación constitucional del régimen partidario. El recurso en cuestión —presentado dos veces, el 19 de febrero y luego el 22 de abril de 1969— fue “rechazado de plano” por la Corte de Constitucionalidad.

A raíz del golpe de Estado de 23 de marzo de 1982, se declaró en suspenso la Constitución de 1965. Luego, el proceso de transición política dio como resultado la actual Constitución de 1985, “en el tránsito de un gobierno autoritario sumamente duro, a uno de carácter democrático, la obsesión por la garantía de los derechos humanos constituye su preocupación central, que aparece, en el propio Preámbulo, que indica que el texto se decreta dentro del espíritu constituyente de impulsar la plena vigencia de los derechos huma-

nos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernantes y gobernados procedan con absoluto apego al derecho”, lo que hace modificar la estructura general de la tradición constitucional anterior, y poner como contenido de sus dos primeros títulos los de “La persona humana, fines y deberes del Estado” y “Derechos humanos”. Además, incluyó un título especial, el VI, sobre “Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional”.

José F. Palomino Manchego

248. CORTE DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA DE ESTADOS DE ÁFRICA OCCIDENTAL

La Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO) es una comunidad económica regional de la subregión de África occidental compuesta por 15 Estados miembros. Mediante su instrumento constitutivo, el Protocolo A/P1/7/91, la Corte de Justicia de la CEDEAO se constituyó como el principal órgano jurídico de la Comunidad, con la función principal de interpretar y aplicar el Tratado revisado de la CEDEAO y demás textos comunitarios. La Corte se creó inicialmente como un tribunal interestatal, pero tras la modificación de su Protocolo inicial, en 2005, mediante el Protocolo complementario A/SP.1/01/05, se otorgó un acceso limitado a personas físicas y morales respecto a ciertas causas de acción.

El Protocolo complementario también otorgó jurisdicción a la Corte para conocer de los casos de violación a derechos humanos que ocurren en cualquier Estado miembro. El mismo Protocolo le otorgó a dicho órgano jurisdiccional cuatro mandatos distintos: *a)* como tribunal de la Comunidad; *b)* como tribunal de arbitraje; *c)* como tribunal de servicios públicos de la CEDEAO, y *d)* como tribunal de derechos humanos.

Sin embargo, este último se ha convertido en el más destacado, ya que en la mayoría de los casos presentados ante la Corte se alegan violaciones a derechos humanos en los Estados miembros. El mandato de derechos humanos es fluido e indeterminado, en razón de que el Protocolo complementario no establece el estándar aplicable en materia de derechos humanos, la naturaleza y el alcance de dicho mandato o las partes que pueden ser juzgadas por violación de los derechos humanos. Por tanto, ha sido a través de su jurisprudencia que dicho órgano ha podido definir y delimitar la naturaleza y el alcance del mandato de derechos humanos, los instrumentos de derechos humanos aplicables y las partes que pueden comparecer ante él para alegar violaciones de derechos humanos. En este sentido, ha sostenido firmemente que el alcance de su mandato de derechos humanos es amplio. En su fallo *Linda Gomez vs. Gambia* (CCJELR, 2013, 307) explicó lo siguiente: “28. Article 9(4) of the Protocol on the Court as amended clearly gives this Court Jurisdiction over any human rights violation that occur within Member States of ECOWAS. The Court’s human rights jurisdiction is expansive. Indeed, Article 10(d) of the Protocol as amended lays down only two conditions necessary to the admissibility of human rights cause that occur within ECOWAS Member States”.

La Corte precisó que solo un individuo o una organización no gubernamental (*Rev. Fr Solomon Mfa & Ors vs. Nigeria* Judgment ECW/CCJ/JUD/06/19) debidamente registrada puede iniciar acciones por violación a

derechos humanos y que solo los Estados miembros y las instituciones de la Comunidad pueden ser demandados por violaciones de los derechos humanos (véase *Center for Democracy and Development [CDD] & Anor vs. Mamoudu Tandja & Anor*, CCJELR, 2011, 103; *Alhaji Muhammed Ibrahim Hassan vs. Gov of Gombe State*, CCJELR, 2012, 81; *Peter David vs. Ambassador Ralph Uwechue*, CCJELR, 2010, 213 y *SERAP vs. Nigeria*, CCJELR, 2012, 249-357).

De conformidad con el artículo 10 (d) del Protocolo reformado, solo hay dos condiciones de admisibilidad para presentar un caso de violación a derechos humanos ante la Corte, siendo estos: 1) que la aplicación sea anónima, y 2) que la solicitud no se realice mientras el mismo asunto este pendiente de resolución ante otra jurisdicción internacional.

La Corte ha señalado consistentemente que asumirá la jurisdicción de forma automática una vez que se presente una denuncia formal de violación de los derechos humanos que satisfaga las condiciones antes mencionadas. Por ejemplo, en *CDD y CDHRD vs. Mamadou Tandja & Anor* (CCJELR, 2011, 103-118), resolvió: “[...] the Court adjudges that it has jurisdiction to sit on a case once human rights violation is alleged in a dispute submitted before it [...]”.

Dado que los Estados miembros, en el artículo 4 (g) del Tratado revisado de la CEDEAO, se comprometieron a garantizar el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos humanos y de los pueblos de conformidad con la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), la Corte determinó, desde sus primeras decisiones, de conformidad con el citado precepto, que aplicaría el catálogo de derechos de la Carta de Banjul. Además, que aplicará los instrumentos básicos de derechos humanos de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como cualquier otro tratado de derechos humanos firmado por cualquier Estado miembro (véase *Amouzou Henry & 5 Ors vs. Cote d’Ivoire*, CCJELR, 2004-2009, 281, 297-298 y *SERAP & Ors vs. Nigeria & Ors*, CCJELR, 2012, 249-357).

Cabe señalar que la característica distintiva del mandato de derechos humanos de la Corte de Justicia de la CEDEAO es que no exige el agotamiento de los recursos locales. Así, dicho Tribunal ha precisado reiteradamente que las condiciones de admisibilidad no incluyen tal agotamiento. El principio del derecho internacional consuetudinario sobre el agotamiento de los recursos locales es una norma flexible que no fue contemplada por los legisladores de la CEDEAO. Aunque la Carta de Banjul prevé el agotamiento de los recursos internos, la Corte ha dejado en claro que solo se basa en esta última para fijar el catálogo de derechos y en su propio Protocolo para el método de aplicación de estos. Tomando en cuenta que su Protocolo no preveía el agotamiento de los recursos locales como una de las condiciones de admisibilidad, ha insistido en que no impondrá a los solicitantes el cumplimiento de mayores requisitos a los previstos en dicho documento, por lo que, según su jurisprudencia, no existe requisito de agotamiento de los recursos internos (véase *Professor Etim Moses Essien vs. The Republic of the Gambia & Anor; Hadijatou Mani Koraou vs. The Republic of Niger*, CCJELR, 2004-2009, 217, 36; *Musa Saidykhan vs. The Republic of the Gambia*, CCJELR, 2010, 139 y *Ocean King Nig. Ltd vs. Republic of Senegal*, CCJELR, 2011, 139, suit no. ECW/CCJ/APP/05/08).

Al revisar las denuncias de derechos humanos, la Corte de Justicia de la CEDEAO ha sido coherente en responsabilizar a los Estados miembros de sus obligaciones derivadas del Tratado. En esta tesitura, ha indicado que en términos de derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional consuetudinario, el Estado es el único responsable de cualquier violación a derechos humanos protegidos por el derecho internacional, pues se encuentra obligado a respetar, proteger y cumplir los derechos humanos garantizados en los tratados internacionales en la materia. Así, en *Mohammed El Tayyib Bah vs. Republic of Sierra Leone* (suit no. ECW/CCJ/APP/20/13, judgement no. ECW/CCJ/JUD11/15, p. 5) refirió: “For avoidance of doubt, at this stage of development of international Human Rights Law Regime, persons, including States, must be careful with regard to the treatment of their nationals or citizens and other individuals within their territorial jurisdictions. Where their acts or omissions towards such persons violate their rights as enshrined in international instruments, an international tribunal, such as ours, will have no alternative than to hold them answerable for the wrongs. The era of gross impunity by Members and their Governments in our sub-region shall no longer be tolerated”.

La Corte también ha dejado en claro que para la protección de los derechos humanos se basa en los tratados que los Estados miembros han firmado voluntariamente y no en sus constituciones. Asimismo, que los Estados miembros no pueden invocar sus constituciones y leyes nacionales para derogar sus obligaciones convencionales y que estas tampoco pueden prohibir que tengan jurisdicción en materia de derechos humanos ni inhibir la aplicación de los instrumentos que un Estado miembro haya suscrito (véase *Linda Gomez & Ors vs. Republic of The Gambia*, CCJELR, 2013, 307, suit no. ECW/CCJ/APP/18/12 y *The Registered Trustees of Jama'a Foundation & 5 Ors vs. Federal Republic of Nigeria*, CCJELR, 2012, 317, párrs. 43, 44 y 47, 7 de diciembre de 2012).

La Corte ha enfatizado que es un Tribunal internacional y que las disputas que se le presenten deben tener el mismo carácter. En *Peter David vs. Ambassador Ralph Urwechue* (CCJELR, 213, suit no. ECW/CCJ/APP/04/09, ruling no. ECW/CCJ/RUL/03/10, 11 de junio de 2010) subrayó que: “it is an international Court established by a Treaty and, by its own nature, it should primarily deal with disputes of international character (and) essentially applies international law (and) as an international Court with jurisdiction over Human Rights violation the Court cannot disregard the basic principles as well as the practice that guide the adjudication of the disputes on human rights at the international level” (párrs. 40 y 41, Ruling de 11 de junio de 2010. Véase también *The Registered Trustees of Jama'a Foundation & 5 Ors vs. Federal Republic of Nigeria & Anor*, CCJELR, 2012, 317).

Un elemento cardinal de la jurisprudencia emitida por esta Corte es la afirmación reiterada de que no se trata de un tribunal de apelación o de casación que actúe por encima de los tribunales nacionales de los Estados miembros. El órgano judicial de la CEDEAO, en una larga línea jurisprudencial derivada de diversos casos, afirmó el mantra de que no es un tribunal de apelaciones (*Moussa Leo Keita vs. Republic of Mali*, CCJELR, 2004-2009, 63 y 72 a 74; *Alhaji Hammani Tidjani vs. Federal Republic of Nigeria*, CCJELR, 2004-2009, 77-84; *Chief Frank Ukor vs. Mr Rachad Laleye*, CCJELR, Pt2, 2009, 30, pp. 53

y 54; *Sikiru Alade vs. Federal Republic of Nigeria*, ECW /CCJ/APP/05/11, judgment no. ECW/CCJ/JUD/10/12, párr. 34; *El Haji Mame Abdou Gaye vs. Republic of Senegal*, suit no. ECW/CCJ/APP/28/11, judgment no. ECW/CCJ/JUD/01/12, párr. 46; *Linda Gomez & 5 Ors vs. Republic of the Gambia*, CCJELR, 2013, 307, párr. 27; *Madam Isabelle Manavi Ameganvi vs. Republic of Togo*; In Re, application for revision, suit no. ECW/CCJ/APP/06/10/REV, judgment no. ECW/CCJ/JUD/06/12, 3 de marzo de 2012, párr. 17; *Bakary Sarre & 28 Ors vs. Republic of Mali*, CCJELR, 2011, 57, suit no. ECW/CCJ/APP/09/10/09, judgment no. ECW/CCJ/JUD/03/11, párr. 29; *Dr. Mahamat Seid Abazene vs. Republic of Mali*, CCJELR, 2010, suit no. ECW/CCJ/APP/11/08, judgment no. ECW/CCJ/JUD/05/10, 4 de marzo, párr. 28).

Edward Amoako Asante

(traducción de María Alejandra de la Isla Portilla)

249. 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, solo 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 Interamericana 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). Solo 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 li-

bertad 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 Interamericana, 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

250. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (COMPETENCIA CONSULTIVA)

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 este 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).

Adicionalmente, la Corte IDH ha sostenido 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 aquellas 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 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 ONG 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 solo 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 solo 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 Salvioli, 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

251. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (COMPETENCIA CONTENCIOSA)

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 declarado 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 competencia (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 solo es competente para conocer de los hechos que potencialmente 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

252. 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, esta 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 solo 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 este 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 com-

prende 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, esta 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

253. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (ESTATUTO)

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 sub-

sidiaria 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

254. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (EXCEPCIONES PRELIMINARES RELATIVAS A LA ADMISIBILIDAD DEL CASO)

Las excepciones preliminares son un mecanismo de defensa procesal de los Estados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Buscan evitar que la Corte conozca del fondo de un caso o parte de este. Como su nombre lo indica, las excepciones preliminares deben resolverse de forma previa al estudio del fondo del asunto, pues de su resolución dependerá si la Corte conocerá o no del caso; sin embargo, la presentación de las mismas no suspende el procedimiento de fondo.

El reglamento de la Corte IDH establece que las excepciones preliminares deben presentarse junto con el escrito de contestación del Estado. Se-

guidamente, los representantes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) pueden presentar sus observaciones a estas excepciones en un plazo de 30 días. La Corte puede convocar a una audiencia exclusiva sobre excepciones preliminares y/o emitir una sentencia independiente y previa a la sentencia del fondo. No obstante, la práctica actual es que en la mayoría de los casos se realiza una sola audiencia sobre excepciones preliminares y eventuales, fondo, reparaciones y costas, y se emite una sola sentencia.

Al ser argumentaciones que buscan impedir que la Corte conozca del fondo de un caso, las excepciones preliminares se refieren a cuestiones de competencia o de admisibilidad. La Corte ha sido constante en su jurisprudencia en rechazar las excepciones preliminares que se refieran al fondo del caso.

Las excepciones relativas a la competencia objetan que la Corte tenga competencia en razón de la persona, el tiempo, el lugar o la materia. Pueden hacer referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o a otros tratados que se estén alegando en el caso.

Por su parte, en las excepciones relativas a la admisibilidad se alega que se habría incumplido algún requisito procesal que establece la Convención Americana para que el Sistema Interamericano conozca de un caso.

La CADH establece los requisitos de admisibilidad de las “comunicaciones o peticiones” ante la Comisión, órgano inicialmente facultado y, a su vez, obligado a examinar si las peticiones cumplen con estos requisitos. La Corte solo analiza si el caso debió o no ser admitido cuando se presentan excepciones preliminares al respecto.

Considerando que la Comisión es la principal encargada de decidir sobre la admisibilidad de un caso, cualquier cuestión relativa a la admisibilidad debe ser planteada por el Estado primero ante dicho órgano. De no hacerlo así, la Corte considera que la excepción preliminar es extemporánea.

Entre los requisitos que deben cumplir las peticiones para que puedan ser conocidas por la Comisión, se encuentran: “a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva [, y] c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional” (art. 46 CADH). El alegado incumplimiento de cada uno de estos requisitos puede ser planteado como una excepción preliminar ante la Corte. En otra entrada de este diccionario se profundiza sobre la excepción preliminar relativa a la falta de agotamiento de recursos internos.

Adicionalmente, la Convención describe de forma general el procedimiento ante la Comisión. Los Estados han presentado excepciones preliminares sobre alegados incumplimientos a este procedimiento o, de forma más general, alegadas violaciones de su derecho de defensa ante la Comisión.

Por último, también se puede alegar como excepción preliminar que se haya incumplido con las condiciones estipuladas por la Convención para que el caso pueda ser sometido a la Corte. En particular, la CADH otorga a la Comisión y al Estado interesado la facultad de decidir si remiten el caso a la Corte en un plazo de tres meses una vez notificado el informe de fondo. Puede ser alegado como excepción preliminar que se haya incumplido con este plazo.

Patricia Tarre Moser

255. 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 esta 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, esta 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 procedimiento 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, este 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 solo 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 circunstan-

cias 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

256. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (REGLAMENTO)

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 recopilaron 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

257. CORTE PENAL INTERNACIONAL

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 inculpado. 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 personalmen-

te— 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 solo 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 esta. 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. Aquellos 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 referendum*, 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 internacional, 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 aquel.

Sergio García Ramírez

258. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

La Corte Suprema de la Nación Argentina, emplazada como máxima autoridad jurisdiccional en el sistema de control difuso de constitucionalidad imperante en dicho país, ha mantenido incólumes las líneas fundamentales de su diseño normativo desde el texto constitucional fundacional, sancionado en 1853, conforme al cual “El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación” (actual art. 108).

Si bien originariamente el constituyente había optado por definir de manera específica el número de integrantes del Tribunal, una reforma adoptada en 1860 derivó tal criterio al legislador. Este ha brindado diverso tratamiento a lo largo de la historia, aunque ha predominado la inclinación a una composición reducida, en la actualidad limitada a cinco miembros. Asimismo, si bien ha habido intentos para establecer su división en salas (p. ej., la ley 23774), ello ha sido declarado inconstitucional por la misma Corte —mediante la Acordada 44/89— por considerar, en lo principal, que atentaba contra el artículo citado.

Los jueces de la Corte Suprema son designados mediante un mecanismo específico diseñado por el texto constitucional: nombramiento del presidente con acuerdo del Senado, lo que los distingue de los magistrados de los tribunales inferiores (en cuyo caso interviene el Consejo de la Magistratura de la Nación). Al formar parte del Poder Judicial de la Nación, poseen como garantías de actuación la inamovilidad en sus cargos mientras dure su buena conducta y la intangibilidad de los salarios (art. 110 CN). La primera de las garantías citadas fue objeto de reglamentación en la reforma constitucional de 1994, que había previsto “Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”. La cláusula fue impugnada por inconstitucional, y fue declarada “nula” en un proceso incoado por un magistrado de la Corte Suprema, por considerarse que la Asamblea constituyente había actuado a extramuros de la competencia atribuida por el legislativo en su carácter de poder preconstituyente (CSJN, fallos: 322:1609). Tal precedente, de particular originalidad en derecho comparado, fue dejado

de lado por un nuevo pronunciamiento del Tribunal en su reciente composición (CSJN, fallos: 340:257).

El marco de acción del Tribunal cimero se proyecta en dos dimensiones: su competencia originaria y su competencia apelada o derivada, siguiendo el modelo de la Constitución de Estados Unidos de América. En efecto, los artículos 116 y 117 de la Constitución regulan la competencia del Tribunal, el cual actúa en instancia originaria en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte (art. 117), mientras que su ámbito de competencia derivada o apelada la consagra como última instancia doméstica con conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75 —relativa a los códigos de fondo— y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias, y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero (art. 116).

De tal diseño constitucional se desprende que al Tribunal le compete ejercer tanto jurisdicción constitucional como legal, ya sea como única instancia o última instancia de revisión de tribunales inferiores que también ejercen ambas, por lo que se presenta como un ejemplo particular dentro del panorama casi generalizado en Latinoamérica, donde prevalecen los sistemas concentrados o mixtos de control de constitucionalidad.

En esta orientación, el legislador previó dos mecanismos de competencia derivada para acceder al Tribunal. El primero de ellos estaría dado por competencia apelada ordinaria, que se refería, por ejemplo, a casos de relevancia económica en que el Estado nacional era parte, entre otros.

El segundo supuesto —cuantitativamente predominante, ya que implica aproximadamente 90% de los casos resueltos por el Tribunal— es la competencia por apelación extraordinaria ante cuestiones constitucionales, denominada “recurso extraordinario federal”. Esta vía extraordinaria de acceso al máximo Tribunal argentino encuentra su primera matriz normativa en una ley dictada en 1863 (Ley 48) que replica el modelo de la respectiva *judiciary act* estadounidense, y remite a una Corte que actúa como reaseguro del sistema federal, en miras a pronunciarse en casos en que estén en juego “cuestiones federales”, es decir, la interpretación de la Constitución nacional, o cuando hubiera un conflicto normativo entre normas provinciales con el derecho federal, o ambos con la Constitución federal.

Si bien esta ley continúa vigente, la reforma introducida al artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial por la ley 23.774, conforme al cual “La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia” ha variado notoriamente el rol institucional del Tribunal. La Corte ha considerado que la naturaleza discrecional de su jurisdicción resulta compatible con el texto constitucional (CSJN, Acordada 44/1989, fallos: 329:741, entre muchos otros).

En este marco, tradicionalmente la Corte se ha definido a sí misma como intérprete final y supremo custodio de la Constitución (CSJN, fallos: 327:347, entre muchos otros), guardián de las garantías constitucionales (CSJN, fallos: 339:477) y “Tribunal de garantías constitucionales” (CSJN, fallos: 298:441). Por su parte, la consagración de su carácter “supremo” la ha llevado a enfrentarse a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (causa CSJ 368/1998 (34-M), sentencia de 14 de febrero de 2017).

Por su parte, el desarrollo jurisprudencial que el Tribunal cimero ha brindado en torno a su rol institucional en los últimos años presenta matices diferenciadores, ya que ha modulado notoriamente las tres pautas de competencia referidas e incluso ha introducido variables propias de un sistema mixto o concentrado de control de constitucionalidad.

En primer lugar, amplió pretorianamente su marco de acción por competencia derivada extraordinaria, consagrando la posibilidad de intervenir como instancia revisora frente a sentencias “arbitrarias” dictadas por tribunales inferiores (tanto federales como ordinarios). Consideró que son calificables como tales los pronunciamientos jurisdiccionales que “no constituyen una derivación razonada del derecho vigente, conforme las circunstancias del caso” (CSJN, fallos: 289:107, entre muchos otros). Esta innovación pretoriana amplió notoriamente su marco de acción, tanto desde una perspectiva cualitativa como cuantitativa. Tal doctrina, de especial aplicación durante la década de 1990, fue criticada por desnaturalizar el rol institucional del Tribunal, y se mantiene, aunque reducida, en la actualidad.

Más recientemente, la Corte ha adoptado pautas de interpretación funcional que alteraron su competencia originaria (CSJN, fallos: 329:759 y 2316, entre muchos otros) y derivada (declarando inconstitucionalidad sobreviniente de diversos recursos ordinarios de apelación en CSJN, fallos: 328:566, 338:724, entre otros), en miras a concentrarse en lo que el Tribunal ha definido como su “jurisdicción más eminente”, cual es la jurisdicción constitucional.

Asimismo, en este periodo, el Tribunal se caracterizó por la adopción de líneas jurisprudenciales nomogenéticas, desarrollando un marcado activismo que ha llevado a la doctrina a preguntarse si la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina estaría dando lugar a la hibridación del sistema de control de constitucionalidad, mediante la concentración del accionar de la Corte en materia constitucional (en gran parte por la selección discrecional de casos en los términos del artículo 280 citado), la flexibilización de la exigencia del caso (CSJN, fallos: 330:3160, entre otros), la adopción de decisiones con efectos nulificadores de la cláusula reputada inconstitucional (CSJN, fallos: 322:1609), y el fortalecimiento del vínculo de los criterios del Tribunal en torno a la interpretación constitucional (CSJN, fallos: 339:1077, 340:2001, etc.), entre otros.

Sofía Sagüés

259. 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, esta 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 estas (tanto procedimentales como sustantivas) para resolver un conflicto determinado fundamentalmente en materia de derechos. De acuerdo con esta, 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 solo 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

260. 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 este 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 solo 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 estas 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

261. CRIMEN DE 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 este 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

262. CRIMEN INTERNACIONAL

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 trascendencia 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 esta 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 interna-

cional. 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

263. CRISIS CONSTITUCIONAL

Con la llegada de Donald J. Trump a la presidencia de Estados Unidos en 2016, se desataron una serie de eventos en el constitucionalismo de dicho país que —para muchos académicos y medios de comunicación— marcó el inicio de un proceso de tensiones constitucionales que puede acabar en una crisis constitucional. Pero el fenómeno no es exclusivo de Estados Unidos. Reino Unido, con el proceso político de escisión de la Unión Europea (denominado *Brexit*) también ha encendido los botones de alarma sobre una crisis constitucional en el Parlamento británico. En principio, porque en *R (Miller) vs. Secretary of State for Exiting the European Union* (2017), la Corte Suprema del Reino Unido (UKSC, por sus siglas en inglés) estableció que determinar las bases del proceso de salida es una prerrogativa del Parlamento y no del Gobierno. Por ello, al no poder materializar un nuevo acuerdo, debido a la falta de mayoría, el primer ministro pretende abandonar la Unión Europea sin lograr un acuerdo (como lo hizo saber en julio de 2019) y para ello puede intentar sobrepasar al Parlamento y suspenderlo, lo que ocasionaría una crisis de gobernanza con impacto constitucional y le daría nuevamente cabida a un litigio ante la UKSC. La prueba de fuego en el contexto del *Brexit* es la serie de pasos y tensiones entre Parlamento y Gobierno, pues en tres años se ha cambiado dos veces de primer ministro (Theresa May, por su incapacidad de negociar un acuerdo de salida) y es notoria la ausencia de liderazgo político que valore los antecedentes históricos y lazos de cooperación y colaboración

en un mercado común, en directivas, en el ámbito jurisdiccional, administrativo y de seguridad entre la Unión Europea y Reino Unido.

Por otra parte, en América Latina tenemos diversas muestras de las tensiones constitucionales que se producen principalmente en Venezuela, Nicaragua y Honduras ante la interpretación hiperbólica de la Constitución en ciertos casos que señalaré y que dan pauta a una interpretación poco creíble de la Constitución como norma jurídica. Como parte de los procesos de estabilización del poder ejecutivo y su consolidación autoritaria a través de la reelección indefinida, en Honduras y Nicaragua se ha tergiversado la doctrina del control de convencionalidad a través de procesos de reforma constitucional realizados por las altas cortes. Honduras tiene su propia interpretación constitucional que usó en contra de los principios democráticos de la Constitución: la no reelección y la democracia deliberativa, así como el detrimento del poder legislativo al servicio del ejecutivo. La Corte Suprema, a través de la Sala Constitucional, el 22 de abril de 2015, emitió la sentencia en la que permitió la reelección del presidente. De esta manera, se declararon contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos las disposiciones constitucionales que prohibían la reelección (arts. 42, 239, 240 y 374 de la Constitución de Honduras; véase, Sala Constitucional de Honduras, sentencia de 22 de abril de 2015, cdos. 16, 17 y 18, en relación con el resolutivo segundo).

En Nicaragua también se presentó esta situación de valoración intraconstitucional. Para justificar la reelección de Ortega, la supuesta incompatibilidad valorativa entre el principio de no discriminación y el de no reelección, en términos expresados por la Sala Constitucional, constituía un “roce” entre dos normas constitucionales de un mismo nivel, que la obliga a pronunciarse sobre el fondo del caso. La disyuntiva consistía en elegir un precepto y desaplicar otro, lo cual ocurrió a la postre, ya que en el resolutivo tercero de la sentencia analizada, se determinó la aplicación del artículo 48 y, en consecuencia, la desaplicación de los incisos a) y b) de artículo 147 (Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala Constitucional, sentencia 504, exp. 602-09, 19 de octubre de 2009).

Los casos de Nicaragua y Honduras ejemplifican el vaciamiento constitucional que luego se ve reflejado en una ausencia de gobernabilidad porque la Constitución ha sido trastocada en su núcleo: la contención del poder. Este elemento crítico desencadena reacciones sociales, protestas, incremento del uso de la fuerza por parte del Estado, demonización de la oposición, violencia en las calles, aprehensiones y privaciones de libertad. Y más tarde —como se ha observado— expulsión de migrantes que huyen del contexto de violencia y pobreza. La respuesta paliativa a veces se busca en la comunidad internacional y en los órganos de protección de derechos humanos (la Comisión Interamericana y los comités de la ONU) pero en ocasiones la respuesta del Estado es peor, pues descalifica la labor de los órganos internacionales y planea la renuncia a los tratados.

En este sentido, el estudio de las tensiones constitucionales entre poderes políticos no solo comprende a las instituciones nacionales sino a las interacciones que estos poderes llevan a cabo con organismos internacionales y las reglas fijadas por la comunidad internacional (p. ej., en el tema de los derechos humanos), necesarias para la convivencia pacífica. Es por ello que en la doc-

trina surge la necesidad de señalar los indicadores de una crisis constitucional y sus posibles rutas conceptuales.

Para definir la crisis constitucional debemos tener en cuenta sus categorías y elementos formativos, tanto de carácter fáctico como temporal. Balkin (2018) argumenta que “una crisis constitucional ocurre cuando una constitución está a punto de fracasar en su tarea central” y desde su punto de vista, los tipos de crisis constitucionales son: *a)* la desobediencia de la Constitución anunciada por políticos; *b)* la desobediencia a la Constitución anunciada por funcionarios militares, y *c)* la desobediencia de las órdenes judiciales. Además, Balkin refiere que la podredumbre constitucional crea riesgos para la política democrática al jugar a la polarización política, demonizando a la oposición. Esto puede conducir a puntos muertos y a un sistema político incapaz de gobernar de manera efectiva. Ambas etiquetas sobre estos temas constitucionales (crisis y podredumbre) dependen de cuestiones de tiempo: breve para la crisis y lento proceso para la podredumbre.

Desde mi perspectiva, y tomando en cuenta los elementos normativos, fácticos y temporales, una crisis constitucional tiene elementos previos (a manera de síntomas e indicadores) que muestran la posible desobediencia a las normas constitucionales y pueden desencadenar la falla central de la Constitución. Otros elementos son de formación inmediata y consecuencias notables en el mediano plazo. En el corto plazo se observan reformas constitucionales al vapor, sin la deliberación política, y en el mediano se observa también el debilitamiento de la gobernabilidad y los altos niveles de litigio constitucional entre actores políticos y grupos de interés, por lo que el papel de los jueces constitucionales (altas cortes) resulta protagónico para atemperar, resolver (o incrementar) la crisis constitucional. En este sentido, el alivio de la crisis también depende del cumplimiento de la sentencia por parte de los poderes ejecutivo o legislativo. Históricamente, por ejemplo, se afirma que después del fallo de *Worcester vs. Georgia*, en 1832, la Corte Suprema de Estados Unidos no pudo hacer cumplir la sentencia que prohibía a Georgia expulsar a la nación *cherokee* de sus tierras. El presidente Andrew Jackson se negó a dar efecto a la sentencia dictada por Marshall y ello redundó en el incumplimiento de una decisión judicial que debilitó al poder judicial de momento. De manera similar, después de *Brown vs. Board of Education*, de 1954, una escuela secundaria en Little Rock, Arkansas, se resistió a terminar con la segregación. En respuesta, el presidente Eisenhower envió paracaidistas del Ejército para acompañar a los estudiantes negros a la escuela para cumplir con el juicio constitucional y acabar con la política racista y aceptada por la sociedad dominante de Arkansas.

Los elementos normativos de la crisis constitucional pueden ser de varios tipos: reformas que se apartan de los procesos ordinarios para dar un nuevo sentido a la Constitución y así alejarse de su significado original, que expanden el poder a favor de ciertos grupos políticos o económicos (como sucedió en el caso de la mutación de la libertad de expresión como derecho político de las empresas para invertir grandes cantidades de dinero en las campañas de Estados Unidos, como lo expresó la Corte Suprema en *First National Bank of Boston vs. Bellotti*, 435 U.S. 765 1978; en *Citizens United vs. FEC*, 588 US, 2010 y en *McCutcheon vs. FEC*, 572 US 185, 2014).

También se ubican dentro de estas reformas los procesos de la interpretación —a modo— de la Constitución de un Estado para justificar la permanencia del poder político. Sucedió en Nicaragua y Honduras con las sentencias dictadas por la Corte Suprema en las que permitieron —respectivamente— a los titulares del poder ejecutivo reelegirse por más periodos de los que expresamente les permitía la Constitución.

En cuanto a los indicadores fácticos, la crisis constitucional también se caracteriza por apartarse del derecho internacional, especialmente de los órganos y acuerdos que protegen los derechos humanos. Este indicador se observó cuando Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se retiró de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, en 2013. En el mismo sentido y bajo un argumento soberanista similar, una de las intenciones del *Brexit* fue renunciar a la jurisdicción europea de derechos humanos y al Convenio Europeo en la materia, para no sujetarse a esa jurisdicción y recuperar la soberanía parlamentaria que se había cedido a Bruselas y Estrasburgo. En el mismo sentido se pueden reconocer los patrones de rechazo al derecho internacional, al Comité de Derechos Humanos y al Comité de los Derechos del Niño de la ONU por parte de la Administración de Donald Trump, además de su retiro del Acuerdo de París y de los acuerdos con Irán sobre armas nucleares.

Finalmente, los indicadores jurisdiccionales de la crisis constitucional se observan en los entornos que le dan un empoderamiento superior al poder ejecutivo. En el caso de Trump, debido al desmontaje de directrices legales que protegen a minorías o al medioambiente, por ejemplo, ha enfrentado altos niveles de litigio constitucional en los que la Corte Suprema se ve obligada a pronunciarse sobre normas contrarias a la Constitución, pero que —debido a la coyuntura de renovación de la Corte— en su mayoría han derivado en decisiones a favor de políticas restrictivas de derechos sin una base racional o fáctica creíble (*Trump vs. Hawái*, 17-965, 585 US, 2018).

En suma, la tarea de una Constitución es preservar y desarrollar los derechos humanos, la democracia sustancial, con resultados y no como meras reglas electorales, y el imperio del derecho frente a los poderes públicos y privados. Los indicadores de una crisis constitucional pueden incidir en cada uno de estos tres ejes centrales de diversas formas y en grados distintos. La única vacuna para evitar la crisis es el fomento a la cultura constitucional, tanto de los operadores internos del derecho como de los externos, para que la Constitución sea entendida como forma de vida de toda la comunidad y no como norma jurídica abstracta al servicio del poder político. Corresponde a todos los actores públicos y privados contribuir a las tareas centrales de la Constitución, pues la crisis de aquella representa un espejo de la sociedad. Dentro de estas tareas esenciales no solo está el cuestionar al poder, sino forjar un diálogo constitucional y deliberar sobre el futuro de las acciones constitucionales.

Isaac de Paz González

264. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD (DERECHO COMPARADO)

La cuestión de inconstitucionalidad (*questione incidentale* en Italia, *question prioritaire* en Francia; en Alemania y Portugal se utiliza más a menudo la expresión

konkrete Normenkontrolle y *fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade*, respectivamente) consiste en una excepción procesal, promovida por una de las partes en un proceso, o de oficio por el mismo juez de la causa, basada en la incompatibilidad entre una norma aplicable al proceso y la Constitución. Dependiendo del modelo de justicia constitucional dentro del cual estemos, la cuestión de inconstitucionalidad puede ser juzgada por el mismo juez de la causa, que decide no aplicar la norma en el caso concreto si considera que es inconstitucional (modelo difuso de control de constitucionalidad) o, en cambio, el proceso puede ser suspendido y la cuestión demandada a una corte especializada (corte o tribunal constitucional, corte suprema, sala constitucional dentro de una corte suprema), para que decida sobre la inconstitucionalidad de la norma con eficacia *erga omnes* (modelo concentrado de justicia constitucional).

Desde una perspectiva de derecho constitucional comparado, es posible entender la cuestión de inconstitucionalidad como elemento identificativo de un modelo autónomo de control de constitucionalidad, o bien, como una de las vías de acceso a un modelo concentrado. En lo que sigue vamos a profundizar los dos enfoques.

Un “modelo” es una forma simplificada de la realidad. Esto significa que para construir un modelo de una estructura compleja, sea esa un ser vivo, una máquina, una institución, o un sistema de relaciones, hay que seleccionar los elementos más significativos o determinantes del funcionamiento del objeto de investigación. Hablando de un sistema jurisdiccional de justicia constitucional, podemos identificar su función con el objetivo de garantizar la primacía de la Constitución frente a todos los poderes estatales. Los primeros modelos de justicia constitucional han sido creados tomando como criterio de clasificación el tipo de jurisdicción legitimada a realizar el control (las cortes ordinarias *vs.* un órgano jurisdiccional especializado), llegando así a la distinción clásica entre modelo difuso y modelo concentrado. De la distinta naturaleza del órgano depende el diverso funcionamiento y la diferente estructura del juicio constitucional llevado a cabo por las cortes.

La progresiva difusión de la justicia constitucional en el mundo y la amplitud de las funciones atribuidas a las cortes constitucionales concentradas han representado un nuevo desafío clasificatorio para los juristas comparatistas. En consecuencia, por un lado, se han propuesto nuevas dicotomías clasificatorias basadas en criterios distintos a la naturaleza del órgano competente al control, por ejemplo, modelo abstracto *vs.* modelo concreto (Pizzorusso); modelo de tutela de las competencias *vs.* modelo de tutela de los derechos (Cappelletti, Rubio Llorente); control en ocasión de aplicación de una ley *vs.* control al margen de la aplicación de una ley (Fernández Segado); *weak vs. strong forms of judicial review* (Tushnet); modelo nomocrático *vs.* modelo pantocrático (Bagni-Nicolini). Por otro lado, atendiendo a la perspectiva histórica, las hibridaciones de los modelos originarios, producidas en los sistemas jurídicos que en un segundo momento ha recibido la justicia constitucional, se han identificado como modelos autónomos, a pesar de que efectivamente la “mutación” fuese genotípica (o sea, afectante del criterio de clasificación originario) o fenotípica (es decir, limitada a características formales, non influyentes sobre la naturaleza del modelo originario). Es con este enfoque que se habla de “modelo incidental”, con referencia a los sistemas alemán, italiano y espa-

ño; de modelo difuso-concentrado, con referencia a los sistemas portugués, griego y ruso; de modelo dual o paralelo, con referencia al sistema peruano; de modelo preventivo, con referencia al modelo francés. Es de inmediato evidente que la clasificación que acabamos de anunciar no identifica verdaderos modelos en el sentido de la palabra que hemos definido al principio. De hecho, los supuestos “modelos” incidental y preventivo no modifican el criterio esencial de clasificación difuso-concentrado, sino simplemente ponen en relieve algunas características secundarias del modelo concentrado, en especie, una particular forma de acceso a la Corte o el plazo para proponer la acción. Podemos considerar que estos dos elementos fundamentan submodelos autónomos de justicia constitucional solo si representan la única forma de control de constitucionalidad admisible. En este caso, de hecho, el carácter se vuelve una sola cosa con el sistema en su conjunto.

Dejando de lado el caso del control preventivo, la cuestión incidental de inconstitucionalidad como única forma de acceso a la corte representa una situación muy rara a nivel mundial (Haití y Qatar). La titularidad de la función es compartida entre las cortes ordinarias, las cuales, evaluando si la cuestión no es manifiestamente infundada, se pronuncian sobre la conformidad de la norma con la Constitución, de manera limitada al caso concreto, y la corte o tribunal constitucional, que detenta, en cambio, el monopolio sobre el juicio definitivo de inconstitucionalidad.

Sin embargo, el análisis comparado confirma que en la mayoría de los ordenamientos, la cuestión incidental siempre convive, en el modelo concentrado, con otras vías directas de acceso a la corte (p. ej., Albania, Bahrein, Bélgica, Bielorrusia, Bolivia, Brasil, Camboya, Chad, Chile, Chipre, Costa Rica, Croacia, Ecuador, Georgia, Jordania, Honduras, Italia, Kazajstán, Kosovo, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Marruecos, Moldavia, Montenegro, Mozambique, Níger, Panamá, Paraguay, Rusia, San Marino, Serbia, Eslovenia, España, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay).

Hay que dar cuenta de que en las últimas décadas se ha difundido otro submodelo de justicia constitucional dentro del juicio concentrado. Se trata del modelo incidental-preventivo, adoptado por Francia y por varios países que fueron sus colonias. Combina la vía de acceso incidental, necesariamente *a posteriori*, con el recurso directo preventivo (Argelia, Burkina Faso, Chad, Costa de Marfil, Francia, Yibuti, Malí, Marruecos, Mauritania, Níger, República Democrática del Congo, Senegal, Togo, Túnez). Es un curioso ejemplo de circulación “ida y vuelta”, en tanto el modelo único preventivo nació de la experiencia francesa, fue imitado por casi todas las excolonias africanas que, a menudo, incluyeron también desde el principio la cuestión incidental, la cual en cambio fue constitucionalizada en Francia con la reforma de 2008 y, por fin, imitada por los países del Magreb que todavía no la habían previsto.

Consideramos ahora la cuestión incidental como una entre las posibles vías de acceso a una corte o tribunal constitucional.

El acceso por vía de excepción representa una de las soluciones mayoritariamente difundidas dentro del modelo concentrado, prevista en Albania, Argelia, Austria, Bahrein, Bélgica, Bolivia, Camboya, Chad, Chile, Chipre, Costa Rica, Croacia, Ecuador, Francia, Georgia, Alemania, Yibuti, Jordania, Honduras, Italia, Kazajstán, Kosovo, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Marruecos, Moldavia, Montenegro, Mozambique, Níger, Panamá, Paraguay,

Rusia, República de San Marino, Senegal, Serbia, Eslovenia, España, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay.

Dentro de esta lista hay que distinguir entre los ordenamientos donde todos los jueces pueden proponer la excepción de inconstitucionalidad a la corte constitucional/tribunal supremo, de aquellos donde solo las altas cortes están legitimadas. En el segundo supuesto, estas realizan una forma de selección de casos; sin embargo, no tienen la discrecionalidad propia del *certiorari* que existe en Estados Unidos, ya que la elección se fundamenta en los mismos criterios de admisibilidad que la Corte constitucional va a aplicar enseguida en su juicio. Podemos imaginar el sistema como un primer *check point*, que tiene la finalidad de eliminar los casos abiertamente infundados o irrelevantes, para evitar una sobrecarga de trabajo en la corte constitucional. Así, en Francia, solo la Corte de Casación y el Consejo del Estado pueden proponer cuestiones al Consejo Constitucional. Pasa lo mismo en países que siguen el modelo francés, como Argelia y Senegal (en Yibuti solo la Corte Suprema). En Camboya, la parte en un proceso que considera que su derecho fundamental ha sido violado por una disposición de ley o un acto administrativo puede proponer la excepción al juez del caso. Este último, si reconoce que la excepción es fundada, envía las actas del proceso a la Corte Suprema, la cual, a su vez, puede o no apelarse ante el Consejo constitucional (art. 19 Ley sobre la Organización del Consejo Constitucional). En Jordania, los jueces evalúan la existencia de los requisitos procesales en las excepciones promovidas por las partes y envían en su caso las actas a la Corte de Casación, la cual únicamente decide si propone la cuestión a la Corte Constitucional (art. 11 Ley sobre la Corte constitucional, que reconoce legitimación directa también a la Alta Corte de Justicia).

Se puede además distinguir entre ordenamientos que reconocen legitimación activa a los jueces de oficio y a las partes procesales (Albania, Austria, Bélgica, Bolivia, Chile, Ecuador, Alemania, Haití, Honduras, Italia, Luxemburgo, Moldavia, Panamá, Qatar, República de San Marino, España, Turquía, Uruguay) o, en cambio, a uno solo entre los dos (las partes en Camboya, Chad, Francia, donde se prohíbe expresamente a las Cortes más altas proponer la excepción de oficio, Jordania, Níger, Túnez; solo el juez en Costa Rica, Croacia, Georgia).

Los requisitos de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad son básicamente los mismos en todos los lugares y derivan de las primeras experiencias históricas europeas. La cuestión no debe ser manifiestamente infundada, es decir, debe existir una duda del juez respecto a la constitucionalidad de la norma (Italia) o, en algunos casos, el juez debe estar razonablemente convencido de su inconstitucionalidad (Alemania). Luego, para la permanencia de la naturaleza concreta del sistema, el juez del caso debe motivar la relevancia de la cuestión, en el sentido de mera aplicabilidad de la norma dentro del proceso, o de su necesaria aplicación para la decisión final del fallo. Por supuesto, es siempre necesario individuar la disposición específica o el acto impugnado, y motivar la existencia de los requisitos procesales.

El distinto modo de interpretar estos requisitos determina el diferente funcionamiento del modelo o submodelo incidental en el panorama comparado. Las cortes constitucionales a menudo aprovechan de su discrecionalidad interpretativa sobre los requisitos procesales para ampliar o cerrar las puertas del juicio incidental. Actúan como seleccionadoras de las causas sustanciales

a llevar a juicio. Analizamos, bajo esta perspectiva, los tres ordenamientos arquetípicos: Alemania, Italia y España.

En Alemania, el artículo 100 constitucional requiere que el juez *a quo* “considere” inconstitucional la ley de la cual depende la decisión del fallo. El juez debe estar convencido de la inconstitucionalidad de la norma.

El legislador orgánico español se inspira en el modelo alemán, afirmando que la norma debe ser “aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo”, y determinando que la excepción debe ser promovida “una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese”, es decir, cuando el juez puede evaluar con certidumbre su relevancia.

En Italia, en cambio, la ley constitucional requiere que la cuestión no sea “manifiestamente infundada” y que el juicio no pueda ser resuelto con independencia de la decisión sobre la cuestión de inconstitucionalidad (art. 23). Se trata, de hecho, de una formula mucho más fluida que la de los otros dos sistemas.

Otros requisitos pueden ser previstos por la admisibilidad de la cuestión. En Bélgica, por ejemplo, el juez no tiene obligación de promover la cuestión si la Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre un caso con el mismo objeto (art. 26, § 2, n. 2 Ley). La ley establece también el orden de prioridad entre cuestión de inconstitucionalidad y de inconveniencia, reconociendo que prevalece la primera (§ 4) y aun cuando las partes solo han mencionado la violación de un derecho afirmado a nivel europeo o internacional, la Corte debe verificar si existe un derecho constitucional de igual contenido.

En algunos casos, como en Francia, después de la reforma de 2008, la ley establece que la cuestión es inadmisibile si es promovida en relación con una norma que ya ha sido declarada conforme a la Constitución en otro tipo de juicio constitucional (art. 23.2, n. 2 LO). Encontramos disposiciones similares en Luxemburgo (art. 6, inc. c, Ley), Moldavia (art. 29 reglamento), República de San Marino, donde si el juicio constitucional ya se ha promovido por vía directa, nunca se podrá promover por vía incidental, a pesar del éxito del juicio (art. 13.3 Ley).

En algunos ordenamientos, las cortes tienen un plazo para dictar sentencia: cinco meses en Turquía, tres meses en Francia, 45 días en Chad, 30 días en Níger. Usualmente, la violación del plazo no implica alguna sanción por la Corte, con la única excepción de Ecuador, donde el artículo 142 de la Ley afirma que “[...] en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia”.

En Alemania ha sido introducido un recurso específico para obtener compensación en caso de excesivo retraso del proceso constitucional (*Verzögerungsbeschwerde*). La compensación viene reconocida tanto en el caso en que la parte llegue a demostrar que sufrió un daño por causa del retraso como en forma de daño moral.

Otro elemento para clasificar el juicio constitucional incidental es el nivel de vinculación que la corte tiene frente al *petitum* y a la *causa petendi* que el juez *a quo* acaba de formular en la cuestión. El objeto del juicio incidental debería estar condicionado por el requisito de la relevancia y, en consecuencia, no debería ser modificable por la corte. Eso está expresamente previsto en Kosovo (art. 53 Ley), mientras que en Bélgica, el artículo 27, § 2 de la Ley permite a la Corte redeterminar la amplitud de la cuestión. En algunos países (p. ej., Italia y España), la decisión de inconstitucionalidad puede afectar a todas las normas que dependen de la impugnada.

Finalmente, otro requisito de admisibilidad puede ser la previa interpretación conforme a Constitución de la norma impugnada por parte del juez *a quo*. En Italia, este requisito ha sido añadido por vía jurisprudencial por la propia Corte constitucional. Se fundamenta en la idea “crisafulliana” por la cual una disposición se declara inconstitucional cuando su única interpretación posible es inconstitucional, y no porque haya una interpretación inconstitucional entre varias constitucionales. A partir de los años noventa, este requisito ha sido aplicado de manera más contundente respecto a la praxis de la misma Corte, en el sentido de solicitar a los jueces una interpretación conforme al derecho viviente, es decir, elegir la interpretación comúnmente utilizada por la jurisprudencia. La doctrina de la interpretación conforme a la Constitución ha sido criticada por una parte de la academia italiana. Por un lado, tiene el alcance legítimo de comprometer más a los jueces ordinarios en la aplicación directa de la Constitución, acentuando el carácter difuso del “sistema incidental” pero, por el otro, en muchos casos el prevaler de la interpretación conforme se transforma en la abdicación de la corte constitucional de su rol de guía en la interpretación constitucional. El riesgo es que se produzcan y se legitimen interpretaciones “raras” de la misma disposición. En la ausencia de un mecanismo de coordinación en la jurisprudencia ordinaria, como la institución del precedente en el *common law*, se pone en peligro la certeza jurídica y se les atribuyen a los jueces demasiados poderes discrecionales, en la elección de las cuestiones que se proponen a la corte constitucional. De hecho, frente a este mecanismo, las partes no tienen garantía alguna en contra del juez *a quo*, en tanto no pueden apelar su decisión de no proponer la cuestión de inconstitucionalidad a la Corte.

Silvia Bagni

265. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD LOCAL

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 este 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, solo 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 esta. 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 estos 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 solo cobra sentido en el momento anterior a dictar sentencia, antes de aplicar la norma que el juez considere que puede ser inconstitucional, porque solo 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 este; 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 solo podrán plantear la cuestión ante el juez que conoce del asunto para que este 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

266. CUESTIÓN PREJUDICIAL EUROPEA

Asumido que la mayor parte del derecho de la Unión Europea es desarrollado y ejecutado por los Estados miembros, parece claro que la “comunidad” propia de la fase de producción normativa (en el sentido de una norma común europea para todos los Estados miembros) correría el riesgo de ruptura si la

fase aplicativa, que opera en régimen de descentralización, se dejara por completo en manos de los Estados miembros (en última instancia, de sus órganos jurisdiccionales, competentes para conocer de los litigios que surjan en dicha fase aplicativa).

A evitar el referido riesgo está destinado el mecanismo de la cuestión o remisión prejudicial, regulado en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en virtud del cual se faculta/obliga al juez nacional a plantear al juez europeo las dudas que le surjan, en el contexto del litigio del cual esté conociendo, acerca de la interpretación o la validez del derecho de la Unión aplicable al caso. Se trata, pues y como ha sostenido en numerosas ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de un “marco muy particular de cooperación judicial”, en el que compete al juez europeo aclarar el alcance del derecho de la Unión, y al juez nacional resolver el litigio que originó la cuestión a la luz de tal aclaración.

Se distingue así la cuestión prejudicial, por su finalidad misma, de la prejudicialidad que, bajo la denominación de “opinión consultiva”, nació en 2013 en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (concretamente de su Protocolo núm. 16): aun cuando tanto la una como la otra persiguen concienciar al juez nacional de su condición de juez europeo, la cuestión prejudicial responde esencialmente, según se ha señalado, a la búsqueda de la uniformidad en el funcionamiento del ordenamiento jurídico de la Unión (una norma común, la europea, comúnmente interpretada y aplicada en todos los Estados miembros), mientras que la opinión consultiva está presidida, tal y como expresamente recuerda el Preámbulo mismo del Protocolo número 16, por el reforzamiento del principio de subsidiariedad, entendido en el sentido de que “la labor de asegurar el respeto de los derechos garantizados por el Convenio descansa, en primer lugar y ante todo, no tanto en el Tribunal Europeo como en las autoridades de las Partes Contratantes”.

También difiere la cuestión prejudicial de los controles incidentales de constitucionalidad previstos en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros (caso, por ejemplo, de Alemania, Italia y España). Así, mientras que la cuestión prejudicial europea cubre tanto la interpretación como la validez del derecho de la Unión, la cuestión de inconstitucionalidad no puede ser instrumentada al modo de un cauce consultivo mediante el cual la jurisdicción constitucional vendría a despejar las dudas que abrigara el órgano judicial, no ya sobre la constitucionalidad de un precepto legal, sino sobre cuál debiera ser, de entre las varias posibles, su interpretación más acomodada a la Constitución.

Por lo que se refiere a la cuestión prejudicial de interpretación, su régimen específico se desenvuelve en los términos sentados por el TJUE en el asunto *CILFIT* (1982), que recoge las doctrinas del “acto claro” y del “acto aclarado”.

En virtud de la primera, que afecta a los órganos jurisdiccionales “cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno”, dichos órganos estarían obligados a plantear la cuestión salvo que la correcta aplicación del derecho de la Unión se imponga con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión planteada. Ello asumido, matizaría el TJUE, que “antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales na-

cionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia”, a cuyos efectos hay que tener en cuenta: *i)* la necesidad de, llegado el caso, cotejar las diversas versiones lingüísticas, todas igualmente oficiales; *ii)* la autonomía conceptual del ordenamiento jurídico europeo, no necesariamente coincidente con el ordenamiento jurídico nacional, y *iii)* la incardinación de la concreta disposición de cuya interpretación se duda en su contexto jurídico natural, que no es otro que el ordenamiento europeo globalmente considerado.

Junto con la doctrina del “acto claro”, *CILFIT* recoge la del “acto aclarado”, en virtud de la cual *cualquier* órgano jurisdiccional nacional tiene plenos poderes para aplicar por su propia autoridad, *i.e.*, sin plantear cuestión prejudicial, “jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia que hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas”.

Ello en el bien entendido, al mismo tiempo, de que ningún órgano jurisdiccional nacional puede por su propia autoridad apartarse de la doctrina sentada por el TJUE, al que, no obstante, puede dirigirse si lo considera oportuno para aclarar algún punto oscuro de la doctrina en cuestión, para volver sobre ella a la luz de nuevos argumentos o, simplemente, para intentar que el TJUE reconsidere su postura.

Aunque el artículo 267 del TFUE no hace distinciones a los efectos de su activación entre la cuestión prejudicial de interpretación y la de validez (más allá de que esta no es posible plantearla con relación al derecho originario, esto es: TUE, TFUE, protocolos anejos y Carta de los Derechos Fundamentales), el TJUE sentó en el asunto *Foto-Frost* (1987) su monopolio respecto de los juicios negativos de validez del derecho de la Unión.

Ello implica que, en presencia de “duda razonable” acerca de la validez del derecho de la Unión, el órgano jurisdiccional nacional cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso de derecho interno está, en todo caso, obligado a plantear la cuestión al TJUE en los mismos términos que debe hacerlo si la duda es puramente interpretativa, mientras que los órganos cuyas decisiones son recurribles, pueden resolver aquella por su propia autoridad siempre que sea en términos positivos, no negativos, de validez. Y en ausencia de “duda razonable”, ambos tipos de órganos solo podrán, por su propia autoridad, fallar en términos positivos, pues los juicios negativos son monopolio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Para finalizar, se ha de recalcar la idea de que la cuestión prejudicial se activa exclusivamente a iniciativa de los órganos jurisdiccionales nacionales, con independencia de que las partes del litigio principal hayan solicitado o no que se someta la cuestión al TJUE; y son dichos órganos quienes deberán apreciar la fase del procedimiento nacional que resulte más idónea para dirigirse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentado lo anterior, las vulneraciones por los órganos jurisdiccionales nacionales de la obligación de plantear la cuestión prejudicial cuando se den las condiciones para hacerlo pueden provocar acciones por incumplimiento ante el TJUE contra el Estado miembro al que pertenezcan, así como acciones de indemnización ante los tribunales nacionales por los daños y perjuicios que tales vulneraciones hayan podido ocasionar a los litigantes afectados.

Ricardo Alonso García

267. CUESTIÓN PRIORITARIA DE CONSTITUCIONALIDAD (FRANCIA)

En la República Francesa, la Constitución reconoce a los justiciables —es decir, a quienes sean parte en una instancia o proceso judicial— el derecho de alegar que una disposición legislativa atenta contra los derechos y libertades que la ley fundamental garantiza. Esto significa que los ciudadanos franceses pueden interponer una excepción o recurso de inconstitucionalidad cuando, al ser parte de un proceso judicial, consideren que una ley es incompatible con la Constitución.

Dicha excepción de inconstitucionalidad, conocida como cuestión prioritaria de constitucionalidad (en francés *question prioritaire de constitutionnalité* o QPC), se constituye así en el recurso idóneo con que cuentan los justiciables para solicitar que el órgano de control verifique la constitucionalidad de las disposiciones legales, las cuales pueden consistir en leyes orgánicas, leyes ordinarias u ordenanzas ratificadas por el Parlamento.

En este sentido, es importante tener en cuenta que los derechos y libertades que se busca proteger no están contenidos exclusivamente en el texto de la Constitución vigente (1958), sino que también se salvaguardan los derechos reconocidos en otros documentos de valor constitucional, a los que hace referencia el preámbulo de dicha ley suprema: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789; el preámbulo de la Constitución de 1946, y la Carta del Medio Ambiente, de 2004.

Dada su trascendencia, la cuestión prioritaria puede interponerse en cualquier momento del procedimiento, ya sea en primera instancia o segunda instancia, o bien, al tramitarse una apelación o un recurso de casación (los dos últimos competencia del Consejo de Estado y el Tribunal de Casación, respectivamente). En materia penal, sin embargo, la cuestión prioritaria únicamente puede interponerse en la fase de instrucción.

A diferencia de lo que ocurre en otras naciones europeas (p. ej., España, Alemania o Italia), donde la facultad para verificar la conformidad de las leyes con la Constitución corresponde a un Tribunal o una Corte Constitucional, pertenecientes al orden judicial y compuestos por magistrados, en Francia se diseñó un modelo de control que podríamos llamar atípico, pues dicha facultad compete a un órgano político integrado por consejeros, denominado Consejo Constitucional. Más aún, los consejeros son elegibles independientemente de su formación académica o su profesión, sin que sea forzoso que hayan realizado estudios relacionados con la ciencia jurídica.

Por ello, de cumplirse las condiciones de admisibilidad, corresponde al Consejo de Estado remitir la cuestión prioritaria al Consejo Constitucional, quien cuenta con un plazo de tan solo tres meses para pronunciarse y, de estimarlo necesario, derogar la disposición legislativa combatida. La excepción a dicha regla se presenta cuando se aborda un asunto de extrema urgencia o que verse sobre la privación de libertad de la persona, en cuyo caso corresponde al Consejo de Estado pronunciarse sin demora. Asimismo, las decisiones del Consejo Constitucional son inapelables y definitivas, y se imponen a todas las autoridades, sean judiciales o administrativas.

Vistas tales características, se puede inferir que nos encontramos ante un control de constitucionalidad *a posteriori*, concentrado y con efectos *erga omnes*, puesto que el órgano de control examina una disposición que ya entró en vi-

gor, y cuyo examen deriva en la declaración de validez o invalidez de una ley, con efectos generales. En el caso de que se determine la inconstitucionalidad y consecuente abrogación de una ley, corresponde al propio Consejo Constitucional determinar los efectos temporales de su decisión, pudiendo determinar la fecha a partir de la cual la abrogación surtirá sus efectos, dando tiempo al Parlamento para corregir el motivo de inconstitucionalidad.

Pese a su naturaleza tan trascendental para todo Estado de derecho, este procedimiento fue incorporado al orden jurídico francés tras una reforma constitucional relativamente reciente, de 23 de julio de 2008 (art. 61.1). Hasta antes de dicha fecha, el ciudadano francés no contaba con un medio para impugnar la inconstitucionalidad de una ley sancionada. Al respecto, Marc Guillaume considera que dicha reforma obedece a tres propósitos: *a)* otorgar un nuevo derecho al justiciable, permitiéndole hacer valer los derechos que garantiza la Constitución; *b)* purgar el orden legal de las disposiciones inconstitucionales, y *c)* garantizar la preeminencia de la Constitución en el orden interno.

Carolina Hernández Parra

268. 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 solo 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 solo 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, estos se transformarían en verdaderos tribunales, que estarían sujetos a los lineamientos de los procesos judiciales, con lo cual exigiría un conjunto de procedimientos que conllevan 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 posi-

tivos 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, estos 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

269. 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 solo 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 tratos 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. Estas 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 solo 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 ca-

tegoría caben diversas modalidades. Se pueden hacer distritos específicos (o circunscripciones) para mujeres, de manera que solo 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

María Pelayo Moller · Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena ·
Drigo · Juan Luis González Alcántara Carrancá · Ale
· Claudia Viviana Muñetón Lo · Quauhtémoc
Daniel Álvarez Toledo · David Cienfuegos Salgado · I
uardo Alcaraz Mondragón · Eduardo de Jesús Castella
valos · Enrique Uribe Arzate · Esmeralda Nohomí Ram
sma · José Antonio Rivera Santibañez · Alfredo Góme
ca · Antonia Urrejola · Carlos Alberto Prieto Godoy C
Delgado · Arturo Bárcena Zubieta · Armando Soto F
César Astudillo · Janine M. Otálora Malassis · Flavio C
ga · Carlos Ayala Corao · Luiz Guilherme Marinoni ·
a · Catalina Botero · Christina Binder · Netzaí Sandova
ano · Eduardo Ferrer Mac-Gregor · Júpiter Quiñones
uilar · Eduardo Esteva Gallicchio · Nashieli Ramírez H
th Rodríguez Colín · Yaruma Vásquez Carrillo Mart
nos Morales · Héctor Fix-Zamudio · Mireya Castañeo
ariana Durán Márquez · Hernán Salgado Pesantes · M
a Márquez · Néstor Pedro Sagüés · Martha Prieto Vald
ac de Paz González · Humberto Nogueira Alcalá · Lu
de Andrea Sánchez · Víctor Bazán · Graciela Rocío S
la Marín · Rubén Hernández Valle · Jonathan Mende
· Joaquín A. Mejía Rivera · Júpiter Quiñones Domín
o Téllez Valdés · Pedro Salazar Ugarte · José Miguel C
Manuel Eduardo Góngora-Mera · José Manuel Cha
za · Manuel Fernando Quinche Ramírez · Miguel Ca
gela Quiroga Quiroga · María Díaz Crego · Leonardo
Carlos María Pelayo Moller · María de la Concepció
z · Osvaldo A. Gozaíni · Robert Alexy · Manlio Fabio C
z Bisogno · Roselia Bustillo Marín · Ethel Nataly Caste
· Fernando Rey · Norma Lucía Piña Hernández · Ga
Cruz · Eduardo G. Esteva Gallicchio · Haideer Miran

270. DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que contempla el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) obliga a los Estados parte a adoptar —con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención— las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por dicho pacto internacional. Así, los Estados no solo tienen la obligación positiva de *adoptar las medidas legislativas necesarias* para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos y, a la vez, evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.

El estándar en su concepción más general ha sido utilizado, por una parte, para analizar situaciones en las que estas medidas fueron incumplidas y, por la otra, para ordenar medidas específicas de reparación en casos donde se haya detectado como necesario adoptar medidas legislativas o de otro tipo para hacer efectivos los derechos y libertades de la Convención vulnerados en un caso concreto.

El Tribunal Interamericano ha establecido que el deber general contenido en el artículo 2 de la CADH implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y, por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

Por tanto, la Corte IDH ha determinado que las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser *efectivas* (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea *realmente* cumplido. Así, la Corte IDH ha considerado necesario reafirmar que la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una obligación de resultado. Esto implica que una norma, por bien diseñada que se encuentre, si en la realidad no garantiza efectivamente los derechos y libertades, no cumplirá con los estándares que establece en el referido artículo 2.

La adopción de medidas para *suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza* que impliquen una violación a los derechos previstos en dicho instrumento internacional, así como la *expedición de normas y el desarrollo de prácticas* conducentes a la observancia efectiva de los mismos trasciende el ámbito meramente legislativo, pudiendo y debiendo adoptar estas medidas otras funciones del Estado, como lo son las ejercidas por los poderes ejecutivo o judicial o inclusive los tribunales, salas o cortes constitucionales. Es así que el deber de adoptar disposiciones de derecho interno es parte de la obligación general de garantizar los derechos.

Los criterios descritos son de aplicación general en todos los casos en donde la Corte IDH ha conocido situaciones en las que se ha incumplido el artículo 2 de la CADH. A su vez, el Tribunal Interamericano ha especificado los alcances de dicho deber en relación con casos de pueblos indígenas y tribales, leyes de amnistía, en materia de libertad de expresión y acceso a la

información, diversas garantías del debido proceso, pena de muerte, fuero militar, asuntos laborales, estabilidad e inamovilidad de jueces, entre otros temas.

A la par de la CADH, el Sistema Interamericano cuenta con una serie de tratados y convenciones que *complementan y especifican* las obligaciones generales en relación con los derechos humanos en la región. Dentro de estos tratados encontramos disposiciones que ordenan a los Estados adoptar medidas de derecho interno con el fin de hacer efectivos los derechos consagrados en los mismos.

Así, hallamos disposiciones similares a las contenidas en el artículo 2 de la CADH en el artículo 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); en el 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; en el III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; en el 7.c de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y, finalmente, en el III de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Carlos María Pelayo Moller

271. 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 un 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

272. DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL

El debido proceso es un derecho humano protegido a nivel convencional, constitucional y legal. En este apartado corresponde desarrollar específica-

mente el alcance que la Constitución, en cuanto norma suprema del orden jurídico nacional, le atribuye.

Quizás la mejor manera de entender en qué se distingue el debido proceso constitucional del legal es recordando algunas premisas básicas sobre lo que significa la protección constitucional de *cualquier* derecho humano. Asumir la superioridad jerárquica de la Constitución implica aceptar que sus condicionamientos, tanto procesales como sustantivos —protegidos con la rigidez que le caracteriza—, integran el parámetro de regularidad *de todos* los actos de producción y ejecución normativa del orden jurídico nacional. Es decir, la validez de tales actos depende de su correspondencia tanto formal como material con la norma suprema. Y cuando hablamos de validez material, nuestra atención debe dirigirse a aquellas cláusulas constitucionales —usualmente redactadas en términos deliberadamente abstractos— que contienen principios, reconocen derechos humanos y establecen limitaciones al poder público.

En cuanto derecho humano constitucionalmente protegido, el debido proceso exige que las autoridades operen de conformidad tanto con reglas específicas como por ciertos principios de justicia, que *no* siempre son definibles a la manera “de todo o nada”, es decir, cuya aplicación requiere interpretación, argumentación y, en algunos casos, ponderación. En contraste, los ordenamientos jurídicos secundarios —los códigos procesales— suelen buscar un fin distinto: su objetivo es enlistar, con toda la especificidad posible, una serie de pasos sucesivos que, en esencia, obligan a las autoridades a registrar, ordenar y monitorear las condiciones que deben dar cauce a una contienda.

De este modo, al pensar en las condiciones de debido proceso que impone la Constitución, debemos hablar de todo aquello que asegura la posibilidad de un juicio justo, es decir, un juicio seguido conforme a los principios de un ordenamiento al que el intérprete puede atribuir identidad sustantiva a la luz del conjunto de valores que este protege en su integridad. Por ello, al decir que una autoridad jurisdiccional debe garantizar la posibilidad de que la persona demandada o acusada sea oída y vencida en juicio, estamos reconociendo una exigencia constitucional abstracta, que requiere ser concretizada en cada caso, a partir de los distintos métodos de interpretación jurídica aplicables.

En este punto es esencial traer a cuento una importante distinción realizada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). En diversos precedentes (particularmente, véase los amparos directos en revisión 3758/2012, 1519/2013 y 1009/2013, y el amparo en revisión 42/2013) ha señalado que el debido proceso se desdobra en dos vertientes, la formal y la sustantiva.

En la vertiente adjetiva o formal, el debido proceso se entiende como la posibilidad que tienen las personas de acceder a la justicia, plantear sus acciones o excepciones, probar los hechos y razones que estimen pertinentes y alegar lo que consideren relevante para la resolución de su causa (este criterio se ve especialmente reflejado en la tesis 1a./J. 11/2014 (10a.) emitida por la Primera Sala de la SCJN, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 3, febrero de 2014, t. I, p. 396, de rubro: “Derecho al debido proceso. Su contenido”). Al respecto, la Primera Sala ha afirmado que “[el] derecho de debido proceso contiene un núcleo duro que debe observarse de manera inexcusable en todo el procedimiento jurisdiccional, que se garantiza a través del cumplimiento de las formalidades esenciales del proce-

dimiento, cuyo conjunto integra la “garantía de audiencia”. Ello permite que los gobernados ejerzan el derecho a contar con una defensa adecuada previo a que mediante un acto de autoridad se modifique su esfera jurídica en forma definitiva, que puede implicar la privación de la libertad, propiedad, posesiones o derechos” (amparo directo en revisión 1009/2013, p. 29).

Tradicionalmente, se ha reconocido que esas formalidades esenciales del procedimiento básicamente se traducen en: 1) la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) la oportunidad de alegar, y 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas y la existencia de un medio de impugnación (al respecto, se puede consultar el criterio del Tribunal en Pleno de la SCJN, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, p. 133, de rubro: “Formalidades esenciales del procedimiento. Son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo”).

En su vertiente sustantiva, el debido proceso tiene que ver con la protección de los bienes constitucionalmente protegidos mediante esas formalidades esenciales del procedimiento: la libertad, propiedad, posesión y otros derechos (amparo en revisión 42/2013, p. 23). Desde esta dimensión, lo que importa es analizar si el Estado tiene una razón adecuada para instar los mecanismos jurisdiccionales con el fin de privar a una persona de aquello de lo que es titular.

Esta dimensión, a su vez, se puede analizar a partir de dos perspectivas: desde la primera, “[el] derecho al debido proceso se ocupa del ciudadano que es sometido a un proceso jurisdiccional al ser destinatario del ejercicio de una acción, la cual, de resultar procedente y fundada, llevaría a la autoridad judicial a emitir un acto privativo en su contra, en cuyo caso la autoridad debe [...] otorgar al sujeto pasivo de la relación procesal la posibilidad de una defensa efectiva, por lo cual se debe garantizar que se le notifique del inicio del procedimiento y de sus consecuencias, se le dé el derecho de alegar y ofrecer en pruebas y se le asegure la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas” (amparo directo en revisión 3758/2013, p. 28).

A partir de la segunda perspectiva, el debido proceso puede verse desde “quien insta la actividad jurisdiccional del Estado para lograr reivindicar un derecho y no tanto defenderse del mismo, en cuyo caso se ubica en una posición, al interior de un juicio, de cuya suerte —estima— depende el ejercicio de un derecho, el cual en caso de no dirimirse adecuadamente, podría tornar a su derecho nugatorio”.

Estas distinciones surgen en la doctrina de la Suprema Corte ante la necesidad de reconocer la complejidad de la protección constitucional del derecho al debido proceso. Con este marco conceptual se busca evitar interpretaciones reduccionistas sobre su contenido, que nieguen su compleja integración, que olviden su interdependencia con otros derechos, o que solo atiendan al contenido textual de los artículos 14 y 16 constitucionales. Así, garantizar el debido proceso exige que el intérprete realice un ejercicio analítico del texto constitucional en su integridad, es decir, que enlace todos los derechos relacionados con las protecciones procesales de justicia que el mismo texto ya protege. Por ejemplo, en materia penal contamos con una amplia gama de principios que buscan condicionar la validez del proceso y calificarlo como debido. Piénsese en los principios de un proceso acusatorio: el contra-

dictorio, la publicidad, la oralidad, el principio de presunción de inocencia. También identificamos el derecho a una defensa adecuada, el derecho a la no autoincriminación, a conocer los motivos de la acusación, a confrontar e interrogar testigos, a no ser objeto de coacción, intimidación, torturas o tormentos. En materia civil, la SCJN ha generado una cantidad significativa de criterios en lo que respecta a la necesidad de que las autoridades jurisdiccionales impartan justicia con perspectiva de género y que consideren el interés superior de las y los niños. En todas las materias se reconoce el derecho al acceso a la justicia pronta y expedita. Todas estas son exigencias están relacionadas con la necesidad de que los juicios se desarrollen de un modo tal que guarden correspondencia con el resto de los derechos humanos protegidos por la Constitución.

En conclusión, cuando las partes exigen el respeto al derecho al debido proceso no solo están demandando la correcta aplicación de las formalidades esenciales del procedimiento, sino que también apelan a la necesidad de que sus procesos guarden correspondencia material con la Constitución misma. Por ello, el debido proceso constitucional se integra por un conjunto de salvaguardas (a su vez, con rango constitucional y convencional) dirigidas a proteger a la persona de cualquier manifestación de arbitrariedad. Su objeto es evitar que ella sufra un menoscabo en sus derechos, libertades y patrimonio, sin antes ser oída y vencida en un juicio estructurado en razón de las exigencias que derivan del resto de las protecciones reconocidas en favor de toda persona por la sola dignidad que le es inherente.

Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

273. DEBIDO PROCESO EN PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS QUE INVOLUCREN NIÑAS Y NIÑOS (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Las garantías de debido proceso legal enmarcadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre remiten principalmente a lo que establece el artículo 8 de la referida CADH sobre las garantías judiciales; sin embargo, estas normas deben ser leídas armónicamente con otros artículos de la misma Convención, específicamente los relativos al derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, al principio de legalidad y de retroactividad y, por supuesto, el artículo referente a los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad y a la protección judicial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por su parte, ha establecido que el derecho al debido proceso “[...] se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos.” (OC-21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 109).

De modo general, las garantías de debido proceso deben regir en todo proceso migratorio, en el procedimiento de decisión acerca de medidas alternativas a la detención y cuando en estos procesos se apliquen medidas que restrinjan la libertad personal de la niñez.

Asimismo, se debe partir del punto de que las niñas y niños son titulares de todos los derechos humanos que corresponden a todas las personas, con la especificidad de que, en su caso, se deben tomar en cuenta derechos especiales o específicos derivados de su condición. También es importante señalar que todas estas consideraciones deben estar siempre enfocadas a la protección y desarrollo integral de la niñez, conceptos que deben prevalecer por sobre cualquier otra consideración de nacionalidad, estatus migratorio u otra (*ibidem*, párrs. 56, 66 y 68).

De igual forma, en tratándose de niñas, niños y adolescentes, todas las actuaciones de las autoridades del Estado deben regirse bajo los principios de no discriminación, interés superior de la niñez, respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o el niño en todo procedimiento en el que esté involucrado, garantizando así su participación (Convención de los Derechos del Niño, arts. 2, 3 párrs. 1, 6 y 12. Asimismo, Comité de los Derechos del Niño —CRC, por sus siglas en inglés—, Observación general 5, arts. 4, 42 y 44, párr. 6, y Observación general 12).

En este sentido, las consideraciones que deben tomarse en cuenta por el Estado para garantizar los derechos humanos de los infantes, de acuerdo con la interpretación realizada por la Corte, son los siguientes:

Derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio (OC-21/14, párrs. 117-119). En primer lugar, para cumplir con estándares internacionales, el Estado debe contar con personal especializado y capacitado para comunicarse con niñas y niños. Estos, a su vez, serán los encargados de hacerle saber de su situación, incluyendo el hecho de que él o ella está siendo sometida a estudio por una autoridad y haciéndole saber de las posibles consecuencias, con el propósito de que la niña o niño entienda su situación y pueda opinar al respecto. Así como ocurre con cualquier persona, la falta de notificación es violatoria de las garantías del debido proceso legal, por lo que no basta solo con notificarle, sino que debe ser en un lenguaje que se entienda, respetando su privacidad y sin generar presión, miedo o angustia. Asimismo, tratándose de niñas y niños no acompañados, se debe otorgar toda la información disponible sobre sus derechos, servicios existentes, el procedimiento para solicitar asilo y sobre la localización de su familia (CRC, Observación general 6, párr. 25).

Derecho a que el proceso migratorio o de solicitud de la condición de refugiado sea llevado por un funcionario o juez especializado, aunado al derecho de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete (OC-21/14, párrs. 120, 121, 124 y 125). Como se mencionaba en el párrafo anterior, es de máxima importancia que la autoridad que conozca de los asuntos migratorios o de las peticiones de asilo formuladas por niñas o niños, sea especializado, no solo en la materia sino en cuanto a la capacitación sobre derechos de la niñez. Lo anterior tiene el objeto de que bajo esta perspectiva puedan identificar las necesidades especiales de protección de conformidad con el interés superior de la niñez, por ejemplo, ser sensibles al género, que reconozcan la cultura de la niña o niño, identificar si son vulnerables a la trata infantil (Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, arts. 9.1 y 9.2), a la explotación y malos tratos,

identificar si están huyendo por temor al reclutamiento forzoso por causa de crimen organizado o conflictos armados internos (CRC, Observación general 6, párrs. 50-63) e incluso, la Corte ha señalado que es necesario “[...] recabar información sobre factores personales, tales como la historia personal y su condición de salud, física y psicológica, así como el entorno ambiental en que se desarrolló la migración, para determinar la situación concreta de riesgo o de vulneración de derechos en su país de origen, de tránsito o en el receptor que amerite una protección complementaria o evidencie otras necesidades de protección o asistencia humanitaria, como las que provienen de la tortura, la violencia, la trata o experiencias traumáticas.” (OC-21/14, párr. 101). Además de lo anterior, si la niña o el niño no habla el idioma del Estado en el que se encuentra, este está obligado a asistirle con un traductor o intérprete en su lengua, a efecto de poder garantizar que sea oído. Esta obligación cobra mayor importancia en el caso de personas indígenas, ya que además de ser oídas, se debe respetar su identidad cultural, garantizar el respeto a usos y costumbres y el acceso efectivo a la justicia.

Derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales. La Convención de los Derechos del Niño establece en su artículo 12, numeral 2, el derecho de dar al niño o niña la oportunidad de ser escuchada en todo procedimiento judicial o administrativo en el que se encuentre involucrada, en función de su edad y madurez. Incluso, la Corte IDH estableció en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (sentencia de 24 de febrero de 2012, núm. 239, párr. 199) que en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses de la niña o niño sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto. Abunda explicando que el derecho a ser oído incluye no solo conocer del asunto que les afecta y opinar libremente sobre él, sino que su opinión sea tomada en cuenta (*ibidem*, párr. 200). Aún más, la Observación general 12 del CRC (párr. 74) establece que no es posible hablar de una correcta aplicación del principio de interés superior de la niñez si no se cumple de manera cabal el derecho establecido en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño que, a su vez, es parte de los derechos de debido proceso consagrados en el artículo 8 de la CADH. Adicionalmente, la Corte IDH reiteró lo dicho por el CRC respecto de las diversas formas no verbales de comunicación que deben ser utilizadas al interactuar con niñas y niños, como lo son el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo y la pintura; medios por los que los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias (OC-21/14, párr. 122. CRC, Observación general 12, párr. 21).

Acceso efectivo a la comunicación libre, a la asistencia consular y a ser asistido por un representante legal. Toda persona tiene derecho a contar con asistencia del funcionariado consular de su país de origen. En el caso de niñas y niños, esta comunicación debe ser de manera pronta y eficaz. Asimismo, como lo señala la Corte, este derecho es de especial importancia por las implicaciones “[...] que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, [...]” (OC-21/14, párrs. 126-128). Por otro lado, además de contar con esta asistencia, toda persona, incluidos niños y niñas, tienen derecho a contar con representación y asistencia legal gratuita (*ibidem*, párrs. 129-131). Este servicio debe ser especializado en materia migratoria y sobre el procedimiento para solicitar refugio, además de ser

sensible a la edad y al género, de manera que siempre velen por el interés superior de la niñez.

Designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados (ibidem, párrs. 132-136. CRC, Observación general 6, párrs. 21, 33-38). Una de las garantías procesales más importantes en el caso de niñas y niños no acompañados o separados (que estén separados de ambos padres y otros parientes y que no estén al cuidado de un adulto al que, por ley o por costumbre, incumbe esa responsabilidad) es el del nombramiento de un tutor, ya que ningún procedimiento podrá ser iniciado sin la presencia de este. La figura del tutor en estos casos garantizará la defensa de sus intereses y el aseguramiento de su bienestar. Asimismo, parte de su labor será conocer y asistir a todos los procedimientos a los que esté sujeto el niño o niña, incluidas las comparecencias ante autoridades migratorias.

Derecho a la debida fundamentación de la decisión que se tome (OC-21/14, párrs. 137-139). Esta es una garantía procesal básica que, como lo menciona la Corte, está vinculada con la correcta administración de justicia ya que, de no cumplir con esta garantía, las decisiones de cualquier autoridad deben ser consideradas arbitrarias. En el caso de niñas y niños involucrados, se debe dar cuenta de la forma en que tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por ellos. Asimismo, deberán expresar y demostrar cómo han evaluado el interés superior de la niñez.

Derecho a recurrir la decisión tomada ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos (ibidem, párrs. 140-142). Esta garantía debe leerse al tiempo con aquella de ser oído y tomado en cuenta. Si bien todas las personas tienen el derecho de someter su asunto a revisión ante una autoridad judicial, en el caso de niñas y niños es relevante respecto al hecho de que sus opiniones hayan sido debidamente tomadas en cuenta y que se haya hecho siguiendo el principio de interés superior de la niñez. Al mismo tiempo, la Corte señala que este derecho debe tener efectos suspensivos, como es el caso de las deportaciones, a efecto de salvaguardar los derechos de los niños y niñas.

Plazo razonable de duración del proceso y de la privación de la libertad (ibidem, párrs. 143, 191-197). La Corte ha mencionado, tanto en su opinión consultiva como en diversos casos contenciosos, que las autoridades deben ser diligentes y actuar dentro de plazos razonables. Lo anterior debido a la protección de la integridad física, emocional o psicológica de la niña o niño. De ningún modo debe entenderse esto como ventana para no garantizar otros derechos en aras de la celeridad; todo lo contrario, se debe contar con personal capacitado para que se puedan resguardar todos y cada uno de los derechos anteriormente descritos en un periodo razonable pero suficiente para la investigación correspondiente. En cuanto a la privación de la libertad o detenciones, estas nunca podrán ser desproporcionadas y, de hecho, deberán evitarse al máximo. En caso de hacerlas, el Estado deberá ejecutarlas solo como último recurso y durante el periodo más breve que proceda (*ibidem*, párr. 149. CRC, Observación general 6, párr. 61). Asimismo, está obligado a informar sobre los motivos del arresto o detención. Adicionalmente, la Corte ha determinado que la detención por incumplimiento de leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos y que estas medidas solo deben ser utilizadas cuando sean necesarias y de manera proporcional. En el mismo caso determinó que la privación de libertad de niñas o niños por razones exclusivas de índole mi-

gratoria excede el requisito de necesidad y no puede ser entendida como una medida que atienda al interés superior de la niñez (caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sentencia de 23 de noviembre de 2003, núm. 218, párrs. 166, 169 y 171).

Netzai Sandoval Ballesteros
Aysha Borja Domínguez

274. DECISIÓN INTERPRETATIVA

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

275. DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el reconocimiento, fortalecimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas ha sido un asunto de especial importancia.

La aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (la Declaración) se llevó a cabo en el marco del 46° Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), celebrada el 14 de junio de 2016, después de 17 años de negociaciones (véase OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “CIDH celebra aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, 22 de junio de 2016).

El texto ha sido traducido formalmente al inglés y al español; consta de un preámbulo y 41 artículos agrupados en las siguientes seis secciones: Pueblos Indígenas. Ámbito de aplicación y alcances; Derechos Humanos y Derechos Colectivos; Identidad Cultural; Derechos Organizativos y Políticos; Derechos Sociales, Económicos y de Propiedad, y un apartado final de Provisiones Generales.

Entre los principales derechos reconocidos en la Declaración se encuentra la autoidentificación; la libre determinación; el derecho a las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural de tierras, territorios y recursos, y los derechos participativos de consulta y consentimiento libre, previo e informado. También destaca el reconocimiento expreso a la igualdad de género; el rechazo a la asimilación; la protección contra el genocidio, la discriminación racial, el racismo, la intolerancia y la violencia.

Asimismo, reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas a la identidad e integridad cultural; a sus sistemas propios de conocimiento, lenguaje y comunicación; a la educación; a su espiritualidad; a sus sistemas familiares tradicionales; a la salud y protección del medioambiente sano; a la autonomía o autogobierno; a la jurisdicción indígena, y a la paz, seguridad y protección, entre otros derechos.

Por otro lado, debe destacarse el reconocimiento inédito que este instrumento hace a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, pronunciándose expresamente acerca del derecho que estos colectivos tienen de permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo con sus culturas. Dicho reconocimiento no es más que una manifestación expresa del derecho a la libre determinación.

En definitiva, el documento en estudio ha pasado a formar parte del *corpus iuris* indígena existente, aportando considerablemente al desarrollo de estándares internacionales, debiendo servir de guía para el diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de las actuaciones y las medidas adoptadas por los Estados americanos en materia de derechos de los pueblos indígenas.

Por ello, es fundamental atender a lo establecido en el preámbulo de este instrumento, en el sentido de respetar la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional. Considerando que las diversas fuentes del derecho internacional se influyen recíprocamente, la Declaración debe interpretarse y aplicarse en concordancia con lo establecido en los demás instrumentos nacionales e internacionales de derechos humanos que se han aprobado, tales como el Con-

venio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989 y que entró en vigor el 5 de septiembre de 1991); la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 03 de enero de 1976), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976), entre otros.

Finalmente, aunque han transcurrido un poco más de dos años desde la aprobación de la Declaración, persiste una brecha de implementación (véase CIDH, Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Informe de Rodolfo Stavenhagen, relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, párr. 83) que evidencia la distancia entre las disposiciones legales vigentes y la insuficiencia de mecanismos para hacer exigibles los derechos en los diversos Estados parte. Ese vacío entre los niveles formales y prácticos puede ser constitutivo de violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y sus miembros, por ello, urgen mayores esfuerzos, se requieren reformas estructurales que permitan la dotación de recursos humanos y financieros en pos del respeto y garantía de los derechos indígenas de los diversos Estados de las Américas.

Antonia Urrejola

276. DECLARACIÓN DE CARTAGENA SOBRE REFUGIADOS

La Declaración de Cartagena fue adoptada en el Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. No es un instrumento vinculante, sin embargo, representa un compromiso de los Estados de la región y se consolida como una buena práctica regional en materia de protección internacional en cuanto contempla estándares de protección referidos a todo el ciclo de desplazamiento. Este instrumento responde a la situación vivida en América Latina durante las décadas de los sesenta, setenta y ochenta. Caracterizado por un aumento de las necesidades de protección internacional en virtud de los diferentes conflictos armados que afectaban al ejercicio efectivo de los derechos humanos y obligaban a las personas a abandonar sus hogares para resguardar su vida, libertad e integridad.

Del 11 al 15 de mayo de 1981, expertos de la región y de las Naciones Unidas se reunieron en Tlatelolco, México, en el Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina para analizar la situación que afectaba la región en el ámbito de protección internacional. En este se destacó “la necesidad de extender la protección que los instrumentos internacionales e interamericanos reconocen, también a aquellos que huyen de su país a causa de agresión, ocupación o dominación extranjeras, violación masiva de los derechos humanos, o acontecimientos que alteren seriamente el orden público, en todo o en parte del territorio del país de origen.” Posteriormente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su Informe anual de 1981, recomendó que “la definición de refu-

giados en la región reconozca a las personas que huyen de sus países porque sus vidas han sido amenazadas por violencia, agresión, ocupación extranjera, violación masiva de los derechos humanos, y otras circunstancias que destruyen el orden público y para los cuales no existen recursos internos”. Ello se reiteró en los informes de 1982 y 1983.

La Declaración confirma los criterios recogidos en la primera sesión de trabajo del Grupo Contadora, celebrada, en 1983 respecto de las obligaciones de protección y el deber de asistencia de los Estados de acogida, considerando el establecimiento de programas de asistencia para las personas refugiadas, en particular en los ámbitos de educación, trabajo y seguridad, con miras a lograr la autosuficiencia, estándares mínimos respecto de la repatriación (voluntaria, manifestada individualmente y con la colaboración del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR) y destaca la importancia de la colaboración de la comunidad internacional.

La Declaración destaca e insiste en la naturaleza pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria del instituto del refugio y contempla compromisos concretos de los Estados respecto a la seguridad de los campamentos para personas, la obligación de brindar protección a las personas desplazadas internas y la importancia de la capacitación del funcionariado público competente en la materia y la divulgación, a lo interno de cada Estado, de los instrumentos de derecho internacional de las personas refugiadas. Este instrumento reitera la importancia del principio de reunificación familiar y de la no devolución, destacando el rol de este último como piedra angular de la protección anterior, y considerando que abarca también la prohibición de aplicar rechazos en frontera.

Uno de los elementos particularmente innovadores fue —al igual que como lo hubiera hecho la región africana casi 20 años antes— considerar un concepto regional ampliado de persona refugiada, el cual brindara una respuesta de protección acorde con la realidad de la época. En este sentido, la conclusión III, párrafo tercero, de la Declaración indica que “la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países 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”.

Esta ampliación del concepto de persona refugiada resulta coherente con la génesis de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, en la cual se estableció un marco mínimo de protección e instó a los Estados parte a que consolidaran, con el paso del tiempo, estándares mayores de protección para situaciones no contempladas en la literalidad de la Convención de 1951 (Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios, acápite E).

La definición regional ampliada permite brindar protección a aquellas personas que no pueden regresar a sus países de origen debido a que sus derechos fundamentales se verían conculcados, pero cuyo motivo por el cual no pueden regresar escapa a las cinco causales previstas en la Convención de 1951. A diferencia de esta, que contempla cinco motivos específicos sobre cuya base debe acreditarse la existencia de persecución, el concepto regional

ampliado señala condiciones objetivas que acompañan a la razón de huida de la persona que requiera protección internacional, por lo que no se requiere un temor fundado de persecución.

Los conceptos de violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos y otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público se integran con el derecho internacional humanitario, y la referencia a violaciones masivas de derechos humanos con el derecho internacional de los derechos humanos. La interpretación de estas condiciones objetivas fue aclarada posteriormente en los Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados, y desplazados centroamericanos en América Latina, acordados en la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos en 1989 (CIREFCA). La determinación deberá considerar tres requisitos: 1) que la persona haya cruzado una frontera internacional; 2) que su vida, libertad o integridad se vean amenazados, y 3) que dicha amenaza se relacione con alguno de los cinco motivos objetivos.

La “*violencia generalizada*” deberá ser continua, general y sostenida, con un umbral mayor que los disturbios y tensiones internas (Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el Protocolo II, CICR, Ginebra, 1987). La *agresión extranjera* se podrá entender en los términos establecidos en la Resolución 3314 de la Asamblea General de ONU. La noción de *conflictos internos* podrá retomarse del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y el Protocolo Adicional II. Asimismo, el elemento *otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público* se refiere a actos generados por las personas y no por la naturaleza. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) conceptualizó orden público como “las condiciones que aseguran el funcionamiento normal y armonioso de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios” (OC-5/85). Las *violaciones masivas de derechos humanos* se podrán entender como aquellas de gran escala que impliquen la conculcación de los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluyendo una denegación grave y sistemática de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Los principios y pautas generales para la determinación de la condición de persona refugiada resultan aplicables ante el supuesto de que el reconocimiento opere sobre la base de la Declaración de Cartagena, por lo que puede configurarse un reconocimiento *sur place*, la determinación *prima facie*, e incluso la determinación grupal. Asimismo, resulta compatible con el análisis de alternativa de huida interna, carga de la prueba que pesará sobre el Estado y no sobre la persona —claro está—, así como los motivos de exclusión y de cesación. Históricamente se ha considerado que debe seguirse una lógica lineal para el análisis de elegibilidad, de manera que se considere primero la determinación de la condición de persona refugiada sobre la base de los cinco motivos contenidos en la Convención de 1951 y posteriormente se considere el concepto regional; sin embargo, no existe impedimento alguno para que ambos análisis se realicen de manera integral o se opte por iniciar con el análisis de inclusión sobre la base de las circunstancias de huida contempladas en la definición regional, o aquella definición ampliada reconocida por cada Estado en su normativa interna.

Posteriormente, en la Reunión Ministerial de los Estados Parte de la Convención de 1951, los Estados de la región declararon de manera unánime

reconocer la importancia de la Declaración de Cartagena. En la Declaración de Brasil se destacó el logro que implicó la emisión de la Declaración de Cartagena para responder “a las nuevas necesidades de protección internacional causadas, entre otras, por el crimen organizado transnacional.” A nivel regional la Corte IDH retoma la relevancia de la Declaración (*Pacheco Tineo vs. Bolivia*, sentencia de 25 de noviembre de 2013, núm. 272, párr. 141).

Muchos países han incorporado el concepto ampliado para la determinación de la condición de persona refugiada en su normativa interna: Bolivia (Ley de Protección a personas refugiadas N° 251, de 2012), México (Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, de 2011), Belice (*Refugees Act*, de 1991 y sus reformas), Brasil (Ley 9474, de 1997), Guatemala (Acuerdo Gubernativo 383, de 2001), Paraguay (Ley N° 1938, de 2002), El Salvador (Decreto N° 918, de 2002), Perú (Ley N° 278891 del Refugiado, de 2002), Honduras (Ley de Migración, de 2004), Argentina (Ley N° 26165 General de Reconocimiento y Protección al Refugiado), Uruguay (Ley N° 18076 sobre el Estatuto de Refugiados, de 2006), Nicaragua (Ley N° 655, de 2008), Colombia (Decreto N° 2840, de 2013) y Chile (Ley N° 20430, de 2010). Ecuador había incorporado el concepto ampliado por Decreto N° 3293 de 1987, sin embargo, el Decreto N° 1182 lo eliminó, limitación que se señaló como inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia 002 de 2014 a la luz del principio pro persona; la Ley de Movilidad Humana de 2017 incorpora de nuevo el concepto ampliado. Costa Rica no ha incorporado el concepto ampliado, no obstante, la Sala Constitucional lo ha aplicado a través de la Declaración de Cartagena como parte del bloque normativo vigente (Voto 13212-2015), y el Tribunal Contencioso Administrativo ha reconocido la progresividad en cuanto a la ampliación del concepto de persona refugiada (sentencia 103-2014 IV), por lo que el Tribunal Administrativo Migratorio ha reconocido la condición de persona refugiada a partir del concepto ampliado contenido en la Declaración de Cartagena (resolución 1072-2018-TAM).

Hasta el momento, Panamá, Costa Rica y la República Bolivariana de Venezuela aún no han incorporado un concepto ampliado a su normativa interna.

Yaruma Vásquez Carrillo

277. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Se trata de uno de los principales instrumentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas. Fue adoptada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con 144 votos a favor, 11 abstenciones y 4 votos en contra (Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda). Con posterioridad a su aprobación, los países que votaron en contra de la Declaración, y dos de los países que se habían abstenido (Colombia y Samoa) han manifestado su apoyo al documento.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) expresa el consenso actualizado de la comunidad internacional sobre los estándares mínimos de protección internacional de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. El documento consagra la libertad y la igualdad de todos los pueblos y personas indígenas y prohíbe la discriminación en el ejercicio de sus derechos, en especial la que

se funda en su origen o identidad étnicos. Establece el derecho a la autodeterminación política, económica, social y cultural; a conservar y fortalecer sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, así como a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Asimismo, expresa el derecho de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido. De acuerdo con la *International Law Association* (ILA), aunque la Declaración no puede ser considerada una expresión del derecho internacional consuetudinario, varias de sus disposiciones sistematizan estándares jurídicos derivados de otros instrumentos o de la costumbre internacional (ILA, resolución 5/2012, párr. 2).

La Declaración consta de 46 artículos que abordan tanto los derechos individuales como los colectivos. Expresa los derechos de las personas indígenas a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad (art. 7); consagra los derechos colectivos a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos, sin ser sometidos a genocidio o a otros actos violentos (art 7); señala que las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional (art. 17); protege los derechos de las personas indígenas tanto a la educación del Estado como a aquella en su propio idioma y de acuerdo con su cultura (art. 14); protege el derecho de los pueblos indígenas a usar sus medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, así como el derecho de acceso a todos los servicios sociales y de salud del Estado (art. 24).

Tras la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en junio de 1989, el movimiento indígena global realizó un intenso trabajo de incidencia para que se adoptara una declaración universal que ampliara el catálogo de derechos reconocidos en el referido convenio y en el marco normativo internacional vigente. Luego de dos décadas de negociaciones, la DNUDPI fue finalmente aprobada con un enfoque en los derechos colectivos de los pueblos indígenas “indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo como pueblos” (preámbulo de la DNUDPI), en adición a los derechos humanos y libertades fundamentales internacionalmente reconocidos a toda persona.

La Declaración aborda ciertas obligaciones que no habían sido contempladas o cuyo contenido no había sido plenamente desarrollado en el texto del Convenio 169 de la OIT. Mientras este último pone especial énfasis en el derecho a la consulta previa, libre e informada como mecanismo de participación diferenciada de los pueblos indígenas en las decisiones estatales, la Declaración amplía el alcance de la obligación de los Estados de obtener el consentimiento de tales pueblos, prohibiendo de forma expresa el desplazamiento de sus territorios sin el debido consentimiento y “acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso” (art. 10). Asimismo, determina que los Estados deberán adoptar medidas eficaces para impedir la eliminación o almacenamiento de materiales peligrosos en las tierras y territorios de los pueblos sin su consentimiento (art. 29.2).

Un componente importante de la DNUDPI es la obligación de adoptar medidas para mitigar los errores del pasado que conllevaron prácticas discriminatorias y el socavamiento de la identidad e integridad cultural (arts. 11

y 12). Además de la obligación de restituir los territorios y bienes culturales despojados de los pueblos indígenas, la Declaración subraya una serie de medidas de reparación colectiva con el fin de superar la situación de desventaja histórica en su perjuicio.

La DNUDPI ha sido utilizada como fuente de interpretación de las obligaciones estatales en los pronunciamientos de los principales órganos, comités, grupos de trabajo y relatorías de los sistemas interamericano, africano y universal de derechos humanos. En Latinoamérica, Bolivia ha promulgado una ley que incorpora el texto de la DNUDPI directamente a su ordenamiento jurídico, y las altas cortes de países como Belice, Colombia, Guatemala y Perú han utilizado la Declaración en sus sentencias.

Daniel Cerqueira

278. DECLARACIÓN DE MAR DEL PLATA

Las Cumbres de las Américas son encuentros periódicos en los que participan los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la región para debatir y tomar decisiones sobre temas de relevancia. También participan, como observadores, los jefes de las doce instituciones miembros del Grupo de Trabajo Conjunto de Cumbres (GTCC), entre las que se encuentran la Organización de los Estados Americanos (OEA), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL), el Banco Mundial (BM), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

La Cuarta Cumbre de las Américas celebrada en Mar del Plata, Argentina, en noviembre de 2005, tuvo como tema central “Crear Trabajo para Enfrentar la Pobreza y Fortalecer la Gobernabilidad Democrática” a partir de la consideración de que la creación de empleos y el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática formaban parte de los principales desafíos de la región. Producto de la Cuarta Cumbre son la Declaración y el Plan de Acción de Mar del Plata. De ellos se desprenden una serie de mandatos agrupados en los siguientes temas: 1) crecimiento con empleo; 2) trabajo para enfrentar la pobreza; 3) formación de la fuerza laboral, 4) micro, pequeñas y medianas empresas como motor de crecimiento del empleo; 5) marco para crear trabajo decente, y 6) fortalecimiento de la gobernabilidad democrática. El Plan de Acción de Mar del Plata considera cada una de estas áreas desde tres perspectivas: compromisos nacionales, cooperación hemisférica y organizaciones internacionales.

Al tratarse de una declaración, el valor jurídico de la Declaración de Mar del Plata es el de un instrumento no vinculante *stricto sensu* y su relevancia, en este caso, proviene de la alta jerarquía del encuentro —que reúne a jefes de Estado y de Gobierno de la región—, de los instrumentos que se toman como referencia, los cuales varios son vinculantes, y del valor de los objetivos de política que se plantean (sobre el valor jurídico de las declaraciones véase Sepúlveda, César, 2009, p. 134, y Corcuera, Santiago, 2015, p. 110).

En el párrafo primero de la Declaración en comentario se le asigna “al derecho al trabajo tal como se encuentra estipulado en los instrumentos de derechos humanos un lugar central en la agenda hemisférica, reconociendo así el rol esencial de la creación de trabajo decente para alcanzar estos objetivos.”

Para ello se toma como base la Declaración de la OIT sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998), así como la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana en el compromiso con la promoción, el fortalecimiento y la defensa de la democracia.

Lelia Jiménez Bartlett

279. 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 carácter taxativo de las limitaciones permitidas en el art. 13 (derecho no absoluto sujeto únicamente a responsabilidades ulteriores 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 ulteriores: 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 ulteriores, 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 ulteriores 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

280. DECLARACIÓN DE SAN JOSÉ SOBRE REFUGIADOS Y PERSONAS DESPLAZADAS

En el marco de la conmemoración del décimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, delegados de Costa Rica, Belice, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, México, Estados Unidos y Canadá se reunieron en San José, Costa Rica, del 5 al 7 de diciembre de 1994. Fue un encuentro organizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en el cual participaron también personeros de la Organización Internacional para las Migraciones, la Organización de los Estados Americanos, el Banco Mundial y la Cruz Roja, entre otras instancias internacionales.

Como resultado final se emite la Declaración de San José, la cual retoma postulados generales referidos a las necesidades de protección de las personas refugiadas, desplazadas internas y solicitantes del reconocimiento de la condición de persona refugiada.

Este instrumento se erige sobre la consideración de la importancia de mantener un enfoque regional de cara a la crisis de desplazamiento forzado de personas. En particular, reitera la importancia de que los Estados de acogida refuercen la seguridad de las personas con necesidades de protección internacional, para lo cual resulta fundamental el acceso oportuno al procedimiento para la determinación de la condición de persona refugiada y a la documentación respectiva. Asimismo, se enfatiza la importancia de identificar

alternativas a los centros de detención, en aras de garantizar el derecho a la libertad de circulación de las personas refugiadas.

La Declaración reconoce la relevancia de abordar las causas del desplazamiento a efecto de buscar soluciones para el éxodo de personas.

Respecto de la determinación de la condición de persona refugiada se reconoce el valor de la Declaración de Cartagena, al permitir brindar protección internacional a personas cuyas situaciones escapan a las causales previstas en la Convención de 1951. Asimismo, se resalta la importancia de continuar trabajando hacia una armonización de los regímenes legales de protección de los Estados de la región.

En virtud de ser el resultado de un análisis de la situación de la región para ese momento, también se destacan los retos de protección de otras personas desplazadas, en particular las desplazadas internas y el desarraigo de los pueblos originarios. También se hace hincapié en un enfoque diferencial para el abordaje de los retos de protección de las personas que requieran protección internacional.

Yaruma Vásquez Carrillo

281. DECLARACIÓN DE TLAHELCO SOBRE ACCIONES PRÁCTICAS EN EL DERECHO DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

La Declaración de Tlatelolco fue adoptada por los participantes en el Seminario Regional sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados, en la Ciudad de México, el 10 y 11 de mayo de 1999, como parte de las iniciativas tendientes a buscar una respuesta regional a la situación y retos derivados de las crecientes necesidades de protección de las personas refugiadas y solicitantes de dicha condición, las personas desplazadas internas y las personas apátridas.

Esta Declaración representa “un avance jurídico en la protección de los refugiados, partiendo de principios universales y de las obligaciones adquiridas por los Estados de América Latina y el Caribe, que se derivan de los instrumentos internacionales de protección de la persona humana, complementados de acuerdo con la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, los documentos de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), de 1989, titulados “Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina” y su Declaración y Plan de Acción, así como la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas, de 1994. Asimismo, reconoce el valor que ha tenido en la región la construcción de parámetros normativos y estándares de protección a partir de varios instrumentos que se enmarcan dentro del *soft law* del derecho internacional de las personas refugiadas, por ejemplo, la Declaración de Cartagena.

Este instrumento reconoce las causas que provocan el desplazamiento forzado como uno de los retos de la región, entre las cuales retoma las situaciones objetivas contempladas por la Declaración de Cartagena, y subraya las que denomina causas profundas, referidas a la pobreza extrema, falta de oportunidades económicas, desastres naturales, entre otros.

Respecto de la repatriación, se destacan estándares mínimos para su procedencia y la importancia de la responsabilidad compartida.

También de relevancia se erige el reconocimiento de una obligación de los Estados en cuanto a responder de manera responsable frente al reto que representa la xenofobia y la estigmatización de las personas refugiadas.

A nivel técnico se revive una discusión de larga data en la región respecto a la confusión entre los términos “asilo” y “refugio”, ya que en algunos instrumentos —tanto internos como internacionales— se habían utilizado de manera indistinta, siendo que existen diferencias fundamentales entre ambas nociones. Para efectos se expone que existe una relación género-especie, ya que se entiende que la institución del asilo se encuentra referida a “la institución genérica que permite la protección del Estado a las víctimas de persecución, cualquiera que sea el procedimiento, por medio del cual en la práctica se formalice dicha protección”. Esta confusión histórica deriva de la diferenciación entre la institución del refugio y el asilo diplomático o territorial competencia de los Estados como actos discrecionales. La OEA mantenía también un interés en el derecho internacional de las personas refugiadas y en la diferenciación de ambas figuras, por lo que, en 1965, se encomendó al Comité Jurídico Interamericano preparar un borrador de Convención Regional sobre Refugiados, documento que fuera presentado un año más tarde sin que lograra prosperar su tramitación.

Yaruma Vásquez Carrillo

282. DECLARACIÓN INTERPRETATIVA

Concepto. De acuerdo con la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 63^o periodo de sesiones (A/CN.4/L.779, de 2011), una declaración interpretativa es una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, por la que ese Estado o esa organización se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance de un tratado o de algunas de sus disposiciones.

Diferencia entre declaración interpretativa y reserva. A pesar del aparente silencio de las convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre el fenómeno de las declaraciones interpretativas, los Estados siempre han considerado que la manifestación de su consentimiento en obligarse por un tratado multilateral podía ir acompañada de declaraciones en virtud de las cuales señalan el espíritu con que conviene obligarse, sin tratar, sin embargo, de modificar o excluir los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado (ni del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos) y que, por tanto, no son reservas sino declaraciones interpretativas. A menudo resulta difícil distinguir estas declaraciones unilaterales tanto de las reservas como de otros tipos de declaraciones unilaterales hechas respecto de un tratado, pero que no son reservas ni declaraciones interpretativas y de las que se dan ejemplos en la sección 1.5 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobada por la Comisión de Derecho Internacional. Cabe referir que esta distinción tiene gran importancia práctica, puesto que de ella depende el régimen jurídico aplicable a cada una de esas declaraciones.

Durante mucho tiempo, las reservas y las declaraciones interpretativas no se distinguieron con claridad ni en la práctica de los Estados ni en la doctrina. En lo que concierne a esta última, la opinión dominante asimilaba simplemente las unas y las otras, y los tratadistas que hacían la distinción se mos-

traban, en general, incómodos con ella. La incertidumbre terminológica, por otra parte, se pone de manifiesto en la definición misma de las reservas puesto que, según lo establecido por las convenciones de Viena de 1969 y 1986, una reserva es “una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación [...]”. Esta “precisión negativa” excluye todo nominalismo y obliga a interesarse en el contenido mismo de las declaraciones y en el efecto que pretenden producir; sin embargo, y en ello radica la contrapartida negativa, esta decisión de hacer primar al fondo sobre la forma hace correr el riesgo, en el mejor de los casos, de que se aliente a los Estados a que no presten atención al nombre que atribuyen a sus declaraciones y a que se creen así confusiones o incertidumbres enojosas; en el peor de los casos, ello permitirá que los Estados manipulen las denominaciones para suscitar incertidumbre en cuanto a la naturaleza real de sus intenciones. Los Estados, al calificar de “declaraciones” a instrumentos que a todas luces constituyen reservas indiscutibles y auténticas, esperan distraer la vigilancia de los demás Estados parte, sin dejar por ello de alcanzar los mismos objetivos; o, a la inversa, para dar más peso a declaraciones que claramente están desprovistas de efectos jurídicos sobre las disposiciones del tratado, las denominan “reservas”, en tanto que no lo son de acuerdo con la definición de contenida en las convenciones de Viena de 1969 y 1986.

De igual forma, instrumentos que tienen el mismo objeto pueden ser calificados como “reservas” por algunos Estados, como “interpretaciones” por otros, e incluso no ser calificados en absoluto por algunos más. En ciertos casos, un Estado utilizará varias expresiones que hacen difícil determinar si corresponden a la formulación de reservas o de declaraciones interpretativas y si tienen distinto alcance o significado. Por lo demás, las mismas palabras pueden, a juicio mismo del Estado que las ha empleado, referirse a realidades jurídicas diversas. Puede ocurrir también que, ante un instrumento titulado “declaración”, los otros Estados y organizaciones contratantes en el tratado se dividan y lo traten como tal o como una “reserva” o que, por el contrario, las objeciones a una “reserva” la califiquen de “declaración”; y, para colmo de la confusión terminológica, sucede incluso que algunos Estados hacen declaraciones interpretativas remitiéndose expresamente a las disposiciones de una Convención relativas a las reservas.

Imprecisiones terminológicas. La confusión se agrava debido a que, si bien en francés no se encuentran prácticamente más denominaciones que las de *réserves* y *déclarations*, la terminología inglesa es más diversa porque algunos Estados de habla inglesa, en particular Estados Unidos, utilizan no solamente *reservation* e *interpretative declaration*, sino también *statement*, *understanding*, *proviso*, *interpretation*, *explanation*, entre otras. Estas distintas denominaciones, aunque no corresponden a distinciones rigurosas, tienen el mérito de mostrar que todas las declaraciones unilaterales formuladas con respecto a un tratado o con ocasión del mismo no son necesariamente reservas o declaraciones interpretativas. Las directrices 1.5 a 1.5.3 de la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, aprobadas por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 63º periodo de sesiones, describen algunas de estas otras declaraciones unilaterales que, a juicio de la Comisión, no constituyen ni reservas ni declaraciones interpretativas. Entre dichos supuestos encontramos, por ejemplo, las denominadas declaraciones “extensivas” que tienen por objeto asumir compromisos unilaterales; las declaraciones unilaterales que tienen

por objeto agregar nuevos elementos al tratado; las declaraciones relativas a la aplicación territorial de un tratado, y las declaraciones de política general, entre otras.

César Villegas Delgado

283. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los gobiernos y las leyes no siempre han reconocido los derechos de las personas, pues su reconocimiento y consagración ha pasado por diversos momentos históricos. Una de las etapas más relevantes en esa evolución fue su incorporación en los documentos solemnes que, en el siglo XVIII, serían el punto de partida de las constituciones actuales, es decir, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de 1776, y en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789 (Lynn Hunt, 2009).

El siglo XVIII fue crucial en Europa, puesto que empezaron a derrumbarse las creencias supersticiosas y fanáticas que desde la Edad Media habían sido reiteradas. Esa centuria es conocida como la Ilustración. Una de las ideas que en esa etapa fue demolida es la de que los gobernantes lo son por designio divino. Nadie gobierna porque así lo quiera Dios. La única justificación de un gobierno radica en sus tareas al servicio de los gobernados, de acuerdo con los términos establecidos por las leyes. Precisamente, en esto consiste el cambio de mentalidad que introdujo la Ilustración respecto de los vínculos entre autoridades y ciudadanos. A partir de entonces terminó para los gobernantes la coartada del designio divino para justificar todos sus actos, que en adelante solo podían legitimarse si se apegaban a la ley, si resultaban benéficos para los gobernados y si los dictaba la razón.

Las normas jurídicas surgidas de los movimientos revolucionarios del siglo XVIII instauraron sistemas democráticos y reconocieron, por vez primera en la Europa de ese siglo, a los derechos humanos; no obstante, el funesto resultado de la Segunda Guerra Mundial supuso un duro golpe para el modelo de sociedad propuesto por la Ilustración y provocó la creación de instancias internacionales de protección de los derechos humanos.

En la posguerra, la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más atrocidades como las sucedidas en ese conflicto y suscribieron la Carta de las Naciones Unidas. Los líderes del mundo decidieron complementar dicha Carta con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento. Así, para evitar que la mala experiencia se repitiera, surgió en 1945 la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la cual buscó prevenir las atrocidades de las guerras mediante una adecuada distribución técnica de la fuerza económica, política y militar; su finalidad fue la de lograr la configuración de un nuevo sistema internacional del derecho.

El primer acuerdo entre Estados se plasmó en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 21 A (III). Este consenso internacional concretó que la idea de protección de los derechos humanos tiene como eje rector el principio de la dignidad de la persona, al reconocer en el artículo 1 que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia,

deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Por ello, la DUDH constituye la piedra angular sobre la cual se cimienta el derecho internacional de los derechos humanos.

Aunque la Declaración carece del carácter vinculante de un tratado, esta adquirió aceptación universal. Muchos países la han citado e incluido sus principios en sus leyes básicas o constituciones e, incluso, es el punto de partida para la suscripción de muchos pactos, convenios y tratados de derechos humanos concertados a partir de 1948.

La DUDH no solo describe los derechos que protegerán los Estados reunidos en torno a las Naciones Unidas, sino que también recoge su respuesta a la exigencia ética de evitar una conflagración global, esto es, nunca más otra guerra mundial. Entre los derechos humanos que enumera, destacan los siguientes: igualdad, no discriminación, a la vida, prohibición de la esclavitud y la tortura, juicio justo, presunción de inocencia, a la intimidad, a la nacionalidad, a la familia, libertad de pensamiento y de expresión, seguridad social y a la educación.

La ONU unió sus esfuerzos para la elaboración de pactos que estuvieran dotados de organismos de protección eficaces frente a las situaciones de violaciones de derechos humanos; por ello, en 1966 nacen el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así fue como inició una etapa caracterizada por la consagración normativa de un enorme catálogo de derechos humanos en el ámbito internacional. A esta etapa de adopción de compromisos en materia de derechos humanos se sumó la preocupación y esfuerzos internacionales por la efectiva aplicación y el pleno disfrute de los derechos básicos, es decir, la creación de procedimientos y mecanismos específicos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados en la materia.

En este sentido, con el fin de promover los derechos humanos dentro de sus respectivos territorios, se elaboraron y suscribieron tratados por bloques regionales de países. Estos tratados crearon obligaciones adicionales para la defensa y promoción de los derechos humanos y, al respecto, se configuraron tres sistemas regionales de protección de los derechos humanos: el europeo, el africano y el interamericano.

Daniel Álvarez Toledo

284. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (ORIGEN)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), como documento sincrónico, inserto en el tiempo, es el punto de llegada de una tradición que inició varios siglos atrás y de la cual podemos rescatar momentos o documentos significativos que, como faros, han iluminado el camino que lleva hacia ella. Entre esos documentos resaltan los que enseguida se refieren.

Primer documento: la Carta Magna. Pergamino creado en la Inglaterra medieval, en 1215, en la época del rey Juan, quien, entre diversas decisiones desacertadas —que lo llevarían a ser considerado uno de los peores reyes de toda la historia— estaba imponiendo altos aranceles para poder pagar sus guerras en el extranjero, so pena de expropiar propiedades o enfrentar el encarcelamiento.

A esto, los varones, los nobles, respondieron tomando Londres y forzando al rey Juan a reunirse en Runnymede en junio de 1215, donde se generó la Carta Magna; sin embargo, posteriormente el rey pediría permiso al papa para declarar la invalidez del documento, lo que sumió a Inglaterra en un periodo de Guerra Civil hasta su muerte por disentería en 1216. Seguidamente, el rey Enrique III, tras tomar el trono, proclamaría la validez de la Carta Magna en diversas ocasiones (1217, 1225 y 1297, esta última que llevó a la confirmación de las cartas, como veremos).

Aunque casi prácticamente todas sus cláusulas han dejado de tener aplicación concreta, una ha logrado sobrevivir al paso del tiempo (la número 39) y resulta un pilar indispensable para la defensa de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos: “Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país”.

Se trata de un documento histórico y, en tal caso, dependiente de las circunstancias sociales que imperaban. En tal sentido, si bien lo entendemos como un antecedente de la existencia de la Declaración, su significación esencial es lo trascendente. Es un documento que defiende concretamente la libertad —aunque se trate de la libertad de los varones u “hombres libres”—, pero que lleva el mensaje de la defensa de la libertad frente a la arbitrariedad en sí misma, una libertad que se impone inclusive a los líderes, al Estado y a sus agentes.

La denominación “Carta Magna” no se dio en su texto original sino hasta su proclamación en 1217 y se calificó de “Magna” en contraposición a la que podríamos denominar su hermana menor, la “Carta del Bosque”, que se produjo en 1217 por Enrique III. Es preciso referir que esta última tiene también el espíritu de defender las libertades, y que si bien la Carta Magna lo hacía en relación con los *varones*, esta hacía lo propio con los *comunes* y su defensa frente a la aristocracia, en relación con el aprovechamiento de ciertos bienes del bosque necesarios para su supervivencia, cuestión que aborda una dimensión diferente de los derechos humanos y la forma en que la DUDH verá su desarrollo.

Segundo documento: la Declaración de Derechos de Inglaterra. Con la tendencia en toda Europa, durante los siglos XVII y XVIII, de vivir dentro de monarquías absolutas, el Rey Jacobo II tomó la decisión de abolir el Parlamento inglés y gobernar por sí mismo. Ante esto, se establecería el *Bill of Rights* en 1689, acorde con la problemática planteada por la sucesión, en especial el tema de la religión que debía profesar el monarca —cuestión en la que finalmente se decidió por la anglicana— pero aún más acorde con la determinación de la posición del Parlamento, básicamente el traslado hacia él como el depositario de la soberanía. Se establecieron en ese documento diversas provisiones, pero una de las más importantes es que ninguna decisión podría ser tomada sin su consentimiento, sin excepción alguna. Junto a ella encontramos igualmente los derechos a jurado, a la posesión de armas, a elecciones libres y libertad de expresión en el Parlamento. Podemos observar la línea evolutiva que parte de la Declaración de Derechos, el control del poder público sometido al dictado de la ley —vía las decisiones parlamentarias— e igualmente el reforzamiento de derechos que resguardan a las personas tanto en su función pública como en su desempeño civil.

Tercer documento: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de julio de 1776. Entendida igualmente como una Revolución, marca la separación de una sociedad cuya principal preocupación era el desempeño del poder público con el consentimiento de las personas; por ello es trascendente la frase “no taxation without representation”, que significa no avalar decisiones autoritarias sino únicamente las consentidas democráticamente. Esa es la clave de lectura de sus grandes aportaciones al constitucionalismo, la división de poderes, el sistema federal y el control de constitucionalidad por parte del poder judicial, todo esto en vista de la supremacía de su Constitución, que es la norma que resume el control del poder público por parte de la sociedad y el respeto de sus libertades.

Cuarto documento: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Suscrita en Francia en agosto de 1789, tiene el gran valor de contener una traducción del Antiguo Régimen al naciente Estado moderno y reconfigurar a la sociedad de su dimensión corporativa a una de igualdad-identitaria-subjetiva. El espíritu que anima a la Declaración y su causa histórica, la Revolución francesa, aunque es la lucha por la libertad, es una con una dirección particular: a diferencia de la Independencia estadounidense, la Revolución se posiciona en el individuo, hace énfasis en la libertad de las personas, mientras que la lucha por derrocar al Antiguo Régimen es la de terminar con las diferencias estatales —nobleza, clero, Tercer Estado— y crear solo una clase social, aquella representada en la Asamblea Nacional. Por eso, dos momentos paradigmáticos del movimiento revolucionario son, por un lado, el Juramento del Juego de Pelota (en junio de 1789) cuando el Tercer Estado se separa de los otros dos para representar a la Nación y, por el otro, la Declaración misma, que confirma esta nueva visión de igualdad que dará origen al ciudadano como célula del depósito de la soberanía nacional. El énfasis en el individuo y la libertad es la única manera en la que se puede leer el artículo primero de la Declaración: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común.”

Victor Manuel Colli Ek

285. DECLARACIÓN Y PLAN DE ACCIÓN DE MÉXICO PARA FORTALECER LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA

A inicios del nuevo milenio destacaba en la región latinoamericana una creciente preocupación por los retos de protección que prevalecían en la región andina, particularmente en Colombia. La situación descrita como una crisis humanitaria estaba generando el desplazamiento forzado de personas en resguardo de sus derechos fundamentales tanto a lo interno del país como hacia otros Estados. Este instrumento se refiere a tres escenarios en los que pueden encontrarse las personas con necesidades de protección internacional, a saber, las personas refugiadas, las personas desplazadas internas y las personas apátridas. El enfoque parte de los grandes ámbitos: la protección internacional en sí misma y las soluciones duraderas.

Así, en aras de continuar construyendo espacios de protección, en el marco del 20° aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Consejo Noruego para los Refugiados con la colaboración de los gobiernos de Brasil, Costa Rica y México realizaron un proceso ampliado de consultas tanto con instancias gubernamentales como con organismos internacionales y organizaciones de sociedad civil de la región, a efecto de analizar los retos de protección de la región. Tuvieron lugar cuatro reuniones subregionales (San José, Costa Rica, 12 y 13 de agosto; Brasilia, Brasil, 26 y 27 de agosto; Cartagena de Indias, Colombia, 16 y 17 de septiembre, y Bogotá, Colombia, 7 y 8 de octubre). Posteriormente, las conclusiones y recomendaciones resultantes del proceso consultivo y las reuniones subregionales tuvieron como producto final la Declaración y el Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de Refugiados en América Latina, suscrito en la Ciudad de México en noviembre de 2004, el cual fue adoptado por consenso de 20 países latinoamericanos.

Este instrumento, al recordar la tradición de la región de favorecer la creación de espacios de protección, recoge los más relevantes estándares en la materia, a saber: reconocimiento del derecho a buscar y recibir protección internacional como un derecho humano consagrado en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de 1948 (art. XXVII), y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969 (art. 22.7), el carácter *ius cogens* del derecho a la no devolución, el principio de unidad familiar y la responsabilidad de los Estados en cuanto a garantizar esquemas de asistencia y protección, de manera que las personas no se vean obligadas a huir hacia un tercer país, buscando la creación de respuestas que permitan la integración efectiva de las personas refugiadas. Se recuerda la importancia de la voluntariedad y estándares suficientes de protección respecto de la repatriación, así como la importancia de responsabilidad compartida frente al fenómeno del desplazamiento forzado, integrando no solo a otros Estados, dentro y fuera de la región, sino al apoyo de organizaciones internacionales.

El Plan de Acción de México reconoce y enfatiza el valor de la Declaración de Cartagena y la importancia de continuar con el proceso de incorporación del concepto ampliado en la normativa interna de los Estados; sin embargo, también reconoce la necesidad de aclarar y precisar los criterios de interpretación del concepto ampliado.

Se insiste no solo en el compromiso de los Estados respecto del derecho a la igualdad y la no discriminación, sino que se reconoce que la persecución que afecta el ejercicio pleno de derechos humanos de las personas y sobre cuya base se pretenda la protección internacional puede relacionarse con el género y la edad de las personas, así como la importancia de mantener un enfoque diferenciado en el diseño e implementación de respuestas de protección.

Este instrumento reconoce la invisibilización de las necesidades de protección internacional como reto para la efectiva protección, subrayando que a muchas personas que en efecto requieran protección podría favorecer el anonimato, lo cual puede incluso llevar a la no formalización de una solicitud de protección internacional ante las autoridades nacionales competentes.

De cara a los retos identificados por los Estados, se reitera en este instrumento la importancia de trabajar en torno a la preparación especializada del funcionariado público en relación con derecho internacional de las personas refugiadas y los instrumentos jurídicos vigentes.

El Plan de Acción, además, retoma un capítulo completo sobre la importancia que reviste la búsqueda de soluciones duraderas efectivas en la atención de las crisis de desplazamientos humanos (cap. III), proponiendo tres programas concretos sobre la base de los principios de solidaridad y responsabilidad compartida.

El Programa de Ciudades Solidarias plantea el trabajo constante para la integración socioeconómica de las personas refugiadas en los contextos urbanos, considerando los retos internos de cada Estado en cuanto a su realidad económica. Al respecto se hace notar la importancia que reviste la entrega expedita de documentos de identificación y el reconocimiento de los certificados y diplomas.

El programa de Fronteras Solidarias plantea la importancia de garantizar el acceso al territorio ante la invisibilización de la magnitud real de las necesidades de protección de la población desplazada. En este sentido, los Estados instan a tener en cuenta la importancia de trabajar con las comunidades de acogida en las zonas fronterizas a efecto de poder dar una respuesta de protección a pesar de la presión adicional que se establece sobre los programas públicos ante la afluencia no planificada de personas.

El programa de Reasentamiento Solidario posiciona al reasentamiento como una solución duradera viable en la región, para lo cual los Estados podrán concretar alianzas estratégicas con otros Estados, contando con el apoyo y colaboración de instancias internacionales.

Estos programas, postulados y principios fueron profundizados y actualizados en la Declaración y Plan de Acción de Brasil “Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe”, aprobada en Brasilia el 3 de diciembre de 2014, y la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2016.

Yaruma Vásquez Carrillo

286. 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

287. DECRETO

Del latín *decernere*, *decevi*, *decretum*, acuerdo o resolución. En términos generales, se ha entendido como toda resolución o disposición de un órgano del Estado sobre un asunto o negocio de su competencia, que crea situaciones jurídicas concretas relativas a determinado tiempo, lugar, instituciones o individuos, y que requiere cierta formalidad (publicidad) a efecto de que sea conocido por sus destinatarios (Aguilar y Cuevas, 1993, p. 838). Por su naturaleza, implica

el poder de decidir, mandar, fallar u ordenar, manifestándose esencialmente en: actos de autoridad ejecutiva como expresión general o particular de la actividad administrativa; actos judiciales como la determinación de un juez o tribunal en uso de sus facultades jurisdiccionales; actos de autoridad legislativa, en tanto resolución formal que carece de los contenidos o calidades propias de una ley (general, abstracta e impersonal) o, incluso, en actos de autoridad militar como una orden vigente en la estructura jerárquica castrense, impuesta a un inferior para su efectivo cumplimiento (Ochoa Campos, 1973, p. 181).

Históricamente, el origen del decreto en México se encuentra en la Constitución de Cádiz de 1812, que en su artículo 171 establecía la prerrogativa del rey para expedir aquellos que creía conducentes para la ejecución de las leyes; posteriormente, la Constitución de 1824 estableció la facultad para presentar proyectos de ley o decreto de los diputados y senadores ante sus respectivas cámaras (art. 41), del presidente ante la de diputados y de las legislaturas de los estados ante cualquiera de las dos cámaras (art. 52); precisó además su concepto y procedimiento de formación (título III, sección sexta), otorgando diversas atribuciones al presidente (art. 110), como las de publicar, circular y hacer guardar las leyes y decretos del Congreso general, así como dar reglamentos, decretos y órdenes para el mejor cumplimiento de la Constitución, acta constitutiva y leyes generales.

La Constitución de 1836 reservó al poder ejecutivo, a los diputados, a la Suprema Corte de Justicia en lo relativo a la administración de su ramo y a las juntas departamentales, la facultad de iniciativa en lo relativo a impuestos, educación pública, industria, comercio, administración municipal y variaciones constitucionales (art. 26 de la Tercera Ley); asimismo, otorgó el carácter de ley o decreto a toda resolución emanada del Congreso general, correspondiendo el primer nombre a las que versaran sobre materias de interés común dentro de las atribuciones del poder legislativo, y el segundo a los que dentro de la misma órbita fueran solo relativos a determinado tiempo, lugar, corporaciones, establecimientos o personas (art. 43 de la Tercera Ley). Con respecto a la Constitución de 1857, el contenido de sus artículos 65 y 66 fue redactado casi en los mismos términos que el texto original del artículo 71 de la Constitución de 1917 (con la salvedad de que no se hacía mención de los senadores en virtud de que el Congreso era unicameral), por tanto, el mencionado artículo facultó al presidente de la República, a los diputados y senadores del Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados para iniciar leyes o decretos, gozando actualmente de la misma prerrogativa el Congreso de la Ciudad de México.

Por su parte, el artículo 70 de la Constitución mexicana vigente establece que toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto, mismos que se comunicarán al ejecutivo firmados por los presidentes de ambas cámaras y por un secretario de cada una de ellas. Asimismo, los artículos 89, fracción I, y 92 constitucionales establecen como atribución del presidente de la República expedir de manera exclusiva los decretos de promulgación y ejecución de leyes que expida el Congreso de la Unión, así como aquellos que contienen actos administrativos mediante los cuales se expresan todas las decisiones escritas del titular del poder ejecutivo (Casarín León, 2003, p. 99). Entre las facultades extraordinarias del presidente se contemplan: la emisión

de decretos de necesidad para restringir o suspender en todo el país o en lugares determinados los derechos y garantías que fueren obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación (art. 29); la expedición de aquellos que contienen disposiciones generales dictadas como cabeza del Consejo de Salubridad General (art. 73, frac. XVI); los que tienen como contenido aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, así como aquellos que restringen y prohíben las importaciones, exportaciones y tránsito de productos, cuando lo estime urgente (art. 131, párr. segundo).

Manlio Fabio Casarín León

288. DECRETO-LEY

Es una norma con rango jerárquico similar a la ley formal, expedida por el poder ejecutivo sin que medie autorización previa del órgano legislativo (congreso, parlamento o asamblea), generalmente fundada en un estado de necesidad o urgencia previsto en la Constitución. También se le denomina así al conjunto de disposiciones dictadas por un Gobierno *de facto*, como sucedería en un golpe de Estado o a raíz de un movimiento revolucionario.

Históricamente, el término decreto-ley fue acuñado en Francia con el surgimiento de la Gran Depresión (1929), alentado por las circunstancias económicas y condiciones de emergencia surgidas de la guerra que hicieron necesario dotar al presidente de la facultad para expedirlos, debiendo tener las características de una ley y estar autorizados o aprobados por el legislador. Más tarde, en ese mismo país la ley de 28 de febrero de 1934, en su artículo 36, facultó al presidente para expedir cualquier decreto necesario a fin de equilibrar el presupuesto público, ejercicio que evidentemente trastocaría la esfera legislativa propiciando que la Constitución de 1946 asignara a la Asamblea Nacional la facultad exclusiva e indelegable de aprobación de las leyes, con la finalidad de prohibir la práctica de esos instrumentos jurídicos. Sin embargo, la expedición de los decretos-ley se retomó a partir de la ley de 17 de agosto de 1948 y quedó plasmada formalmente en el artículo 38 de la Constitución de 1958, al estipularse que el Gobierno puede pedir autorización al Parlamento para expedir decretos que por lo general corresponden al dominio de la ley (González Oropeza, 1998, p. 238).

En el Estado moderno, esta figura constituye una excepción al principio de la división de poderes y su importancia radica en que, a través de sus disposiciones, el titular del poder ejecutivo puede enfrentar de manera rápida y efectiva situaciones que impliquen una extrema necesidad o grave riesgo para la sociedad. Este instrumento normativo cuenta con las siguientes características: *a)* posee rango de ley; *b)* es emitido por el poder ejecutivo en vía de excepción; *c)* se fundamenta en un estado de necesidad o urgencia; *d)* es temporal, y *e)* debe ser convalidado o ratificado por el poder legislativo.

En México, la facultad para expedir decretos-ley fue acotándose desde principios del siglo XX, de tal modo que en la actualidad el presidente de la República podrá expedirlos en los siguientes supuestos: 1) invasión o perturbación grave de la paz pública (art. 29); 2) salubridad general, en el caso de epidemias o enfermedades exóticas (art. 73, frac. XVI), y 3) en materia de comercio exterior (art. 131). En el primero de los casos, el texto fundamental exige la aprobación previa del Congreso de la Unión, y en los dos restantes el

órgano legislativo revisará con posterioridad el uso que haya hecho el ejecutivo de las referidas facultades, a efecto de convalidarlas o ratificarlas si fuere el caso. La propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en su jurisprudencia que el ejercicio extraordinario de estas atribuciones no puede considerarse una transgresión a la división de poderes ni tampoco una delegación del poder legislativo al ejecutivo, sino más bien una cooperación o auxilio de un poder a otro.

En el derecho comparado, tenemos que la Constitución española reconoce expresamente esta figura en su artículo 86, cuando faculta al Gobierno para dictar disposiciones legislativas provisionales en caso de extraordinaria y urgente necesidad; el artículo 77 de la Constitución italiana permite la delegación legislativa previa en favor del ejecutivo, en situaciones similares a las previstas por la nación española (Fernández Ruiz, 1993, pp. 843-844); en el caso de Colombia, con carácter excepcional y transitorio, la Constitución le reconoce al presidente de la República atribuciones para expedir normas con fuerza material de ley, en los casos de facultades extraordinarias otorgada por el Congreso (art. 150-10), declaratoria de estados de excepción (arts. 212-215), y por cuanto hace al plan nacional de inversiones (art. 341); finalmente, los artículos 76 y 99 de la Constitución argentina facultan al ejecutivo para dictar excepcionalmente decretos por razones de necesidad y urgencia, señalando expresamente el procedimiento y las materias excluidas.

Manlio Fabio Casarín León

289. DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

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. 48° 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 sen-

tido 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 este 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 jurídicos 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 esta 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

290. 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 comprome-

tidos 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. Esta 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 Constitu-

ción, 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*

291. 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 esta 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 esta 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 ór-

gano 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 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 co-

nocidos 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*

292. 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

293. DEFENSA PÚBLICA

El derecho de acceso a la justicia se vuelve prácticamente irrealizable si las personas no pueden acudir a los tribunales asesorados por especialistas que hagan valer sus derechos. En diferentes países existen soluciones para esta problemática.

En diversas naciones, los despachos privados o las barras de abogados se comprometen a llevar algunos casos periódicamente en forma gratuita. En México y en la mayoría de los países latinoamericanos se ha optado por otro modelo, es decir, el modelo de la defensa pública.

La defensa pública en México tiene su antecedente constitucional más importante en el Procurador de Pobres, instituido en San Luis Potosí en 1847 a iniciativa del ilustre liberal Ponciano Arriaga. Su objetivo era atender la falta de garantías en que se veían las clases más desprotegidas del país, para acceder a la justicia.

Posteriormente, la defensoría fue regulada por la Ley de Defensoría de Oficio Federal, publicada el 9 de febrero de 1922, y por el Reglamento aprobado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Desde entonces, el jefe y demás miembros del Cuerpo de Defensores formaban parte de la Suprema Corte, cuyos nombramientos y remoción también realizaba el Alto Tribunal.

En 1998 se publicó la Ley Federal de Defensoría Pública, que garantiza el derecho a la defensa en materia penal, el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en las materias administrativa, fiscal y civil. Mediante esa ley se creó el Instituto Federal de Defensoría Pública, como órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, dotado de independencia técnica y operativa.

Así, el servicio de defensoría pública se garantiza actualmente en México a través del Instituto Federal de Defensoría Pública (IFDP) y de las 32 defensorías locales. Estas instituciones cuentan con la posibilidad de representar gratuitamente a cualquier persona que así lo desee cuando resulta imputada por la comisión de un delito.

Sin embargo, las diversas leyes de defensa pública también prevén la posibilidad de que los abogados de estas instituciones actúen en otras materias cuando una persona carece de recursos económicos para pagar a un abogado o se encuentra en alguna condición de vulnerabilidad. Por ejemplo, el artículo 4 de la Ley Federal de Defensoría Pública establece que los servicios de defensoría pública se prestan a través de *a)* defensores públicos en asuntos de orden penal federal y en el sistema de justicia penal integral para adolescentes, y *b)* asesores jurídicos, en asuntos de orden no penal. Los asesores jurídicos federales atienden entonces materias como la administrativa, civil, fiscal, mercantil y, recientemente, la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de mayo de 2019 incorporó incluso la materia laboral.

Las diversas instituciones de defensoría pública intervienen de acuerdo con su competencia. Los imputados por delitos federales son atendidos por el IFDP en todas las instancias, mientras que los imputados por la comisión de un delito local son representados, incluso en el juicio de amparo, por las 32 defensorías locales según su competencia.

Adicionalmente, puede considerarse que la Defensoría de Oficio Militar también forma parte de los órganos estatales que garantizan una defensa gratuita a cargo de abogados que laboran para el Estado mexicano, pero en el

ámbito del fuero militar. Otras instituciones, como la Defensoría Pública Electoral para Pueblos y Comunidades Indígenas, e incluso procuradurías como la de Defensa del Trabajo, formarían parte de la defensa pública garantizada por el Estado mexicano en sentido amplio.

Para considerar que una institución pública cumple realmente con el mandato constitucional de “defensa adecuada”, es indispensable tomar en cuenta el concepto de “igualdad de armas”. En este sentido, podemos destacar varios aspectos institucionales que resulta necesario comparar entre el órgano acusador y la institución a cargo de la defensa pública. En primer lugar, es notable que la Fiscalía General de la República cuente con un mayor presupuesto y número de abogados que la defensa pública. Además, la hoy Fiscalía General y las fiscalías locales son consideradas órganos constitucionales autónomos, mientras que las defensorías locales muchas veces son solamente direcciones de área, en ocasiones organismos desconcentrados y otras pocas veces descentralizados. La defensoría pública federal, que es la que cuenta con mayores márgenes de autonomía, es un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal. Pero en ningún caso se ha legislado para otorgar autonomía constitucional a la defensa pública. La única iniciativa al respecto se analiza actualmente en el Congreso de la Ciudad de México. En materia de salarios y el servicio civil de carrera también hay notorias carencias en la defensa pública. El mandato del último párrafo del artículo 17 constitucional, que establece que las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del ministerio público, sigue sin cumplirse en la mayoría de las entidades federativas (aunque en el ámbito federal esta disposición sí ha sido atendida a cabalidad por el Consejo de la Judicatura Federal).

En el aspecto probatorio, es notable que durante décadas la defensa pública en México se realizara con poco o nulo acceso a servicios periciales. Desde el punto de vista del proceso, resulta inadecuado que una de las partes tenga la posibilidad de recabar y generar todo tipo de datos de prueba mientras que la otra parte carezca de esta posibilidad.

Al respecto, es relevante una de las definiciones constitucionales que ha tomado la SCJN. La defensa pública debe hacer valer el principio de contradicción previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta idea implica, por supuesto, que la defensa debe tener la misma oportunidad procesal de ofrecer pruebas y de exponer argumentos que su contraparte acusadora.

Para que sea posible un cumplimiento cabal de dicho principio, es fundamental que Fiscalía y defensa cumplan con el descubrimiento probatorio, es decir, que den a conocer —a su contraparte— las pruebas que ofrecerán durante la audiencia de juicio.

Así, nuestra Suprema Corte estableció jurisprudencia, mediante la resolución de la contradicción de tesis 149/2019, señalando que el acceso a la carpeta de investigación debe darse desde el momento en que el imputado sea citado para comparecer, o bien, sea sujeto de un acto de molestia y se le pretenda realizar entrevista. Se sostuvo también que los defensores pueden obtener una reproducción de la carpeta en copia o impresión fotográfica.

La Corte estableció que el artículo 219 del Código Nacional de Procedimientos Penales no constituye una regla restrictiva que signifique que el

imputado y su defensa únicamente tendrán derecho a consultar los registros de investigación cuando sean convocados a la audiencia inicial, pues el propio texto de la ley señala que ello debe realizarse con la oportunidad debida. Este acceso a la carpeta es esencial para posibilitar una defensa adecuada precisamente en relación con el principio de contradicción, pues de otra forma la defensa no podrá buscar datos de prueba adecuados ni preparar argumentos para combatir la teoría del caso de la Fiscalía.

Sin embargo, la determinación de la SCJN podría tener pocos efectos reales en el proceso si las diversas instancias de defensa pública carecen de acceso a servicios periciales. Como hemos dicho, un aspecto esencial del sistema acusatorio es el principio de contradicción. A pesar de ello, los órganos a cargo de la defensa pública no cuentan con áreas de ciencias forenses ni con servicios periciales, por lo que no tienen la misma oportunidad —en la práctica— de obtener datos de prueba.

El Instituto Federal de Defensoría Pública logró en 2019 contar por primera vez con un área de ciencias forenses integrada por peritos y metaperitos capaces de cuestionar y criticar los dictámenes ofrecidos por la Fiscalía. Participan también como asistentes técnicos de los defensores públicos federales. La propuesta más avanzada en la materia sería, no obstante, que los servicios periciales que actualmente dependen jerárquicamente de la Fiscalía (y de otras instituciones públicas) se integren en una institución imparcial y técnica a la que puedan acudir todas las partes dentro de un juicio.

Netzai Sandoval Ballesteros

294. 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 autodefensa, 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 aquel, 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 este 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 la 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 este no representa en juicio penal a una persona en lo particular ni asume los deberes y derechos de un defensor.

María Teresa Pérez Cruz

295. DEFENSOR DEL PUEBLO

Entre las garantías institucionales extrajudiciales se encuentra el defensor del pueblo (DP), 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” (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 contrapone a ese arquetipo un modelo anglofrancés, que se puede resumir en los casos del *Parliamentary Commissioner* británico (creado por la *Parliamentary Commissioner Act* de 1967, para investigar 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, sustituido tras la reforma constitucional de 2008 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 se pueda 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), 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 (DPE); 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 artículo 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 DPE, 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 DPE. 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* (Suecia), *Difensore cívico* (Italia), *Völkswaltschaft* (Austria), *Ombudsmans Parlementaires/Parlamentarischen Ombudspersonen/Difensore cívico parlamentare* (Suiza), *Provedor de Justiça* (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 distingue por las siguientes características comunes, dicho con el lenguaje del comparatista, por unos elementos determinantes que se encuentran en las leyes constitutivas, 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, y el impulso para mejorar las prácticas de la administración pública.

Con relación a la estructura, el DP puede ser un órgano unipersonal o colegiado (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 ciertos requisitos al momento de la elección (ejemplo para la ciudadanía; pleno disfrute de los derechos civiles y políticos, a veces, conocimientos jurídicos, etc.) y durante el mandato (las leyes constitutivas prevén algunas causas de incompatibilidad con el cargo).

Referente 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 valor persuasivo.

En algunos casos, el DP tiene legitimación para interponer los recursos de inconstitucionalidad (normalmente, el objeto del recurso consiste en leyes importantes para garantizar los derechos de los ciudadanos), de amparo, *habeas corpus*, o *habeas 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

296. 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 legitimidad 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 Políti-

cos, 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*

297. DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE QUERÉTARO

Su fundamento se encuentra en el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y en el artículo 33, apartado A, de la Constitución Política del Estado de Querétaro (CPEQ). De acuerdo con ambos ordenamientos, es un organismo de protección de los derechos humanos que conocerá de quejas en contra de acciones u omisiones de carácter administrativo cometidos por cualquier autoridad o servidor público.

La Defensoría de los Derechos Humanos de Querétaro, tal y como la define el referido artículo constitucional local, “es un organismo público, con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios, mediante el que el Estado garantizará el respeto a los derechos humanos; promoverá su defensa y proveerá las condiciones necesarias para el

cabal ejercicio de los mismos” (texto refrendado por el art. 7 de la Ley de Derechos Humanos del Estado de Querétaro).

El 24 de diciembre de 1992, el Poder Legislativo del Estado de Querétaro aprobó la Ley de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, reglamentaria del artículo 9 de la CPEQ, mediante la que se crea la Comisión Estatal de los Derechos Humanos de Querétaro.

El 27 de septiembre del 2013 se publicó en *La Sombra de Arteaga* la ley por la que se adecua la Constitución local a la CPEUM en materia de derechos humanos. En ese mismo cuerpo normativo se reformó el artículo 33 apartado A, de la CPEQ y se modificó la denominación de la Comisión Estatal de Derechos Humanos por la de Defensoría de los Derechos Humanos, “otorgando con ello, una facultad más amplia desde el mismo nombre, pues se promoverán, respetarán y defenderán, además de proteger y garantizar, los derechos humanos en la Entidad” (*La Sombra de Arteaga*, t. CXLVI, núm. 47, 27 de septiembre de 2013, “Ley que modifica la denominación del capítulo único del título primero de la Constitución Política del Estado de Querétaro y reforma diversos artículos de la misma, en materia de derechos humanos”).

La Defensoría inició sus labores en enero de 1993 bajo la presidencia de Adolfo Ortega Zarazúa (1993-1997; 1997-2001); desde entonces, la han presidido: Bernardo Romero Vázquez (2001-2004); Pablo Enrique Vargas Gómez (2004-2007); Adolfo Ortega Osorio (2007-2012); Miguel Nava Alvarado (2012-2017), y Roxana de Jesús Ávalos Vázquez (2017-2022).

El sistema de protección de los derechos humanos comprende los mecanismos jurisdiccionales y los mecanismos no jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos, la Defensoría de los Derechos Humanos entra en la segunda categoría y, por consiguiente, su naturaleza jurídica es la de un *ombudsman*, es decir, un organismo constitucional autónomo (art. 7), que no recibe instrucciones de nadie, cuyas resoluciones se basan en las pruebas, evidencias, indicios, datos y elementos de convicción que consten en los expedientes (art. 10).

Conoce de quejas por probables violaciones a los derechos humanos cometidas por autoridades y servidores públicos estatales y municipales, es decir, por “toda persona que desempeñe empleo, cargo o comisión en la administración pública estatal centralizada, descentralizada y desconcentrada, en los municipios, en los Poderes Legislativo y Judicial del Estado o en los organismos estatales dotados de autonomía constitucional” (art. 2, frac. XVII de la Ley de Derechos Humanos del Estado de Querétaro). Inclusive, podrá conocer de acciones u omisiones de carácter administrativo de autoridades judiciales, tal y como lo señala el artículo 4 de la ley que la rige. No obstante, tiene impedimento para conocer de actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales, así como de resoluciones de carácter jurisdiccional.

Actúa a petición de parte y de oficio. En este último caso, se da inicio a la queja cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos o violaciones de lesa humanidad (arts. 2, frac. XIX y 58 de la Ley de Derechos Humanos del Estado de Querétaro).

De acuerdo con el artículo 8 de la misma ley, sus procedimientos son “breves, sencillos y estarán sujetos solo a las formalidades esenciales que requiera la documentación de los expedientes respectivos”. En el procedimiento rigen los principios de inmediatez, concentración y rapidez, debiendo entenderse

por *inmediatez*, el contacto directo con los denunciantes y las autoridades; por *concentración*, la unificación o reunión en un mismo acto de diversas diligencias que permitan resolver la queja en el menor tiempo posible, y por *rapidez*, imprimir velocidad en las actuaciones que permitan concluir la queja a la mayor brevedad posible. Todos sus servicios son gratuitos.

De conformidad con el artículo 88 de la ley que la rige, las quejas pueden concluir por: *a)* falta de competencia; *b)* no violación de derechos humanos; *c)* recomendación; *d)* acuerdo de responsabilidad; *e)* desistimiento del quejoso; *f)* falta de interés del quejoso; *g)* acumulación de expedientes; *h)* resolución vía conciliatoria o durante el trámite respectivo; *i)* no subsanar los requisitos faltantes cuando fue calificado como “asunto pendiente”, y *j)* acuerdo de no responsabilidad.

La Defensoría se integra por una Presidencia, un Consejo, una Visitaduría General, una Secretaría Ejecutiva y las demás unidades administrativas necesarias para su adecuado funcionamiento. La Presidencia tiene la representación institucional y su titular es nombrado por la Legislatura, por el voto de por lo menos dos terceras partes de sus integrantes.

El Consejo estará integrado por un presidente, que será el titular de la Defensoría; un secretario técnico, que será el titular de la Secretaría Ejecutiva, así como seis consejeros, ciudadanos mexicanos con experiencia en materia de derechos humanos y cuyo nombramiento es de carácter honorífico. Entre otras funciones, le corresponde establecer los lineamientos generales de actuación de la Defensoría y aprobar las normas de carácter interno relacionadas con esta; aprobar el informe anual de actividades de la Defensoría y formular propuestas para impulsar la cultura de derechos humanos en la entidad.

La Visitaduría General es la encargada de ejercer la protección de los derechos humanos de las personas que se encuentran en el estado de Querétaro, mediante la tramitación de quejas, asesoría, orientación y gestión, la visita a centros penitenciarios, albergues, centros de rehabilitación, zonas de concentración indígena y recintos de detención, entre otros (art. 17, frac. IX). Por su parte, la Secretaría Ejecutiva tiene a su cargo la promoción y difusión de los derechos humanos en la entidad.

Roxana de Jesús Ávalos Vázquez

298. DEMOCRACIA

Antes de profundizar en la evolución y el significado de la voz democracia, debe resaltarse que la clave para entender este término reside en el hecho de que la democracia en la actualidad es un concepto en permanente evolución, cuya complejidad aumenta de manera sincronizada con la complejidad de las sociedades humanas.

En ese sentido, si bien en la antigua Grecia el concepto era relativamente sencillo y claro —como veremos— y su espíritu “esencial” actual aún proviene de esa época, el crecimiento y desarrollo explosivos de las sociedades humanas y de los sistemas políticos modificó el término original, según la sofisticación de la vida en sociedad.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que cualquier definición del término “democracia” en la actualidad necesariamente tiene que considerar una visión integral —algunos dirían “holística”— de la vida humana en sociedad en los últimos lustros, requiriéndose, por tanto, del apoyo de las perspectivas

de diversas disciplinas del conocimiento humano y ya no solo de las ciencias sociales tradicionales, sino incluso de las ciencias exactas, porque ya no basta con una definición de democracia que abarque los aspectos formales políticos, constitucionales y electorales, sino que debemos incorporar enfoques provenientes de la antropología política y jurídica, así como de las llamadas “corrientes críticas” de los estudios jurídicos y la sociología crítica que nos han revelado que el concepto tradicional de democracia y su aplicación formal y material no son suficientes para alcanzar la armonía, el bienestar y la felicidad en las comunidades humanas más diversas, que son, finalmente, los ideales que destacan cuando pensamos en la democracia.

En este sentido, es necesario incorporar a diversos grupos humanos aún vulnerables, a saber: las minorías raciales o religiosas, las personas con estilos de vida “no tradicionales” o en estado de extrema pobreza, bajo una conceptualización de vanguardia del significado de la democracia en “sentido amplio”, puesto que un análisis retrospectivo de la historia de la humanidad nos demuestra que las definiciones tradicionales de democracia —que la acotan al ámbito político, constitucional y electoral— no son suficientes para entender en su profundidad real este término.

Por otro lado, para poder aspirar a lograr un concepto integral de lo que es la democracia, necesariamente tenemos que referirnos al concepto de gobierno, porque en su forma más compleja, la democracia se ejerce tanto por los que detentan el poder desde las estructuras del mismo como para el pueblo gobernado.

Así, nuestro enfoque implicará la evolución de este concepto en tres etapas: *a)* la democracia antigua en su *definición clásica*; *b)* el *concepto moderno* intermedio de la democracia, y *c)* las características esenciales necesarias para que se configure un gobierno democrático bajo una *definición contemporánea*.

La *definición clásica* de la democracia tiene su origen en el griego antiguo y surge de la combinación de los vocablos *demós*, cuya mejor traducción es “pueblo” y *kratos*, que puede entenderse como “poder” y, en un contexto moderno, como gobierno. Esta noción clásica surge en el siglo v a. C. en Atenas. En esta primera noción clásica —ciertamente ya insuficiente para nuestros días, pero necesaria en un análisis de su evolución—, los gobiernos democráticos se definen con mayor claridad contrastándolos con otros seis tipos de gobiernos, a saber: la *teocracia* o el gobierno de Dios por vía de líderes religiosos; las *oligarquías*, que son el gobierno de los pocos; la *aristocracia*, el gobierno de los nobles; las *monarquías*, el gobierno ejercido por un solo gobernante —ya sea rey, reina o emperador—; la *plutocracia* (del griego *ploutos* “riqueza” y *kratos* “poder”), forma de gobierno en que el poder está en manos de los más ricos o muy influido por ellos, y la *dictadura*, que es una forma de gobierno por parte de un grupo de personas que han llegado al poder por la fuerza, con frecuencia obtenido por conflictos armados. El anterior ejercicio de contraste de la democracia, que en su esencia más pura es *el gobierno del pueblo por el pueblo para el pueblo*, brinda meridiana claridad de lo que significa la democracia en la actualidad comparándola con sistemas de gobierno antitéticas.

En sincronía con la Ilustración, durante el siglo XVIII, al incrementarse la sofisticación de las sociedades y del pensamiento en materia de análisis político y jurídico, toman forma algunos de los llamados elementos esenciales de toda democracia, como son la división de poderes, los derechos humanos y

garantías individuales, la separación de Iglesia y Estado y las libertades fundamentales.

Así, gradualmente se vuelve más complejo y difícil acuñar un concepto aceptable y general de democracia, al entrar en conflicto la noción de “democracia” —en la mayoría de los países democráticos que se consolidaron como *repúblicas* con un sistema representativo mediante el cual se eligen jefes del poder ejecutivo, diputados, senadores y otros funcionarios por medio de elecciones generales— en diversos países, sin duda también democráticos, pero que viven bajo *monarquías constitucionales*, como Reino Unido y España, en los que el rey o reina son jefes de Estado y además existe un jefe del Gobierno, que puede ser un presidente, un titular del poder ejecutivo o —en el marco de un sistema parlamentario como el de Reino Unido— un primer ministro. En estas monarquías constitucionales, la figura del monarca aporta casi siempre una dosis de “estabilidad” política al gobierno, aunque en apariencia una monarquía —debido a su origen paradigmáticamente elitista— sería incompatible con un gobierno plenamente democrático. Así, la fórmula encontrada por las monarquías constitucionales, que sin duda ha funcionado en la realidad política de los países en que existe, hace obsoleta la definición clásica simple y limitada de la democracia, que en sus alcances primigenios entra en conflicto con el diseño institucional de las monarquías constitucionales que, no obstante, también constituyen gobiernos democráticos.

En resumen, la creación y evolución de las monarquías constitucionales obligó a los diseñadores de las instituciones políticas a crear un concepto de democracia más moderno y ampliado para abarcar nuevas instituciones y fórmulas en el diseño institucional de los gobiernos, como respuesta al desarrollo de sociedades humanas cada vez más complejas.

En una segunda etapa, la definición moderna de democracia surge con la consolidación de los gobiernos en los que una Constitución establece: *a)* garantías individuales; *b)* derechos humanos —entre otros, los políticos, para participar en la formación de gobiernos por medio de elecciones generales, libres y periódicas—, y *c)* un sistema de justicia con cortes y tribunales independientes de los poderes políticos que son el ejecutivo y el legislativo. En tal sentido, este diseño institucional de gobiernos democráticos difiere de los totalitarios, como el nacionalsocialismo en la Alemania de Hitler, que giran en torno a una ideología oficial que se impone “totalmente” a la sociedad y que incluso implica una sustitución de las religiones establecidas, o de los regímenes autoritarios donde hay una simulación de democracia económica social y cultural, siempre y cuando ello no implique un reto a la hegemonía de la nomenclatura de los líderes que ejercen el poder, tal como sucedió en México en la época del Porfiriato o en las dictaduras militares de los años sesenta y setenta en Sudamérica.

Sin embargo, eventualmente, incluso la definición más moderna e intermedia de democracia fue insuficiente y obligó a ampliar el contenido institucional temático y conceptual para ofrecer una definición contemporánea actualizada de democracia, para lo cual es útil rescatar algunas de las ideas de un importante constitucionalista mexicano, Jorge Carpizo, quien se ocupó del tema en su análisis de la Constitución mexicana de 1917, al proponer el concepto de las decisiones jurídico-político fundamentales —basado, a su vez, en Carlos Schmitt— como una clasificación de temas o aspectos esenciales

que él acuñó como *principios jurídico-políticos fundamentales para una Constitución democrática*, sin los cuales no es posible catalogar a una ley fundamental como democrática y que son, entre otros: *a)* la existencia de un gobierno democrático, en el caso de México, una república; *b)* la existencia de un catálogo de derechos humanos y garantías individuales; *c)* la soberanía del pueblo; *d)* la división de poderes; *e)* un sistema representativo; *f)* garantías procesales constitucionales; *g)* justicia social; *h)* un Estado federal, e *i)* la supremacía del Estado sobre la Iglesia.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, este catálogo de principios propuesto por Jorge Carpizo en los años setenta puede enriquecerse con la adición, por ejemplo, de algunos estudios y desarrollos institucionales surgidos desde entonces y consolidados en la actualidad, por ejemplo, las ideas provenientes del movimiento llamado *critical legal studies* que surgió precisamente cuestionando la enseñanza, estudio y análisis del Derecho que centenariamente se había llevado a cabo en las escuelas de Derecho de Estado Unidos a partir del *case method*, para establecer, gracias a un puñado de pensadores creativos como Duncan Kennedy y Roberto Mangabeira Unger, que tanto el diseño institucional para la enseñanza y el estudio del Derecho como las instituciones democráticas por antonomasia en dicho país eran ya obscenamente insuficientes para generar una sociedad democrática auténtica.

Así, por ejemplo, Morton J. Horwitz, el historiador del derecho y de las instituciones jurídicas y políticas estadounidenses, en un libro seminal sobre la transformación del derecho en Estados Unidos, propuso que el diseño conceptual e institucional del derecho y las instituciones político-jurídicas en esa democracia occidental por antonomasia se creó deliberadamente para mantener congelado el *statu quo* de las estructuras del poder en dicho país en manos de élites y que, de hecho, su sistema constitucional en realidad era una forma codificada de reflejar los “prejuicios” del *establishment estadounidense* para mantener sometidos a grupos vulnerables o minoritarios —raciales, étnicos, sociales—, y que bajo la apariencia falsa de una democracia paradigmática impedían un sistema de justicia auténticamente neutral e imparcial, lo que se podía demostrar empíricamente había profundizado carencias económicas y sociales y ocasionado daños psicológicos colectivos a los grupos sociales marginados, por lo que, en este sentido, el progreso social y económico era imposible sin el desmantelamiento crítico del sistema político, jurídico y constitucional imperante.

Como resultado del anterior movimiento crítico —que tiene importantes repercusiones para el concepto de democracia— sobrevinieron una serie de transformaciones constitucionales y políticas que han buscado incorporar a sectores sociales previamente marginados en las sociedades humanas por virtud del reconocimiento de nuevas instituciones y derechos para dichos grupos sociales en materia de acceso a la justicia, estilos de vida no convencionales y participación política, todo lo cual ciertamente ha ampliado y profundizado el concepto de lo que es la democracia en el siglo XXI.

Por último, cabe mencionar que a los temas antes referidos y que sirven para construir, desde nuestro punto de vista, una definición actualizada del término democracia, habría que añadir también: *a)* el surgimiento de conceptos como el de “gobernanza” que implica, entre otras cosas, el ataque frontal y la erradicación de la corrupción, y *b)* la creación de órganos constitucionales

autónomos en las más diversas materias que en las últimas décadas han surgido en casi todos los regímenes democráticos en los ámbitos de transparencia y acceso a la información, de organización y administración electoral, de defensa de los derechos humanos y de regulación de la competencia económica como aspectos que hoy en día son también indispensables para acuñar una definición integral actualizada de democracia, que responda a las aspiraciones de la vida en sociedad en el siglo XXI.

Francisco José de Andrea Sánchez

299. 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 estas 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 precondición para el verdadero ejercicio y disfrute de las libertades modernas. Igualdad y libertad aparecen 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

300. DEMOCRACIA INCLUYENTE

El binomio democracia-inclusión propone una democracia de nueva generación, que supone un proceso de inclusión social, particularmente de las personas que integran algún grupo en situación de discriminación, para que se inserten a las estructuras institucionales de la democracia, por ejemplo, las personas de origen indígena, afrodescendientes, personas con discapacidad, de la diversidad sexual, migrantes, mujeres, jóvenes y adultos mayores, mediante la universalización de los derechos políticos y, en general, de los derechos humanos.

De acuerdo con las diferentes acepciones de democracia, esta implica la participación de los miembros de una sociedad en la toma de decisiones, en condiciones de igualdad; mientras que la inclusión conlleva la incorporación de algo o alguien dentro de los límites, en este caso, del ejercicio democrático. Lo anterior significa que en una sociedad diversa, integrada por personas que tienen diferentes formas de ver y entender el mundo, debe existir la posibilidad de que quienes la integran puedan participar en la toma de decisiones, a través de mecanismos institucionales establecidos con esa finalidad.

Si bien el Estado mexicano ha ratificado una serie de instrumentos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en los que se compromete a respetar derechos y libertades, a garantizar su libre y pleno ejercicio sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición social, adoptando las medidas legislativas —o de otro carácter— necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades, existe una desarticulación legis-

lativa entre los compromisos internacionales y la propia Constitución federal, con las constituciones locales y legislación secundaria, lo que restringe la posibilidad de personas en situación de discriminación para ser candidatas en las elecciones, ejercer cargos de elección popular y desempeñar cualquier función pública, anulando su participación política.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, específicamente al artículo 1, que establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales favoreciendo a las personas la protección más amplia, ha permitido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los tribunales electorales locales, así como el Instituto Nacional Electoral y los institutos electorales locales, desempeñen un papel fundamental en la determinación de criterios para garantizar los espacios en los cuerpos legislativos y en los ayuntamientos, favoreciendo este modelo de democracia.

No obstante, la democracia no solo implica la participación electoral, sino una convivencia social en donde se reconozca el derecho a la diferencia y el valor de las personas, con independencia de su sexo, origen étnico, creencias religiosas, etc., y donde los valores como la tolerancia y la no discriminación se institucionalicen de manera transversal en las políticas públicas, en la cultura y en la educación.

En una democracia incluyente, el Estado está obligado a tutelar no solo la igualdad formal de derechos y libertades, sino también la igualdad de trato y de oportunidades para hacer posible el acceso al ejercicio del sistema de derechos fundamentales.

María Pérez Cepeda

301. DEONTOLOGÍA JURÍDICA

La deontología, a partir de su origen etimológico, expresa el deber (*deon*, deber en griego), lo que debe ser hecho. La forma de comprender y aplicar las normas éticas puede ser de dos tipos: un tipo *teleológico*, dirigido al análisis de los fines, de las metas, de las consecuencias, de la utilidad, de las repercusiones de la acción; o un tipo *deontológico* —el que ahora nos interesa—, donde se brinda importancia a la cualidad intrínseca de obligación unida a la norma misma (*v. gr.*, ¡la ley es la ley!).

Como bien lo expresa el profesor Battaglia, la deontología es aquella parte de la filosofía que trata del origen, la naturaleza y el fin del deber, en contraposición a la ontología, que trata de la naturaleza, el origen y el fin del ser.

Por ello, los *códigos deontológicos* reglamentan de manera estricta los deberes de los miembros de una misma profesión. En el caso concreto del ejercicio de la abogacía, por parte de los colegios profesionales de abogados existe reglamentación acerca del proceder correcto de estos profesionales, donde se exige el estricto cumplimiento de lo preceptuado, de lo contrario, se podría incurrir en responsabilidad disciplinaria, civil y, en algunos casos, penal.

La deontología profesional es el conjunto de las reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional (*v. gr.*, abogado, médico, ingeniero, etc.) de carácter no técnico, ejercidas o vinculadas, de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional.

Existe una gran cantidad de definiciones de la deontología profesional pero, como lo indica Carlo Lega, todas tienden a configurarla como un conjunto de reglas de comportamiento basadas en la costumbre profesional y subrayan un carácter moral. No se preocupan, en cambio, de afrontar el problema de su naturaleza como complejo normativo, limitándose a considerarla bajo el aspecto ético. Por ello, no siempre es posible incluir las reglas deontológicas entre las meramente morales y, por otra parte, no siempre es fácil o posible clasificarlas en alguna de las categorías jurídicas tradicionales, puesto que muchas presentan un carácter intrínseco de extrajuricidad.

El profesor Torre Díaz, con el desarrollo de sus ideas, nos permite identificar, inmerso en la deontología jurídica, un objetivo muy concreto y limitado, dirigido a establecer normas y pautas de conducta exigibles a los profesionales, con la finalidad de garantizar una actuación honesta a todos los que ejercen la profesión. Como consecuencia, en la medida en que establece normas y códigos de actuación, la deontología se sitúa más cerca del derecho que de la filosofía o, como opinan otros autores, entre el derecho y la moral, pues prevé tanto consecuencias de carácter sancionador como la especificación de principios morales de carácter general.

Es evidente que los colegios de abogados, de manera contundente, cuentan con códigos de deberes jurídicos, morales y éticos del profesional en derecho, cuyas normas son de aplicación forzosa para el ejercicio de la profesión.

En este sentido, el profesional en derecho deberá cumplir con los preceptos institucionales del colegio de abogados, debiendo tener la satisfacción jurídica, ética y moral del servicio prestado.

Esta tendencia a crear cuerpos normativos deontológicos profesionales se encuentra recogida en el ámbito de la Unión Europea, que promulgó el Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea (adoptado por los representantes de las 18 delegaciones de la Comunidad Europea y del Espacio Económico Europeo en la Sesión Plenaria del CCBE, de 28 de octubre de 1988, y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998 y 6 de diciembre de 2002). El artículo 1 de ese cuerpo normativo, identificado como el “Preámbulo”, incorpora el apartado 2, acerca de “La naturaleza de las reglas deontológicas”, cuyo primer punto señala: “1.2.1. Las *reglas deontológicas* están destinadas a garantizar, mediante la aceptación vinculante, libremente consentida por aquellos a quienes se les aplican, la correcta ejecución por parte del Abogado de su indispensable función, reconocida como esencial en todas las sociedades civilizadas. La inobservancia de estas normas por el Abogado debe tener como consecuencia, en última instancia, una sanción disciplinaria” (cursivas añadidas).

Por su parte, el Estatuto General de la Abogacía de España (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio del 2001, publicado en el BOE 10/7/2001) recoge la obligación de cumplimiento de las normas deontológicas profesionales, señalando específicamente en su artículo 1.2 que “En el ejercicio profesional, el Abogado queda sometido a la normativa legal y estatutaria, al cumplimiento de las *normas y usos de la deontología profesional de la Abogacía* y al consiguiente régimen disciplinario colegial” (cursivas añadidas).

Este mismo Estatuto General de la Abogacía, en su Título III, acerca de los “Derechos y deberes de los Abogados”, señala en el artículo 31 la citada obligación del abogado en el cumplimiento de las normas en general, inclui-

das las deontológicas: “Son también deberes generales del Abogado: a) Cumplir las normas legales, estatutarias y deontológicas, así como los acuerdos de los diferentes órganos corporativos”.

Es evidente que existe una sensible tendencia mundial a consagrar, en forma específica y clara, las reglas correspondientes al campo de la *deontología jurídica de la abogacía*, así como regular particularmente la obligación de los abogados de respetar esta normativa. Su incumplimiento podrá provocar sanciones en el ámbito disciplinario interno, sin perjuicio, según fuera el caso, de tener que hacer frente a una *responsabilidad civil*, así como *penal*.

Conforme a lo expuesto, el ejercicio de la abogacía reclama irremediablemente un proceder *ético* con respeto de las reglas *deontológicas* establecidas por cada colegio profesional en los diferentes países del mundo. El respeto a estos *códigos deontológicos* brinda un elevado estatus de respeto, confianza y credibilidad en el profesional en derecho, lo que facilita una relación de mayor confianza y seguridad entre el cliente y su abogado.

Lo que siempre debemos tener presente es ese comportamiento ético, tanto en nuestra vida privada como en nuestro rol de ciudadanos, pero con un mayor compromiso en nuestro proceder público como abogados. Por ello decimos que “no es posible encontrar un corrupto ciudadano que sea, a su vez, un ejemplar profesional; como tampoco es posible imaginar un correcto abogado que sea un deshonesto ciudadano [...]”.

Carlos Chinchilla Sandí

302. DERECHO (APLICACIÓN DEL)

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

303. DERECHO A APELAR

El derecho a recurrir un fallo ante juez o tribunal superior es una de las garantías mínimas de cualquier persona sometida a un proceso judicial. Se encuentra reconocido en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 104, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en casos como *Tribunal Constitucional vs. Perú* o *Baena Ricardo vs. Panamá*, si bien el artículo 8 de la CADH se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que llegue a afectar sus derechos, por lo que las garantías del debido proceso reconocidas en dicho numeral, incluido el

derecho a recurrir, aplican a todo tipo de procesos, ya sean de orden penal, civil, laboral, fiscal o cualquier otro.

El derecho en estudio es considerado como una de las garantías primordiales que se deben respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. Para satisfacer este derecho, el recurso previsto en la ley debe cumplir con varios requisitos, como los siguientes, que han sido planteados por la Corte IDH: *i)* ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada; *ii)* permitir una revisión integral del fallo, que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas; *iii)* el tribunal que revisa debe estar legitimado para ello; *iv)* ser ordinario, accesible y eficaz, y *v)* las formalidades para que sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que cumpla con su fin.

Asimismo, se ha reconocido que los Estados poseen cierta discrecionalidad para regular el ejercicio de este derecho, por lo que independientemente de la denominación que se le dé al recurso —siendo las más comunes apelación o casación—, lo importante es que se garantice este derecho; que el recurso permita el examen integral de la decisión recurrida y que no se establezcan restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho. Lo que no se admite, como demuestra el caso *Liakat Ali Alibux vs. Saurinam*, es no prever recurso alguno.

Por otra parte, el derecho a recurrir previsto en el artículo 8.2 h) de la CADH no debe confundirse con el derecho a contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo ante juez o tribunal competente, establecido en el diverso artículo 25 de dicho instrumento, pues si bien ambos consagran el derecho de acceso a la justicia e inclusive la Corte Interamericana los ha estudiado frecuentemente de manera conjunta, son autónomos uno del otro, con una dimensión y alcances propios. La diferencia entre ambos derechos ha sido destacada puntualmente por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, actual juez de la Corte Interamericana, en su voto concurrente a la sentencia del citado caso *Liakat Ali Alibux*, resaltando la importancia de dar a cada uno de los derechos los alcances y dimensiones que les corresponden.

La garantía prevista en el artículo 25 de la Convención obliga a los Estados a consagrar normativamente y a asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de estas. Es un instrumento para hacer valer los derechos establecidos en la Constitución y en la Convención y, por tanto, un elemento integrador entre la normativa nacional e internacional.

El juicio de amparo, si bien en muchos casos es equiparado al proceso de *habeas corpus*, ha sido objeto de múltiple jurisprudencia de la Corte Interamericana, señalando que se encuentra en el ámbito del artículo 25 del Pacto de San José, y reconociéndolo, por su naturaleza, como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por la Constitución y la Convención.

La Corte IDH también ha precisado que el recurso consagrado en el citado artículo 25 *no es el recurso de apelación*, el cual está previsto precisamente en artículo 8.2 h) del mismo tratado. En este sentido, en casos como *Barreto*

Leiva vs. Venezuela y *Mohamed vs. Argentina* no declaró violado el artículo 25, al considerar que los alegatos de las partes se vinculaban con la imposibilidad de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

Por su parte, en el amparo directo en revisión 2814/2014, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que si bien los derechos a recurrir un fallo ante una instancia superior y a acceder a un recurso adecuado y efectivo giran en torno al derecho fundamental de tutela jurisdiccional efectiva contenido en el artículo 17 de la CPEUM, lo cierto es que dichas prerrogativas exigen desarrollos interpretativos individualizados que abonen al entendimiento y la configuración del núcleo esencial de cada derecho. Además, la Suprema Corte de México estableció que la diferencia entre el derecho a la protección judicial y el derecho a la revisión es de suma relevancia para entender cuándo se está en presencia del derecho a recurrir un fallo ante una instancia superior; en respeto al derecho al debido proceso, y cuándo se está ante la exigencia del derecho a un recurso que ampare derechos fundamentales de fuente nacional o convencional. Fue a partir de lo anterior que concluyó que el juicio de amparo es un medio de defensa diseñado para proteger los derechos consagrados en la Constitución y la Convención Americana, pero no es un recurso o mecanismo de segunda instancia que sirva de margen para la revisión de una decisión en el marco de un proceso.

En conclusión, el derecho a recurrir el fallo no puede considerarse subsanado por medio del juicio de amparo directo, independientemente de la materia de que se trate; afirmar lo contrario sería tal como llegar al extremo de señalar que, al existir el amparo directo, la apelación resulta ociosa.

Daniel Álvarez Toledo
Ana Paulina Ortega Rosado

304. DERECHO A EJERCER EL CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO

La protección del derecho a ejercer el cargo público representativo parlamentario deriva de una evolución jurisprudencial —propia de una interpretación evolutiva— tanto del derecho fundamental a ser votado (sufragio pasivo) como del principio democrático. En efecto, este principio encuentra en el Parlamento su mayor representación, pues la formación de su voluntad solamente puede ser válida si todos los integrantes participan en condiciones libres e igualitarias.

En este contexto, de acuerdo con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional español, a partir de la sentencia 220/1991, de 25 de noviembre, el derecho fundamental a acceder a los cargos públicos representativos, vertiente del derecho al sufragio pasivo, no solo garantiza el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también el derecho fundamental a permanecer en el cargo público en las mismas condiciones de igualdad y el no ser removido del mismo. Lo anterior conlleva, de este modo, la protección constitucional del derecho a desempeñar el cargo y a ejercer sus funciones propias en condiciones de igualdad.

Esta singular interpretación del Tribunal Constitucional de España encuentra su similitud, aunque a través de procesos constitucionales distintos, en la protección que otros reconocidos tribunales constitucionales han concedido al derecho a ejercer el cargo público representativo. Así, por ejemplo,

en el caso *Powell vs. McCormack* (1969), la Suprema Corte de Estados Unidos reconoció que una vez que un legislador haya sido electo en apego a la Constitución, no puede ser excluido del ejercicio de su cargo por la Cámara. En Alemania, a su vez, los parlamentarios están legitimados para acudir al Tribunal Constitucional por vía del conflicto entre órganos constitucionales, para defender las facultades y derechos que derivan de la Constitución o del reglamento autónomo del Parlamento federal. Esta legitimación encuentra su fundamento, según el criterio del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en el principio democrático por el que fueron electos los miembros del Parlamento, por un lado, y en el principio de igualdad de condiciones de participación de todos los parlamentarios que se desprende del principio constitucional del mandato libre, por el otro.

En México, en cambio, por medio de una doble jurisdicción constitucional puede protegerse el derecho al ejercicio del cargo público representativo de los parlamentarios. Por un lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), mediante el control abstracto de constitucionalidad de una norma jurídica aprobada, puede verificar el cumplimiento de los principios esenciales del procedimiento legislativo. Estos se concretan, de acuerdo con su tesis aislada P.L./2008 (9a), “Procedimiento legislativo. Principios cuyo cumplimiento se debe verificar en cada caso concreto para la determinación de la invalidación de aquel”, en el principio democrático (participación libre e igualitaria de los parlamentarios, correcta aplicación de las reglas de votación establecidas y la publicidad).

Por otro lado, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), a través del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC), puede tutelar los derechos político-electorales de los ciudadanos vulnerados por actos y resoluciones de autoridades formal o materialmente electorales. En este contexto, dicho Tribunal ha señalado que el derecho a ejercer el cargo público representativo es propio de su jurisdicción, en tanto que es una vertiente del derecho al sufragio pasivo.

Sin embargo, ambos tribunales comparten una falla común en su jurisprudencia: si bien los dos afirman, en general, que es posible tutelar que el derecho a ejercer el cargo se lleve a cabo en condiciones igualitarias, ninguno ha concretado el alcance de este derecho o las condiciones constitucionales mínimas que deben respetarse en la función legislativa o en otro procedimiento parlamentario a fin de garantizar su preservación. De este modo, aunque pueden extraerse buenas intenciones de su jurisprudencia, en la práctica aún hay incertidumbre e inseguridad jurídica para su verdadera protección.

La jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana, por un lado, no parece proteger en su amplitud todas las fases esenciales del procedimiento legislativo que determinan el contenido de la norma jurídica y que requiere la necesaria participación libre e igualitaria de los parlamentarios. El Tribunal Electoral, por el otro, ha sido contradictorio y omiso en sus sentencias respecto a la protección del derecho al ejercicio del cargo público representativo, particularmente debido a la falta de delimitación de las facultades esenciales de los parlamentarios que no pueden ser trastocadas en aras de la preservación del principio democrático dentro del Parlamento.

En este contexto, estas facultades esenciales de los parlamentarios que merecen protección jurisdiccional son aquellas que, como lo ha señalado el

Tribunal Constitucional de España, solo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representativo de la institución. Así, estas funciones son las que integran lo que dicho Tribunal ha denominado el “núcleo de la función representativa”, el cual se integra por la función legislativa y la función de control del gobierno (STC 220/1991, de 25 de noviembre).

Luis Felipe Nava Gomar

305. 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 Dis-

crimianación 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 voluntarias 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 asistenciales 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. Vene-*

zuela), 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

306. DERECHO A LA CULTURA

Como señalara en 2016 la Relatora especial de las Naciones Unidas sobre los derechos culturales, “Los derechos culturales protegen los derechos de todas las personas, individualmente y en comunidad con otros, así como de grupos de personas, para desarrollar y expresar su humanidad, su visión del mundo y el significado que dan a su existencia y desarrollo mediante, entre otras cosas, valores, creencias, convicciones, idiomas, los conocimientos y las artes, las instituciones y las formas de vida. Puede considerarse también que protegen el acceso al patrimonio cultural y a recursos que permiten que esos procesos de identificación y desarrollo tengan lugar”.

De modo acorde con el concepto anterior, es posible señalar acepciones diversas de “cultura”, que si bien son distintas, no son opuestas en modo alguno, sino que están relacionadas. Así, por cultura se entiende tanto un “patrimonio” como un “modo de vida”. En el primer caso, se trata del acervo formado por obras (artísticas, científicas, etc.), así como de la actividad creativa que las produce. El segundo sentido se vincula con el de “identidad”: la posibilidad de distinguir un grupo social de otros, a partir de actividades o productos (en sentido amplio) que le son propios.

En lo que sigue se hará alusión a la primera acepción: cultura como patrimonio y actividad. La segunda se aborda respecto a la voz “derecho a la identidad cultural”, en este volumen. Se aclara que esta división se hace solo a efectos de la exposición y que ambos aspectos se encuentran estrechamente ligados, inclusive respecto a la tutela jurídica de los mismos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en su artículo 27 de que “1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural e la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

En la primera parte, el artículo reconoce el derecho de participar y disfrutar de la vida cultural, lo que abarca el goce de los beneficios del progreso científico; en la segunda parte, reconoce que merecen protección los “intereses” de quienes participen de la vida cultural como autores de productos atinentes a la misma. A continuación se formulan algunas consideraciones sobre ambos aspectos, siguiendo, principalmente, los señalamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC) en sus observaciones generales 17 y 21, como también indicaciones del Grupo de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos para el análisis de los informes nacionales previstos en el Protocolo de San Salvador (Grupo de Trabajo).

El derecho a participar en la vida cultural tiene un contenido amplio, que abarca, entre otros, aspectos tales como el ejercicio (de una persona sola, en

conjunto con otras, o como una comunidad) de las propias prácticas culturales, de la participación en la vida política de la sociedad, de actividades creativas, de la expresión en la lengua de elección, o de la búsqueda, desarrollo y transmisión de conocimientos y prácticas culturales.

El derecho abarca, asimismo, el acceso y la contribución a la vida cultural. Lo primero incluye el derecho a conocer y comprender su propia cultura, a recibir educación con respeto a la propia identidad cultural, a seguir un estilo de vida asociado a bienes culturales y recursos como la tierra o el agua, y a beneficiarse del patrimonio cultural y las creaciones de otros individuos o comunidades, inclusive, en palabras del Grupo de Trabajo, “al uso de los conocimientos científicos y aplicaciones tecnológicas, encaminadas a satisfacer los derechos humanos de todas las personas y pueblos”.

Lo segundo se relaciona con la contribución a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad.

Existe, por otra parte, un derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones u obras culturales (científicas, literarias, artísticas) de que una persona sea autora (“derecho a beneficios por obras culturales”). El derecho implica que las personas autoras, respecto de sus obras: *a*) sean reconocidas como autoras y puedan oponerse a cualquier “deformación, mutilación u otra modificación [...], que cause perjuicio a su honor o reputación”, y *b*) puedan beneficiarse por la explotación económica. El primer aspecto no puede tener limitaciones temporales, mas sí el segundo.

El Comité DESC ha enfatizado que este derecho se distingue de los derechos de “propiedad intelectual”, que no son derechos humanos y son generalmente de índole temporal, susceptibles de ser revocados, cedidos o ser objeto de transacción o renuncia. El derecho humano a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales tutela la relación entre las personas, pueblos o comunidades con sus creaciones y patrimonio cultural, como también intereses materiales básicos relativos a un nivel de vida adecuado. Los regímenes de propiedad intelectual son distintos, pues resguardan, esencialmente, intereses e inversiones comerciales y empresariales.

Resulta evidente la relación de los derechos a participar en la vida cultural y a beneficiarse de obras culturales con otros derechos humanos, tales como, entre otros, las libertades de expresión y de pensamiento, o los derechos políticos, a la educación, al trabajo, a un nivel de vida adecuado y el derecho de propiedad. A su vez, los Estados deben observar sus obligaciones respecto a todos los derechos. De ello se deriva que pueden ser admisibles restricciones a los derechos a la participación en la vida cultural o a beneficiarse de obras culturales. Interesa destacar, en relación con el primer derecho, que tales limitaciones pueden ser necesarias, en particular en el caso de prácticas que atenten contra otros derechos humanos, inclusive las relacionadas con costumbres o tradiciones. Por otra parte, en cuanto al derecho a beneficiarse de obras culturales, los Estados deben procurar un equilibrio entre su satisfacción y el interés social en el disfrute de las obras. De ese modo, en la regulación de los derechos debe considerarse el interés público en el disfrute de un acceso generalizado a las producciones. Las restricciones, en todo caso, deben ser proporcionadas, debiendo adoptarse la medida menos restrictiva posible.

Más allá de lo anterior, los Estados tienen deberes concretos, que se desprenden de sus obligaciones de respetar, proteger y cumplir los derechos. En ese sentido, deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos a la vida cultural o al beneficio por obras culturales y adoptar medidas para impedir que otros actores lo hagan, así como para lograr la plena realización de ambos derechos.

Entre las acciones que esto implica se encuentran, entre otras, aquellas dirigidas a proteger el patrimonio cultural, inclusive de pueblos indígenas; prohibir la discriminación sobre la base de la identidad cultural; facilitar el acceso de la población a un conjunto diversos y variado de expresiones culturales; apoyar instituciones públicas que permitan aplicar tales políticas, o estimular las actividades de científicos y artistas. Asimismo, los Estados deben contar con procedimientos y recursos —judiciales o de otro tipo— aptos para la defensa de los intereses morales y materiales que correspondan a las personas autoras por razón de sus producciones. En ese sentido, deben prevenir legislación y sistemas institucionales. Los mismos deben procurar impedir que terceras personas modifiquen ilegítimamente las obras o infrinjan el derecho de los individuos autores de reivindicar su autoría. También deben estar dirigidos a que las personas autoras obtengan una remuneración adecuada por el uso de sus producciones, así como una indemnización por el perjuicio irrazonable que pudieran sufrir a causa de la utilización no autorizada de las mismas.

Las violaciones a los derechos a participar en la vida cultural o al beneficio por obras culturales pueden ocurrir tanto por la acción directa del Estado como por la de otras entidades o instituciones, inclusive del sector privado que el Estado no regule de modo suficiente. Se vulnera el primer derecho cuando se impide el acceso de individuos o comunidades a la vida, las prácticas, los bienes y los servicios culturales, o cuando no se adoptan medidas que permitan ejercer el derecho, tales como legislación relevante, o recursos administrativos, judiciales o de otro tipo. El derecho a beneficiarse por obras culturales se vulnera por el Estado si este no adopta todas las medidas necesarias para proteger a las personas autoras en sus derechos, como es el caso si no prevé recursos judiciales o de otro carácter que permitan a dichas personas —en especial si pertenecen a grupos desfavorecidos o marginados— acceder a una reparación frente al irrespeto de sus intereses materiales o morales.

*Agustín Martín
Micheli Piuccio*

307. 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

308. DERECHO A 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; esta 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 concurren 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 Con-

greso 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

309. 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 has 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 esta 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 Cíviles y Políticos, en todos ellos se afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, 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

310. DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL

Es un derecho humano que consiste en el reconocimiento jurídico y social de las personas como sujetos de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio y una sociedad como condición necesaria para preservar su dignidad individual y colectiva. Está regulado en el artículo 2, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en los artículos 2 y 33, párrafo primero, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; en los artículos 1, párrafo segundo, y 2, párrafo segundo, inciso b) del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, así como en el artículo 4 de Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre la Diversidad Cultural.

El derecho a la identidad cultural ha sido objeto de diversas controversias en el marco de los derechos humanos, los derechos individuales y los derechos colectivos, como la libre determinación, la autonomía, el autogobierno, la propia lengua, entre otros, así como respecto a su relación con el principio de universalidad y progresividad de los propios derechos humanos. Es por ello que también se le conoce como un derecho integral que demanda el real y efectivo ejercicio de todos los derechos humanos y, al mismo tiempo, su ejecu-

ción está sujeta a la vigencia de otros derechos internacionalmente tutelados, con el fin de preservar una identidad cultural propia (véase CIDH, Informe sobre la Población Nicaragüense de Origen Miskito, párr. 14).

La identidad cultural se entiende también como una “identidad étnica: en la que el individuo se asume y es reconocido como miembro de una configuración social que es portadora de una cultura propia, lleva el derecho a participar de tal cultura y el acceso a los elementos culturales indispensables para satisfacer los requerimientos de la vida en sociedad. La afirmación de identidad étnica significa, la decisión de pertenecer al grupo étnico correspondiente, formar parte de un complejo nudo de interdependencias que ubican socialmente al individuo a partir de derechos y obligaciones culturalmente prescritos o conocidos” (Bonfil, 1998).

Al haber cambios, la identidad cultural se reconstruye, es el lugar en el que se vive, que forma e identifica a sus miembros, al que se le confiere valor y representa un bien mayor como la existencia. La identidad cultural está enlazada con las distintas formas en que se ordena el mundo, se aplican las normas y derechos; y de igual manera, incluye la conciencia de la diferencia, la cual forma parte de la idea de dignidad.

Asimismo, la identidad cultural es un conjunto de referencias culturales, por el que una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido; implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra, en un proceso permanente, la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto. El derecho a la identidad cultural constituye la manifestación de la interacción social respecto a las formas de comprender y actuar de las personas.

La cultura redefine a las comunidades, a los pueblos, en su totalidad o en parte, con algún único elemento, como puede ser su lengua o sus instituciones políticas o religiosas; pero su historia y los elementos que las componen se mantienen. Pueden adquirir y tomar características del exterior, de otras culturas y pueblos —que beneficien o alteren su organización—. En el caso de permitir que sus miembros ejerzan derechos que anteriormente no tenían, si bien puede cambiar su estructura económica o política, ello no es un rasgo condicionante de la desaparición de la identidad cultural. La misma cultura es una condición esencial de la existencia humana (Geertz, 2005), que no es estática, pero es permanente.

Un ejemplo del reconocimiento del derecho a la identidad cultural es observable en dos sentencias emitidas por la Corte Constitucional colombiana, en las cuales señala que la protección a la identidad cultural comprende dos tipos: “una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad”. En ese sentido, el sujeto del derecho es la comunidad dotada de singularidad propia. No se trata de “garantizar las manifestaciones individuales de la identidad cultural, sino que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece”.

Todo grupo indígena o de cualquier comunidad o sociedad, así como sus miembros, tienen derecho a la identidad cultural, por el solo hecho de pertenecer a una cultura.

Roselia Bustillo Marín

311. DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El derecho a la identidad cultural se relaciona con la noción de “cultura” como “modo de vida” (véase los conceptos de “cultura”, “derechos culturales” y “derecho a la cultura” abordados en la voz “Derecho a la cultura” en este volumen). A continuación se hará referencia a este derecho dando cuenta de algunos aspectos generales y atinentes a “minorías”, inclusive derechos territoriales de pueblos indígenas o tribales, cuestión sobre la que se hará énfasis, dando cuenta en forma somera de jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La cultura ha sido conceptualizada en el preámbulo de la Declaración Universal de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre la Diversidad Cultural como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, la manera de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”.

El mismo documento, en su artículo 1, afirma que la “cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. [La] diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras”.

Lo anterior permite comprender la importancia que para cada persona tiene su propia identidad cultural, así como la existencia de otras manifestaciones culturales. El derecho a detentar y manifestar la propia cultura asiste, entonces, a todas las personas y es protegido a través de distintos derechos humanos. Al respecto, no podría hacerse un catálogo exhaustivo de derechos vinculados a la vida cultural, pues según las circunstancias, el ejercicio o disfrute de distintos derechos puede expresar la relación de los mismos con la vida o identidad cultural. A su vez, el ejercicio de la propia cultura no puede ser base legítima para la vulneración de otros derechos humanos. En ese sentido, el artículo 4 de la Declaración citada refiere: “La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance”.

Dicho texto expresa la necesidad de proteger a “minorías”. Al respecto, es necesario señalar que evidentemente toda persona se desarrolla en una cultura y tiene una identidad cultural, así como derecho a la misma. No obstante, en los distintos Estados pueden existir diversas manifestaciones culturales, siendo necesario proteger en forma particular a aquellas que son expresión de “minorías” pues, por este mismo carácter, pueden verse amenazadas.

En línea con ello, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa que “[en] los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros

de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. En adelante, se hará referencia a este derecho como “derecho de las minorías”.

Por su parte, en su Observación general 23, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas señaló que el derecho receptado en el citado artículo 27 es distinto al derecho a la igualdad ante la ley y a la obligación de no discriminación, que rigen respecto de todas las personas, sea que integren una minoría o no. A su vez, el derecho de las minorías se distingue del derecho a la libre determinación. El primero lo detentan las personas pertenecientes a una minoría —sean nacionales o no, ciudadanas o residentes permanentes del Estado en cuestión—, mientras que el segundo se reconoce a los pueblos.

De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, los Estados deben asegurar la realización del derecho de las minorías y adoptar acciones positivas para ampararlo, no solo contra actos estatales sino también respecto de actos de particulares. Las medidas a adoptarse deben basarse en la consideración de que, si bien se trata de un derecho individual, el mismo depende, para su ejercicio, de que el grupo minoritario como tal pueda conservar sus prácticas culturales propias.

El derecho de las minorías no menoscaba la soberanía e integridad territorial de los Estados. Sin perjuicio de ello, en ocasiones puede estar estrechamente relacionado con el territorio y recursos naturales, especialmente en el caso de pueblos indígenas. En ese sentido, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala, en sus artículos XIII.1 y XXV.1, respectivamente, que los pueblos indígenas tienen derecho a “su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras” y a “mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras”. Los Estados, adoptando las medidas positivas que fueren necesarias, deben posibilitar el disfrute de los derechos de pueblos indígenas vinculados al territorio, así como su participación eficaz en las decisiones que los afecten.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han referido en múltiples ocasiones a derechos de pueblos indígenas.

En el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001), la Corte IDH se pronunció respecto al derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre las tierras como un ejercicio del derecho a la cultura. Los pueblos indígenas, según la Corte, tienen una relación estrecha con sus tierras, que son fundamentales para el desarrollo sus culturas: “Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

El fallo en *Pueblo Saramaka vs. Surinam* (2007) dio la oportunidad a la Corte IDH de referirse a un pueblo tribal y señalar que, al respecto, son relevantes

las pautas equivalentes a las seguidas en casos de pueblos indígenas. La Corte IDH consideró que, además de los indígenas, los pueblos tribales tienen el derecho de gozar de sus tierras, como forma de “garantizar su supervivencia física y cultural”. Así, expresó que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que reconoce el derecho a la propiedad privada), los Estados deben respetar y garantizar a los pueblos indígenas y tribales su territorio, como una forma de asegurar su “supervivencia social, cultural y económica”.

Con posterioridad, la Corte IDH analizó en diversos casos el derecho de los pueblos indígenas sobre el territorio ancestral como forma general de ejercicio al derecho a la cultura. Ejemplos de ello son *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012); *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá* (2014); *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* (2015); *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras* (2015), y *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras* (2015).

Por último, en 2018, al decidir *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, recordando sus precedentes, señaló que “[al] desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”.

**Agustín Martín
Valeria Rodríguez**

312. 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 prestigio 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 reproducción 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

313. 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 este 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. Esta 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

314. 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, Moldavia, México, Guatemala, entre otros.

Issa Luna Pla

315. 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

316. 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

317. 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 criticado 4 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 inculpativa 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 Reeducción 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 Reeducación 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 Reeducación 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

318. 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

319. 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 —entendida 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 razonable—, 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

320. 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 esta 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

321. 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 creen-

cia 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 el inciso anterior.

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 man-

tenimiento 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 influencia 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 rele-

vantes 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

322. DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y EXPRESIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra el derecho fundamental a la libertad de expresión. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha considerado que este derecho ocupa un lugar central el instrumento referido, dado que constituye un presupuesto indispensable para la protección de otros derechos fundamentales y para el funcionamiento de la democracia en su conjunto. En este sentido, ha considerado que “[la] libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática” (OC-5/85. Reiterado posteriormente en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, entre otros).

Según el artículo 13 citado, el derecho a la libertad de expresión consiste en el derecho de “toda persona a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. La misma norma, en su inciso segundo, establece que el ejercicio de este derecho “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”, las que deben superar el llamado test tripartito o de necesidad. En su inciso tercero, prohíbe las restricciones indirectas, como las que se ejercen a través del uso arbitrario de los bienes y recursos públicos para castigar a quien emite expresiones críticas. El inciso cuatro admite la restricción legal del ingreso de niños y niñas a espectáculos públicos. Finalmente, su quinto inciso excluye del ámbito protegido por la libertad de expresión, a la propaganda en favor de la guerra y a la apología del odio que constituya incitación a la violencia.

Dado que este precepto establece excepciones a la presunción general de cobertura del artículo 13, las mismas deben ser interpretadas de manera particularmente restrictiva en aquellos casos en los que la expresión se con-

vierta en una verdadera y voluntaria acción violenta con clara capacidad de producir un daño a bienes jurídicos como la vida o la integridad personal de terceros.

Para la Corte Interamericana, la libertad de expresión es un derecho de “doble vía”, por cuanto abarca una dimensión individual y otra colectiva. Lo anterior significa que cualquier restricción que se produzca —por ejemplo, por una condena civil o penal a una persona a raíz de su ejercicio— no solo afectaría a la persona condenada, sino a la sociedad en su conjunto. En efecto, mientras la dimensión individual consiste en el derecho que le asiste a toda persona para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de cualquier índole y a través de cualquier medio, su dimensión social consiste en el derecho colectivo que le asiste a la sociedad, en su conjunto, a tener acceso a la información y las ideas de otras personas. Si un periodista no puede hacer una publicación, la afectación alcanza a la sociedad entera que queda privada de conocerla. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte IDH ha reconocido que, aun cuando *toda* persona, natural o jurídica, tiene derecho a la libertad de expresión, el ejercicio de este derecho por parte de periodistas y medios de comunicación (la libertad de prensa) reviste particular importancia y goza por ello de una protección especial reforzada. En palabras de la Corte, a los periodistas y a los medios de comunicación les corresponde una función esencial para el funcionamiento de la democracia: la función de mantener informada a la ciudadanía, de promover la discusión sobre los asuntos de interés general y de controlar los excesos del poder público. Ha sostenido que el periodismo constituye la “manifestación primaria y principal” de la libertad de expresión (caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*).

Atendiendo a la naturaleza y función del derecho a la libertad de expresión, la Corte IDH ha enfatizado que este protege, incluso, aquella información que es ingrata, ofensiva o perturbadora para el Estado o para una parte de la sociedad (caso *Kimel vs. Argentina*).

Cualquier restricción a la libertad de expresión, para ser considerada compatible con la Convención Americana, debe satisfacer cada uno de los requisitos del test tripartito o de necesidad: *i*) la restricción debe estar contenida en una ley tanto en sentido formal como material, y ser formulada de forma clara, concreta y precisa, libre de ambigüedades o vacíos normativos; *ii*) debe perseguir una finalidad reconocida como legítima por la Convención, y *iii*) debe ser necesaria y proporcionada para el logro de dicha finalidad (véanse los casos referidos y, adicionalmente, *Palamara Iribarne vs. Chile*, y *Tristán Donoso vs. Panamá*).

Las leyes que establecen restricciones amplias o ambiguas a la libertad de expresión tienen por lo menos tres efectos contrarios a la Convención Americana. En primer lugar, “deslegalizan” la facultad de restringir la libertad de expresión; en segundo lugar, abren un espacio a la discrecionalidad y arbitrariedad por parte de las autoridades encargadas de aplicarlas; en tercer lugar, producen un efecto intimidatorio que puede conducir a la autocensura.

Para realizar la ponderación exigida en el último paso del test tripartito, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se ha sostenido que, en aquellos casos en los que el contenido de la información publicada contribuye a un debate de interés público, tiende a prevalecer la libertad de expresión sobre los derechos o bienes enfrentados. En todo caso,

ante una duda razonable sobre si la información publicada reviste o no interés público, el derecho debe inclinarse por proteger su publicación o difusión. De ninguna otra manera puede entenderse la prelación *prima facie* del derecho a la libertad de expresar opiniones e informaciones que puedan tener relevancia para la construcción de la opinión pública o el debate democrático.

Entre más severa resulte la sanción que se impone por el presunto ejercicio abusivo de la libertad de expresión, más estricta la evaluación del cumplimiento de cada uno de los tres pasos del test de necesidad. Esto no solo como resultado del principio de legalidad, sino porque a mayor severidad de la sanción, mayor el potencial inhibitorio sobre el debate democrático. Por esta razón, resultan en principio incompatibles con la garantía de la libre expresión las restricciones de naturaleza penal respecto de expresiones de interés público, así como las restricciones de naturaleza civil que sean desproporcionadas (*Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* y *Tristán Donoso vs. Panamá*). En efecto, en todos los casos tramitados en el SIDH referidos a la imposición de sanciones penales a quien ha formulado o difundido expresiones que la Corte considera de interés público, el Tribunal ha encontrado que la sanción es desproporcionada y ha condenado al Estado. A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha considerado que las sanciones penales respecto de cualquier expresión de interés público resultan contrarias a la Convención y ha sostenido que las condenas civiles en estos mismos supuestos solo son procedentes cuando la persona cuya expresión es objeto de juicio emitió una información falsa que produjo un daño ilícito, sabiendo que la información era falsa o con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad.

Tanto para la CIDH como para la Corte Interamericana, las opiniones no pueden ser motivo de reproche estatal y, por tanto, no son objeto de responsabilidades ulteriores (caso *Kimel vs. Argentina*).

Finalmente, ambos órganos han reconocido que el derecho de acceso a la información pública está resguardado por el citado artículo 13 de la CADH. En ese sentido, todos los habitantes de la región tienen derecho a solicitar y acceder, en forma oportuna, completa y fidedigna, a la información que repose en los archivos en poder del Estado o de actores privados cuando atañen funciones, servicios o recursos públicos y la información solicitada se refiera a tales ejecuciones. La Corte ha señalado que toda restricción del derecho de acceso está sometida al test tripartito o de necesidad (caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*).

Catalina Botero

323. 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 detencio-

nes 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 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

324. 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. 1.1 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

325. 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 segu-

ridad 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 conculcación, 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

326. 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 permi-

tido. 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 (7.2) o arbitrariamente (7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (7.5), y a impugnar la legalidad de la detención (7.6) (párrs. 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

327. 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 esta, 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 este, 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 na-

cionalidad 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, este 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

328. DERECHO A LA PRIVACIDAD

Podría definirse como el derecho que toda persona tiene a separar aspectos de su vida privada del escrutinio público. A pesar de lo importante que resulta la privacidad en la vida de cualquier ser humano, este derecho no fue expresamente incluido en los primeros catálogos de derechos humanos, como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) o las Diez Enmiendas a la Constitución Estadounidense (*Bill of Rights*, 1791).

Esto podría explicar, quizá, su ausencia en el texto de muchas constituciones del mundo, incluida la mexicana. El derecho a la privacidad ha surgido, más bien, a partir de la doctrina y jurisprudencia de varios países del mundo.

Las primeras conceptualizaciones de este derecho fueron acuñadas por Samuel Warren y Louis Brandeis, quienes, en 1890, publicaron su célebre ensayo *The Right to Privacy*. En este trabajo, estos juristas estadounidenses articularon por primera vez una definición del derecho a la privacidad, el cual definieron como el derecho a no ser molestado, *the right to be let alone*. Warren y Brandeis se sintieron amenazados por una prensa que cada día invadía los más “sagrados precintos de la vida privada y doméstica” y que podía ser capaz de traspasar los límites más obvios de “la propiedad y decencia”. Para defenderse, derivaron del *common law* un derecho que le permitiera al individuo aislarse del mundo, que lo llevara a alcanzar solitud y privacidad, y, al alcanzarlas, pudiera proteger sus pensamientos, sentimientos o emociones. Para ello, utilizaron el *tort law* (derecho de la responsabilidad civil), concretamente el *right to be let alone*, que había sido utilizado por el juez Thomas Cooley para explicar el derecho a la completa inmunidad que toda persona tiene y la correspondiente obligación de los demás de no hacerle daño.

A finales de los años sesenta, el politólogo y jurista estadounidense Alan F. Westin amplió la concepción articulada por Warren y Brandeis e incluyó dentro de este derecho la facultad que toda persona tiene para controlar su información personal. Westin escribió su libro, *Privacy and Freedom*, en 1967, justo en el momento en que surgía la “sociedad de la información”. Dado que en esta sociedad la información se concibe como generadora de riqueza, era importante que la idea de privacidad quedara vinculada al control que una persona podía ejercer sobre su información personal. Westin entendió la privacidad como “el derecho que los individuos, grupos e instituciones tienen a determinar, para ellos mismos, cuándo, cómo y hasta qué punto su información personal es comunicada a los demás”. Esta dimensión del derecho a la privacidad le confiere a cualquier persona el poder de controlar su información personal. Es el individuo quien elige qué aspectos de su vida privada le revela a los demás; en qué momento lo hace y en qué nivel de detalle. Así, Westin lo entendió no solo como el derecho a estar solos, esto es, a separarnos de los demás, sino también como la facultad que tiene el ser humano para regular, mediante la revelación de su información personal, cómo interactúa con otros.

De esta forma, a partir de esas definiciones podemos decir que el derecho analizado tiene dos componentes: el primero es el derecho que toda persona tiene a aislarse de los demás: amigos, familia, vecinos, comunidad o Gobierno; esta facultad le permite escudarse de las entrometidas miradas de los demás. El segundo es el derecho a controlar la información de uno mismo, incluso después de haberla divulgado; esto quiere decir que cada quien elige cuándo, cómo y hasta qué grado desea compartir su información personal. Esta dimensión le permite al ciudadano participar activamente en sociedad sin necesidad de renunciar al control de su información personal.

Si se toman como punto de partida estas definiciones, se podrá descubrir que el derecho a la privacidad resguarda una zona de libertad y autonomía que son fundamentales para la realización del ser humano. En dicha zona convergen distintos espacios como el domicilio, las comunicaciones, la familia, el cuerpo, la

información personal. En todos ellos, las personas deben encontrar privacidad no solo para disfrutar de libertad y autonomía, sino para poder desarrollar su individualidad. Por este motivo, en una sociedad democrática, las invasiones a la privacidad deben considerarse como la excepción y nunca podrán convertirse en la regla. Esto quiere decir que las intromisiones en la vida privada de las personas únicamente podrían darse en casos justificados y forzosamente deberán estar autorizadas por el orden jurídico.

Aunque la Constitución mexicana de 1917 no consagró expresamente el derecho en estudio, nuestros constituyentes sí previeron algunas protecciones aisladas sobre distintos aspectos relacionados con nuestra privacidad. El artículo 16 constitucional señala que tenemos el derecho a no ser molestados en nuestras personas, familias, domicilios, papeles y posesiones, a menos que se cuente con una orden escrita firmada por autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. Esta disposición también precisa que las comunicaciones privadas son inviolables y que solo podrán interceptarse cuando se tenga una orden expedida por un juez federal a solicitud de una autoridad federal competente o el ministerio público de una entidad federativa. De igual modo, señala que la correspondencia deber circular, libre de todo registro, por todo el territorio nacional, y que en tiempos de paz ningún militar puede alojarse “en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna”. Es en virtud de todas estas protecciones que se considera al artículo 16 de la Constitución mexicana como el fundamento constitucional de tal derecho. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su jurisprudencia, ha validado en reiteradas ocasiones este criterio.

A diferencia de otros derechos fundamentales, el derecho a la privacidad puede ser violado tanto por el Estado como por otros particulares. Las protecciones constitucionales antes descritas les son oponibles exclusivamente a las autoridades estatales. En el caso de particulares, el orden jurídico busca evitar que sea vulnerado a partir del establecimiento de ciertas sanciones, principalmente las de tipo penal. Los delitos de allanamiento de morada o violación de correspondencia son ejemplos claros de cómo los códigos penales buscan inhibir que los particulares se entrometan en la vida privada de las personas.

Este derecho no es absoluto, pues su ejercicio puede llegar a entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad de expresión, de imprenta, o el derecho de acceso a la información pública. También puede contraponerse con la salvaguarda de ciertos valores de interés general, como la prevención del delito o la preservación de la seguridad y salud públicas. Esto quiere decir que —al igual que cualquier otro derecho fundamental— puede admitir límites, siempre que estos se encuentren previstos en la propia Constitución o en la ley. En tales casos, deberá ponerse atención a los diferentes contextos sociales en los que pudiera llegar a ocurrir el conflicto de derechos, para que pueda encontrarse un balance adecuado y se dé cabida a todos los valores que, eventualmente, pudieran entrar en conflicto.

Diego García Ricci

329. DERECHO A LA PROPIEDAD

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 estos 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 dere-

chos 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

330. DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha construido una plataforma jurisprudencial importante sobre la cual interpretar los aspectos que se desprenden del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Por un lado, se establece que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes y, por otro, se hace referencia a que este podrá subordinarse al interés social o a la utilidad pública. Los alcances de este derecho se construyen sobre la base de dos narrativas en principio contrapuestas. Así, para la jurisprudencia interamericana, establecer los alcances del uso y goce de la propiedad ha resultado en la construcción de un modelo de mediación entre la persona o los colectivos (pueblos indígenas y tribales) y el Estado.

Algunas sentencias de la Corte IDH que sirven para caracterizar el concepto de *bien* son: *Cinco Pensionistas vs. Perú* (sentencia de 28 de febrero de 2003, núm. 98); *Ivcher Bronstein vs. Perú* (sentencia de 6 de febrero de 2001, núm. 74); *Abrill Alosilla y otros vs. Perú* (sentencia de 4 de marzo de 2011, núm. 223); *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (sentencia de 21 de noviembre de 2007, núm. 172); *Familia Barrios vs. Venezuela* (sentencia de 24 de noviembre de 2011, núm. 237); *Furlan y familiares vs. Argentina* (sentencia de 31 de agosto de 2012, núm. 246); *Palamara Iribarne vs. Chile* (sentencia de 22 de noviembre de 2005, núm. 135); *Perozo y otros vs. Venezuela* (sentencia de 28 de enero de 2009, núm. 195); *Salvador Chiriboga vs. Ecuador* (sentencia de 6 de mayo de 2008, núm. 179), o *Barbani y Duarte y otros vs. Uruguay* (sentencia de 26 de junio de 2012, núm. 243).

En *Abrill Alosilla y otros vs. Perú*, por ejemplo, la Corte IDH determinó que el concepto amplio de propiedad comprende el uso y goce de los bienes, conforme a lo establecido en el propio artículo 21 de la Convención. Los bienes son definidos como cosas materiales apropiables o como objetos intangibles, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Asimismo, la Corte IDH ha reconocido y protegido los derechos adquiridos, mismos que define como aquellos que se han incorporado al patrimonio de las personas.

En *Ivcher Bronstein vs. Perú* se entendió que las acciones del empresario Ivcher Bronstein formaban parte de su patrimonio y que la actuación del Estado peruano había violentado el derecho a la propiedad del demandante. En este asunto, Perú revocó la nacionalidad del empresario de origen israelí, lo cual permitió una serie de hechos que en la práctica significaron la salida de

Bronstein del Consejo Directivo de la empresa en la que era accionista mayoritario (un canal de televisión con línea editorial incómoda para el régimen de Alberto Fujimori). Esta sentencia es ejemplar por no circunscribir la privación de los bienes hecha por el Estado a la expropiación formal (directa) o a la desposesión, sino que reconoce que se debe examinar cada caso en particular para comprobar si efectivamente se vulneró el derecho a la propiedad “más allá de las apariencias”.

Palamara Iribarne vs. Chile es una sentencia relevante para el resguardo de la propiedad intelectual y los derechos de autor. En dicha oportunidad, luego de que el quejoso (un militar que publicó el libro *Ética y Servicios de Inteligencia*) denunciara que el Estado chileno, entre otras acciones, incautó ejemplares del libro, originales del texto, un disco que contenía el texto íntegro y la matricería electrostática de la publicación, la Corte IDH estableció que los derechos de autor comprenden el aprovechamiento, la autoría y la integridad de la obra, así como la facultad de difundir la creación realizada. Asimismo, reconoce que en este caso la vulneración del derecho a la propiedad se encuentra íntimamente relacionada con la vulneración del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

Uno de los aspectos en los que la Corte IDH ha generado perspectivas innovadoras con respecto a la concepción de propiedad es cuando analiza la tenencia colectiva de pueblos originarios o tribales. Las sentencias *Comunidad Indígena Sawhoyamasa vs. Paraguay* (sentencia de 29 de marzo de 2006, núm. 146) y *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (sentencia de 31 de agosto de 2001, núm. 79) son las más recurridas para comprender esta dimensión de la propiedad. Más recientemente debemos resaltar las sentencias en *Pueblos Kalina y Lokono vs. Surinam* (25 de noviembre de 2015, núm. 309) y *Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku vs. Ecuador* (27 de junio de 2012, núm. 245). Para la Corte no es necesario sustentar la propiedad comunal con un título de propiedad, la presencia ancestral en determinados territorios es una condición suficiente para su pleno reconocimiento.

Los recursos naturales, en su relación estrecha con el desarrollo, supervivencia y defensa cultural de comunidades indígenas o tribales, adquieren en la jurisprudencia de la Corte IDH una dimensión interesante, pues cuando se describe la relación de estas comunidades con el entorno ancestral, se reconoce que el uso y goce de bienes se articula alrededor de sus cosmovisiones y toma una dimensión diferente al de la propiedad privada “ordinaria”.

A la par de la definición extensiva de los bienes la Corte también ha abordado lo relacionado con las limitaciones al derecho a la propiedad referidas específicamente en la propia Convención, estableciendo que es necesario que estas se construyan a partir del cumplimiento de ciertos elementos. Si un Estado logra acreditar el interés social y/o la utilidad pública, puede compatibilizarse la privación de bienes con el derecho a la propiedad. Para tal efecto, es necesario que la privación se fundamente en la ley, que la restricción o privación sea proporcional y necesaria, que se logre una indemnización justa y, por su puesto, que la restricción tenga el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, la Corte ha considerado que los Estados deben valorar, caso por caso, las restricciones

que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre otro (propiedad privada contra utilidad pública).

Así, como se ha referido, en el fallo *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (sentencia de 17 de junio de 2005, núm. 125), la Corte consideró que los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio, que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

En relación con los pueblos indígenas y tribales, la Corte también ha reconocido que estos pueblos difícilmente pueden sustentar la posesión de bienes en los términos y concepciones tradicionales bajo los que se concebía el uso y goce de bienes. Este escenario dificulta el pleno ejercicio del derecho a la propiedad y las acciones jurídicas en caso de inconformidad ante una acción de desposeimiento. En este sentido, es importante referir que los derechos de recuperación y reivindicación de tierras son otros alcances que se han visto enriquecidos por la jurisprudencia de la Corte IDH.

La indemnización constituye un principio general de derecho internacional y, en este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha hecho evidente que el imperativo de esta proviene de encontrar el equilibrio justo entre el interés público y el privado. Asimismo, se entiende que esta compensación debe ser adecuada, pronta y efectiva. También es importante recordar que la privación de bienes debe tomar en consideración el valor comercial que sea anterior a la declaratoria de utilidad pública. En lo que atañe a los pueblos indígenas, la Corte ha considerado (*Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*) que si se decide dar prioridad a la propiedad privada sobre la comunal, deberá ofrecerse a la comunidad tierras alternativas o una indemnización en dinero o en especie, así como garantizarle la posibilidad de participar de cómo se dará esa reparación.

Marycarmen Color Vargas

331. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE 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 molestarse 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

332. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

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, se 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

333. 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, impli-

cando 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, esta 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, esta 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 APELANTE 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 CONDENAS 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 3o., 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 EX-

CEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD, NO EXIME AL JUEZ DE DICTAR AQUELLA 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 CONCILIATORIO, 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 inculcado 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 esta 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 OMISIÓN DE SU AUXILIO OPORTUNO PARA CUMPLIMENTAR LAS DECISIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL, IMPLICA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN 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

334. 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 inconventionalidad se declara solo 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 Inter-

americana 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 Reeducación 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

335. DERECHO A LA 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 indiscriminada, 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 esta 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

336. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Consiste en el derecho a conseguir y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: *a)* la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidentes laborales, vejez o muerte de un familiar; *b)* gastos excesivos de atención de salud, y *c)* apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y familiares a cargo (Comité DESC, Observación general 19, El derecho a la seguridad social, párr. 2).

El artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Este derecho también se encuentra reconocido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Protoco-

lo de San Salvador, el cual, en su artículo 9, estipula lo siguiente: “Derecho a la Seguridad Social 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

En el ámbito nacional, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos lo reconoce en el artículo 123, cuyo apartado A (sobre personas trabajadoras del sector privado), fracción XXIX, señala que la Ley del Seguro Social es de utilidad pública y deberá comprender diversas cuestiones encaminadas a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares. El apartado B (personas trabajadoras del Estado) regula la seguridad social en la fracción XI.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), en la citada Observación general 19, ha explicado que “el derecho a la seguridad social incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”.

En el mismo documento desarrolló los elementos fundamentales de este derecho, entre los que se encuentran: *a) disponibilidad*, es decir, la existencia de un sistema que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales; *b) riesgos e imprevistos sociales*, entre los que se incluye, por ejemplo, las prestaciones familiares y la maternidad; *c) nivel suficiente*, esto es, que las prestaciones deben ser suficientes en importe y duración; *d) accesibilidad*, la cual implica que exista cobertura para todas las personas, que las condiciones para acogerse a las prestaciones sean “razonables, proporcionadas y transparentes”, que sea asequible para todas las personas, que se permita la participación e información de las personas beneficiarias y que estas tengan acceso físico a los servicios de seguridad social, y *e) relación con otros derechos*, pues el derecho a la seguridad social contribuye en gran medida a reforzar el ejercicio de otros derechos humanos.

Además, en la citada Observación general 19, el Comité DESC ha destacado que todas las obligaciones previstas en la parte III del Pacto (entre las que se incluye la seguridad social) deben garantizarse sin discriminación; que debe garantizarse la igualdad de género; que los Estados parte deben tomar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para que los sistemas de seguridad social incluyan a los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, incluidos los trabajadores a jornada parcial, los trabajadores ocasionales, los empleados por cuenta propia y las personas que trabajan en su domicilio, o quienes trabajan en la economía no estructurada.

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo existen 22 convenios relacionados con la seguridad social, entre los que se encuentran: el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), de 1952 (núm. 102,

en vigor desde el 27 de abril de 1955 y ratificado por México el 12 de octubre de 1961), que regula las obligaciones de los Estados parte en materia de seguridad social; el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), de 1962 (núm. 118, en vigor desde el 25 abril de 1964 y ratificado por México el 6 de enero de 1978); el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de 1964 [Cuadro I modificado en 1980] (núm. 121, en vigor desde el 28 julio de 1967, no ratificado por México); el Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 1967 (núm. 128, en vigor desde el 1 de noviembre de 1969, no ratificado por México); el Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, de 1969 (núm. 130, en vigor desde el 27 mayo de 1972, no ratificado por México); el Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, de 1982 (núm. 157, en vigor desde el 11 septiembre de 1986, no ratificado por México), y el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, de 1988 (núm. 168, en vigor desde el 17 octubre de 1991, no ratificado por México).

Lelia Jiménez Bartlett

337. 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 pálidamente 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, *S7F* 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

338. DERECHO A LA VIDA (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce el derecho de toda persona “a que se respete su vida”, por lo que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” y, como consecuencia, los Estados tienen la obligación internacional de adoptar las medidas necesarias para respetar, garantizar, preservar y proteger el derecho a la vida.

El titular de este derecho es “toda persona”, entendiendo por tal al “ser humano”. Ese reconocimiento respecto a toda persona está, a su vez, reforzado por la cláusula general de no discriminación, contenida en el artículo 1 de la Convención Americana.

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el derecho a la vida que tiene toda persona humana es la condición previa necesaria para la realización y disfrute de todos los demás derechos.

En efecto, de no ser respetado y garantizado el derecho a la vida, los demás derechos de la persona se desvanecen, ya que se afecta la existencia misma de su titular. En tal razón, no son aceptables las restricciones del derecho a la vida que configuran una violación a la CADH y que, en consecuencia, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados parte.

A diferencia del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humana-

nos (CEDH), la CADH introduce en el reconocimiento del derecho a la vida una referencia a la protección “en general, a partir del momento de la concepción”. La Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica* (sentencia de 28 noviembre de 2012, núm. 257), analizó el contenido y alcance del artículo 4.1 y 1.2 de la CADH, estableciendo por primera vez el alcance de la protección del derecho a la vida conforme a las siguientes pautas interpretativas: *i*) el sentido corriente de los términos; *ii*) su interpretación histórica y sistemática; *iii*) su interpretación evolutiva, y *iv*) su interpretación conforme al objeto y fin del tratado. En este caso, la Corte concluyó que la protección del derecho a la vida se inicia a partir del momento de la implantación, y que tal protección debe ser incremental conforme al desarrollo gestacional, el cual debe ponderarse con todos los derechos humanos involucrados.

La contrapartida del derecho de toda persona a la vida es la obligación internacional de los Estados de respetarlo, garantizarlo y protegerlo. De esta suerte, el incumplimiento de esa obligación a causa de la acción u omisión del Estado genera su responsabilidad internacional y, por tanto, su obligación de reparar los daños causados.

La Corte IDH ha realizado consideraciones respecto a cuándo las conductas de los agentes del Estado pueden constituir violaciones al derecho a la vida y, así, acarrear la responsabilidad internacional del Estado. En este sentido, en el caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia* (sentencia de 15 de septiembre de 2005, núm. 134), reiteró que la responsabilidad internacional de los Estados ocurre con independencia de la jerarquía del órgano transgresor, del grado de culpabilidad de la persona perpetradora, e incluso no requiere, a estos efectos, la identificación individual del agente transgresor (párr. 110). Asimismo, en la citada sentencia reafirmó que la responsabilidad internacional del Estado puede incluso derivarse de conductas realizadas por *particulares*, en la medida en que se encuentren en posición de *garantes* con relación a ellas (párr. 111). En todo caso, conforme a la naturaleza de la responsabilidad internacional del Estado, esta se genera adicionalmente cuando el Estado no ha reparado en el derecho interno las violaciones ocurridas por sus propios medios (párrs. 111 y 113).

Por consiguiente, el Estado es responsable internacionalmente por la violación del derecho a la vida de las personas, en términos generales, cuando no cumple con sus obligaciones de garantizar, respetar y proteger este derecho convencional; y, en concreto: *i*) por los *actos u omisiones* de *cualquier poder u órgano* del Estado, cometidos directamente por sus *agentes*; *ii*) por las *conductas de terceros*, cuando ha ocurrido el *apoyo, la tolerancia* o la *omisión* del Estado o cuando este último se encuentre en posición de *garante* de dichas obligaciones; *iii*) cuando el Estado esté en conocimiento de una situación de *riesgo real e inmediato* para un individuo o grupo de individuos determinado, así como de las posibilidades razonables de prevenirlo o evitarlo y, en todo caso, (*iv*) por la falta de reparación en el derecho interno de las violaciones de derechos humanos.

Las Corte Interamericana, en el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (sentencia de 24 de agosto de 2010, núm. 214), recordó las obligaciones que tienen los Estados en materia de derecho a la vida, afirmando que estas son de carácter tanto negativo compositivo. Además, la Corte ha determinado que la protección del derecho a la vida no se limita formalmente “a sus legisladores, sino a toda institución estatal, y a quienes deben resguardar

la seguridad, sean estas sus fuerzas de policía y a sus fuerzas armadas” (caso *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, núm. 99, párr. 110). Por ende, el Estado no solo debe crear las condiciones necesarias adecuadas, sino que estas deben ser aplicadas de una forma efectiva para asegurar el *efecto útil* de este derecho.

Vinculado a la protección especial que deben recibir las *mujeres y las niñas* es importante resaltar que en el caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala* (sentencia de 19 de noviembre de 2015, núm. 307, párr. 202), la Corte Interamericana recordó que el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará instituye deberes del Estado de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, los cuales especifican y complementan sus obligaciones generales respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la CADH, tales como los establecidos en los artículos 4 y 5. Esto demuestra que en casos de violencia contra la mujer (definida en la Convención de Belém do Pará 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”), los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, obligaciones específicas a la luz de la Convención de Belém do Pará.

Finalmente, el derecho a la vida goza de una serie de restricciones para su limitación por parte del Estado. Así, no admite regulaciones de carácter restrictivo y, de conformidad con el artículo 27.2 de la CADH, se encuentra enmarcado en los derechos no sujetos a suspensión por el Estado (orden público), “como uno de los derechos que no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes” (caso *Baldeón García vs. Perú*, sentencia de 6 de abril de 2006, núm. 147, párr. 82). Esto implica que las obligaciones convencionales relativas al derecho a la vida no pueden ser restringidas ni suspendidas, ni siquiera en estados de excepción; y que su regulación debe hacerse mediante ley, sujeta a los estrictos parámetros de necesidad, proporcionalidad y mínima afectación.

Cuando ocurre la violación del derecho a la vida de una persona, surge la obligación al Estado de *investigar y sancionar* dicha conducta y reparar a las víctimas, como ha sido desarrollado por la Corte Interamericana desde sus primeras sentencias de fondo y de reparaciones en el caso líder *Velásquez Rodríguez*. En este sentido, ha señalado que “es fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida y castiguen a todos sus responsables.” De lo contrario, “se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que este tipo de hechos vuelva a repetirse, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida” (sentencia de 29 de julio de 1988, núm. 4, párr. 174). Asimismo, ha precisado que “una de las condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida se refleja necesariamente en el deber de investigar las afectaciones a ese derecho” (caso *de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párr. 117). También ha establecido que, derivado de la obligación de garantizar, la obligación de investigar “debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.” La obligación de investigar los casos de violaciones al derecho a la vida constituye un elemento central para determinar la responsabilidad del Estado en un caso concreto (párr. 137).

Por ello, ante la violación del derecho a la vida, la *reparación integral* requiere además de la investigación y sanción de los responsables, las medidas de reparación integral, incluida la exigencia al Estado de *indemnizar* a los familiares de la víctima, incluyendo no solo el daño emergente y el lucro cesante (incalculables en muchos casos en lo que se refiere al derecho a la vida), sino también teniendo en cuenta el *proyecto de vida* de la persona cuya vida fue arbitrariamente tomada. La Corte ha señalado que el *proyecto de vida* “se expresa en las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar, posibles en condiciones normales” (caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2012, núm. 246, párr. 285) y ha indicado que “la reparación integral del daño al ‘proyecto de vida’ generalmente requiere medidas reparatorias que vayan más allá de una mera indemnización monetaria, consistentes en medidas de rehabilitación, satisfacción y no repetición.” Ahora bien, en algunos casos particulares, pueden resultar indispensables otros tipos de *reparaciones complementarias* a favor de las víctimas y sus familiares. En el *Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*, la sentencia de reparaciones incluye como modalidades de reparaciones: *a)* la consagración formal de delitos internacionales (en este caso, la desaparición forzosa) dentro del ordenamiento jurídico penal del Estado (sentencia de 27 de febrero de 2002, núm. 92, párr. 98); *b)* combatir la impunidad e investigar, identificar y sancionar a los responsables de los hechos que constituyen violación al derecho a la vida (párr. 111), y *c)* ubicar los restos mortales de la persona víctima de la privación de la vida (párr. 114).

La Corte IDH subrayó por primera vez en el caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* la necesidad de ir más allá de las medidas de restitución en los casos de violencia contra la mujer y de elaborar reparaciones orientadas a abordar el contexto de la discriminación estructural que promueve la repetición de los casos de violencia contra la mujer (sentencia de 16 de noviembre de 2009, núm. 205, párr. 450).

El artículo 4 de la Convención Americana regula, asimismo, las restricciones a la *pena de muerte* en 5 de sus 6 numerales, permitiendo excepcionalmente su aplicación, bajo ciertas condiciones y límites, que para ese momento no la habían abolido. En términos generales, la propia Convención contiene un propósito abolicionista, que se desarrolló en la jurisprudencia y se concretó en su Protocolo posterior (Protocolo a la CADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Adoptado el 8 de junio de 1990, vigente a partir del 28 de agosto de 1991). Para la Corte Interamericana, “[el] asunto está dominado por un principio sustancial expresado por el primer párrafo, según el cual ‘toda persona tiene derecho a que se respete su vida’ y por un principio procesal según el cual nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (OC-3/83, párr. 53). Así, aun cuando la CADH no prohíbe expresamente la aplicación de la pena de muerte, la Corte ha establecido que las normas convencionales en dicha materia deben interpretarse en el sentido de “limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que [esta] se vaya reduciendo hasta su supresión final” (caso *Wong Ho Wing vs. Perú*, sentencia de 30 de junio de 2015, núm. 297, párr. 126). Por tanto, las disposiciones de la Convención referentes a la aplicación de la pena de muerte deben interpretarse a la luz del principio *pro personae*, es decir, a favor del derecho a la vida de las personas.

De conformidad con el artículo 4 de la CADH, la Corte Interamericana ha agrupado en tres categorías las *limitaciones* para la aplicación de la pena de

muerte en los Estados donde todavía estaba vigente: *i*) la aplicación de la pena está sujeta a ciertas reglas procesales, cuya aplicación debe vigilarse y exigirse de modo estricto; *ii*) solo debe aplicarse a los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos, y *iii*) debe tomarse en cuenta ciertas consideraciones propias de la persona del reo.

El artículo 4 de la CADH claramente prohíbe la privación arbitraria a la vida, lo cual puede contraponerse a la privación “legal” de la vida, como podrían ser determinados casos autorizados por el derecho internacional humanitario en situaciones extremas de conflictos armados entre fuerzas combatientes y ante blancos militares justificados o, excepcionalmente, como resultado del uso excepcional, necesario, razonable, proporcional y justificado de la fuerza por los agentes del orden público para salvar la vida de otras personas. Es evidente que en todos los demás casos estamos ante privaciones arbitrarias de la vida, como es el caso de la *ejecución extrajudicial*, prohibida por la CADH, la cual ocasiona la responsabilidad internacional del Estado, tanto por el incumplimiento de su obligación de no hacer (no ejecutar arbitrariamente) como por el incumplimiento de sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar en caso de existir una ejecución extrajudicial.

Justamente con relación a la obligación de investigar, en materia de ejecuciones extrajudiciales, la Corte Interamericana, en *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, identificó *estándares especiales para la realización de dicha investigación*, fundada en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas. En este sentido, la investigación en los casos de ejecuciones extrajudiciales debe conducir hacia: *i*) identificar a la víctima; *ii*) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte de la víctima; *iii*) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones; *iv*) identificar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, al igual que la existencia de algún patrón que pueda haberla causado; *v*) distinguir los casos de muerte natural, accidental, suicidio y homicidio, y *vi*) investigar exhaustivamente la escena del crimen, realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más adecuados.

Y por cuanto ve a las *desapariciones forzadas de personas* en el derecho internacional, la Corte Interamericana, desde su primera sentencia, ha tratado a este delito grave contra los derechos humanos como una violación de carácter *pluriofensivo*, de tal forma que genera la responsabilidad internacional del Estado por violación al derecho a la vida (art. 4 CADH), la integridad personal (art. 5 CADH), la libertad personal (art. 7 CADH) y la personalidad jurídica (art. 3 CADH).

Carlos Ayala Corao

339. 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 cual-

quier 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 este 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 diciem-

bre 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

340. 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 desenvolverse 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, este 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 (Irak). 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 *Aloboetoe 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 este 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

341. 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 esta 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 sobre 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 Yakye Axa*, “*Instituto de Reeducación 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

342. 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 reglamenten 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

343. 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 concierna, 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

344. DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

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 cláusula” (*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

345. 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 prevaletentes 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 —promovida 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 wheter it was false or nob*»)”. 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 Rosebloom, 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

346. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

En el orden jurídico mexicano, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental *creado* jurisprudencialmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Aunque en la actualidad existe una referencia expresa a este derecho en la regulación sobre los delitos que merecen prisión preventiva oficiosa prevista en el artículo 19 constitucional —como resultado de una reforma de julio de 2011—, anteriormente no había ninguna norma constitucional que de manera explícita lo mencionara.

Sin un asidero constitucional expreso, la Suprema Corte señaló en la sentencia que resolvió el amparo directo 6/2008 que el libre desarrollo de la personalidad *deriva* del derecho a la dignidad humana, que a su vez está previsto en el artículo 1 constitucional, y se encuentra *implícito* en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por nuestro país. Como puede observarse, más que “interpretación” de un texto normativo, la creación jurisprudencial de un derecho requiere desplegar una labor de “construcción”

(Guastini, 2014), que consiste en extraer una norma constitucional *implícita* a partir de lo que expresamente dice la Constitución.

Por lo demás, es importante señalar que la creación jurisprudencial de derechos es una práctica bastante extendida entre los altos tribunales encargados de tutelar los derechos fundamentales previstos en las constituciones —cortes supremas y tribunales constitucionales— y los tribunales internacionales que tienen encomendada la protección de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales. Así, no es en absoluto extraño que estos amplíen por la vía jurisprudencial el catálogo de derechos contemplado en los ordenamientos nacionales e internacionales.

Como su nombre lo indica, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un “derecho de libertad”. En términos de la conocida distinción acuñada por Isaiah Berlin en 1969 (“Two Concepts of Liberty”, en Hardy (ed.), 2002), puede decirse que este derecho comporta una *libertad positiva*, entendida como la posibilidad que tiene una persona de autogobernarse, puesto que permite realizar determinadas *conductas* o tomar ciertas *decisiones* con la finalidad de materializar el plan de vida elegido por cada persona. No obstante, este derecho también puede verse como una *libertad negativa* que se erige como un *límite* al poder del Estado sobre el individuo. Desde esta perspectiva, las autoridades estatales tienen el deber de *abstenerse* de obstaculizar o impedir la realización de las conductas amparadas por este derecho.

En la sentencia citada (amparo directo 6/2008), la Suprema Corte explicó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad permite “la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo”, lo que supone “el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, es decir, es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera”.

Desde un punto de vista conceptual, puede distinguirse la dimensión *externa* de la dimensión *interna* del derecho en estudio. La primera da cobertura a una genérica “libertad de acción” que permite llevar a cabo cualquier actividad que contribuya a alcanzar un determinado plan de vida; mientras que, en su dimensión interna, el derecho protege una “esfera de privacidad” en contra de las interferencias que limitan la capacidad de las personas para tomar ciertas decisiones (Eberle, 2012).

En este orden de ideas, surge de manera inevitable una pregunta: ¿qué conductas y/o decisiones *específicas* están amparadas por el libre desarrollo de la personalidad? Por la forma en la que jurisprudencialmente este derecho se ha desarrollado, no es posible establecer una “lista cerrada” de las acciones y/o decisiones protegidas. La doctrina constitucional de la SCJN no se ha ocupado de trazar un “perímetro” claramente delimitado que permita anticipar con cierta seguridad las conductas a las que da cobertura el libre desarrollo de la personalidad. La metodología utilizada para darle contenido ha consistido en preguntarse en *casos concretos* si una determinada acción o decisión individual se encuentra amparada por este derecho. Cuando la respuesta ha sido afirmativa, la Suprema Corte ha utilizado el contenido del derecho para enjuiciar la constitucionalidad de leyes que prohibían, obstaculizaban o dificultaban esas acciones o decisiones.

De esta manera, a diferencia de otros derechos fundamentales, el contenido del libre desarrollo de la personalidad tiene un alto grado de *indeterminación*, puesto que todas las conductas que no están protegidas por un derecho de libertad específico (libertad de movimiento, libertad de creencias, libertad de asociación, libertad económica, libertad de trabajo, etc.) pueden estar *potencialmente* protegidas por el libre desarrollo de la personalidad. Así, en la doctrina constitucional comparada se ha explicado que este derecho brinda protección a un “área residual de libertad” que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas (Díez-Picazo, 2005). En palabras del Tribunal Constitucional alemán, el derecho al libre desarrollo de la personalidad entraña una “libertad indefinida” que *complementa* las otras libertades más específicas, puesto que su función es salvaguardar la “esfera personal” que no se encuentra protegida por las libertades más tradicionales y concretas (BVerfGE, caso *Elfes*, sentencia de 16 de enero de 1957).

En el caso mexicano, la SCJN ha utilizado este derecho para dar cobertura constitucional a decisiones personales muy importantes vinculadas a la autonomía personal: la reasignación sexo-genérica de una persona en su acta de nacimiento (amparo directo 6/2008); la decisión de uno de los cónyuges de disolver el matrimonio, sin que para ello se requiera probar una causal de divorcio (contradicción de tesis 73/2014), y la posibilidad de contraer matrimonio con una persona del mismo sexo (acción de inconstitucionalidad 28/2015), aunque cabe señalar que las primeras aproximaciones a este último tema en la jurisprudencia mexicana se realizaron con apoyo en el derecho a la igualdad y no discriminación.

En la línea del Tribunal Constitucional Federal alemán, que ha desarrollado este derecho fundamentalmente a partir de casos relacionados con “actividades de ocio y esparcimiento” (Kommers y Miller, 2012), la Suprema Corte mexicana también se ha ocupado de vincular este tipo de actividades con el libre desarrollo de la personalidad. Al resolver el amparo en revisión 237/2014 señaló que el consumo de marihuana para fines lúdicos, así como todas las acciones necesarias para estar en posibilidad de llevar a cabo el autoconsumo, son conductas protegidas por este derecho. Por lo demás, esta decisión fue utilizada como punto de partida para declarar la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta de realizar estas acciones, derivada del “sistema de prohibiciones administrativas” previsto en la Ley General de Salud, que impedía a la autoridad administrativa otorgar una autorización para realizarlas.

Como puede apreciarse, el “carácter abierto” del libre desarrollo de la personalidad lo hace especialmente propicio para articular reivindicaciones de protección constitucional respecto de conductas y/o decisiones estrechamente vinculadas con la autonomía personal en ámbitos especialmente sensibles y de gran relevancia social. En este sentido, es previsible que este derecho sea invocado cada vez con mayor frecuencia, especialmente por las personas y organizaciones que desde la sociedad civil impulsan una agenda de ensanchamiento y profundización de las libertades públicas. Así, no sería extraño que en el futuro veamos impugnaciones en las que se enjuicie, por ejemplo, la constitucionalidad de las normas que criminalizan la interrupción del embarazo o el consumo de drogas utilizando al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad como parámetro de validez.

Arturo Bárcena Zubieta

347. DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE SANO

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 independientes) 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 na-

turaliza”). 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

348. DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE SANO (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 *Köktepe 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; *Dés 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 *Oneryıldız 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, 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; *Unver 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, *Comisión 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 euro-

peas, 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 (embleática, 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

349. DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE SANO (JURISPRUDENCIA ITALIANA)

La expresión “medio ambiente” tiene un valor polisémico con lo que resulta complicada la determinación de sus contornos definitivos; 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 te-

ner 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”).

Si, originalmente, la Constitución italiana solo 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 estas 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.

Caterina Drigo

350. DERECHO AL MÍNIMO EXISTENCIAL (MATERIA FISCAL)

Concepto. Es la protección del ingreso o la renta mínima que obtiene una persona física y que destina a sufragar sus necesidades básicas: vivienda, salud, educación, alimentos y bienes culturales. Este concepto nace en la economía política y busca la exención de impuestos a las rentas mínimas para salvaguardar la vida digna de las personas. En México, se introdujo por la interpretación jurisprudencial del impuesto sobre la renta y su gravamen a la indemnización por despido injustificado (amparo en revisión 1780/2006, cuyo ponente fue el ministro José Ramón Cossío Díaz y el secretario Juan Carlos Roa Jacobo).

Es así que, gracias a criterios jurisprudenciales, este ingreso mínimo está resguardado a nivel constitucional. En nuestra concepción, el derecho al mínimo existencial es un derecho humano que se ancla en varios preceptos cons-

titucionales, como son el 1, 4, 31, fracción IV, y 123, entre otros. Sin embargo, este derecho ha encajado en nuestro sistema tributario por virtud de la interpretación del artículo 31, fracción IV, que establece los derechos humanos de los contribuyentes o los principios materiales de justicia tributaria.

El derecho al mínimo existencial o vital en el ámbito tributario está vinculado a la capacidad contributiva. Para nosotros, es el núcleo de la capacidad contributiva subjetiva y que no debe gravarse, al ser el ingreso mínimo que obtiene una persona para destinarlo a gastos necesarios e indispensables. En otros sistemas tributarios, la exención general de la renta mínima se ha concebido como el mecanismo idóneo para protegerla de cualquier intervención legislativa; sin embargo, en México, al no estar expresamente contemplada en la ley del impuesto sobre la renta, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha considerado otros instrumentos dentro del mencionado impuesto para salvaguardar ese ingreso mínimo, como son las deducciones, amonorraciones en la tasa, exenciones, reducciones y subsidios, porque de otra manera este impuesto hubiese quedado al margen de la protección a este derecho (criterio reflejado en la tesis aislada X/2013 (9a.), emitida por el Pleno de la SCJN, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, lib. 1, diciembre de 2013, de rubro: “Derecho al mínimo vital. El legislador cuenta con un margen de libre configuración en cuanto a los mecanismos que puede elegir para salvaguardarlo”).

Jurisprudencia. Como hemos señalado, en la jurisprudencia mexicana este derecho se ha fundamentado en los artículos 1 y 31, fracción IV de la Constitución federal. Ahora bien, lo destacado de las tesis aisladas referidas al mínimo vital es su motivación en la dignidad humana (amparo en revisión 811/2008, resuelto por la Primera Sala de la SCJN el 5 de noviembre de 2008). En relación con ello, encontramos otras tesis que se refieren a la configuración de los elementos cuantitativos del impuesto sobre la renta, específicamente a la “tasa y tarifa”. En este aspecto, la Primera Sala se pronunció en el sentido de que el legislador tiene libre configuración para establecer los elementos esenciales de la contribución; sin embargo, está limitado por una banda, hacía arriba, por el principio de no confiscatoriedad, y hacía abajo, por el mínimo existencial (tesis 1a./J.77/2011 (9a.), emitida por la Primera Sala de la SCJN, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, agosto de 2011, t. XXXIV, de rubro “Proporcionalidad tributaria. El legislador cuenta con un margen amplio de configuración, al definir las tasas y tarifas”).

Tal como mencionábamos, respecto del impuesto sobre la renta hay otros mecanismos para salvaguardar el ingreso mínimo, entre ellos el que prevé el artículo 93 constitucional, que sanciona las exenciones a las indemnizaciones por riesgos de trabajo o enfermedades, o bien, las jubilaciones o pensiones. En nuestra opinión, también dentro de la protección del derecho al mínimo vital están las deducciones personales establecidas en el mencionado impuesto, como es el caso de los intereses reales de créditos bancarios, gastos médicos, hospitalarios, entre otros.

Poco a poco, los criterios jurisprudenciales han ampliado el anclaje de este derecho en otros preceptos constitucionales de corte laboralista, que nacieron de la reivindicación de los derechos de los trabajadores, como es la protección del salario mínimo establecida en la fracción VIII, apartado A, del artículo 123 de la Constitución federal, naciendo la interpretación jurisprudencial de

que el salario mínimo de los trabajadores también queda exceptuado de cualquier tipo de gravamen. En el ámbito tributario, ello tiene fundamento en el artículo 31 constitucional, fracción IV (tesis P. VIII/2013 (9a.), emitida por el Pleno de la SCJN, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, lib. 1, diciembre de 2013, t. I, de rubro: “Derecho al mínimo vital. Sus alcances en materia tributaria”). Por otra parte, con la reforma de 2011 al artículo 1 constitucional, en nuestra consideración, se deberá ampliar la fundamentación en las convenciones sobre derechos humanos, como sería el caso del artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (2 de mayo de 1948), de la que México es parte. En esta misma dirección, también se deberá interpretar conforme a los artículos 6, párrafo 1, sobre el derecho al trabajo, y 7, inciso a, sobre la remuneración mínima, sancionados en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por México el 16 de abril de 1996.

Por último, es necesario mencionar que el derecho al mínimo vital o existencial no debe agotarse en la persona física, sino que el legislador deberá considerar dentro del impuesto sobre la renta un mínimo vital familiar para que se refleje una verdadera capacidad contributiva subjetiva del sujeto pasivo en su condición familiar.

Gabriela Ríos Granados

351. DERECHO AL NOMBRE (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Todas las personas en sociedad se identifican por su nombre. Así, el nombre propio constituye uno de los atributos que distingue de manera particular a cada persona y la relaciona con una familia. En ese sentido, de acuerdo con la idea tradicional, el nombre con el cual se identifica a una persona se compone de un nombre personal, o de pila, y de un nombre familiar o apellido. El primero distinguirá a cada uno de los hermanos, mientras que el segundo, que lleva cada uno de los miembros, vincula a todos los de su sangre, distinguiéndolos de otros integrantes del grupo social.

En el ámbito jurídico, el nombre es uno de los atributos o cualidades propios de la persona que tiene consecuencias jurídicas. Es, pues, el signo que distingue a una persona de las demás en sus relaciones jurídicas y sociales; empero, para que una persona ostente un nombre y se reconozca como tal, debe, de acuerdo con el derecho, haber sido presentada ante el Registro Civil o institución equivalente, que emita un documento o acta en el que se haga constar el día, la hora y lugar de su nacimiento, su sexo, la razón de si acude viva o muerta, su impresión digital y el nombre o nombres propios, individual o de pila, otorgados por voluntad de los padres, así como los apellidos paterno y materno por virtud de los cuales se distingue el grupo familiar al que pertenece el recién nacido.

Así, la asignación de un nombre a una persona es determinante para su existencia legal, además de constituir un prerequisite para ser sujeto de ciertos derechos. Es pertinente apuntar que el derecho al nombre que tiene toda persona va acompañado de otros atributos de la personalidad: domicilio, nacionalidad, capacidad jurídica. El Estado, por su parte, está obligado

a establecer las condiciones necesarias para promover y asegurar que las oficinas de registro otorguen el servicio correspondiente y expidan las actas de nacimiento.

El derecho al nombre se encuentra regulado en el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de ahí que todo ser humano tenga derecho a la identidad, y que el menoscabo del mismo acarree la violación de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho al nombre y el derecho a la personalidad jurídica. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el estudio e interpretación del derecho al nombre se ha desarrollado teniendo como base determinados asuntos emblemáticos que han sido presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El primero es el caso *de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (sentencia de 8 de septiembre de 2005, núm. 130). A las niñas Dilia Oliven Yean y Violeta Bosico Cofi, de 12 y 10 años, respectivamente, ambas de ascendencia haitiana y nacidas en República Dominicana, les fue negado por el Estado el derecho a ser registradas de manera tardía en el Registro Civil, hecho que vulneró su dignidad humana y personalidad jurídica, al dejarlas sin existencia jurídica, lo que las colocó, según lo dispuesto por la Corte IDH, en un “limbo o situación de indeterminación jurídica, ante la sociedad y el Estado”. Al respecto, la Corte determinó que los Estados, en el marco del artículo 18 de la CADH, tienen la obligación tanto de proteger el ejercicio del derecho al nombre como de brindar las medidas necesarias que permitan el registro de la persona, de manera inmediata después de su nacimiento.

El tema en cuestión es retomado tiempo después en el caso *de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* (sentencia de 24 de noviembre de 2009, núm. 211), en el cual se expone la situación de sustracción y retención ilegal de menores por militares, cuyos hechos acontecieron el 7 de diciembre de 1982, durante el conflicto armado interno de Guatemala entre 1962 y 1996, tiempo en el que el Estado aplicó la denominada “Doctrina de seguridad nacional”, que consideraba subversiva cualquier persona que se opusiera al Estado. En ese contexto, muchos niños fueron sustraídos ilegalmente por los propios militares, práctica que implicó que en muchos casos se les cambiara el nombre y negara la identidad.

Otro asunto importante sobre el tema lo representa *Gelman vs. Uruguay* (sentencia de 24 de febrero de 2011, núm. 221), que se refiere a la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García. Los hechos iniciaron el 27 de junio de 1973, durante el golpe de Estado en Argentina que se prolongó hasta el 28 de febrero de 1985, periodo en el que se implementaron formas de represión a las organizaciones políticas de izquierda por parte de las estructuras militares al mando de cuerpos castrenses, principalmente de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil. En tales circunstancias, María Claudia García Iruretagoyena Casinelli, embarazada y de 19 años de edad, fue detenida el 24 de agosto de 1976, junto con su esposo, en su residencia en Buenos Aires. Tiempo después, María Claudia García fue trasladada a Montevideo de forma clandestina por autoridades uruguayas, donde dio a luz a una niña. A finales de diciembre de 1976 le fue sustraída su hija recién nacida, la cual, el 14 de enero de 1977, habría sido colocada con la familia de un policía uruguayo, quien la registró junto con su esposa como hija propia. El 31 de marzo de 2000, a la edad de 23 años, la hija de María Claudia de

Gelman (María Macarena Tauriño) tuvo contacto con su abuelo paterno y se sometió a la prueba de ADN, la cual resultó positiva. La Corte ha establecido que en la condición de entonces, como niña, María Macarena Gelman tenía derecho a medidas especiales de protección, que sobre la base del artículo 19 de la Convención correspondía a su familia, a la sociedad y al Estado. Asimismo, que las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de dicho instrumento deben interpretarse a la luz del *corpus iuris* de los derechos de la niñez y, en particular, según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial los artículos 7, 8, 9, 11, 16 y 18 de la CADH y la Convención de los Derechos del Niño.

Así, la Corte señaló que “[...] la referida situación afectó lo que se ha denominado el derecho a la identidad, que si bien no está expresamente contemplado en la Convención, en este caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño”. En cuanto al derecho al nombre reconocido en el artículo 18 de la CADH y en diversos instrumentos internacionales, ha establecido en su jurisprudencia que “[...] constituye un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin la cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado. Además el nombre y apellido son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia. Este derecho implica, por ende, que los Estados deben garantizar que la persona sea registrada con el nombre elegido por ella o por sus padres, según sea el momento del registro, sin ningún tipo de restricción ni interferencia en la decisión de escoger el nombre y, una vez registrada la persona que sea posible preservar y restablecer su nombre y su apellido”.

Ma. Carmen Macías Vázquez

352. 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 (*Mikulic c. Croatie*; *Odièvre c. France*), incluidas las informaciones relativas a la salud de una persona (*Z. c. Finlande*); 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 (*Brânduse 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 (*Folgorio 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 hecho (*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 Dösdö 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 (*Proko-*

povitch 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 (*Niemietz 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 biper 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

353. 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

354. DERECHO AL TRABAJO (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

En este rubro puede hacerse una primera distinción entre el derecho al trabajo y los derechos laborales. El primero se entiende como el derecho de toda persona a la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada, tal y como se desprende del artículo 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”, adoptado el 17 de noviembre de 1988, vigente desde el 16 de noviembre de 1999 y ratificado por México el 16 de abril de 1996).

El artículo 7 del instrumento referido dispone que los derechos laborales tienen que ver con condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, e implican que los Estados se encuentran obligados a garantizar: una remuneración que asegure condiciones de subsistencia digna; un salario equitativo e igual por trabajo igual; que toda persona trabajadora pueda dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, y que pueda tener acceso a la promoción o ascenso dentro de su trabajo con base en sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio, así como la limitación razonable de las horas de trabajo. De igual forma, debe garantizarse la seguridad e higiene en el trabajo.

Asimismo, señala que los derechos laborales también implican la obligación estatal de garantizar la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, con causas de justa separación, y que en casos de despido injustificado se garantice el derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo. Debe garantizarse la protección de las niñas y niños y, por ende, prohibirse su contratación en trabajos nocturnos, peligrosos o que pongan en riesgo su salud, seguridad o moral, o que obstaculicen su derecho a la educación. Por último, contemplan el derecho al descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.

Con base en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o “Pacto de San José”, suscrito el 22 de noviembre de 1969, vigente desde el 18 de julio de 1978 y ratificado por México el 3 de abril de 1982 [adhesión]), los Estados parte se encuentran obligados a respetar y garantizar los derechos y libertades a toda persona sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social; y con fundamento en el artículo 26 se encuentran obligados a llevar a cabo medidas para el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado sobre el derecho al trabajo (y los derechos laborales). En su jurisprudencia (caso *Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia de 31 de agosto de 2017, núm. 340, párrs. 142-150) ha señalado, respecto a los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la CADH, que se trata de “aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA” y retoma los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta, al indicar que establecen: “[el] trabajo es un derecho y un deber social y que ese debe prestarse con ‘salarios justos, oportunidades de

empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos’. Asimismo, señalan que el derecho de los trabajadores y trabajadoras a ‘asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses’. Además, indican que los Estados deben ‘armonizar la legislación social’ para la protección de tales derechos. [...]” (párr. 143).

La Corte también invoca en su jurisprudencia a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, recordando que: “el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que ‘[toda] persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]’. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que ‘la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales’” (párr. 144).

La Corte hace una interpretación integral del *corpus iuris* internacional en la materia y retoma las disposiciones internacionales que establecen el derecho al trabajo y los derechos laborales, tales como “[...] el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño” (párr. 145). De igual forma, retoma la doctrina establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación general 18 sobre el derecho al trabajo, “en el sentido de que este derecho ‘implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo’; y que el ‘incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros’, lo cual incluye ‘el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente’” (párr. 147).

Tomando como referente lo anterior, así como —“de manera ilustrativa”— el Convenio 158, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), y la Recomendación 143, ambos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Corte IDH estableció jurisprudencia sobre el derecho a la estabilidad laboral, que implica el derecho al trabajo: “[...] las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos” (párr. 149).

Sobre ese mismo tema, la Corte detalla que “[...] la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de

protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice este bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho” (párrs. 148-150).

Lelia Jiménez Bartlett

355. 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-electorales, 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 individuo 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 consolidación 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

356. DERECHO AMBIENTAL (ENFOQUE PRECAUTORIO)

El derecho ambiental plantea el gran reto de tomar decisiones —políticas, económicas, jurisdiccionales— en escenarios de incertidumbre; el avance de la ciencia y la tecnología definen y, en buena medida, complican la conceptualización del riesgo y del daño al medioambiente sano, conceptos con base en los cuales se tienen que tomar estas decisiones. En este contexto, algunos afirman que el derecho ambiental es un derecho de gestión de riesgos. La necesidad de actuar ante riesgos medioambientales impredecibles e inciertos ha obligado a asumir un enfoque precautorio.

Ya son diversos los tratados internacionales y trabajos académicos que conceptualizan el *principio de precaución* (entendiéndolo como aquel que guía la práctica del enfoque precautorio), y si bien no todas las aproximaciones son coincidentes, lo cierto es que sí es posible encontrar algunos elementos comunes. En este sentido, el artículo 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo establece el principio de precaución, señalando que la falta de certeza científica absoluta sobre el peligro de daño grave o irreversible al medioambiente no puede ser utilizada como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, que impidan la degradación medioambiental.

El enfoque precautorio se *activa* en situaciones de incertidumbre científica o técnica en relación con el riesgo al medioambiente; el principio de precaución funge como una herramienta imprescindible, no solo para los operadores jurisdiccionales, sino para todos aquellos —científicos, legisladores— involucrados en la protección del medioambiente. Opera como pauta interpretativa ante las limitaciones de la ciencia para establecer, con absoluta certeza, los riesgos a los que se enfrenta la naturaleza; además, en el ámbito de la administración pública, este principio sirve como motivación para tomar decisiones que, de otra manera, serían contrarias al principio de legalidad o de seguridad jurídicas. En el ámbito jurisdiccional, el enfoque precautorio exige que el operador jurídico incorpore el conocimiento científico y tecnológico a

sus decisiones, lo cual implica en muchas ocasiones resolver ante la falta de certeza absoluta.

Ahora bien, el hecho de que el principio de precaución se actualice en condiciones de incertidumbre no implica que la mera especulación sobre un daño ambiental sea suficiente para activarlo; su aplicación *requiere de la existencia de elementos razonables en relación con el riesgo de daño ambiental*. En este punto es que se distingue entre el principio de prevención —que se basa en la existencia de datos suficientes para calcular el riesgo de daño— y el de precaución, en el que basta que exista una *posibilidad de riesgo de daño al medioambiente*, posibilidad basada en elementos razonables.

El concepto de *riesgo ambiental* se torna así un elemento crucial del principio de precaución. La toma de decisiones a partir de información sobre riesgos implica un cambio de cultura, por ejemplo, de los operadores jurisdiccionales que tradicionalmente resuelven en entornos de certeza. Un enfoque precautorio no solo exige el diálogo con información científica/técnica, sino además lleva a valorar pruebas cuyos resultados son inciertos; pruebas que en el mejor de los escenarios reflejan una posibilidad, con cierto grado de probabilidad, de que se actualice un daño al medioambiente.

A partir de lo anterior, un enfoque precautorio exige necesariamente un *replanteamiento de las reglas de valoración probatoria*. En esta línea, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe reconoce la obligación de los Estados de contar con medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental.

Atendiendo a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (amparo en revisión 307/2016) reconoció que el juez puede revertir la carga de la prueba a cargo del agente potencialmente contaminante; esto significa que aquel que se sostiene está afectando la naturaleza debe demostrar que el riesgo de daño alegado no existe. De esta manera se intenta compensar la dificultad —particularmente de la ciudadanía— de acceder a elementos probatorios en materia ambiental.

En la misma línea, el máximo Tribunal reconoció que un enfoque precautorio demanda que los juzgadores adopten un *papel más activo en el proceso* y que recaben cualquier prueba que les permita conocer de mejor manera el riesgo de daño a la naturaleza. La anticipación y prevención para evitar la degradación del medioambiente justifican esta intervención más activa del juzgador, sin que esto implique un atentado al principio de igualdad procesal de las partes.

La instrumentación del principio de precaución y la consecuente puesta en marcha del enfoque precautorio, tanto en el ámbito jurisdiccional como en la administración pública, exigen un *cambio de cultura*. Es necesario reconocer aquellos valores arraigados en los diversos sistemas que atentan contra la implementación del enfoque precautorio. Por ejemplo, la toma de decisiones jurisdiccionales o de política pública basadas en conocimiento científico no es la regla en nuestro país, no es parte de nuestra cultura de toma de decisiones públicas. Ante ello, la incorporación de conocimiento científico como fundamento de ciertas determinaciones públicas no debe ser una opción para el funcionario público, sino una obligación prevista en la ley.

Norma Lucía Piña Hernández

357. 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. Esta 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 segunda 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 mo-

delo. 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)

358. 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 manera 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, 80. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el 60. 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 periodo 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

359. DERECHO DE ACCESO A INTERNET

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

360. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

A partir de una definición operativa del derecho en estudio podemos reconstruir los componentes conceptuales que lo integran. Una definición de este tenor es la siguiente: es un derecho humano por el que las personas acceden a información pública y que puede restringirse por razones de interés público y de seguridad nacional. Los elementos intencionales o connotativos de este concepto, es decir, las notas peculiares que constituyen su núcleo intencional, son referidas a continuación.

Es un derecho humano. Para la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNHD), los derechos humanos son un “conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona. Este conjunto de prerrogativas se encuentra establecido dentro del orden jurídico nacional, en nuestra Constitución Política, tratados internacionales y las leyes”. En una perspectiva más teórica, basándonos en la obra de Francisco Laporta, podemos señalar que un derecho humano implica la adscripción de toda persona a una posición que se considera moralmente un bien que en sí constituye una razón fuerte para protegerla normativamente mediante la imposición de deberes u obligaciones, así como la disposición de técnicas de reclamación tendentes a garantizar que prevalezca la posición de que se trate.

Materia. Consiste en la información pública, aquella que está en posesión de las autoridades porque la generan en el desempeño de sus competencias. La terminología constitucional de este derecho ha variado. En las reformas constitucionales de 1977 se refiere como “derecho a la información”, mientras que tras las reformas de 2007, si bien se conserva dicha locución en el primer párrafo, en el segundo párrafo se refiere como “derecho de acceso a la información”. A su vez, en la reforma de 2013 se prevé que toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, y en la de 2014 se establece un organismo garante del referido derecho. Así, conforme a la evolución normativa del artículo 6 constitucional, coexisten tres expresiones: a) derecho a la información; b) derecho al libre acceso a la información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión, y c) derecho de acceso a la información. Estas locuciones refieren un mismo derecho, unas veces señalado simple y llanamente como derecho a la información, y otras, muy pocas, en la forma que se indica en el segundo punto. Por lo que hace a la última referencia, esta es mucho más utilizada que las otras dos, es decir que a pesar de esta inconsistencia de uniformidad terminológica por parte del poder reformador, se utiliza más la locución del párrafo del apartado “A” del artículo 6 constitucional: “derecho de acceso a la información”. Esta utilización pragmática pretende resaltar que el derecho a la información es básicamente un problema de acceso a la información.

Acceso a la información pública. Implica dos términos: i) acceso, y ii) información pública. El primero conlleva la acción de entrar, es decir, pasar de un estado de cosas fuera de algo a un estado de cosas dentro de algo. Así, el acceso a información soporta que se está en una situación fuera de la información y se pasa a una distinta dentro de la información. En el primer supuesto no se conoce la información, mientras que en el segundo, al haber tenido acceso a ella, se está “dentro”, es decir, se puede conocer la misma. Por tanto, el acceso a la información es un proceso o actividad en la que se sabe o presupone que existe información sobre algo, pero esta no se conoce, y se pasa, por algún medio idóneo, a acceder a la información respectiva y conocerla. Hay dos formas genéricas de acceder a la información pública: i) directamente, porque la información pública esté disponible por tratarse de obligaciones de transparencia, o ii) mediante solicitud expresa cuando no se accede directamente, es decir, la información pública no constituye obligación de transparencia.

Restricción por razones de interés público o de seguridad nacional. Es un límite a la posibilidad de ejercer el derecho de acceso a la información y debe basarse en argumentos que lo apoyen, es decir, demostrarse que la restricción está plenamente justificada. En materia de derecho a la información, el legislador ordinario, siguiendo el parámetro constitucional establecido en el artículo 6 constitucional, apartado “A”, fracción I, ha establecido en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LGTAIP) y en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIP) las causales de reserva, es decir, los supuestos en los que la información debe clasificarse temporalmente como reservada por parte de la autoridad, previa aplicación de la prueba de daño (test de proporcionalidad).

Otros elementos relevantes del derecho en análisis consisten en: *a)* el papel del Estado, y *b)* los principios básicos que lo rigen. En relación con el primer elemento, a partir de las reformas constitucionales de 10 de junio de 2011, quedó indubitable y expresamente regulado en el artículo 1 constitucional que “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos [...]”. El Estado mexicano cuenta con un organismo constitucionalmente autónomo (OCA), el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), con facultades constitucionales para garantizar la transparencia gubernamental y los derechos humanos a la información y a la protección de datos personales. Dicha institución, como OCA nacional, se caracteriza principalmente por su autonomía, especialización, imparcialidad, colegiación; estar dotada de personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena autonomía técnica y de gestión; además de estar facultada para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna. El INAI es responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de sujetos obligados y de particulares.

Por lo que se refiere al segundo elemento, el derecho a la información se rige por un conjunto de principios que determinan su significación, contenido y alcance. De estos destacan los siguientes: *i)* la información pública debe ser divulgada (principio de máxima publicidad); *ii)* no será necesario acreditar interés alguno o justificar la utilización de la información pública; *iii)* el acceso a la información pública es gratuito, es decir, la información generada por la autoridad no tiene costo, únicamente podrá requerirse el cobro correspondiente a la modalidad de reproducción y entrega solicitada; *iv)* los mecanismos de acceso a la información y de revisión son expeditos, y *v)* en todo momento debe preservarse la información pública (principio de preservación documental, en el que juega un papel primordial la materia de los archivos).

Pablo Francisco Muñoz Díaz

361. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha interpretado el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en el sentido de que, en el marco de la libertad de expresión, se encuentran dos ámbitos: *i)* el derecho a la información (libertad de prensa), y *ii)* el derecho de acceso a

documentos públicos. Así, el referido Tribunal de Estrasburgo, en el caso *Gutiérrez Suárez vs. España* (sentencia de 1 de junio de 2010, núm. 16023/07), estableció: “25. La prensa desempeña un papel esencial en una sociedad democrática: si bien no debe traspasar ciertos límites que se encuentran, en particular, en la protección de la reputación y los derechos de terceros, así como en la necesidad de impedir la revelación de información confidencial, le incumbe, sin embargo, comunicar, en cumplimiento de sus deberes y sus responsabilidades, información e ideas sobre todas las cuestiones de interés general 1997 - I) [...]. A su función que consiste en difundir se corresponde el derecho, para el público, de recibir. En otro caso, la prensa no podría desempeñar su papel indispensable de ‘perro guardián’ [...]. 26. Aunque la prensa no debe traspasar los límites fijados, en particular, respecto de ‘la protección de la reputación de terceros’, le incumbe sin embargo comunicar información e ideas sobre las cuestiones políticas así como sobre otros temas de interés general. Por lo que respecto a los límites de la crítica admisible, estos son más amplios respecto a un hombre político, actuando en su calidad de personaje público, que respecto de un particular. El hombre político se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus hechos y gestos, tanto por los periodistas como por el conjunto de los ciudadanos, y debe mostrar una mayor tolerancia, sobre todo cuando él hace declaraciones públicas que se pueden prestar a crítica. Tiene ciertamente derecho a que se proteja su reputación, incluso fuera del marco de su vida privada, pero las exigencias de esta protección deben ponderarse con los intereses del debate libre de las cuestiones políticas, las excepciones a la libertad de expresión deben ser interpretadas de forma restrictiva [...]. 27. Por otra parte, la ‘necesidad’ de cualquier restricción al ejercicio de la libertad de expresión debe justificarse de manera convincente. Ciertamente, corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales evaluar si existe una ‘necesidad social imperiosa’ susceptible de justificar esta restricción, ejercicio para el cual se benefician de un determinado margen de apreciación. Cuando se trata nada menos que de la prensa, el margen de apreciación nacional se enfrenta al interés de la sociedad democrática en garantizar y mantener la libertad de la prensa. Del mismo modo, conviene conceder una gran importancia a este interés cuando se trata de determinar, como lo exige el apartado 2 del artículo 10, si la restricción es proporcionada al objetivo legítimo perseguido [...].”

De igual manera, en el caso *Ahmet Yıldırım vs. Turquía* (TEDH, 18 de diciembre de 2012, sección 2, JUR 2012/394189), el Tribunal estableció el criterio siguiente: “Apartado 50: La libertad de expresión se refiere no solo al contenido de las afirmaciones sino también a los medios de difusión de dichas informaciones, pues toda restricción al respecto afecta al derecho a recibir y comunicar informaciones”. De este modo, para el TEDH, la libertad de expresión “no solo ampara el contenido de la información o la opinión sino el modo en que se expresa, así como el medio por el que se difunde”.

Por su parte, Jorge Antonio Climent Gallart afirma en su tesis doctoral que el TEDH mantiene una clara diferenciación entre libertad y libertad de información, dependiendo de aquello que se pretende comunicar. Para el Tribunal, son objeto de libertad de información los hechos, mientras los juicios de valor son las opiniones. Por otra parte, este autor señala que el CEDH parte de un concepto de libertad de expresión en el que se considera la liber-

tad de opinión y la libertad de información (dentro de la cual incluimos la libertad de prensa). Asimismo, el derecho a la libertad de información, como tal, incluye tanto el derecho a emitir informaciones —sobre hechos— veraces como a recibirlas.

Ante los diversos planteamientos sobre si el derecho de acceso a la información pública debía considerarse como parte del artículo 10 del CEDH, relativo a la libertad de expresión, el Tribunal Europeo resolvió en 2004 (TEDH, 64, *caso Loiseau*) que de dicho artículo “no podía abstraerse un derecho general de acceso a la información y a los documentos administrativos”. Sin embargo, en 2006 dio un cambio a su criterio jurisprudencial y afirmó que debe considerarse “que el derecho de acceso a la información debía incluirse, *de facto*, en el ámbito objeto del derecho de acceso a la información pública previsto en el artículo 10 de la CEDH”.

En relación con el acceso a la información pública, es importante referir que para 2009 se abrió para firma el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, el cual es de suma importancia, dado el poco avance doctrinal y jurisprudencial que el tema ha tenido en Europa, siendo trascendentes para el desarrollo democrático la transparencia y la actividad de las autoridades públicas, pues se manifiestan como el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos.

Sobre lo dispuesto en el artículo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que contempla la libertad de expresión y de información, Subirana señala que “en la actualidad, el derecho de acceso a la información pública se configura como un derecho fundamental, independiente de la libertad de expresión y del derecho general a recibir información previsto en el artículo 11 CDFUE estrechamente vinculado a la ciudadanía”.

Jonathan Mendoza Iserte

362. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Parámetro convencional. Es un derecho fundamental protegido por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo texto establece: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías a medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral

de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Parámetro jurisprudencial. A partir de este precepto —o con mayor precisión, preceptos—, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido reconstruyendo el significado, contenido y alcance del derecho a la información. Así, en los casos siguientes encontramos cuestiones de conceptualización, contenido y alcance del mismo: *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (sentencia de 2 de julio de 2004, núm. 107); *López Álvarez vs. Honduras* (sentencia de 1 de febrero de 2006, núm. 141); *Claude Reyes y otros vs. Chile* (sentencia de 19 de septiembre de 2006, núm. 151), y *Gomes Lund y otros vs. Brasil* (sentencia de 24 de noviembre de 2010, núm. 219).

En relación con estos asuntos, basándonos en el documento “El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano”, elaborado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, de 30 de diciembre de 2009, es importante considerar que “Según ha interpretado la CIDH, el artículo 13 de la Convención Americana comprende la obligación positiva en cabeza del Estado de permitir a los ciudadanos acceder a la información que está en su poder. En este sentido, el principio 2 de la Declaración de principios establece que, ‘[t]oda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana’, y que ‘[t]odas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información’. El principio 3 de la Declaración de Principios prescribe que, ‘[t]oda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla’. Y el principio 4 de la Declaración de Principios señala que, ‘[e]l acceso a la información [...]’ es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho” (Introducción, p. 1).

De lo anterior se desprende que el derecho analizado: *a)* implica varias acciones relevantes, englobadas genéricamente en la acción “acceder”: buscar, recibir y difundir información pública; *b)* conlleva acceder de forma expedita y no onerosa, y *c)* obliga a los Estados a garantizarlo. Por otra parte, no debe perderse de vista la conexión entre el derecho a la información y la democracia. Al respecto, en el documento referido se señala: “La Asamblea General de la OEA reconoce al derecho de acceso a la información como ‘un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia’. En este sentido, todos los Estados miembros de la OEA ‘tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas y promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva.’” (p. 1, núm. 2).

Francisco Javier Acuña Llamas

363. 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 conciernan 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

364. 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 democrá-

tico, 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 Sauca 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 Carbonell 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

365. 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 esta, 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 5O. 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 estos o desafiliarse 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).

Clicerio Coello Garcés

366. 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 Gorzelik 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 potestad 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 estos 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 solo 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 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).

Clicerio Coello Garcés

367. 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 agru-

parse 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 estas 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 “solo 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

368. 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 solo 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

369. 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 esta 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 coherencia con el principio de coherencia de los órganos encargados de la aplicación cuando estos 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 esta 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

370. 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. Reino 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

371. 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

372. DERECHO DE LA NIÑEZ 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

373. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA CONSULTA PREVIA

Se trata de un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales reconocido por múltiples instrumentos internacionales, tales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las Declaraciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de 2007, y de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de 2015, y el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación en los beneficios que se deriven de su utilización, de 2014.

Dicho derecho ha sido reconocido en pronunciamientos de los organismos especializados de la ONU en materia de derechos humanos (comités temáticos, relatorías, etc.) y en informes y sentencias emitidas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha sido contemplado además en las salvaguardias de los bancos multilaterales más importantes y en los estándares autorregulatorios del sector corporativo. Los instrumentos internacionales de mayor relevancia en la materia son el Convenio 169 de la OIT —que al ser un tratado tiene el mayor grado de obligatoriedad hacia los Estados— y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas —que sistematiza los estándares internacionales y goza de un amplio consenso a nivel internacional, al haber sido aprobada por 144 países miembros de la ONU, luego de 22 años de deliberación—.

En el ámbito constitucional, el derecho a la consulta previa surge como una expresión del modelo multicultural de relación entre Estados y pueblos indígenas, a partir de la década de 1980. Las primeras constituciones liberales adoptadas en el siglo XIX en América Latina reprodujeron el modelo de

Estado-nación europeo e impusieron una identidad nacional homogénea, sin considerar las particularidades étnicas y culturales de los diferentes sectores de la población. Bajo este paradigma asimilacionista, los individuos/ciudadanos eran los únicos titulares de derechos y libertades fundamentales, excluyéndose los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Las constituciones sociales de la primera mitad del siglo xx reemplazaron el paradigma asimilacionista por uno integracionista, en el que se veía necesario garantizar derechos económicos y sociales mínimos en la integración de sus miembros al tejido social mayoritario. Los pueblos indígenas fueron reconocidos como sujetos colectivos de derecho, pero sería la Administración pública la que se encargaría de tutelar sus derechos y representar sus intereses. Dicho paradigma inspiró no solo las políticas y marcos normativos internos en los países, sino el posicionamiento de organismos internacionales. En 1957, por ejemplo, la OIT adoptó el Convenio 107, que consagra ciertos derechos sociales “a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional”.

A lo largo de las décadas de 1980 y 1990, el paradigma integracionista fue progresivamente reemplazado por uno de reconocimiento del carácter pluriétnico (Estados Unidos y Canadá) y multicultural (Canadá y la mayoría de los países de América Latina) de las sociedades organizadas bajo nuevos marcos constitucionales. Procesos constituyentes en países como Canadá (1982), Guatemala (1985), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991) y Perú (1994); y reformas constitucionales en países como Argentina (1994) y México (1995) inauguraron el paradigma multicultural de relación entre pueblos indígenas y Estados. Bajo este nuevo paradigma, el derecho a la consulta previa, libre e informada (DCPLI) fue paulatinamente reconocido en ámbito interno e internacional. El Convenio 169 de la OIT fue adoptado en este contexto de superación del paradigma integracionista, siendo el primer y más importante tratado que internacionaliza el compromiso de preservación de las culturas indígenas, reconociéndoles la potestad de decidir autónomamente sobre sus prioridades de desarrollo y de participar directamente de toda y cualquier decisión estatal que les afecte.

A diferencia de otros derechos, cuyo contenido normativo se desprende de una disposición legal expresa, el alcance del DCPLI ha sido determinado mayormente a través de un ejercicio de la interpretación judicial y de pronunciamientos de organismos supranacionales de derechos humanos. En su aspecto procedimental, la consulta previa puede ser definida como un mecanismo de diálogo intercultural entre el Estado y los pueblos indígenas, mediante el cual se les informa de forma clara, precisa, de buena fe y según sus tradiciones sobre el impacto que un determinado proyecto de desarrollo pueda tener sobre su territorio, y respecto de otras decisiones estatales de alcance general susceptibles de afectarles. En su aspecto sustantivo, el DCPLI es una herramienta contramayoritaria, instrumental al ejercicio de una serie de otros derechos fundamentales por parte de los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, busca crear condiciones de ecualización de derechos en favor de un sector de la población sujeto a una situación de desventaja y discriminación histórica y, en particular, se destina a preservar el vínculo tradicional de

los pueblos y comunidades indígenas y tribales con sus territorios tradicionales y medios de vida.

De conformidad con los estándares internacionales vigentes, la consulta debe ser: *i) previa*, realizada en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión; *ii) libre*, supone la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de terceros; *iii) informada*, las partes consultadas deben tener conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos socioambientales; *iv) culturalmente adecuada*, se deben respetar los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones, así como sus formas propias de representación; *v) de buena fe*, debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, basado en la confianza y respeto mutuos, y *vi) con la finalidad de obtener el consentimiento*, no debe agotarse en un mero trámite, sino que debe ser realizada con miras a alcanzar un consenso entre las partes.

En aquellos casos en los que un determinado proyecto de desarrollo conlleve al almacenamiento de materiales peligrosos o el traslado de la comunidad indígena de su territorio, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece (arts. 10 y 29.2) la obligatoriedad de obtenerse el consentimiento de la comunidad respectiva. A su vez, en la sentencia del caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de 2007, la Corte Interamericana subrayó que los proyectos a gran escala deben ser siempre precedidos del consentimiento de las comunidades o pueblos susceptibles a ser afectados.

Daniel Cerqueira

374. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA LIBRE DETERMINACIÓN

Los pueblos indígenas, como sociedades preexistentes al establecimiento de las fronteras estatales, son titulares del derecho colectivo a la libre determinación, cuyo ejercicio supone definir libremente su desarrollo económico, social y cultural para asegurar su existencia y bienestar como grupos diferenciados. Estos colectivos deben poder decidir su propio destino en condiciones de igualdad y participar de manera efectiva en los procesos que involucren la toma de decisiones que les afectan. El reconocimiento de este derecho constituye una premisa fundamental para el ejercicio pleno de sus otros derechos humanos, tanto individuales como colectivos, lo cual incluye a aquellos que tienen sobre sus territorios ancestrales y recursos naturales (ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe consolidado sobre las industrias extractivas y sus efectos sobre los pueblos indígenas, párr. 19).

Aproximaciones histórico-conceptuales. Aunque la libre determinación comenzó a adquirir mayor presencia en el escenario internacional a partir de la Primera Guerra Mundial, la libre determinación no fue reconocida como un principio general por la Sociedad de las Naciones. No obstante, sí fue incluida como uno de los principios de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Carta (art. 1.2) y en la resolución 2625 (XXV).

Este derecho se encuentra desarrollado, además, en la resolución 1514 (XV), de 14 de diciembre de 1960, de la Asamblea General de la ONU, conocida como la “Carta Magna de la Descolonización”. Dicha resolución señala que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libre-

mente su desarrollo económico, social y cultural” (ONU, Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, párr. 2). Asimismo, la resolución 1541 (XV) de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1960 menciona a la libre determinación como una prerrogativa que un territorio no autónomo en un Estado podría ejercer para llegar a tener un autogobierno. El artículo 1.1 común a los pactos internacionales de derechos humanos de 1966 —el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)— establece que, en aplicación de este derecho, los pueblos pueden elegir libremente su condición política y procurar su desarrollo económico, social y cultural.

El concepto se fue consolidando como tal en un contexto de luchas por la descolonización y la liberación nacional en los años sesenta. En efecto, la manifestación más concreta de este derecho impulsó la caída de regímenes coloniales, mayormente en el continente africano. Esto tuvo como resultado que la libre determinación estuviera ligada a procesos de descolonización. Su formulación y aplicación identificaba por excelencia a las colonias como los únicos “pueblos” que podían ejercer este derecho. Sin embargo, como se aborda más adelante, esta es una concepción restrictiva que ha sido ampliada para abarcar también otros colectivos como los pueblos indígenas.

El derecho de los pueblos a la libre determinación fue también un argumento político que presumía erróneamente que las naciones y los pueblos constituían una unidad homogénea que formaba la base de la autoridad política (Summers, 2014, p. 85). Tradicionalmente, se estuvo de acuerdo por mucho tiempo en que el término “pueblos”, como sujetos que podían ejercer la libre determinación, se refería únicamente a las categorías coloniales de fideicomisos y territorios no autónomos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas.

En el debate sobre cuáles son los sujetos que pueden ejercer la libre determinación se pueden identificar al menos tres variantes: la primera sostiene que los “pueblos” serían la población de los territorios que se encuentran bajo las condiciones del colonialismo en su sentido clásico; la segunda estima que los “pueblos” serían la población total de los Estados independientes y la población de los territorios bajo las condiciones del colonialismo clásico. Sin embargo, se ha advertido que tales visiones excluirían a otros grupos que no se encuentran en ninguno de estos supuestos. En opinión de diversos autores, resulta equívoco equiparar a la libre determinación con el régimen de las colonias o con el de los fideicomisos y territorios no autónomos, que tienen un conjunto de sujetos y procedimientos particulares. Una concepción limitada de la libre determinación ignoraría las múltiples y superpuestas esferas de comunidad, autoridad e interdependencia que pueden existir en la experiencia humana (Anaya, 2004, pp. 78-80).

En atención a ello, una tercera variante define a los “pueblos” con derecho a la libre determinación no por el *statu quo* de las fronteras estatales o territoriales coloniales reconocidas, sino más bien por una geografía política alternativa definida por la cohesión etnográfica y la soberanía territorial ejercida históricamente (*ibidem*, p. 78). Esto incluiría a determinados grupos con derecho a solicitar medidas correctivas respecto a las políticas estatales. Bajo esta concepción amplia —mayoritaria hoy en día— del derecho a la libre

determinación de los pueblos consiste en un derecho-principio que permite a una comunidad con características distintas a que sus particularidades se vean reflejadas en las instituciones de gobierno del país (Brownlie, 1988, p. 5). En tanto las demandas de los pueblos indígenas aún suelen estar excluidas del poder político por la reproducción de patrones históricos estructurales en las sociedades, el reconocimiento de la libre determinación para este grupo resulta ser una garantía para el goce y ejercicio de sus derechos.

En línea con lo anterior, los pueblos indígenas estarían dentro de la categoría más estrecha de beneficiarios del derecho a la libre determinación, que incluye a los grupos con derecho a medidas correctivas. En este contexto, el régimen correctivo no es uno que vaya a favorecer la formación de nuevos Estados (Anaya), pero sí debería impulsar que los pueblos indígenas compartan el poder con el Estado en el que se ubican en el manejo de su propiedad y estrategias de desarrollo (Fitzmaurice, en French, 2013, p. 362). De esta manera, la libre determinación se configura como un derecho colectivo de los pueblos indígenas. En el ámbito más práctico, el derecho a las tierras, territorios y recursos naturales puede verse como un elemento de libre determinación que contribuye al bienestar y desarrollo de los pueblos indígenas según sus elecciones (Fitzmaurice).

Cristina Blanco Vizarreta

375. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA LIBRE DETERMINACIÓN (RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL)

El derecho a la libre determinación se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales. En el caso del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se encuentra reconocido de forma implícita cuando, por ejemplo, en su preámbulo establece lo siguiente: “[reconociendo] las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”. Otras disposiciones del Convenio 169 se refieren a su derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo (art. 7), y a que se reconozcan y protejan los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos (art. 5). Esta es justamente la mayor diferencia con el Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, de 1957, el cual señalaba que eran los Estados quienes debían encargarse de desarrollar programas para la protección y la integración progresiva de las poblaciones indígenas sin tener en cuenta la libre elección que estas podrían tener (art. 2), y dejaba abierta la posibilidad de que se pudieran reemplazar sus valores e instituciones adecuadamente con el consentimiento de grupos interesados (art. 4).

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007) señala en su artículo 3 que: “[los] pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.” A ello se suman otros artículos particularmente relevantes, como

el derecho al autogobierno en sus asuntos internos o locales (art. 4), y el de determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones (art. 33).

En cuanto a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos (DADPI, OEA, 4 de junio de 2016), su artículo 3 tiene un contenido idéntico al establecido en el artículo 3 de la DNUDPI. Además, contiene disposiciones específicas sobre el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de estos grupos, en respeto a sus formas de organización y el ejercicio de sus derechos (art. IX), así como su derecho a la identidad e integridad cultural (art. XIII), que engloba la necesidad de reconocer y respetar sus formas de vida, usos y costumbres, normas, tradiciones, instituciones, entre otros aspectos clave para su libre desarrollo.

Al mismo tiempo, tanto la Declaración de las Naciones Unidas como la de la OEA establecen que este derecho debe ejercerse sobre la base del respeto de la integridad territorial y la unidad política de los Estados. En particular, el artículo 46.1 de la DNUDPI señala que “Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes” (art. 46.1). El artículo IV de la DADPI contiene un texto idéntico al citado (art. IV).

Respecto a pronunciamientos de órganos de derechos humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de la ONU ha reconocido que el artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) resulta aplicable a los pueblos indígenas (Consideración de Informes presentados por Estados Partes bajo los Artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales sobre la Federación Rusa, párr. 11). En virtud de ello, estos colectivos pueden “[proveer] a su desarrollo económico, social y cultural” y “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se les prive de “sus propios medios de subsistencia” (PIDCP y PIDESC, art. 1).

En un sentido similar se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 166), así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos *Pueblo Saramaka vs. Surinam* (sentencia de 28 de noviembre de 2007, núm. 172, párr. 93) y *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam* (sentencia de 25 de noviembre de 2015, núm. 309, párr. 112). En particular, la Corte IDH sostuvo que las reglas de interpretación establecidas en el artículo 29.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) le prohíben interpretar el derecho a la propiedad (reconocido en el art. 21 de la misma) de manera que se restringiera su goce y ejercicio a un grado menor que el reconocido en el PIDCP y el PIDESC (caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 166). En consecuencia, consideró que el artículo 21 de la CADH incluye el derecho de los miembros

de las comunidades indígenas y tribales a determinar libremente y disfrutar su propio desarrollo social, cultural y económico (CIDH, *cit.*, párr. 2).

Este derecho también ha sido referido por la Corte IDH en diversos fallos, como el del *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, un pueblo amazónico (sentencia de 27 de junio de 2012, núm. 245, párr. 217, n. 288). En el caso específico de los pueblos en situación de aislamiento y contacto inicial se ha reconocido que supone el respeto de sus mecanismos de supervivencia física y cultural, lo cual incluye situaciones como el aislamiento y otras formas selectivas de convivencia (ACNUDH, Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay, párr. 22).

Por su parte, la CIDH ha señalado que el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas guarda estrecha relación con el uso y disposición de las tierras y territorios. En ese sentido, ha afirmado que los Estados tienen la obligación de “adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar el derecho a la propiedad comunal de los miembros de las comunidades indígenas y tribales sobre dicho territorio” (CIDH, *cit.*, párr. 166).

Cristina Blanco Vizarreta

376. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA PROPIEDAD COLECTIVA

Uno de los ámbitos que ha requerido mayor atención en materia de derechos de los pueblos indígenas es su derecho a la propiedad colectiva sobre sus tierras y territorios ancestrales, y los recursos naturales que en ellos se encuentran. Ello porque el territorio posee una importancia singular para los pueblos indígenas, dado que constituye un requisito fundamental para el desarrollo de su cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica (alegatos de la CIDH ante la Corte IDH, caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, núm. 146, párr. 113).

En palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “su goce efectivo implica no solo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra” (alegatos de la CIDH ante la Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yákye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, núm. 125, párr. 120[c]). Tal importancia se ha traducido en un amplio reconocimiento tanto en instrumentos internacionales como en pronunciamientos de órganos internacionales de derechos humanos. Nos referimos a ambos aspectos a continuación.

Reconocimiento internacional. Este derecho se encuentra reconocido en todos los instrumentos internacionales sobre pueblos indígenas. En el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el segundo apartado se titula “Parte II: Tierras” y contiene siete disposiciones. Determina que los Estados deben reconocer la vinculación especial de los pueblos indígenas con sus tierras o territorios (art. 13). Esto supone un reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente han utilizado (art. 14); que se salvaguarden las tierras que, si bien no ocupan tradicionalmente, hayan sido utilizadas para sus actividades tradicionales y de subsistencia (art. 14), y que los recursos naturales existentes en sus tierras reciban una protección especial (art. 15).

El Convenio 169 señala también que los pueblos indígenas no deben ser trasladados fuera de los territorios que ocupan, sin que se cuente con su consentimiento libre y expreso, y tengan pleno conocimiento de causa. Siempre que sea posible, deberían poder regresar a sus tierras tradicionales, en cuanto deje de existir la causa que motivó su traslado y reubicación (art. 16). Ahora bien, cuando su retorno no sea posible, deberán recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean iguales a los de aquellas que ocupaban anteriormente, y que les permitan cubrir sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro (art. 16). Este instrumento llama al respeto de las modalidades de transmisión de tierras entre los miembros de los pueblos indígenas (art. 17) y a la protección de sus territorios a través de la regulación de sanciones contra la intrusión (art. 18), y destaca la necesidad de que puedan acceder a programas agrarios nacionales en condiciones equivalentes a las de otros sectores de la población (art. 19).

Un segundo instrumento clave es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI, adoptada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007). Según este Instrumento, los Estados deben establecer mecanismos para prevenir y resarcir actos que tengan por objeto o consecuencia desposeer a los pueblos indígenas de sus tierras, territorios o recursos (art. 8). Al igual que el Convenio 169, dispone que no pueden ser desplazados forzosamente de sus tierras o territorios sin su consentimiento libre, previo e informado, e incluye la necesidad de recibir una indemnización justa y tener la opción de regresar (art. 10). Señala además que los Estados deben celebrar consultas y cooperar de buena fe siempre que vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que les puedan afectar (art. 19), lo cual incluye ciertamente aquellas relacionadas con la protección de la propiedad colectiva.

De manera más específica, los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su relación espiritual con sus tierras, territorios y recursos naturales (art. 25); a poseer, utilizar, desarrollar y controlarlos (art. 26), y a la conservación y protección del medioambiente y de la capacidad productiva de su propiedad (art. 29). Los pueblos indígenas tienen, además, el derecho de determinar y elaborar sus prioridades y estrategias para el desarrollo y la utilización de sus tierras, territorios y recursos naturales (art. 32), por lo que no se podrían realizar actividades militares en ellos (art. 30).

Un tercer instrumento es la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos (DADPI, OEA, adoptada por la Asamblea General el 15 de junio de 2016). Incluye una sección con cinco disposiciones relacionadas con las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural, y el derecho a tierras, territorios y recursos. Según esta Declaración, los Estados deben asegurar el reconocimiento jurídico de la propiedad colectiva, respetando sus costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia (art. XXV.4). En esta medida, se tendrían que establecer regímenes especiales que procuren la demarcación o titulación efectiva de sus tierras, territorios o recursos (art. XXV.5). La Declaración retoma lo dispuesto por el Convenio 169 y la DNUDPI, en el sentido de que los pueblos indígenas tienen el derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar su propiedad (art. XXV.3), así como a asumir la responsabilidad de su conservación y a mantener y fortalecer su relación espiritual, cultural y material (art. XXV.1).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han desarrollado conjuntamente el contenido del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, con base en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH). Desde 2001, con la sentencia del caso de la *Comunidad Maygna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (de 31 de agosto de 2001, núm. 79, párr. 148), la Corte IDH ha considerado que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”.

Asimismo, en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay* (sentencia de 29 de marzo de 2006, núm. 146, párr. 120) señaló que “los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva”, pues su sentido de pertenencia “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad” (*Comunidad Maygna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, párr. 149). De esta manera, entiende que la noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no corresponde necesariamente a la concepción clásica de propiedad, pero requiere igual la protección en los términos del artículo 21 de la CADH (*Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párr. 120).

Este derecho ha ofrecido la vía más importante para el reconocimiento y la protección del territorio ancestral y, con ello, la protección de una serie de elementos vinculados a su cosmovisión, vida espiritual y forma de subsistencia tradicional. Puede decirse que la jurisprudencia del SIDH en la materia parte de tres premisas fundamentales: “(i) el derecho a la propiedad se extiende más allá de la clásica forma individualista de entender la propiedad y permite proteger la concepción colectiva sobre la tierra y el territorio tradicional existente entre los pueblos indígenas y tribales; (ii) estos pueblos poseen una relación especial con la tierra y el territorio ancestral en tanto cumple un rol fundamental para su supervivencia física y cultural como pueblos, y (iii) el derecho a la propiedad protege no solo la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales sino también como con los recursos naturales que se encuentran en ellas y que han utilizado tradicionalmente” (Blanco, en Quintana y Flores (eds.), 2017, pp. 150 y 151).

Cristina Blanco Vizarrera

377. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA PROPIEDAD COLECTIVA (ESTÁNDARES INTERAMERICANOS)

A partir del reconocimiento a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, se han establecido estándares de protección de este derecho, a los que se refieren los párrafos siguientes, con especial énfasis en pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En cuanto al *alcance geográfico de los derechos de propiedad indígenas*, estos derechos se extienden sobre todas aquellas tierras y recursos que los pueblos indígenas usan actualmente, y sobre aquellas tierras y recursos que poseyeron y de los cuales fueron despojados, con los cuales mantienen su relación especial internacionalmente protegida (Corte IDH, caso de la *Comunidad Maygna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, núm. 79,

párr. 153.2, y caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, núm. 125, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 135).

Con relación a la *titulación jurídica y registro de la propiedad*, los pueblos indígenas y tribales son titulares de derechos de propiedad y dominio sobre las tierras y recursos que han ocupado históricamente, por lo que tienen derecho “a ser reconocidos jurídicamente como los dueños de sus territorios, a obtener un título jurídico formal de propiedad de sus tierras, y a que los títulos sean debidamente registrados”. Se debe resaltar que esta titulación debe ser colectiva, sin perjuicio de las formas de organización interna de los pueblos indígenas en cuanto a la tenencia de la tierra (CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 82). Asimismo, los procedimientos para titular tierras comunales indígenas o tribales deben gozar de efectividad (Corte IDH, caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, sentencia de 5 de febrero de 2018, núm. 346, párr. 119) y deben atender a las características particulares del pueblo en concreto (CIDH, *cit.*, párr. 85).

El Estado debe garantizar la *seguridad jurídica del título de propiedad*. La CIDH ha reconocido que la demarcación y registro legal de tierras es solo el primer paso, puesto que la “propiedad y posesión efectivas se ven continuamente amenazadas, usurpadas o reducidas por distintas acciones de hecho o de derecho” (*ibidem*, párr. 86). Esto incluye el derecho a la certeza jurídica de la propiedad territorial, que exige la existencia de mecanismos especiales, rápidos y eficaces para solucionar los conflictos jurídicos existentes sobre el dominio de las tierras indígenas (*ibidem*, párr. 88). Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reiterado en su jurisprudencia la necesidad de materializar los derechos territoriales a través de medidas legislativas y administrativas que reconozcan tales derechos en la práctica (caso *de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 164; caso *Pueblos Kalíña y Lokono vs. Surinam*, sentencia de 25 de noviembre de 2015, núm. 309, párr. 133; caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros*, párr. 119).

La *delimitación y demarcación del territorio ancestral* ha sido identificada como el principal mecanismo de garantía del derecho de propiedad territorial indígena (CIDH, *cit.*, párr. 94). En este marco, los pueblos requieren procedimientos especiales, adecuados y efectivos para acceder a la delimitación, demarcación y titulación de sus territorios (*ibidem*, párr. 96). De manera específica, la Corte IDH ha señalado que los procedimientos para la demarcación y delimitación de tierras deben cumplir con los requisitos de efectividad y plazo razonable (caso *de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, párr. 111). Hasta en tanto eso suceda, se debe velar por la protección territorial provisional mientras están pendientes los procesos de delimitación, demarcación y titulación, lo cual supone, por ejemplo, que el Estado no pueda otorgar concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales que se encuentran en los territorios que están en proceso de delimitación y demarcación sin consultar al pueblo (CIDH, *cit.*, párr. 96).

Los pueblos indígenas tienen *derecho posesión, al uso, a la ocupación y a la habitación de sus territorios ancestrales*. La Corte IDH ha vinculado este derecho al núcleo mismo del derecho a la propiedad protegido por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (*ibidem*, párr. 109), el cual debe ser ejercido sin ninguna interferencia externa.

Los pueblos indígenas deben tener *seguridad efectiva frente a reclamos o actos de terceros*. Si surgen conflictos, estos colectivos tienen derecho a recibir protección y reparación, mediante procedimientos adecuados y efectivos; así como que se les garantice el goce efectivo de su derecho a la propiedad; a que se investigue efectivamente y se sancione a los responsables de dichos ataques, y a que se establezcan mecanismos especiales rápidos y eficaces para solucionar los conflictos jurídicos sobre el dominio de sus tierras. Del mismo modo, tienen derecho a que su territorio sea reservado para ellos, sin que dentro de sus tierras existan dentro de sus tierras asentamientos o presencia de terceros o colonos no indígenas (*ibidem*, párrs. 110, 113 y 114).

Cuando ocurren *conflictos jurídicos de propiedad territorial con terceros*, se debe actuar de conformidad con los principios que rigen las limitaciones a los derechos humanos. De acuerdo con la Corte IDH, las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos deben ser: *a)* establecidas por ley; *b)* necesarias; *c)* proporcionales, y *d)* su fin debe ser el de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 144). En principio, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a que su propiedad del territorio no sea susceptible de ser opacada por derechos de propiedad de terceros (caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, núm. 172, párr. 115). Dicha aproximación supone que se trate de terceros que no tengan un título de propiedad de buena fe o no cuentan con expectativas legítimas ni con derechos de propiedad *bona fide*. En ese escenario, el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la propiedad y a la restitución persiste aun cuando las tierras reclamadas estén en posesión de terceros, y no es aceptable que las reclamaciones territoriales indígenas sean denegadas automáticamente por tal motivo (CIDH, *cit.*, párrs. 117-119).

Los pueblos indígenas tienen derecho a la *restitución del territorio ancestral*. En ese sentido, se debe resaltar que los pueblos indígenas que hubieran perdido la posesión total o parcial de sus territorios, mantienen sus derechos de propiedad sobre tales territorios, y tienen un derecho preferente a recuperarlos, aun cuando se encontrasen en manos de terceras personas (Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, núm. 146, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 132, y CIDH, *cit.*, párr. 123).

Tienen derecho a *servicios básicos y al desarrollo*, dado que la garantía de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre la tierra y los recursos naturales no se agota cuando las tierras han sido demarcadas. En ese sentido, “si bien el territorio es fundamental para el desarrollo en comunidad de las poblaciones indígenas, este debe ir acompañado de la prestación de servicios de salud, educación, sanitarios y la protección de sus derechos laborales y de seguridad social y, en especial, de la protección de su hábitat” (*ibidem*, párr. 149). Este deber surge del derecho a la vida en condiciones dignas protegido por la CADH y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como del deber general de los Estados de garantizar a los miembros de las comunidades indígenas y tribales el acceso a condiciones de vida dignas en el campo sanitario, alimenticio y habitacional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la CADH (*idem*).

Los pueblos indígenas deben poder ejercer *la relación espiritual con el territorio y acceder a sus sitios sagrados* (Corte IDH, caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre 2004, núm. 105, párr. 85, y caso *del Pueblo*

Saramaka, párr. 95). En este marco, los Estados tienen la obligación de proteger el territorio, y la relación establecida entre los pueblos indígenas o tribales y sus tierras o recursos naturales, como un medio que garantiza el ejercicio de su vida espiritual (Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 131).

La protección del territorio se relaciona también con su derecho a ser *protegidos frente a al desplazamiento forzado* a causa de violencia, como suele ocurrir en contextos de conflicto armado. Dichos desplazamientos suponen la pérdida, en muchos casos, de su integridad sociocultural y su hábitat, por lo que los Estados deben adoptar medidas especiales de protección (Corte IDH, caso *de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia 15 de junio de 2005, núm. 124, párr. 132). Aquello no excluye que estén obligados a adoptar todas las medidas necesarias para permitir el retorno de los pueblos indígenas a sus territorios tradicionales, de forma segura y con dignidad (CIDH, *cit.*, párr. 152).

Cristina Blanco Vizarrata

378. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA PROPIEDAD COLECTIVA (GARANTÍAS EN CONTEXTOS DE EXTRACCIÓN O ACTIVIDADES DE DESARROLLO)

Si bien el derecho a la propiedad colectiva no es un derecho absoluto, se debe tomar en cuenta que existen obligaciones estatales específicas frente a medidas que lo restrinjan, como actividades de extracción, explotación o desarrollo en territorios de los pueblos indígenas. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, caso *Pueblos Kalina y Lokono vs. Surinam*, sentencia de 25 de noviembre de 2015, núm. 309, párr. 215) como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, 2016, y *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2009) se han ocupado de determinar las obligaciones que surgen para los Estados en estos contextos, que pueden clasificarse en seis ejes centrales, que serán desarrollados a continuación.

Los Estados tienen un *deber de diseño, implementación y aplicación efectiva* de un marco normativo adecuado, el Estado debe adoptar una legislación sólida y eficaz para proteger los derechos humanos más relevantes en relación con actividades extractivas, así como la derogación de legislación incompatible con los derechos consagrados en los instrumentos interamericanos (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH). Deben contar con disposiciones que permitan proteger los derechos de propiedad de los pueblos indígenas frente a actividades extractivas, de explotación y de desarrollo, lo cual incluye el reconocimiento del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado, como garantía esencial para resguardar este derecho. Del mismo modo, resulta imprescindible contar con legislación y otras disposiciones reglamentarias que definan claramente la responsabilidad frente a las potenciales violaciones de derechos humanos.

Encontramos también el deber de *prevenir, mitigar y suspender los impactos negativos sobre los derechos humanos*. Al respecto, se diferencian dos niveles de prevención: *i) deber de prevención general*, que exige la adopción de medidas para contar con un marco normativo e institucional orientado a prevenir, perse-

guir y sancionar los delitos ocurridos en un área determinada y conocidos por el Estado, y ii) *deber de prevención específico*, el cual es exigible al Estado desde el momento en que toma conocimiento de un riesgo real e inmediato para una persona o grupo de personas en una situación concreta. En ese sentido, la CIDH ha señalado que, si se tiene conocimiento de que se están produciendo daños ecológicos como consecuencia de proyectos o planes de desarrollo o inversión o desarrollo, tales planes se tornan en ilegales; deben ser suspendidos, se debe reparar los daños ambientales e investigar y sancionar a los culpables.

Se contempla la *obligación de supervisión y fiscalización* en materia de actividades extractivas, de explotación y desarrollo. Dado que resulta evidente que los Estados deben supervisar y fiscalizar las actividades de los privados para evitar la vulneración de derechos humanos, en el caso de las empresas que realizan proyectos de extracción, esta obligación puede ser más estricta, dependiendo de la actividad y naturaleza de la empresa, como en los casos en los que la empresa es de su propiedad o se encuentra bajo su control. Los sistemas de supervisión a implementar por los Estados deben ofrecer respuestas eficaces y ser culturalmente adecuados, y deben contar con procedimientos que permitan identificar los aspectos técnicos de las actividades ejecutadas y sus falencias. En el mismo sentido, la Corte IDH ha indicado que los Estados tienen la obligación de supervisar los estudios de impacto ambiental y social de manera previa al inicio de las actividades de explotación.

Los Estados tienen el deber de *garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información*, lo que guarda estrecha relación con el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas. Ello exige a los Estados establecer consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas vinculadas a los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales. Esta información, entendida como aquella que sea necesaria para el ejercicio o protección de los derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación o desarrollo, requiere ser clara y accesible y, de ser necesario, transmitida con el apoyo de un intérprete o en un idioma o dialecto que permita a los miembros de los pueblos indígenas involucrados comprenderla de forma plena.

Igualmente, existe el deber de *prevenir actividades ilegales y formas de violencia*. La CIDH ha señalado que, en contextos en los que existe oposición por parte de pueblos indígenas y tribales a planes o proyectos extractivos, se han presentado actos de hostigamiento, amenazas y agresiones, especialmente contra autoridades indígenas, líderes y lideresas comunitarias u otros miembros que cumplen un rol clave en el proceso de reivindicación de derechos indígenas. En ese sentido, se debe resaltar que la protección activa del derecho a la vida y demás derechos consagrados en la CADH es parte del deber del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos y requiere adoptar medidas para castigar la privación de vida u otras violaciones a derechos humanos, tanto por actores privados con la aquiescencia del Estado como por los propios agentes estatales. Esta obligación también incluye el deber del Estado de controlar, prevenir, investigar y sancionar las actividades extractivas ilegales en territorios ancestrales.

Finalmente, se encuentra el *deber de garantizar el acceso a la justicia* a través de la investigación, sanción y reparación adecuada de las violaciones de derechos

humanos en estos contextos. La CIDH ha constatado que existe una grave situación de impunidad en el continente americano derivadas de violaciones de derechos humanos cometidas en contextos de extracción de recursos. Por ello, es de especial relevancia que los Estados cuenten con recursos judiciales adecuados y efectivos que permitan reivindicar sus derechos, tales como el derecho a la vida, a la integridad y a vivir en un ambiente sano.

Cristina Blanco Vizarreta

379. 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 aquella 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

380. DERECHO DE RÉPLICA, RECTIFICACIÓN O RESPUESTA (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Pacto de San José) programa el derecho de rectificación, de respuesta o —también llamado— de réplica. Lo confiere a favor de toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes, emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general. El derecho consiste en efectuar, por medio del mismo órgano de difusión, su rectificación o respuesta, en las condiciones que establezca la ley (sobre las incógnitas interpretativas que plantea la redacción de esta cláusula, nos remitimos a nuestro libro *Censura judicial y derecho de réplica*, 2008, pp. 122 y ss.).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) atendió esta norma en la opinión consultiva (OC) 7, de 29 de agosto de 1986. Fue Costa Rica quien interrogó a la Corte acerca de si tal derecho, según el Pacto, estaba ya garantizado en su libre y pleno ejercicio a todas las personas que se encontraran bajo su jurisdicción o, de no ser así, si el Estado se encuentra obligado a adoptar medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlo efectivo. También preguntó si la expresión “ley” que figura en la norma aludida estaba empleada por la Convención en el sentido amplio o lato, lo que podría comprender entonces disposiciones de carácter reglamentario emitidas por decreto ejecutivo.

La OC-7/86 se emitió de manera algo compleja. Hubo una opinión separada del juez Héctor Gros Espiell, otra del juez Rodolfo E. Piza Escalante, una opinión disidente conjunta de los jueces Rafael Nieto Navia y Pedro Nikken, y una opinión disidente y concurrente del juez Thomas Buergenthal.

Por unanimidad, la Corte decidió que el artículo 14.1 de la Convención reconoce un derecho internacionalmente exigible que los Estados parte tienen la obligación de respetar y garantizar en su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté bajo su jurisdicción. También, por unanimidad, opinó que cuando tal derecho no pudiera hacerse efectivo en el ordenamiento jurídico interno de un Estado parte, el mismo tiene la obligación, en virtud del artículo 2 de la CADH, de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias. Y por seis votos contra uno consideró que la palabra “ley” empleada en el artículo 14.1 del Pacto está relacionada con las obligaciones asumidas por los Estados parte en el artículo 2 del mismo (que establece el principio del “efecto útil” de los tratados) y, por tanto, las medidas que debe adoptar el Estado parte comprenden todas las disposiciones internas que sean adecuadas, según el sistema jurídico de que se trate, para garantizar el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. En cambio, si se trata de restringir un derecho, la palabra “ley” debe entenderse en sentido de ley formal.

La OC-7/86 realizó una interpretación activista e impulsora del derecho de rectificación, respuesta o réplica (para un mayor desarrollo de la misma véase Sagüés, “Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta”, en Steiner y Uribe (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2014, pp. 343 y ss.): *a*) del texto del artículo 14.1 de la CADH parecería desprenderse, de seguirse una exégesis puramente literal, que resultaría indispensable, para practicar el derecho aludido, que hubiera una ley nacional que lo reglamentase: la rectificación o respuesta se practica, dice la cláusula, “en las condiciones que establezca la ley”. Tal interpretación, que presuntamente entroniza el principio de “mediación de la ley”, subordina la vigencia y eficacia del derecho al dictado de una norma legal y a las condiciones que establezca el Estado para realizarlo. Sin ley, conforme a esa tesis, no habría prácticamente derecho. Con acierto, la Corte Interamericana rechaza esta exégesis estatista e inhibitoria de un derecho. La Convención, explica, enuncia claramente un derecho, que genera obligaciones para los Estados (OC-7/86, párrs. 22-24). Refiere que es cierto que estos pueden regular modalidades de instrumentación del derecho (*v. gr.*, el espacio igual o mayor donde debe publicarse la rectificación, en qué tiempo puede ejercerse, qué terminología es admisible), pero ello no implica que, de no dictarse la ley, el afectado no pueda ejercer su pretensión. El Estado, añade el Tribunal, debe adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones, so pena de incurrir en violación del Pacto de San José (párrs. 27-30), y *b*) la Corte IDH despliega una interesante interpretación de la palabra “ley” empleada en el aludido art. 14.1 de la Convención. Aquí significa que el Estado debe adoptar medidas legales o cualesquiera otras que fueren necesarias, según su ordenamiento jurídico interno, para cumplir con su obligación de asegurar la efectividad del derecho de rectificación o respuesta (párr. 33). Nos encontramos pues ante el caso de la “ley” *motorizadora* de un derecho. En cambio, si se trata de una ley *limitativa*

o restrictiva de un derecho, tendría que ser la ley formal, dictada por el poder legislativo.

En resumen, aunque falte ley reglamentaria de la rectificación o respuesta en un Estado —cosa que implicaría, apuntamos, una verdadera inconventionalidad por omisión—, sus autoridades deben asegurar por otra vía (puede ser una sentencia, tal como lo hizo la Corte Suprema de Justicia argentina en el célebre caso *Ekmejdjian vs. Sofovich*) la vigencia del derecho que tratamos. En cambio, si se tratase de restringir al mismo derecho (*v. gr.*, de darse los supuestos del art. 32 de la CADH), resultaría indispensable la sanción de una ley en sentido formal.

En conclusión, la OC-7/86 supera positivamente una hermenéutica meramente literal o gramatical del artículo 14.1 de la CADH, privilegiando una interpretación *pro personae* o a *favor libertatis*. Al mismo tiempo, incursiona —también útilmente— en el ámbito de la exégesis mutativista por adición, al entender que, a falta de ley formal, el Estado debe recurrir a medidas jurídicas de otra índole para cumplir con el Pacto de San José. En buen romance, no puede alegar su propia torpeza (la omisión en dictar una ley reglamentaria) para negar un derecho reconocido en ese instrumento internacional y al que se ha obligado a no violar, respetar y cumplir.

Néstor Pedro Sagüés

381. 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 condicionante 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

382. 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— congregar a los indios en territorios menos accidentados y más llanos, que les permitiera a los funcionarios indianos 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 derechos 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

383. DERECHO HUMANO AL AGUA (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

Son diversos los pronunciamientos que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en torno al derecho humano al agua. En ellos ha dejado ver como eje rector de sus criterios que el acceso al agua debe ser suficiente, salubre, aceptable y asequible, ello para lograr su abasto en condiciones de calidad y disponibilidad.

Al respecto, cabe destacar el amparo en revisión 631/2012, mejor conocido como el caso de *la Tribu Yaqui o del acueducto independencia*. La importancia y trascendencia del asunto descansa en la materia de los derechos al territorio, al agua, y a la consulta de pueblos y comunidades indígenas de acuerdo con sus usos y costumbres. El tema central radicó en la construcción y operación

del proyecto llamado “Acueducto Independencia”, el cual pretendía trasvasar el agua del río Yaqui a la ciudad de Hermosillo. Sin embargo, con ello se lesionaba el derecho de la tribu yaqui para disponer de 50% del agua del río, que le correspondía por virtud de un decreto presidencial de 1940. Aunado a ello, el proyecto se estaba realizando sin ningún tipo de consulta previa hacia dicha población.

En su fallo, la Corte confirmó el amparo al considerar que no existió llamamiento y garantía de audiencia para respetar los derechos de la comunidad indígena, a pesar de que se había realizado una reunión pública de información. La consulta debía hacerse adecuadamente, esto es, de manera informada, de buena fe, con la finalidad de obtener su consentimiento y a través de sus representantes tradicionales, a fin de respetar sus costumbres y tradiciones. Al respecto, cabe destacar que el entonces ministro José Ramón Cossío Díaz formuló un voto particular en la aclaración de sentencia. Sus principales argumentos en lo que concierne a este tema fueron los siguientes: “Me parece que la concesión del amparo en contra de la resolución de manifestación de impacto ambiental emitida por la SEMARNAT que autorizaba la construcción y operación del acueducto independencia por no haber otorgado el derecho de audiencia (consulta), a través de las autoridades tradicionales, a la Tribu Yaqui del pueblo VICAM, Sonora, necesariamente tiene el alcance y efecto de que deje de operar el acueducto, pues dicha resolución de manifestación ambiental no solamente autorizaba la construcción, sino también la operación del mencionado acueducto”. En la propia sentencia de amparo se dijo de manera clara que esta operación era susceptible de afectar: “el derecho de disposición que le fue reconocido a la Tribu Yaqui en relación al recurso natural que se encuentra almacenado en la presa denominada ‘la angostura’, que deriva de la dotación del 50% del almacenamiento de dicha presa”. Asimismo, se sostuvo que el derecho de disposición del recurso natural que le fue reconocido a la Tribu Yaqui “es susceptible de ser afectado por la autorización de la operación del ‘Acueducto Independencia’”; igualmente se precisó que “la susceptibilidad de afectación a los derechos de la Tribu Yaqui, más que derivar de la autorización de la construcción y de las demás obras que integrarán el ‘Acueducto Independencia’, podría generarse en la operación del mismo, pues el derecho que pudiera afectarse es la disposición del recurso natural vital con el que cuenta la Tribu”.

En este voto, José Ramón Cossío Díaz destacó que el derecho de disposición del recurso natural que le fue reconocido a la tribu yaqui era susceptible de ser afectado por la autorización de la operación del Acueducto Independencia. Más allá de la importancia de reconocer a la tribu su derecho a la consulta previa, era necesario mirar otros derechos susceptibles de vulneración, como lo era el derecho al agua.

Otro pronunciamiento de la Corte fue el emitido en el recurso de inconformidad 49/2014, luego de que un ciudadano reclamara el desabasto de agua potable y se inconformara con el incumplimiento en garantizarle el acceso al vital líquido. Al respecto, se consideró fundada la inconformidad porque, contrario a lo determinado en el acuerdo impugnado, las autoridades responsables aún no habían acreditado que el vital líquido le estaba siendo proporcionado a la parte quejosa en los términos precisados en el fallo protector. Se destacó que para tener por cumplido el fallo protector no bastaba

con acreditar que en el domicilio de la parte quejosa existía una toma de agua sin reparar, en las características y volumen proporcionado del vital líquido, pues de lo contrario se soslayaría el hecho de que en la sentencia de amparo se hizo referencia a que el líquido debía entregarse, preferentemente, en las cantidades establecidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) para considerar satisfecho el referido derecho humano, es decir, entre 50 y 100 litros de agua por persona y por día.

En este sentido, se expresó: “para tener por cumplido el fallo protector no basta con acreditar que existe una toma de agua en el domicilio de la quejosa, pues con ello se llegaría al extremo de considerar cumplimentado el derecho al agua de las personas, únicamente con proveer un minuto de agua a la semana el vital líquido.” Sin duda alguna, con este caso se dejó precisado el criterio de que la distribución del vital líquido debe realizarse de manera equitativa y conforme a las directrices de la OMS.

Finalmente, también es importante destacar algunos de los criterios emitidos por órganos colegiados en torno a este derecho: “Derecho humano de acceso al agua garantizado en la Constitución federal y en la legislación del estado de Quintana Roo. Sus características”, que hace referencia a que el derecho humano de acceso al agua conlleva ciertas características, como su disponibilidad, alusión a que no se suspenda y que sea suficiente, así como que sea de calidad, esto es, salubre y accesible. Asimismo, “Derecho humano de acceso al agua. Obligaciones que impone a los Estados y a los agentes no estatales”, que señala los tres tipos de obligaciones que tiene el Estado para garantizar el acceso: abstenerse de obstaculizar directa o indirectamente su goce; impedir injerencia de terceros y, por último, adoptar las medidas legislativas, administrativas o presupuestarias de promoción para hacerlo plenamente efectivo.

Dulce María Milán Rodríguez

384. DERECHO HUMANO AL AGUA Y AL SANEAMIENTO

El agua es un recurso hídrico y un bien universal que juega un papel importante como necesidad humana básica y como condición necesaria para el desarrollo de una sociedad; de ahí que su acceso y su uso deba ser garantizado como derecho humano básico. Sin embargo, de acuerdo con Gilbert F. Houngho, presidente de ONU-Agua, más de 2 mil millones de personas carecen de acceso al agua potable y más del doble de esa cifra no cuenta con acceso a servicios de saneamiento seguros (Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2018).

El significado y contenido de este derecho ha sido desarrollado desde 1966, año en el que se firmó el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En 1977, la celebración de la Conferencia del Agua de las Naciones Unidas impulsó la toma de conciencia sobre su importancia, y en las décadas de 1980 y 1990, declaradas como el Decenio Internacional del Agua Potable y el Saneamiento Ambiental, su relevancia se hizo manifiesta. No obstante, fue hasta el 28 de julio de 2010, por virtud de la Resolución 64/292, que la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano, al señalar: “el derecho al agua potable y el saneamiento es

un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

Al respecto, en 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas emitió la Observación general 15, en la cual se dotó de contenido y alcance al derecho humano al agua, al definirlo como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Agregó que un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina, así como las de higiene personal y doméstica. De ello precisamente se trata el saneamiento: de eliminar higiénicamente las excretas y aguas residuales y tener un medioambiente limpio y sano, tanto en la vivienda como en las proximidades de los usuarios; es decir, el derecho humano al saneamiento comprende seguridad y privacidad en el uso de estos servicios, de acuerdo con el Programa Conjunto de Monitoreo para el abastecimiento de agua y saneamiento, efectuado por la Organización Mundial de la Salud y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (OMS/UNICEF).

En este sentido, se puede afirmar que el derecho humano al agua y al saneamiento resulta fundamental para el disfrute de una vida digna y es condición previa para la realización de otros derechos humanos, como el derecho a la salud, a la alimentación y a la vivienda.

Ahora bien, en el ámbito nacional, su reconocimiento se consolidó el 8 de febrero de 2012, cuando se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se declaró reformado el artículo 4 de la Constitución, que establece: “Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines”. Ante este marco legal, México asume la responsabilidad de respetar, proteger y garantizar su cumplimiento en forma accesible, suficiente, salubre, aceptable y asequible con participación de la ciudadanía. Resulta necesario comprender cada una de estas condiciones y reconocer los límites a vencer para garantizar su pleno cumplimiento, atendiendo el tema de la viabilidad en las condiciones de satisfacción.

De acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas, para un adecuado acceso y ejercicio del derecho al agua y al saneamiento resulta importante que se observen y garanticen las siguientes condiciones: *a)* disponibilidad: el abastecimiento debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Según la OMS, son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona al día para garantizar que se cubran las necesidades básicas y que no surjan grandes amenazas para la salud; *b)* calidad: el agua debe ser salubre y, por tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas; *c)* accesibilidad: el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna. De acuerdo con la OMS, la fuente de agua debe encontrarse a menos de mil metros del hogar y el tiempo de

recogida no debe superar los 30 minutos; *d*) asequibilidad: garantizar que su suministro no comprometa la capacidad de las personas para adquirir otros bienes y servicios esenciales. El gasto por estos servicios no debe superar el 3% de los ingresos de una familia, según el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo; *e*) no discriminación: por ningún motivo se debe impedir el acceso al agua, y *f*) acceso a la información: se tiene el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre cualquier cuestión relacionada con el agua.

Como se observa, el acceso al recurso hídrico debe ser garantizado por el Estado bajo ciertas condiciones. Se trata de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho humano al agua, esto es, por una parte, que a nadie se le puede privar del acceso al agua y, por otra, se requieren y son necesarias acciones proactivas del Estado para propiciar que las personas logren el acceso a ella cuando no lo tienen.

Dulce María Milán Rodríguez

385. DERECHO HUMANO AL DEPORTE

El deporte tiene muchas formas de manifestación social y se ha constituido en un derecho humano inherente a la persona. En la evolución de los derechos humanos, pertenece a la segunda generación: económicos, políticos, sociales y culturales, por lo que su naturaleza es de corte social o programático, va dirigido a sectores o grupos sociales, y para que se constituya en accesible, real y disfrutable, el Estado, a través de los órganos de gobierno, debe realizar financiamiento, acciones, programas, estrategias y, en general, ser creador de una red pública de instalaciones que dé cobertura a la práctica del deporte en su conjunto, con el fin de que las personas lo gocen de manera real y efectiva.

El derecho que tratamos se compone por: la práctica del deporte, la cultura física, la educación física, la recreación, entretenimiento, el ocio o tiempo libre, por lo que adquirió reconocimiento y especificidad en los textos constitucionales y documentos internacionales. Por lo que hace a la Constitución, fue reconocido por virtud de norma positiva, integrada en la parte programática, y es así como se obliga al gobierno a promocionar, fomentar, estimular y desarrollar programas basados en políticas públicas para hacerlo progresivo y asequible a las personas. Por lo que se refiere a los documentos internacionales, la Unión Europea presenta una definición del término *deporte*, por medio del Consejo Europeo, en el artículo 2 de la Carta Europea del Deporte: “Cualquier forma de actividad física que, a través de participación organizada o no, tiene por objeto la expresión o mejoría de la condición física y psíquica, el desarrollo de las acciones sociales o la obtención de resultados en competición a todos los niveles.” La definición aporta en su construcción un amplio radio, al contemplar el ámbito federativo y fuera de él, y con independencia de la causa u objeto que lleve a la persona a la práctica del deporte.

El derecho en estudio se constituye en una conquista por el hecho de haber logrado su reconocimiento y su especificidad, la cual tiene las siguientes funciones:

Educativa: la actividad deportiva está considerada como un instrumento para equilibrar la formación y el desarrollo humano de la persona a cualquier edad. Los valores del deporte son el vehículo adecuado para desarrollar el conocimiento, la motivación, las capacidades y la disposición para el esfuerzo personal.

Mejora de la salud pública: la actividad física mejora la salud de los ciudadanos y contribuye a prevenir y a luchar contra algunas enfermedades, como las lesiones cardíacas o el cáncer, y puede contribuir al mantenimiento de la buena salud y calidad de vida a una edad elevada.

Social: permite tener una sociedad más tolerante, por lo que supone un instrumento adecuado “para luchar contra la intolerancia y el racismo, la violencia, el abuso de alcohol o el uso de estupefacientes, el deporte puede contribuir a la integración de las personas excluidas del mercado laboral”. Puede facilitar la integración de los inmigrantes y las personas de origen extranjero en la sociedad, y servir de apoyo al dialogo intercultural.

Lúdica: la actividad física es una parte importante del ocio y del entretenimiento individual o colectivo.

Cultural: la práctica deportiva permite al ciudadano arraigarse mejor en un territorio, conocerlo e integrarse mejor, y con respecto al medioambiente, buscar una mejor y mayor protección.

Por ello, pertenece a una generación de los derechos humanos que tienen como finalidad la protección de derechos de corte colectivo y social, y que en su progresividad va adquiriendo relación con otros derechos humanos conexos que amplían la esfera de su protección, como el derecho a la salud, al trabajo, a la educación, de asociación, de alimentación, a un ambiente sano, que se fortalecen y no le restan trascendencia e importancia en su reconocimiento e individualidad, ya que también tienen vida jurídica propia.

Isidro Mendoza García

386. 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 egolegislador 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 antropoecológico).

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

387. 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 graciosas *concesiones* del poder hegemónico, cuya exigibilidad siempre estuvo condicionada a la no afectación de los intereses de la Corona (este 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 estas); 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 (partici-

pación 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

388. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Definición. Son las normas jurídicas de origen convencional o consuetudinario aplicables en conflictos armados internacionales o internos, que buscan proteger elementos mínimos de carácter humanitario ante las necesidades militares en conflictos armados.

Se identifica como *ius in bello*, derecho de guerra o derecho de los conflictos armados. Es una de las ramas del derecho internacional público y es aplicable en contextos de conflictos armados, brindando una protección mínima que debe prevalecer ante estas circunstancias.

El derecho internacional humanitario (DIH) se distingue del derecho internacional de los derechos humanos, ya que este último es aplicable en casos de paz para la protección de los derechos de carácter fundamental de las personas y en algunos casos puede ser susceptible de restricciones o suspensión.

Antecedentes. Las normas de DIH, al menos las convencionales, son de origen reciente, tras finalizar la Segunda Guerra Mundial; no obstante, se pueden identificar antecedentes desde la Roma clásica, que fueron integrando en su momento la que era una doctrina de *ius ad bellum*, que continuó desarrollándose durante la Edad Media. El derecho internacional quiso sustraerse de las teorías sustanciales de la guerra, la cual concluyó con su prohibición, salvo escasas excepciones y con el surgimiento de normas de carácter humanitario, construyendo de esta forma el DIH.

Diferencias entre ius ad bellum y ius in bello. Son dos términos que se utilizan en esta área del derecho internacional. El primero es el derecho de hacer guerra; sin embargo, hay que puntualizar que entre las normas de la Carta de Naciones Unidas se prohíbe la guerra y esta solo se permite en casos excepcionales, como la legítima defensa frente a un ataque armado o por decisión del Consejo de Seguridad ante una amenaza a la paz. Por su parte, el *ius in bello* es el derecho aplicable a la guerra, conocido como derecho internacional humanitario, que consiste en las normas aplicables en casos de conflictos armados.

Integración. En la actualidad, el derecho internacional humanitario está integrado básicamente por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos, así como normas de carácter consuetudinario. Las normas convencionales son: Convenio I, que protege, durante la guerra, a los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, que protege, durante la guerra, a los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, que se aplica a los prisioneros de guerra, y Convenio IV, que protege a las personas civiles, incluso en territorios ocupados. Por otro lado, se aprobaron dos protocolos en 1977, el primero sobre conflictos armados internacionales y el segundo sobre conflictos no internacionales. El último fue aprobado en 2005 y versa sobre un emblema distintivo adicional.

Mireya Castañeda

389. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Definición. Son las reglas, normas y estándares que regulan las relaciones entre Estados soberanos y otras entidades legalmente reconocidas como actores internacionales.

El término *International Law* fue incorporado en el idioma inglés por Jeremy Bentham, en el siglo XVIII, quien señaló que era más adecuado que *law of nations* y el ya tradicional *ius gentium*, el cual debía ser codificado, según planteó. Algunos de los vocablos que se emplean en otros idiomas son *droit international*, *diritto internazionale* y *Völkerrecht*, este último refiriéndose al derecho de gentes.

Orígenes. Los orígenes del derecho internacional público provienen del *ius gentium* o derecho de gentes, de origen romano, que se distinguía del *ius civile*, estaba dedicado a regular las relaciones entre pueblos, constituía un derecho supranacional.

El derecho internacional público comenzó a regular las relaciones entre Estados. En esos términos se refirió el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en una de sus sentencias, en 1927, al señalar que “el derecho internacional rige las relaciones entre Estados”. Con posterioridad se incorporaron las organizaciones internacionales y, de igual forma, en algunas áreas en particular, como el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho penal internacional, se incorporó a la persona como sujeto de derecho internacional.

Fuentes. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su artículo 38, se refiere a las fuentes del derecho internacional, refiriéndose a las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho y, como medios auxiliares, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor relieve. Algunos autores han reflexionado sobre algunas otras fuentes no incluidas en este numeral como parte del desarrollo del derecho internacional público, por ejemplo, acuerdos unilaterales o decisiones de organismos internacionales.

Los tratados internacionales son una de las principales fuentes del derecho internacional. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, compiló gran parte de las normas consuetudinarias sobre el derecho de los tratados, incluyendo importantes principios como el *pacta sunt servanda*, en el numeral 26, que indica: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Este principio se ha considerado como un eje central del derecho internacional. En el ámbito

de los tratados internacionales, estos pueden ser bilaterales o multilaterales, sobre diversos temas de la vasta agenda internacional, incluidos en materia comercial, derechos humanos, medioambiente.

Diferencia con el derecho internacional privado. La definición proporcionada en el primer párrafo atiende al derecho internacional público, a la que se dedica la presente voz. El término “público” se ha utilizado para distinguirlo del derecho internacional privado, el cual ha tenido amplias discusiones teóricas en cuanto a su propia denominación, considerándose una de las más adecuadas la de “derecho conflictual”, al estar encaminado a la determinación de la ley aplicable en una relación jurídica de carácter privado o la aplicación de una sentencia, en donde intervienen dos o más jurisdicciones, que pueden encontrarse dentro del mismo país —donde el conflicto no es internacional— o en distintos Estados, situación por la que se le ha incorporado el vocablo internacional.

Mireya Castañeda

390. 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 esta 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 estos, 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

391. DERECHO PROCEDIMENTAL PARLAMENTARIO

Por medio de un Congreso General y un procedimiento legislativo se producen las normas legales sometidas a la Constitución. En el derecho mexicano, son seis las etapas para la elaboración de la ley: *a)* iniciativa; *b)* discusión; *c)* aprobación; *d)* sanción; *e)* publicación, y *f)* iniciación de la vigencia o promulgación. Existen tres fases perfectamente delimitadas que conforman el procedimiento legislativo: *1)* iniciativa; *2)* discusión y aprobación por las cámaras, y *3)* iniciación de la vigencia.

Fase de iniciativa. Se encuentra regulada por el artículo 71 constitucional, así como por el 55 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso

General (RICG). El derecho de iniciar leyes conforme a la Constitución corresponde a: presidente; diputados y senadores; legislaturas de los estados, y Congreso de la Ciudad de México, por vía del artículo 122, numeral II, párrafo VI, para presentar iniciativas en materias relativas a la Ciudad de México ante su Congreso local. Los proyectos de ley o decreto pueden presentarse en cualquiera de las cámaras, los cuales pasan a comisión. Sin embargo, esta regla general encuentra dos excepciones, a saber: los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones e impuestos; o sobre reclutamiento de tropas, los cuales, por mandato constitucional (art. 72 constitucional, inciso h), deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados. Para conocer de las iniciativas, es necesario que se integre el quórum de la mitad más uno de los miembros de las cámaras (art. 63 constitucional); finalmente si el proyecto de ley ha sido rechazado por la Cámara de origen, no podrá presentarse en las sesiones de ese año (art. 72 constitucional, inciso g).

Fase de discusión y aprobación. Presentado el proyecto de ley o decreto, se da inicio a la etapa de discusión y aprobación; para fijar el contenido de una ley (art. 72 de la Constitución y 95 a 134 RICG.) Recibido el proyecto por cualquiera de las cámaras, el presidente lo turna a la comisión en razón de la materia y se publica en la *Gaceta Parlamentaria*. La Cámara que recibió la iniciativa será la de origen, y la otra, la revisora. Las comisiones presentan el dictamen de su competencia. Todo dictamen debe contener una exposición razonada, fundada y motivada sujeta a votación, firmada por la mayoría. Si alguno no está de acuerdo, podrá presentar voto particular; y se publica, a más tardar, 48 horas antes del inicio de la sesión de discusión y votación, en el cual podrá dispensarse la lectura, previa consulta al Pleno en votación económica. Los dictámenes en su totalidad están sujetos a discusión en lo general, pero en lo particular solo se discutirán los artículos reservados. Para las discusiones en general, cada grupo parlamentario cuenta con 15 minutos; después se abren hasta dos turnos de cuatro oradores en pro y cuatro en contra, que disponen de diez minutos. La participación parlamentaria se realiza según el número de diputados que conforman cada fracción. Agotada la discusión en lo general y en lo particular, en un solo acto se vota el dictamen en lo general y los artículos no reservados. Si el dictamen es rechazado de la discusión en lo general, en la sesión siguiente se discute el voto particular. Si fuesen más de uno, se discutirán el del grupo parlamentario de mayor número de diputados y si este se rechaza, se procederá a discutirlo en la siguiente sesión, y así hasta agotar todos. Sobre la discusión en lo particular, se discutirá cada artículo reservado; cuando el proyecto conste de más de 30 artículos se consultará al Pleno si procede su discusión por capítulos. Si hay acuerdo al respecto, se procederá a abrir un turno de hasta cuatro oradores en contra y cuatro en pro, por cada artículo o grupo de estos; de tal manera que cada orador dispone de cinco minutos si se discute por artículos y de diez minutos cuando se discuta por grupo de artículos. Si un artículo o grupo de artículos fuese rechazado por la Cámara, esa parte del dictamen regresará a Comisión para que lo reelabore y lo presente nuevamente en sesión. El resto del proyecto de ley aprobado queda en la Presidencia de la Mesa Directiva y no se turna a la colegisladora hasta la presentación de la nueva propuesta de la Comisión dictaminadora y la Cámara resuelva al respecto. Concluidas las discusiones general y particular se procede a la votación. Aprobado un proyecto en la Cámara de origen, pa-

sará a la revisora, que procederá a la discusión y aprobación de la iniciativa de ley. Acto seguido se presentan tres situaciones: 1) que la revisora la apruebe sin modificaciones y se continúe con el procedimiento legislativo, fase integradora de la eficacia (art. 72 constitucional, inciso a); 2) que la ley se deseche en su totalidad por la Cámara revisora, por lo que regresa a la de origen con las observaciones. Una vez examinado y aprobado por la mayoría absoluta de los miembros presentes de la Cámara de origen, pasa a la Cámara revisora que lo desechó, lo toma en consideración y, si lo aprueba por la mayoría, pasará a la siguiente etapa del procedimiento legislativo. En caso contrario, si lo vuelve a rechazar, la iniciativa no podrá presentarse nuevamente en el mismo periodo de sesiones (art. 72 constitucional, inciso d), y 3) si no se presenta ninguno de los supuestos anteriores y un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, modificado o adicionado por la Cámara revisora, la discusión de la de origen versará únicamente sobre lo desechado o sobre las reformas o adiciones, sin alterar los artículos aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fuesen aprobadas por la mayoría absoluta de los votos presentes en la de origen, se continúa con el procedimiento legislativo. Si las reformas o adiciones elaboradas por la Cámara revisora fueran rechazadas por mayoría en la de origen, la iniciativa volverá a aquella para que considere las razones expuestas por esta y si, por mayoría absoluta de los votos presentes, en la Cámara revisora se desecharen en esta segunda revisión, el proyecto que haya sido aprobado por ambas cámaras se someterá a la siguiente fase (art. 72 constitucional, inciso e). Si la Cámara revisora insistiere, por la mayoría absoluta de los votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente periodo de sesiones, a no ser que ambas cámaras acuerden, por mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto solo con los artículos aprobados y que se reserven los adicionados o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes.

Fase integradora de la eficacia. Una vez aprobado el proyecto de ley o decreto firmado por los presidentes de ambas cámaras, se comunica al ejecutivo, quien sanciona la ley y ordena su promulgación o expresa su inconformidad formulando objeciones al proyecto. Si el presidente está de acuerdo con el proyecto, procede a sancionarlo y promulgarlo como ley. La sanción es el acto de aceptación de una ley o decreto por el ejecutivo: “Se reputará aprobado todo proyecto no devuelto a la Cámara de origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término, hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido” (art. 72 constitucional, inciso b). Es el momento en el que el presidente puede ejercer su derecho de veto. De esta manera, si el proyecto es devuelto con sus observaciones a la Cámara de origen, deberá discutirlo, y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora, y si fuese aprobada por la misma mayoría, el proyecto de ley o decreto será devuelto al ejecutivo para su promulgación, mediante la cual se formaliza la incorporación de la ley de manera definitiva al ordenamiento jurídico (art. 70 constitucional). La publicación de las leyes se realiza en el *Diario Oficial de la Federación*, órgano de difusión del Estado.

Armando Soto Flores

392. 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 Nice-

to 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

393. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (AGUASCALIENTES)

Una forma de entender el concepto de derecho procesal constitucional es darle el contenido de todos los procesos constitucionales específicos por los cuales el Tribunal Supremo de un Estado es el único encargado de revisar y declarar la existencia de violaciones a principios básicos del Estado constitucional, entre ellos, la forma de Estado y de gobierno, su organización política, y la esfera de libertades y derechos que protege a sus habitantes. Este derecho procesal aterriza en los sistemas de justicia constitucional, un conjunto de mecanismos o instrumentos de resolución de conflictos constitucionales que, a través de la jurisdicción constitucional o Tribunal Constitucional, declararán la validez o invalidez de actos y normas que contradigan los preceptos constitucionales.

Así, el control de la constitucionalidad de los actos abusivos de la autoridad puede darse mediante un modelo concentrado, donde el que puede declarar la falta de legitimidad o legitimidad de la intervención será exclusivamente el Tribunal Constitucional (derecho procesal constitucional), o un modelo difuso, cuando todas las autoridades —incluyendo los jueces locales— pueden dejar de aplicar y validar esas intervenciones (derecho constitucional procesal). Siguiendo a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, el derecho procesal constitucional local incluye la jurisdicción, los procesos constitucionales y los órganos constitucionales, por lo que los procesos constitucionales específicos que contiene la Constitución Política del Estado de Aguascalientes son realmente pocos: no se cuenta con alguna norma o tribunal especializado en la defensa de la Constitución a través de mecanismos de controversias constitucionales locales o acciones de inconstitucionalidad del mismo nivel competencial; mucho menos con un mecanismo excepcional jurisdiccional de protección de garantías estatal.

No obstante, los mecanismos jurisdiccionales que se manifiestan en la existencia del poder judicial del estado, cuya función se centra en el Supremo Tribunal de Justicia y su Sala Administrativa, integrada por siete y tres magistradas y magistrados, respectivamente, así como el mecanismo de protección a través de los órganos constitucionales autónomos, han sido establecidos para la defensa de la Constitución local. A partir de 2015, el artículo 2 de la norma fundamental hidrocálida establece la protección de los derechos humanos, fundamentales y sus garantías, reconocidas en el pacto federal, así como en todo el derecho internacional de los derechos humanos del que forma parte nuestro país, ampliando las categorías jurídicas del *hard law* en materia internacional, llegando a adquirir vigencia el *soft law* que establece derechos y principios o criterios de optimización para hacer efectivos tales derechos.

De igual manera, la propia Constitución obliga a las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos, por lo que las audiencias de tutela de garantías, aplicadas en mayor medida en materia penal, son los procesos constitucionales aplicados por los jueces para hacer valer el orden constitucional local.

Asimismo, la Constitución establece los procedimientos de protección constitucional a través de órganos constitucionales autónomos, ampliando en 2016 el catálogo regulado en su artículo 58 bis, integrando al Instituto Estatal Electoral, al Tribunal Electoral, a la Fiscalía General del Estado, a la Comisión Estatal de Derechos Humanos y al Instituto de Transparencia, por lo que cuenta con mecanismos de protección de derechos político-electorales para garantizar el derecho al voto y la asociación política; procedimientos de investigación para la defensa de derechos humanos, con el dictado de medidas de protección y recomendaciones públicas; y finalmente, en su dispositivo 74, sigue regulando los procedimientos de juicio político y desafuero para las autoridades de primer nivel dentro de la Administración pública y organismos autónomos.

En síntesis, son pocos los mecanismos procesales constitucionales en Aguascalientes, pues no existen normas que regulen los instrumentos excepcionales de protección de su Constitución para preservar su supremacía y, en consecuencia, no se regula la integración, funciones o existencia de algún órgano jurisdiccional de control constitucional, una tarea pendiente en la agenda política legislativa y administrativa del Estado.

José Luis Eloy Morales Brand

394. 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 norma 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 cláusula general de acceso a la jurisdicción constitucional y, con eso, de acciones innombradas, 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 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 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, 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 des-

pecho 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

395. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (ARGENTINA)

El derecho procesal constitucional en Argentina es acuñado con tal expresión por el jurista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien arriba al país en 1942.

Según ha investigado con meticulosidad Domingo García Belaunde (2017), aquel catedrático ya había empleado la expresión “derecho procesal constitucional” en su *Programa de derecho procesal* (1933), mientras que en un ensayo titulado “El derecho procesal de España desde el avenimiento de la república hasta el comienzo de la Guerra Civil”, de 1938, mencionó la “legislación procesal constitucional”. Pero fue en Argentina, en 1944, cuando apareció un libro suyo titulado precisamente *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*. Poco después publica también un comentario a un artículo de Christian Christensen, en el que critica la inserción legislativa del amparo en un código procesal civil, dado que —explica Alcalá-Zamora y Castillo— el instituto tiene naturaleza procesal constitucional, perteneciendo, precisamente, al derecho procesal constitucional, tan inconfundible con el proceso civil o penal, como estos pueden serlo entre sí.

Varias décadas después, la expresión “derecho procesal constitucional” es exhumada de los trabajos de Alcalá-Zamora y Castillo en nuestro libro *Ley de amparo anotada, comentada y concordada con las normas provinciales* (1979, p. 67), entendiendo que el amparo integraba tal disciplina (véase Ferrer Mac-Gregor, 2009, p. 270). La asignatura fue doctrinariamente replanteada dos años más tarde en un ensayo de nuestra autoría, “Derecho procesal constitucional y jurisdicción constitucional”, de 1981, trabajo en el que se reconoce una fuerte influencia del maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio. En 1981 también lo hicieron Eduardo J. Barrios y Silvia C. Verdejo, en una ponencia presentada en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la Universidad Nacional de La Plata. Y en 1987 se publica una notable contribución de Juan Carlos Hitters en la revista *El Derecho*: “El derecho procesal constitucional” (pp. 881 y ss.).

Como mención específica a la rama de la ciencia jurídica que tratamos, utilizada explícitamente en títulos de libros de autores argentinos, cabe citar, entre los primeros, los de nuestra autoría, a partir de 1988, en la colección sobre Derecho Procesal Constitucional (cuatro tomos), y los de Osvaldo Alfredo Gozaíni, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, de 1995, preludio de otras obras suyas sobre la materia.

En cuanto a la realización de los seminarios líderes en la materia, tal vez el primero de ellos fue programado en 1981 por el Colegio de Abogados de Río Cuarto, provincia de Córdoba, con la denominación de derecho procesal constitucional. En el ámbito universitario, cabe destacar el curso de es-

pecialización de Posgrado de Derecho Procesal Constitucional que organizó la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, en 1982, bajo la inspiración de Mario Justo López y dirección del autor de esta nota. Su contenido abarcó las facetas más importantes de la materia, respecto a magistratura constitucional y procesos constitucionales.

Como asignatura universitaria, el Derecho Procesal Constitucional ingresó en sus comienzos como materia de posgrado en la Universidad Notarial Argentina, en torno a 1987, y poco más tarde en el Ciclo Profesional Orientado (CPO), ya en la carrera de grado, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, con la denominación “Derecho Constitucional Profundizado y Procesal Constitucional”. La primera de estas casas de estudio, por iniciativa de Alfredo J. Di Iorio, creó en el año que mencionamos el primer Centro Universitario de Derecho Procesal y Derecho Procesal Constitucional. En 1988, la Universidad Católica Argentina, en su Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, dedicó el curso anual de Doctorado, sector derecho público, al Derecho Procesal Constitucional (*cf.*, Ferrer Mac-Gregor, 2013, pp. 71 y 72).

Jurisprudencialmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en el sonado caso *Strada* se refirió explícitamente al “llamado derecho procesal constitucional”.

También en los años ochenta, el derecho procesal constitucional comienza a ser incluido en el temario de encuentros jurídicos nacionales, primero como parte de un programa convocante más amplio y, finalmente, en 1987, como eje central de un evento. Así, las Primeras Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, organizadas por las facultades de Derecho de Buenos Aires y Rosario, de la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, 1987).

Como resultado de las Jornadas mencionadas se institucionalizó de inmediato el Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional, institución pionera —con tal denominación puntual— en su género, que ha celebrado desde aquella fecha, esto es, más de 30 años ha, 16 jornadas argentinas de derecho procesal constitucional en diversas ciudades y sedes universitarias de la república; y proseguido la publicación regular de un número especial sobre *Derecho Procesal Constitucional* en la revista *Jurisprudencia Argentina* (Buenos Aires). Actualmente es la rama argentina del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, que se creó en seno de las VII Jornadas argentinas realizadas el 21 y 22 de agosto de 2003, en Rosario.

En 2012 nace la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional, entidad que, entre otras actividades, realizó tres congresos nacionales sobre la asignatura, mientras que, en 2014, la Asociación Argentina de Justicia Constitucional, con otros dos en su haber.

En la esfera legislativa, cabe destacar el Código de Derecho Procesal Constitucional (ley 6944), sancionado en 1995 en la provincia de Tucumán, primer instrumento mundial en su tipo, cuyo propulsor fue Sergio Díaz Ricci.

Respecto de la situación académica actual de la materia en estudio, una detallada encuesta realizada en 2017 por el Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional (Sagüés y Toledo, pp. 1-4) aporta los siguientes datos: la asignatura se dicta con tal denominación y, a nivel de grado, en 17 casas de estudio universitarias, en algunas en el plan curricular obligatorio, y en otras

como materia optativa. Otras tres la desarrollan con el contenido habitual de la materia, pero sin tal título.

Como programas estables de posgrado deben subrayarse la Maestría en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (provincia de Buenos Aires), la carrera de especialización de la Universidad Blas Pascal de Córdoba, y el Diplomado en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Católica Argentina, sede Rosario. La Universidad del Salvador (Buenos Aires) diseñó otra especialización al respecto, al igual que la Universidad de la Cuenca del Plata. Otro diplomado es el previsto por la Universidad Católica de Salta, pero también existen cursos intensivos y seminarios sobre la materia en cuatro universidades más.

Sobre la actual producción argentina en derecho procesal constitucional, por cierto abundante y calificada, cabe mencionar, limitándonos exclusivamente al caso puntual de libros que en su portada aluden a la asignatura, y entre quienes han sido autores o, en el caso de obras colectivas, actuado como directores de ellas, a: Armando R. Aquino Britos, Víctor Bazán, Enrique Falcón, Osvaldo A. Gozáini, Pablo Manili, Mario Masciotra y Enrique Carelli, Lucas Moroni Romero y Armando Mayor, Adolfo A. Rivas y Fernando Machado Pelloni, María Mercedes Serra y el autor de esta contribución. A ellos cabe sumar un listado de centenares de estudios monográficos que investigan distintos subtemas de la disciplina, incluso de modo extenso, como el reciente tratado sobre control de constitucionalidad y de convencionalidad, dirigido por Jorge Alejandro Amaya, en cuatro volúmenes. En definitiva, el derecho procesal argentino se encuentra sólidamente consolidado en el ámbito académico, universitario y judicial.

Néstor Pedro Sagüés

396. 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 (*Beschreibeschwerde*; 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*, *Bundesvergabebamt*) (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 empezar 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

397. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (BAJA CALIFORNIA)

El derecho procesal constitucional de Baja California se enmarca dentro de su joven Constitución y puede considerarse como una de las entidades más recientes en entrar al sistema normativo constitucional, con tardanza, pero con fuerza. Cabe recordar que Baja California tiene un legado social importante por el influjo colonial de los tiempos de fray Junípero, de los Flores Magón y la política agraria del general Lázaro Cárdenas, que sentaron las bases para que el territorio de la península fuese federal. Más tarde, el 1 de septiembre de 1951, el presidente Miguel Alemán anunció en su informe que: “[...] el Territorio Norte de Baja California, por razón de su población y de su capacidad económica para subsistir, satisface las condiciones exigidas por la Constitución federal y, por ello, el ejecutivo promoverá ante vuestra soberanía la erección del estado libre y soberano de dicha porción territorial integrante de la federación” (16 de agosto de 1953). Así, se promulgó la Constitución Política del Estado de Baja California. Desde esa fecha y hasta 2018, salvo la reforma de derechos humanos de 2016, Baja California no ha reformado ni creado disposiciones tendentes a establecer un sistema expreso de control constitucional.

Los sistemas preventivos y correctivos de la Constitución de Baja California se dividen en tres subtipos: de derechos humanos; electorales, y de control

parlamentario. Los primeros se sustentan en mecanismos administrativos ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos y ante las instancias conciliadoras de los ámbitos penal y civil.

La justicia electoral (art. 68) dirime las controversias de la materia por desavenencias en el desarrollo de las elecciones y en los resultados electorales. Los parlamentarios (art. 27) tienen como objetivo erigirse en gran jurado para el procedimiento de juicio político; revisar, analizar, auditar y dictaminar, por medio del Órgano de Fiscalización Superior del Estado, para su aprobación o desaprobación, las cuentas públicas anuales del Gobierno del estado, municipios, organismos e instituciones descentralizados, y citar a comparecer a los funcionarios del Estado. Salvo los mencionados expresamente, y que están en la Constitución, no existen medios de control constitucional local. Únicamente existe una suerte de mecanismo de resolución de controversias constitucionales locales, de acuerdo con lo que dispone el artículo 27, fracción XII, que señala: “Son facultades del Congreso: Resolver las competencias y dirimir las controversias que se susciten entre el Ejecutivo y el Tribunal Superior, salvo lo prevenido en los Artículos 76 Fracción VI y 105 de la Constitución General de la República”. Asimismo, en la fracción XXVI se establece que el Congreso de Baja California puede: “[...] dirimir de manera definitiva las controversias o diferencias que se susciten sobre límites territoriales intermunicipales, modificando en su caso el Estatuto Territorial. Lo previsto en esta fracción se sujetará, a la emisión del voto aprobatorio de las dos terceras partes de los Diputados integrantes del Congreso”. Salvo estas disposiciones, no existe en Baja California un Tribunal Constitucional, tampoco una Sala ni otros medios de control constitucional.

Isaac de Paz González

398. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (BAJA CALIFORNIA SUR)

La Constitución de Baja California Sur fue promulgada el 19 de agosto de 1975, ya que ese territorio (históricamente unido a la llamada Alta California) adquirió la calidad de entidad federativa mediante decreto presidencial de 1974.

En sintonía con Baja California Norte, *Baja California Sur* (BCS) *no cuenta con jurisdicción constitucional local*, pues el poder judicial de la entidad solo tiene jurisdicción en los asuntos del fuero común (arts. 87 a 89 de la Constitución de BCS). Solo cuenta con los órganos típicos e instrumentos de control constitucional de tipo legislativo (revisión de la cuenta pública, nombramiento de funcionarios) y reglas de procesos que regulan la vida interna de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

De acuerdo con el artículo 64 de la Constitución de BCS, el Congreso local cuenta con mecanismos de control parlamentario de diversa índole. Uno es la revisión de la cuenta pública y la coordinación del sistema anticorrupción, de conformidad con su artículo 160; otro es la elección y remoción de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia, así como resolver respecto a la reelección o no reelección de los mismos y la remoción de los consejeros de la Judicatura. En este sentido, también debe elegir a los magistrados del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Baja California Sur, de la terna que el gobernador someta a su consideración (frac. XLV del art. 64).

También cuenta con la facultad de suspender ayuntamientos, declarar que estos han desaparecido, y suspender o revocar el mandato de alguno de sus miembros por cualquiera de los casos previstos en la ley, mediante el voto de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso del estado (frac. XXXVII).

En cuanto a la responsabilidad política de los servidores públicos, la Constitución de BCS señala, en su artículo 158, que “Podrán ser sujetos a Juicio Político los Diputados al Congreso del Estado, los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia, los Magistrados del Tribunal Estatal Electoral, los Magistrados del Tribunal de Justicia Administrativa, los integrantes del Consejo de la Judicatura, los Jueces del Fuero Común, los Secretarios y Subsecretarios del Despacho, el Procurador General de Justicia, los subprocuradores, los Fiscales Especializados y/o Regionales de la Procuraduría General de Justicia, el Contralor General, el Revisor Fiscal, los Coordinadores de las Unidades Administrativas y los Directores del Poder Ejecutivo, los Directores de los Organismos Descentralizados, Empresas de Participación Estatal, Sociedades y Asociaciones asimiladas, el Consejero Presidente y los Consejeros Electorales del Instituto Estatal Electoral, los Comisionados del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Estado de Baja California Sur, Presidentes de Juntas y Tribunal de Conciliación y Arbitraje, el Presidente de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos, así como los Presidentes, Síndicos, Regidores y Delegados Municipales”. No obstante, la regla tiene limitaciones, pues se establece enseguida que “El procedimiento a que se refiere el presente Artículo solo podrá iniciarse durante el periodo en el que el servidor público desempeñe su cargo y dentro de un año después, las sanciones correspondientes se impondrán en un periodo no mayor de un año, a partir de iniciado el procedimiento”.

Al ser un medio que se puede considerar como control constitucional local, el Tribunal Electoral de BCS tiene jurisdicción sobre cuestiones político-electorales. El artículo 36 bis de la Constitución local establece: “El Tribunal Estatal Electoral es el órgano jurisdiccional especializado en materia electoral en el Estado y gozará de autonomía técnica y de gestión en su funcionamiento e independencia en sus decisiones. Estará integrado por Tres Magistrados que actuarán en forma colegiada y permanecerán en su encargo durante siete años”. En este sentido, acorde al artículo 10 de la Ley del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral de BCS, el Tribunal Electoral de la entidad tiene competencia: “Para garantizar la legalidad de los actos, resoluciones, y resultados electorales, se podrán interponer ante el Instituto Estatal Electoral o el Tribunal Estatal Electoral según corresponda, los siguientes medios de impugnación: I. Recurso de Revisión; II. Recurso de Apelación; y III. Juicio de Inconformidad; IV. Juicio para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano; y V. Procedimiento Especial Sancionador”. No obstante, las resoluciones recaídas en estos juicios son atacables ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Por otra parte, en el título noveno de la Constitución local, artículo 157, contempla el sistema estatal anticorrupción, dirigido a funcionarios públicos (del poder judicial, legislativo, ejecutivo y de los municipios) que cometan actos u omisiones en el ejercicio de sus funciones. Los órganos que intervienen en estos procedimientos son la Auditoría Superior del Estado, la Contraloría

General del Estado y el Tribunal Contencioso Administrativo de BCS. Asimismo, “el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Baja California Sur, impondrá a los particulares que intervengan en actos vinculados con faltas administrativas graves, con independencia de otro tipo de responsabilidades, las sanciones económicas; inhabilitación para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas; así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la Hacienda Pública o a los entes públicos estatales o municipales” (frac. IV).

En cuanto al procedimiento de reforma constitucional, el artículo 166 permite una reforma flexible a la Constitución pues únicamente basta con la mayoría de las dos terceras partes del Congreso local, al establecerse que: “La presente Constitución puede ser adicionada y reformada. Las iniciativas que tengan ese objeto, se sujetarán a las disposiciones establecidas en los artículos 57 al 63, pero requerirán de la aprobación de cuando menos, las dos terceras partes del total de diputados que integran la Legislatura”.

Aparte de estos medios políticos, administrativos y parlamentarios, en BCS no existen acciones de inconstitucionalidad ni controversias constitucionales; tampoco existen atribuciones del Pleno del Tribunal Superior de Justicia, ni Sala o Tribunal Constitucional local.

Isaac de Paz González

399. 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 tam-

bién 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 constitucionales 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. Co-*

mentario 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 Baldivieso 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

400. 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 Orione 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 esta 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 este 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 Fix-Fierro)

401. 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 MacGregor, 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 solo conocer de conflictos entre Ayuntamientos o entre estos 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 aquellos, 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 la 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

402. 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 vulnera 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. Asimismo, 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

403. 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 periodo 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 fórmulas 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

404. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (CHILE)

El derecho procesal constitucional en Chile —en el ámbito académico— es incipiente en los pregrados de Derecho de las universidades chilenas. Asimismo, hay un solo programa de *Magister* en Derecho Constitucional con mención en Derecho Procesal Constitucional que desarrolla el Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, en el campus de Posgrado en Santiago. Además, quienes desarrollan los contenidos de esta disciplina provienen del campo del derecho constitucional y pocos son los procesalistas interesados en su enseñanza y desarrollo.

Ello no significa que no haya un desarrollo significativo de los procesos y procedimientos constitucionales, los cuales son abordados muchas veces desde la perspectiva del derecho constitucional o del derecho procesal *in genere*.

En efecto, bajo el imperio de la Constitución de 1833, y con algunos perfeccionamientos, en la Constitución de 1925 solo se desarrolló lo que en Chile se denomina el “recurso de amparo”, que en el ámbito del derecho comparado recibe el *nomen iuris* de *habeas corpus*, ya que habrá un desarrollo tardío del denominado “recurso de protección” que se recoge en el acta constitucional 3 de 1976, en el régimen autoritario militar del general Augusto Pinochet, y que luego pasará a integrarse en la Constitución de 1980, en su artículo 20, que en derecho constitucional comparado recibe la denominación de acción o recurso de amparo o tutela, con la particularidad, en el caso chileno, de que este es un remedio de urgencia, lo que implica que el recurso de protección se desarrolla como la primera acción ante la judicatura ordinaria cuando se afectan, por actos ilegales o arbitrarios, derechos constitucionales, ya sea por acción u omisión, teniendo la acción el objetivo de restablecer el imperio del derecho y restituir a la persona afectada en el goce de sus derechos fundamentales de los que haya sido privado, o haya sido perturbado o amenazado su ejercicio.

La otra característica que presenta este recurso de protección es que solo protege derechos individuales y patrimoniales, pero no puede utilizarse para la protección de derechos sociales y culturales (derecho a la educación, a la protección de la salud, al trabajo y una justa remuneración, a la seguridad social, de sindicación). Tanto el recurso de protección como el de amparo son conocidos por la Corte de Apelaciones respectiva, y las apelaciones sobre dichas sentencias son resueltas por la Corte Suprema.

En el plano de la jurisdicción constitucional, Chile se caracterizó, hasta 1925, por la existencia de un control de constitucionalidad de los preceptos legales que solo concretaba, bajo el imperio de la Constitución de 1833, la Comisión Conservadora del Congreso Nacional. Únicamente en la Constitución de 1925 aparece, por primera vez, un control jurisdiccional de constitucionalidad de los preceptos legales, el cual se caracteriza por encontrarse concentrado en la Corte Suprema, a través de un control reparador, que se concreta durante el desarrollo de una gestión judicial y de la cual conoce la Corte Suprema por recurso que planteaban las partes que consideraban que la aplicación del precepto legal podía producir un efecto de inconstitucionalidad en el caso respectivo, o la Corte Suprema conocía directamente de la materia cuando la gestión judicial llegaba directamente ante ella. La denominación de esta institución bajo el imperio de la Constitución de 1925 fue la de “recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, que solo producía efectos jurídicos para las partes que participaban de dicha gestión judicial.

Hasta la reforma de 1970 a la Constitución de 1925 se posibilitará el nacimiento de un Tribunal Constitucional, que podrá ejercer sus funciones a partir de 1971, hasta su disolución en 1973, una vez concretado el golpe de Estado Militar el 11 de septiembre de 1973, contando con una vida institucional efímera.

El Tribunal Constitucional renacerá en la Constitución de 1980 con nueva composición y diversas atribuciones frente a las que pudo ejercer en el lapso anterior de 1971 a 1973.

Así, desde marzo de 1981 y hasta la reforma constitucional de 2005, van a convivir en Chile dos controles concentrados de constitucionalidad de preceptos legales: uno de naturaleza preventiva, que ejercerá el Tribunal Constitucional en una perspectiva similar a la Corte Constitucional francesa de la época, y otro concentrado reparador, en manos de la Corte Suprema, con efectos *inter partes*. En definitiva, podemos señalar que había así, en ese periodo delimitado por las fechas señaladas, un *modelo de doble control concentrado de preceptos legales*: un control preventivo, que posibilitaba resolver conflictos entre el Congreso y el presidente de la República durante el proceso legislativo de elaboración de la ley, y un control concentrado reparador respecto de preceptos legales vigentes con efectos *inter partes*, en manos de la Corte Suprema, constituyendo un modelo único con dichas características en América Latina.

Será la reforma constitucional de 2005, la segunda gran reforma a la Constitución de 1980, después de la de 1989, la que modificará el modelo de jurisdicción constitucional en Chile, eliminando a la Corte Suprema del conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y concentrando el control de constitucionalidad, tanto preventivo como reparador de normas jurídicas internas (reformas constitucionales, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado, leyes ordinarias, leyes delegatorias, decretos con fuerza de ley y potestad reglamentaria), en manos del Tribunal Constitucional, que en materia de preceptos legales ejercerá un control preventivo, como ya lo tenía en el periodo anterior, al cual se agrega el control reparador de dichos preceptos legales, tanto en forma de control de constitucionalidad concreto como de control de constitucionalidad abstracto, lo que queda así determinado en el artículo 93 de la Constitución vigente, que precisa las atribuciones de dicho Tribunal, estableciéndose el control de constitucionalidad reparador concreto con efectos *inter partes* en el artículo 93, número 6, mediante la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que tiene como legitimarios activos a las partes en una gestión judicial contenciosa o no contenciosa. La misma legitimación activa la tiene el tribunal ordinario o especial, ante el cual la gestión judicial se realiza planteando la duda de constitucionalidad de la aplicación de un precepto legal en dicha gestión, que podría generar en el caso concreto un efecto inconstitucional.

A su vez, el control de constitucionalidad abstracto de preceptos legales se precisa en el artículo 93, número 7 de la Constitución, mediante la acción de inconstitucionalidad, para la cual se establece una acción pública; asimismo, puede ser ejercida de oficio por el propio Tribunal Constitucional. Cabe señalar, en todo caso, que esta acción de inconstitucionalidad se encuentra limitada por un conjunto de requisitos que deben cumplirse. El primero de ellos es que solo se puede interponer la acción si hay una *previa sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* del Tribunal Constitucional que se haya resuelto por el *mismo vicio* por el cual se intenta la acción de inconstitucionalidad. Además, el Tribunal Constitucional solo puede acoger la acción de inconstitucionalidad si para ello se pronuncian a favor *cuatro quintas partes de los ministros que integran el Tribunal Constitucional* (ocho de los diez ministros que forman parte del Tribunal Constitucional), norma existente en pocos países que tienen jurisdicción constitucional. En el contexto americano pueden señalarse solo dos con disposiciones similares, México y Perú, aun cuando este último

haya reducido el margen de la mayoría calificada que se había determinado inicialmente en 1993.

Cabe también referir que el Tribunal Constitucional chileno carece de competencia en materia de recurso o acción extraordinaria en materia de derechos fundamentales, a diferencia de las distintas modalidades que se desarrollan en cortes o tribunales constitucionales latinoamericanos (Guatemala, Ecuador, Perú, Colombia, Bolivia, República Dominicana) o europeos (Alemania, España). Sin perjuicio de ello, se ha desarrollado a través de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad un amparo indirecto, en la medida en que los derechos son componentes objetivos del ordenamiento constitucional, los cuales constituyen un bloque constitucional junto con los derechos humanos que provienen de fuente convencional internacional, como afirma la norma de reenvío del artículo 5, inciso 2, de la Constitución, lo que también ha dado paso lentamente al desarrollo de un control de convencionalidad por parte del Tribunal Constitucional, asumiendo los estándares determinados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aceptando que su jurisprudencia debe ser seguida por el Tribunal Constitucional.

Establezcamos, finalmente, otras dos caracterizaciones de la jurisdicción constitucional en materia de control de normas. El artículo 93, número 1 de la Constitución establece un control preventivo obligatorio respecto de leyes orgánicas constitucionales y de leyes interpretativas de la Constitución, así como de tratados internacionales que versen sobre materias que sean de ley orgánica constitucional, debiendo enviarse el proyecto dentro de los cinco días siguientes a aquel en que quede totalmente tramitado por el Congreso Nacional y antes de la sanción presidencial. El artículo 93, número 3, a su vez, determina un control preventivo facultativo respecto de tratados que se buscan incorporar al derecho interno, sobre los proyectos de reforma constitucional y sobre los demás proyectos de ley no contemplados en el artículo 93, número 1.

Así, en estas páginas hemos podido dar un sobrevuelo general de carácter diacrónico y sincrónico sobre los procesos constitucionales vigentes en Chile.

Humberto Nogueira Alcalá

405. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (CIUDAD DE MÉXICO)

Introducción al derecho procesal constitucional. El derecho procesal constitucional tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales, es decir, los instrumentos predominantemente de carácter procesal que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder (Fix-Zamudio, 1999). Con base en las ideas de Cappelletti, Héctor Fix-Zamudio observa y desarrolla los aspectos derivados del derecho procesal constitucional, los cuales se dividen en tres: a) *jurisdicción constitucional de la libertad*, que se refiere a los instrumentos procesales destinados a proteger los derechos fundamentales establecidos en las constituciones y los tratados internacionales; b) *jurisdicción constitucional orgánica*, que protege las atribuciones que los ordenamientos constitucionales confieren a los órganos depositarios del poder público, a fin de evitar problemas surgidos de invasiones competenciales, y c) *jurisdicción constitucional transnacional*, que asegura la conformidad de las constituciones internas con el contenido de tratados o convenios internacionales, referidos a la protección de los derechos

humanos. Este control se ejerce por tribunales internacionales. Este tipo de jurisdicción ha derivado de la evolución del derecho internacional y del comunitario, sobre todo tras la segunda posguerra.

Derecho procesal constitucional local. A la referida clasificación de Cappelletti, desarrollada por Fix-Zamudio, debe agregarse una cuarta categoría, que implica una perspectiva inversa de la jurisdicción constitucional transnacional y que se denomina derecho procesal constitucional local. Esta nueva dimensión comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger a los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas (Ferrer Mac-Gregor, 2003). Ferrer Mac-Gregor señala que, a partir del 2000, se advierte en México un desarrollo de dicha disciplina. Las constituciones de los estados prevén distintos mecanismos de protección constitucional, cuya competencia se atribuye al poder judicial estatal. Lo anterior descansa en un principio de supremacía constitucional local.

En el derecho procesal constitucional local, el tema de control de la constitucionalidad se explica en función de que, a nivel local, existe un orden normativo al que se le denomina Constitución, que es de naturaleza suprema; por una parte, hay un complejo normativo de índole secundaria y derivada integrado por leyes, decretos, bandos y acuerdos generales; por la otra, existen poderes y autoridades locales cuya existencia y actuación está prevista y regulada por ese orden normativo.

El derecho procesal constitucional local se integra por todos aquellos medios e instrumentos de carácter jurídico procesal que hacen posible mantener la supremacía de una Constitución local y la salvaguarda de los derechos humanos en una entidad federativa determinada (Uribe Arzate, 2014).

Medios de control constitucional local. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al resolver la acción de inconstitucionalidad 15/2017, determinó que, entre los medios locales de control de constitucionalidad, la actividad de control constitucional que realicen los jueces locales debe circunscribirse solo al contraste de normas o actos locales que se impugnen por estimarse directamente violatorios de los derechos reconocidos por la Constitución local. Así, las entidades federativas tienen la facultad de establecer los mecanismos que estimen pertinentes para garantizar y proteger los derechos humanos a nivel local; sin embargo, aun cuando sus facultades versen sobre derechos humanos, tratándose de los medios de control constitucional locales, deben respetar la distribución de competencias que marca la Constitución federal, es decir, no pueden invadir o afectar las atribuciones que se han reservado a las autoridades federales por el poder constituyente permanente.

Por tanto, dentro de los medios locales de control de constitucionalidad, la actividad de control constitucional que realicen los jueces locales debe circunscribirse solo al contraste de normas o actos locales que se impugnen por estimarse directamente violatorios de los derechos reconocidos por la Constitución local. Sin embargo, la SCJN concluyó que los juzgadores locales, al realizar este tipo de control constitucional, no pueden desentenderse del parámetro de regularidad constitucional por completo, sino que deben considerarlo o tomarlo como referencia.

En otras palabras, aun en el ejercicio de su función de control constitucional local, las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta el pará-

metro de regularidad constitucional para cumplir su atribución primordial: la protección del orden jurídico local. Permitir la defensa del texto constitucional local a través de medios de impugnación cuyo objeto sea la protección de los derechos humanos reconocidos a nivel local, implica necesariamente que el análisis sobre su vulneración deba ser el planteamiento central y directo que detone el ejercicio de control de los jueces de constitucionalidad locales, lo que implica que ni en las demandas ni en las sentencias respectivas se puedan aducir frontal y exclusivamente violaciones a derechos del parámetro de regularidad constitucional, lo que, por supuesto, no les impide cumplir sus obligaciones en términos de los artículos 1 y 133 constitucionales referidos y de las interpretaciones que de ellos hemos efectuado como Tribunal Constitucional.

De lo anterior se desprende que, aun cuando a través de los juicios de constitucionalidad locales solo se permite reclamar actos o normas locales por estimarlos directamente violatorios de los derechos humanos reconocidos en la Constitución local, los órganos encargados de la decisión de tales juicios no pueden ni deben ignorar o pasar por alto el parámetro de regularidad constitucional, por lo que deben atender, al menos, a los siguientes postulados: *a)* al interpretar un derecho reconocido en la Constitución local, los juzgadores no deben alterar la identidad ni el contenido esencial de algún derecho humano del parámetro de regularidad constitucional. Si las normas constitucionales locales no pueden hacerlo, mucho menos su interpretación; *b)* la interpretación que efectúen los juzgadores no se puede oponer a la que sostenga esta Suprema Corte en materia de derechos humanos. Por el contrario, exige que los juzgadores locales tengan presente el desarrollo jurisprudencial constitucional e internacional sobre el derecho en cuestión; *c)* los derechos humanos reconocidos en el parámetro de regularidad constitucional que hayan sido ampliados, desarrollados o complementados en una constitución local deberán interpretarse de manera sistemática, tomando en cuenta en su conjunto los contenidos normativos de ambas fuentes, sin perjuicio de la jerarquía que ya se ha comentado ampliamente, y *d)* los juzgadores locales deberán tomar como base de sus interpretaciones los criterios que prevé el artículo 1 de la Constitución federal.

Por lo que hace a los medios locales que protegen competencias, las controversias constitucionales son precisamente el mecanismo de tutela constitucional que está regulado por la mayor parte de las entidades federativas en México. 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 (Martínez Ramírez, 2014).

Derecho procesal constitucional de la Ciudad de México. Se ubica en el derecho procesal constitucional local, ya que, por un lado, es una entidad federativa que goza de autonomía en todo lo concerniente a su régimen interior y a su organización política y administrativa, en términos del artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por el otro, cuenta con una Constitución local.

La materia que tratamos comprende la aplicación de los instrumentos consagrados en la Constitución de la Ciudad de México para la protección de

los derechos humanos y del estudio de los procesos y procedimientos para proteger las atribuciones y competencias entre poderes constitucionales locales.

Los órganos de control y los sistemas de impugnación consagrados en dicha Constitución local tienen por finalidad controlar y exigir judicialmente la forma de organización de los poderes de la entidad federativa en cuanto a su régimen interior, así como la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, en términos del artículo 1 de la Constitución federal.

Medios de control constitucional de la Ciudad de México. Con fundamento en el artículo 36 de la Constitución de la Ciudad de México (CDMX) y la Ley de la Sala Constitucional del Poder Judicial de la Ciudad de México, las figuras objeto de estudio del derecho procesal constitucional en dicha demarcación son: “I. Las acciones de inconstitucionalidad. II. Las controversias constitucionales. III. Las acciones por omisión legislativa. IV. Las acciones de cumplimiento en contra de las personas titulares de los poderes públicos, los organismos autónomos y las alcaldías. V. Del juicio de restitución obligatoria de derechos humanos, por recomendaciones aceptadas y no cumplidas, a fin de emitir medidas para su ejecución. VI. Las impugnaciones por resoluciones emitidas por los jueces de tutela en acción de protección efectiva de derechos humanos. VII. Las impugnaciones que se presenten en el desarrollo del procedimiento de referéndum para declarar la procedencia, periodicidad y validez de este”.

La consolidación, en todas las entidades federativas, de un órgano de control constitucional, ya sea un “tribunal” o una “sala”, es una forma de incorporar a los poderes judiciales locales al concierto y diálogo de la defensa de nuestro orden jurídico. Es por ello que la necesidad de incorporar estos órganos en nuestras constituciones locales no solo se reduce a proveer a los justiciables de nuevos medios de defensa, sino también implica impulsar un federalismo participativo e incluyente, que es acorde a las necesidades que nuestro país requiere para fomentar una descentralización y distribución de competencias. Sin embargo, es preciso caminar hacia el futuro: no solo es necesaria la inclusión en las constituciones locales de órganos de control constitucional, sino impulsar una reforma a la Constitución federal que les permita a estos tener mayores facultades y un ámbito más ampliado de participación en nuestro constitucionalismo.

Juan Luis González Alcántara Carrancá

406. 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 des-aplicar 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 desaplicación de normas.

En tercer término, la justicia constitucional de Coahuila la componen las acciones de inconstitucionalidad, que junto con las controversias constitucionales 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 estos y entidades paraestatales, o bien entre estas 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

407. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (COLIMA)

Colima proviene la palabra náhuatl *coliman*, cuyo significado se atribuye a “lugar conquistado por nuestros abuelos”. Actualmente es una entidad federativa mexicana ubicada en la región centro-occidente del país y cuenta con una población aproximada de 750 000 habitantes. Su escudo heráldico contiene la divisa “el temple del brazo es vigor en la tierra”, mientras que los colores del mismo simbolizan el agua, el fuego y el clima cálido que caracteriza a este espacio territorial del pacífico mexicano (INAFED).

En los últimos años, el derecho procesal constitucional ha revitalizado su importancia en el debate del fortalecimiento del sistema federal, desde lo local. Ello ha motivado que destacados constitucionalistas también se ocupen de su estudio e impulso. De hecho, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, siguiendo a Héctor Fix-Zamudio, ha señalado que tal disciplina posee cuatro sectores, a saber: de las libertades; orgánico; transnacional, y local. De hecho, sobre este último, el destacado constitucionalista mexicano ha precisado que el derecho procesal constitucional local comprende el estudio de los distintos instrumentos encaminados a proteger a los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas.

Al caso, el Estado Libre y Soberano de Colima, desde el orden constitucional instaurado con la Constitución federal de 1857 y la vigente de 1917, ha incorporado una serie de instrumentos, mecanismos e instituciones tendientes a proteger y garantizar, en diferentes momentos históricos, desde los llamados derechos del hombre y las garantías individuales hasta los derechos humanos y sus garantías, acciones legislativas que pretendieron, durante varias décadas, que el ordenamiento constitucional local estuviera a la vanguardia. No obstante, las múltiples modificaciones de las que fue objeto durante más de nueve décadas y las paradigmáticas reformas que experimentó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en los últimos años evidenciaron la necesidad de que esta entidad federativa contara con un documento constitucional local, mejor ordenado y más sistemático.

Lo expuesto motivó a que la Legislatura local, a iniciativa del titular del poder ejecutivo del estado, en el marco del centenario de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima, aprobara (el 27 de diciembre de 2017) el Decreto 439, por el que se reordena y consolida el texto de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima, publicado en la misma data en el *Periódico Oficial del Gobierno Constitucional El Estado de Colima*. El citado ordenamiento reconoce que los habitantes del estado gozarán, además de los previstos en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, de los derechos humanos a la vida, a la igualdad y a la seguridad jurídica, por lo que el Estado se obliga a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos (art. 1). Además, prevé una serie de mecanismos e instituciones que buscan proteger el orden constitucional y los derechos que este reconoce.

En esa tesitura, la Constitución local regula diversos organismos autónomos, como son: la Fiscalía General del Estado; el Órgano Superior de Auditoría y Fiscalización Gubernamental; el Tribunal de Arbitraje y Escalafón, y el Tribunal Electoral del Estado, por mencionar algunos. Sin embargo, es destacable que, en la estructura normativa en cita, se prevén dos organismos autónomos a los que denomina *protectores y garantes de derechos humanos*. El primero de ellos, la Comisión Estatal de Derechos Humanos, tiene facultades para emitir recomendaciones no vinculatorias, así como denuncias y quejas ante las autoridades correspondientes, aunque no tiene competencia en asuntos electorales ni jurisdiccionales, además de ejercer la facultad de promover acciones de inconstitucionalidad ante el Alto Tribunal, en términos de la fracción II, inciso g, del artículo 105 de la CPEUM, contra leyes expedidas por el Congreso del estado que violen derechos humanos (art. 13 A). El segundo, órgano garante en materia de derecho a la información pública y de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, denominado Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos del Estado de Colima, también con facultades para accionar la citada acción de inconstitucionalidad contra leyes expedidas por la Legislatura local en la materia de competencia del citado Instituto, en términos de la fracción II, inciso h, del artículo 105 de la Constitución federal (art. 13 B).

Ahora bien, respecto a la actuación de los poderes del Estado y la importancia que estos tienen para el orden constitucional colimense, es pertinente señalar que: el ejecutivo se deposita en el gobernador del Estado, el legislativo en un Congreso del estado y el judicial en un Supremo Tribunal de Justicia,

en juzgados de primera instancia, juzgados especializados en justicia para adolescentes, juzgados de control, tribunales de enjuiciamiento, juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad, juzgados de paz, y en los demás órganos auxiliares de la administración de justicia que señale su Ley Orgánica, cuyas facultades en dicho ámbito, serán precisadas *ut infra*.

Por lo que se refiere al poder ejecutivo local, el gobernador del estado puede ejercer el veto respecto de leyes y decretos aprobados por la Legislatura cuando considere que son contrarios a la Constitución local, a la federal o restrinjan sus facultades (art. 59, frac. I), cuyo efecto será su devolución a la Legislatura para su revisión en la comisión correspondiente (art. 41). Al efecto, el representante jurídico del ejecutivo estatal será quien ocupe la titularidad de la Consejería Jurídica y lo representará, incluso, en las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales en las que el estado sea parte, entre otros asuntos en los que tenga que intervenir con tal carácter (art. 65).

Ahora bien, en cuanto al Congreso del estado, es conformado por 25 integrantes, 16 de mayoría relativa y nueve de representación proporcional; tiene la facultad de aprobar convenios celebrados con gobiernos de los estados en materia de conurbación y límites (art. 34, frac. IX); declarar la desaparición o desintegración de los ayuntamientos, además de suspender y revocar el mandato de cualesquiera de sus miembros (art. 34, frac. XVII); dirimir las cuestiones que se susciten entre municipios, siendo un total de 10, en materia de límites (art. 34, frac. XX); dirimir las competencias y resolver las controversias que se susciten entre el poder ejecutivo y el Supremo Tribunal de Justicia, con excepción de lo dispuesto en el artículo 105 de la Constitución general de la república (art. 34, frac. XXXI); erigirse en jurado de acusación (art. 34, frac. XXXII), cuyas sanciones consistirán en la destitución del servidor público e inhabilitación para desempeñar cargos de cualquier naturaleza en el servicio público. Dicha acusación se hará ante el Supremo Tribunal de Justicia, quien se erigirá en jurado de sentencia para aplicar la sanción correspondiente (art. 121), con la imposibilidad de que el ejecutivo del estado realice observaciones a las resoluciones del Congreso en estos casos (art. 43).

En efecto, en lo relativo a la desaparición de ayuntamientos, esta se presenta únicamente en caso de fusión de municipios, mientras que la desintegración de los ayuntamientos procederá por la falta absoluta de la mayoría de sus miembros, tanto propietarios como suplentes, sin que pueda integrarse nuevamente. En ambos casos se requiere el voto de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso del estado. Referente a la revocación de mandato de alguno de los miembros del ayuntamiento, solo procederá cuando no reúna los requisitos de elegibilidad, cuando sea inhabilitado por sentencia judicial que haya causado estado o cuando la pena impuesta al municipio exceda del término de su ejercicio (art. 90, frac. I).

Por su parte, el judicial, en lo que atañe al Supremo Tribunal de Justicia, está integrado por 10 juzgadores (art. 21 Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Colima), tiene la facultad de dirimir los conflictos que surjan entre los municipios, los órganos autónomos, los poderes legislativo y ejecutivo del estado, o entre cualquiera de los anteriores, a excepción de la relativas a los límites entre municipios (art. 74, frac. II) y las competencias de jurisdicción que se susciten entre los tribunales del estado (art. 74, frac. III).

Enoc Francisco Morán Torres

408. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (COLOMBIA)

Una definición estipulada de derecho procesal constitucional señala que se trata de una disciplina jurídica autónoma que se ocupa del estudio de la jurisdicción constitucional y de sus órganos, de las acciones y procesos constitucionales, así como de los controles de constitucionalidad y de convencionalidad, con la finalidad de hacer efectivos la supremacía de la Constitución y el contenido de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales que los reconocen y protegen.

Al igual que acontece en otros países de la región, en Colombia, dicha rama de la ciencia jurídica lucha por su reconocimiento, colonizando un espacio entre el derecho constitucional y el derecho procesal, debiendo enfrentar la resistencia y la hostilidad de algunos de sus cultores. Al respecto, es posible identificar tres posturas: la primera de ellas niega su existencia como disciplina autónoma y la concibe como otra de las derivaciones o especialidades del derecho procesal, como podrían serlo el derecho procesal civil, el laboral o el penal. La segunda posición entiende que se trata de uno de los capítulos del derecho constitucional relacionado con el estudio de la justicia constitucional, de sus órganos y de las acciones constitucionales. Finalmente estaría la postura de quienes defienden la tesis de su autonomía, asumida como una disciplina que cuenta con elementos dogmáticos, sustantivos, orgánicos y procedimentales propios.

La institucionalización del derecho procesal constitucional en Colombia ha sido lenta y progresiva. La condición de posibilidad de su existencia se encuentra en la expedición de la Constitución Política de 1991, que introdujo la jurisdicción constitucional, la Corte Constitucional, el control estricto de constitucionalidad, las acciones constitucionales, los procedimientos constitucionales y el bloque de constitucionalidad, que permite la aplicación de los tratados públicos sobre derechos humanos y el ejercicio del control de convencionalidad.

La jurisdicción constitucional y el juez constitucional dieron lugar a una transformación estructural del sistema jurídico, a la constitucionalización del derecho y al tratamiento de los asuntos de las distintas especialidades (civiles, laborales, penales, administrativas, etc.) desde la Constitución. Junto a la jurisdicción constitucional, fue dispuesta la Corte Constitucional, a la que le fue asignada “la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución”. Esta ha dicho que el sistema de control de constitucionalidad de Colombia es “difuso funcional” (sentencias C-1154 de 2008, C-400 de 2013, entre otras), y consiste en un esquema en el que concurren, por un lado, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, como órganos encargados del control abstracto de constitucionalidad y, por el otro, todos los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver recursos previstos para garantizar los derechos constitucionales o hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, en los casos concretos.

Durante casi dos siglos, el derecho constitucional en Colombia fue simplemente sustantivo y orgánico, es decir, un simple conjunto de normas referidas al funcionamiento del Estado y el ejercicio del poder, sin real vinculación con los derechos de las personas y sin mecanismos de efectividad. En dicho escenario, la defensa judicial de los derechos reconocidos por la Constitución y

el elemento procesal fueron abandonados a las leyes y a los códigos, pues las acciones y los procesos constitucionales eran inexistentes o inanes.

Este panorama cambió con la Constitución de 1991, que ubicó, después de la carta de derechos, a los mecanismos de defensa, es decir, las acciones constitucionales, cuyo ejercicio da lugar a los procesos constitucionales, uno de los contenidos básicos del derecho procesal constitucional. De este modo fueron establecidas la acción de inconstitucionalidad, la acción de nulidad por inconstitucionalidad, la acción y derecho fundamental de *habeas corpus*, la acción de tutela, la acción de cumplimiento, la acción popular, la acción de grupo y la acción de pérdida de investidura. Al lado de las anteriores, el sistema ha venido implementado otras garantías judiciales, como son el mecanismo de búsqueda urgente, la acción de tutela por *habeas data* y, más recientemente, la acción de protección de los derechos de la oposición.

En lo que tiene que ver con el control de convencionalidad, la situación es un tanto paradójica, pues si bien la Corte Constitucional en algunos de sus fallos señala equivocadamente que en Colombia no hay lugar a dicho control, en la práctica sucede que tanto ella como el Consejo de Estado resuelven casos de control abstracto y concreto, desde normas contenidas en el *corpus iuris* interamericano y desde reglas e interpretaciones consignadas en sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se desprende de la identificación de cinco escenarios concretos de aplicación del derecho convencional, como son: los derechos de las víctimas del conflicto armado; los derechos de género; los derechos de las personas en condición de discapacidad; los derechos de los grupos étnicamente diferenciados, y los derechos de las personas desplazadas o despojadas de sus tierras.

Durante las décadas de los años noventa y dos mil no acontece propiamente la instalación de la materia en estudio, sino el desarrollo de la jurisdicción y de la justicia constitucional que, en su fase más reciente, trabaja en torno al *constitucionalismo transformador*, asumido como una convicción que parte de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho en América Latina, desde el poder normativo de la Constitución y sus dinámicas (Von Bogdandy *et al.*, 2017). En dicho escenario, los partidarios del derecho procesal constitucional presentaban algunos trabajos y ponencias en los congresos de las asociaciones de derecho procesal o de derecho constitucional.

El inspirador de la materia en Colombia fue, como en otros países, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Las dinámicas del Instituto, materializadas en los congresos que realizaba y la publicación de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, a partir de 2004, sirvieron de modelo y motivación para el desarrollo de diversas actividades, que dieron lugar al nacimiento de algunos grupos y asociaciones, como la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional (ACDPC) y el Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional (CCDPC), ambos fundados en 2009, que realizan periódicamente congresos y otras actividades de divulgación.

En el plano académico, pueden ser identificados dos desarrollos de esta disciplina en Colombia. El primero corresponde a los cursos de pregrado en las facultades de Derecho, donde se le presenta bajo el nombre de acciones

constitucionales o de derecho procesal constitucional, como una de las asignaturas en el área del derecho público. En segundo lugar estarían los programas de especialización y de Maestría en Derecho Constitucional o en Derecho Procesal en las universidades, que ofrecen dos variables: la presencia de los módulos de acciones constitucionales o de mecanismos de protección, y la oferta específica de unos pocos programas de especialización o de Maestría en la rama que aquí abordamos.

Por último, un aspecto que debe ser mencionado es el relacionado con la literatura y las publicaciones en dicho tema, que han sido prolíficas a partir de 2010, aunque tienden a estancarse. Pueden identificarse tres clases de productos: la publicación de obras escritas por autores extranjeros, principalmente latinoamericanos; la recopilación de las ponencias presentadas en los congresos de la ACCDPC y del CCDPC, y la publicación de obras de autores nacionales, de calidad desigual. Las perspectivas de esta disciplina en su calidad de autónoma en Colombia dependen de la consolidación de sus propias dinámicas, frente a las resistencias de reconocimiento por parte de los procesalistas tradicionales y del instituto que los agrupa.

Manuel Fernando Quinche Ramírez

409. 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 *hábeas 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 *hábeas 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 hábeas 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 *hábeas 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 *habeas 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 cons-

titucional, 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 este 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 tendentes 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 estas, 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 *habeas 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

410. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (CUBA)

La existencia de una normativa nacional del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, la salvaguarda de los derechos fundamentales y de procesos especiales como garantía de la supremacía constitucional y de sus contenidos, así como de una jurisprudencia de la libertad, y estudios doctrinales sistemáticos e interdisciplinarios acerca de ello, tuvo su inicio con la República, en 1902, y la creación de un aparato de justicia propio, aunque no se desconocen antecedentes sueltos en la última etapa colonial, tanto en el plano normativo como en el doctrinal.

En el primer plano, la Constitución de 1901 estableció como garantía la nulidad de las “leyes que regulasen el ejercicio de los derechos constitucionales si los disminuían, restringían o adulteraban” (art. 37) y la revisión de la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, como competencia exclusiva del Tribunal Supremo, cuando fueren objeto de controversia entre partes (art. 83.4). Nació así el “fuero de constitucionalidad”.

Lo anterior fue complementado por la ley de trámites, de 31 de marzo de 1903, al establecer que, en caso de alegato de inconstitucionalidad, en juicio civil, criminal, o contencioso administrativo, el tribunal actuante se abstendría de dictar resolución al respecto, pudiendo las partes presentar recurso de casación o apelación ante el Tribunal Supremo, para que este resolviera. También podía reclamarse mediante recurso por infracción de ley directamente ante el Supremo, fundado exclusivamente en la inconstitucionalidad de la normativa general (arts. 3 y 4). La alegación de inconstitucionalidad de disposición general se extendió para órdenes, disposiciones y acuerdos del Ayuntamiento y del Consejo Provincial; lo que podría reclamarse también de manera directa, sin previa invocación en juicio (art. 6). Por tanto, supremacía constitucional, derechos y proceso judicial se imbricaban.

Importante en el proceso de conformación del modelo propio fue la generalización que provocara la ley de 17 de marzo de 1922, pues estableció efectos *erga omnes* para la decisión judicial que “declarase inconstitucional en más de dos sentencias” una disposición general, alegada en controversia entre partes, y la consiguiente obligación de la autoridad que la hubiese dictado de “derogar o modificar la disposición, salvando la infracción de la Constitución” o, en su defecto, la normativa impugnada perdería toda eficacia ulterior (art. 4).

Un paso válido, en medio de un periodo de contradicciones político-sociales agudas, fueron cambios en fundamentos doctrinales y en las normativas constitucional y procesal. Así, la ley constitucional, de 3 de febrero de 1934, incorporó garantías procesales para los derechos individuales y políticos y, aun cuando preservó el diseño del control judicial centralizado en el Tribunal Supremo, amplió su revisión a todas las disposiciones “sean cuales fueren el poder, autoridad o funcionario que los hubiere dictado o de que emanaren” (art. 38). Junto al originario recurso de parte afectada, incluyó la acción pública de 25 ciudadanos en pleno goce de sus derechos civiles y políticos y, a través de la “petición, en todo tiempo”, la de cualquier ciudadano cuando la resolución combatida lesionare *derechos fundamentales*. Se amplió también el fuero de constitucionalidad, pues, declarada la inconstitucionalidad de una disposición o acto de cualquier clase, no podría “aplicarse nuevamente en ninguna forma ni con ningún pretexto” (art. 78.5).

Ahora bien, el nacimiento de la jurisdicción constitucional y de un derecho procesal constitucional, estricto, normativo y jurisprudencial, se produjo a partir del texto de 1940. Esa Constitución significó la consolidación de leyes constitucionales previas, pero también fue cardinal por la creación de una jurisdicción concentrada, en sala independiente, parte del sistema de órganos judiciales, con la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales (art. 183). Este órgano produjo una jurisprudencia sólida, con el magno texto como normativa de aplicación directa, prioritaria e invalidante respecto a las inferiores restrictivas o desconocedoras, quedando los jueces y tribunales obligados a resolver los conflictos entre las leyes vigentes y la Constitución, ajustado al principio de prevalencia de la superior sobre aquellas” (art. 139).

Lo anterior se hizo efectivo con la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, de 31 de mayo de 1949; mientras tanto, el Pleno había decidido con pautas de la ley constitucional de 11 de junio de 1935, como lo previó el texto de 1940. Este Tribunal, además, debía resolver las consultas de los jueces inferiores sobre la constitucionalidad de las leyes (art. 108), algo que ha quedado a través del tiempo y sujeta a la interpretación que pautó el superior.

No obstante lo antes alcanzado, la validación que hiciera el Tribunal de Garantías del Estatuto o Ley Constitucional número 84, de 4 de abril de 1952, del Gobierno militar golpista, que desplazó por la fuerza un texto democráticamente adoptado (sentencia 127, de 17 de agosto de 1953), vino a manchar la legitimidad de la actuación del órgano.

En 1959, bajo nuevas condiciones políticas, la ley fundamental de 7 de febrero mantuvo la jurisdicción constitucional especializada, presidida por el presidente del Tribunal Supremo (art. 150), pero de conformidad con la ley de reforma constitucional, de 20 de diciembre de 1960, y la ley ordinaria 898 del día siguiente, pasó a reconocerse solo a la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales (art. 4), la que produjo también una amplia jurisprudencia en su breve existencia. Mediante sus decisiones validó la constitucionalidad de leyes expropiatorias extraordinarias que impulsaron profundas transformaciones económicas y sociales. Interpretó el derecho preexistente conforme a las nuevas condiciones, calificando tales normativas como válidas, en cuanto producción originaria (sentencia 7, de 3 de junio de 1969) y se pronunció por la aplicación directa de la normativa superior, declarando que era violación de una norma constitucional la falta de aplicación de los preceptos legales pertinentes conforme a ella (sentencia 10, de 26 de octubre 1966). Pero, contradictoriamente, también hubo de postular el carácter programático de los preceptos constitucionales (sentencia 2, de 5 de mayo de 1967), o que la ausencia de la norma de desarrollo de normativa constitucional impedía la entrada en vigor de la misma (sentencia 12, de 9 de diciembre de 1966), criterios últimos sostenidos hasta el presente, limitando el desarrollo de una normativa procesal constitucional.

En la esfera doctrinal, es de destacar que, hasta finales de la década de los años sesenta, se dio una valiosa producción de jueces y profesores universitarios, los que todavía son citados como referentes. Autores como Betancourt, Edelman, Maza, Nin, Montagú, Merino Brito, Portuondo de Castro, Garcerán de Vall y Álvarez Tabío, entre otros; todos los que combinaron proceso y constitución, y desarrollaron una doctrina integrada.

Todo lo anterior cesó en 1973. Finiquitaron aquellos recursos y las valiosas consideraciones jurisprudenciales y doctrinales, cuya causa estuvo contenida en la Ley 1275, de 23 de junio, Ley de Organización del Sistema Judicial, que suprimió la Sala (art. 19), el control de constitucionalidad y los procesos especiales; y se instituyó como centro la defensa de la legalidad (arts. 4, 5 y 10), lo que aún perdura. Fenecía el valor normativo de la Constitución y su empleo para la solución de antinomias o lagunas, o su aplicación preferente respecto a las inferiores restrictivas, como también la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho y la enseñanza de un derecho procesal en sede constitucional. El derecho constitucional se construyó a lo político social, y el procesal a lo ordinario.

La última década del pasado siglo, en lo doctrinal, ha sido testigo de artículos, investigaciones, docencia universitaria, acerca del valor normativo de la Constitución, de las garantías constitucionales jurisdiccionales para la supremacía constitucional y los derechos, así como de propuestas de procesos y de entes judiciales especializados, en sede de derecho constitucional. El hecho es que si los contenidos constitucionales son de inexcusable realización, el derecho procesal constitucional debe revivir, y estos últimos pasos no imperativos deben servir de estímulo a la adopción de reglas ordenadoras que aseguren la supremacía del texto mayor y de las instituciones que son su objeto de protección frente a decisiones y normativas restrictivas; como también de procesos especiales y de una Sala que resuelva efectiva y definitivamente, sentando además pautas jurisprudenciales, todo lo cual ha de contribuir a la interacción armónica entre derechos-garantías-procesos judiciales-Constitución y derecho.

Martha Prieto Valdés

411. 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 extrapoderado 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 mandado 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

412. 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 mecanismos 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 *habeas 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 esta se entregue de manera incompleta o no sea fidedigna. Incluso si fuera negada alegando el carácter secreto, reservado o confidencial; al respecto, la norma constitucio-

nal 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

413. 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 *hábeas 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 residan 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 ma-

yoría 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 aquella; *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 alega-

ciones 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

414. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (ESLOVENIA)

La Constitución de Eslovenia de 1963 (Eslovenia como constituyente de la República Federal Yugoslava), aplicada por la Corte Constitucional, se introdujo siguiendo el sistema europeo/alemán/concentrado/continental; modelo kelseniano de revisión judicial. La Constitución de Eslovenia independiente fue adoptada el 23 de diciembre de 1991 (*Diario Oficial RS*, núms. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13, 75/16). Las bases de legitimidad fueron brindadas por un plebiscito en 1990 y por la carta constitucional respecto a la independencia y soberanía de la República de Eslovenia de junio de 1991.

Además de una posición más fuerte en el sistema nacional, la capacidad de decidir quejas constitucionales respecto a violaciones a los derechos humanos, lo más novedoso en la Corte Constitucional de Eslovenia, en comparación con otros sistemas de las nuevas democracias, fue su sistema de casación relacionado con la ley. La Corte adquirió el estatus de institución independiente al llevar a cabo la revisión constitucional respecto la Legislatura, que tiene la capacidad de abrogar leyes (art. 161 constitucional). La función de la Corte antes de 1991, debido al principio de unidad de poderes y supremacía del Parlamento, se enfocaba en la evaluación de la inconstitucionalidad de una ley, lo que cambió después de 1991 en la relación entre la ley de casación y la actividad legislativa.

En el periodo posterior a 1991, la Corte Constitucional ha jugado un rol mucho más importante basado en sus poderes extendidos. En el sentido de tendencias contemporáneas, ha asumido el rol de una legislatura negativa; en este periodo de transición, la Legislatura no siempre sigue los desarrollos o la imposición de estándares en el sistema legal y en las instituciones.

Como se dijo, el modelo de revisión judicial de Eslovenia corresponde al de Europa continental, que concentra la revisión y donde la estructura de los

poderes es adoptada a partir del modelo de revisión constitucional alemán, que es mucho más moderno que su predecesor, el sistema austriaco. El sistema de revisión de la Constitución de Eslovenia de 1991 asume los estándares de los poderes de la Corte Constitucional adoptados por otros sistemas siguiendo este modelo. Además del sistema represivo de la revisión constitucional, ha adoptado la revisión constitucional preventiva, pero solo respecto al proceso de adopción a través de acuerdos internacionales. En este caso, la Corte lleva a cabo una función consultiva, aunque su opinión sea obligatoria, lo que hace que dichas opiniones tengan la fuerza de una decisión (art. 160.2 de la Constitución y art. 70 de la ley de la Corte Constitucional).

Como regla de procedimiento ante la Corte Constitucional se requiere de una petición “externa”, lo que significa que no puede iniciar una revisión de procedimiento *ex officio*, lo cual resulta una característica de la mayoría de los sistemas modernos de revisión constitucional. Sin embargo, los procedimientos *ex officio* han sido parcialmente preservados: la Corte Constitucional no es iniciadora de procedimientos, porque el impulso de los mismos aún depende de un peticionario externo (arts. 30 y 59.2).

Una característica específica de la regulación en Eslovenia es la existencia de dos formas de casación: anulación (*ex tunc*) y abrogación (*ex nunc*), con su efecto correspondiente. Ambas formas de casación son posibles solo con la revisión de constitucionalidad y legalidad de las disposiciones generales de los actos públicos (art. 45 de la ley de la Corte Constitucional); en cambio, un código puede ser abrogado completa o parcialmente (*ex nunc*) (art. 43 de la ley de la Corte Constitucional). La ley especifica la forma para la anulación (*ex tunc*) de la inconstitucionalidad y la ilegalidad de disposiciones generales: son abrogadas *ab initio* por la Corte Constitucional si determina que los efectos de un código serán ilegales o inconstitucionales, por lo cual deben ser eliminados. Dicha abrogación debe ser retroactiva (art. 45.2 de la ley de la Corte Constitucional).

Un individuo ante la Corte Constitucional de Eslovenia juega el papel de peticionario. El nuevo sistema de revisión constitucional, conforme a la Constitución de 1991, preservó —como la Constitución de 1963 y la de 1974— la queja popular ilimitada (*actio popularis*); sin embargo, posee una restricción con respecto al interés jurídico de la persona (art. 162.3 de la Constitución; art. 24 de la ley de la Corte Constitucional). Al vincular la petición al interés jurídico del procedimiento, la posibilidad de desafiar la constitucionalidad y legalidad se restringieron más, porque la petición popular, como era vista en la ley anterior, fue excluida. De acuerdo con la legislación anterior, una petición para el principio de procedimientos puede ser solicitada por cualquiera, independientemente de que pudiera vulnerar derechos y beneficios legales. De otra forma, la queja constitucional, bajo el modelo alemán, se intensificó ante la Corte Constitucional (arts. 160 a 162 de la Constitución; art. 50 de la ley de la Corte Constitucional). Al introducir la queja además de la queja popular (*actio popularis*), Eslovenia ocupa un lugar dentro de los sistemas en los que coexisten ambas acciones ante la Corte Constitucional.

Además, las decisiones de dicho órgano son finales y obligatorias (art. 1.3, ley de la Corte Constitucional). No existe recurso en contra de sus decisiones.

El problema principal es la coexistencia de dos recursos legales para la protección de los derechos fundamentales —la petición popular y la queja

constitucional— que incrementan la cantidad de casos. Después de adoptar la Constitución de 1991 y la ley de la Corte Constitucional de 1994, el número de casos incrementó año con año. El cambio a la ley en 2007 (*Diario Oficial RS*, núm. 64/07) limita de manera rigurosa el acceso de los individuos a la Corte Constitucional. Los cambios adoptados introducen un criterio más estricto con limitaciones adicionales desde el punto de vista de derecho a juicio sin una tardanza innecesaria (art. 23.1 de la Constitución).

Arne Marjan Mavčič
(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor
y Francisco Xavier Bosch y Gutiérrez)

415. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (ESPAÑA)

Pese a la temprana publicación en España de una obra así titulada en 1980, que fue precisamente el año en que entró en funciones el Tribunal Constitucional (TC) instituido por la Constitución de 1978 (CE), el derecho procesal constitucional no ha alcanzado en España, como disciplina académica, el arraigo que tiene en otras latitudes, y especialmente en Iberoamérica. La obra en cuestión fue escrita por Jesús González Pérez, un ilustre administrativista, que supo atisbar, en la estela de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, la importancia que estaba destinada a tener la normativa reguladora de los procesos ante el TC como cauce para articular los afanes garantistas de una Constitución normativa, comprometida con los derechos fundamentales y con el reparto territorial del poder.

A la altura en la que fue elaborada una Constitución con tales pretensiones, y en un escenario como el europeo, disponer de una jurisdicción constitucional, separada del poder judicial, depositaria de la tarea de interpretar la Constitución con carácter último y en todos y cada uno de los frentes, no era una opción entre las varias posibles, sino un ingrediente primordial para la realización de aquellas pretensiones, tal y como se venía mostrando en los países de nuestro entorno más cercano (Alemania e Italia de manera destacada).

Así las cosas, no creemos que sea exagerado sostener un axioma que vale para el caso de España, como para el de cualquier otro donde se hayan planteado cuestiones (y articulado respuestas) semejantes: allí donde la Constitución es concebida, de verdad, como una norma jurídica, hay derecho procesal constitucional. Y quizá por ello, por la naturalidad con la que asistimos a la implantación y desarrollo de un *corpus* normativo sobre la nueva jurisdicción, pero probablemente también por el temor a que una estructuración académica del estudio del mismo de carácter autónomo lo desenraizara del sentido último de la Constitución, en España hemos sido algo reacios a utilizar el nombre, sin que ello haya supuesto, en absoluto, desconocer o menospreciar la importancia del derecho procesal constitucional.

De hecho, desde la aprobación misma de la Constitución no faltaron los trabajos que intentaron desentrañar el significado de las regulaciones *procesales* del título dedicado al TC. Y, desde luego, a partir de la aprobación, en 1980, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), que fue la segunda de las leyes orgánicas aprobadas en términos absolutos, ha habido toda una pléyade de monografías y estudios doctrinales sobre los aspectos más variados de los diversos procesos constitucionales. Debe tenerse en cuenta, además, que la *Revista Española de Derecho Constitucional* incorpora, desde hace muchos

años, en su reseña de la actividad del TC, un apartado dedicado a aspectos procesales.

Una rápida enumeración de los aspectos más destacados de los distintos procesos constitucionales, incluyendo los establecidos *ad hoc* para la tutela de los derechos fundamentales, puede hacerse del siguiente modo: *a*) comenzando por estos últimos, la referencia del artículo 53.2 de la CE a un recurso preferente y sumario para la tutela de *algunos* derechos fundamentales ante los jueces de la jurisdicción ordinaria, fue atendida primero mediante una ley (la 62/1978) que lo instituía con carácter general ante todos los órdenes jurisdiccionales. Pero la aprobación ulterior y sucesiva de leyes de enjuiciamiento que reformaron en profundidad los correspondientes procedimientos hicieron que se fueran incorporando cauces específicos de tutela urgente ante las distintas jurisdicciones, y de manera destacada ante la contencioso administrativo (ley 29/1998) y ante la social (ley 36/2011); *b*) una segunda cuestión destacable ha sido la suerte del control previo de constitucionalidad. Previsto en la CE tan solo con respecto a los tratados internacionales, la LOTC lo extendió a las leyes orgánicas. Pero el uso desmedido del mismo por la oposición parlamentaria frente a los proyectos de ley de esa naturaleza provocó la aprobación de una ley orgánica (la 4/1985) mediante la cual se reformó la LOTC para suprimirlo. Hasta que, en 2015 (ley orgánica 12/2015), el legislador optó por reintroducirlo, pero limitado al control previo de constitucionalidad de los estatutos de autonomía. Y ello, sin duda, con el objeto de poner coto a la posibilidad de que una aprobación directa en referéndum de las reformas estatutarias (o de nuevos estatutos) por parte de los electores de la Comunidad Autónoma concernida pudiera anteceder a un pronunciamiento sucesivo del Tribunal en vía de control directo, tal como ocurrió con la reforma del Estatuto de Cataluña aprobada en 2006; *c*) con respecto al recurso directo de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas de rango de ley, dada la deriva cobrada por el mismo como un instrumento para el control del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la ley orgánica 1/2000 reformó la LOTC para incentivar la voluntad de atemperar los conflictos y propiciar la cooperación y el acuerdo político entre unos y otros titulares del poder desde el punto de vista territorial. Ello se llevó a cabo mediante la ampliación del plazo para la presentación de recursos de inconstitucionalidad, desde los tres meses a partir de la publicación de la ley, previstos en el artículo 33 de la LOTC, hasta los nueve meses, siempre y cuando el Estado y las Comunidades Autónomas, actuando de consuno, decidan poner en marcha mecanismos formales de negociación, poniéndolo en conocimiento del TC; *d*) con relación al recurso de amparo para la tutela de los derechos fundamentales, vale decir que ha sido desde siempre la competencia que ha originado una carga de trabajo en el Tribunal considerada excesiva por poner en riesgo el desempeño a cabalidad de las demás competencias. De ahí que hayamos asistido a debates interminables sobre la viabilidad y la conveniencia de reconfigurarlo como un recurso excepcional y las distintas alternativas para hacerlo. Una importante reforma de la LOTC por medio de la ley orgánica 6/2007 incidió sobre el trámite de admisión del amparo, reforzando la exigencia que pesa sobre el justiciable de demostrar al TC la “especial trascendencia constitucional” del asunto. Ello ha acentuado notablemente la dimensión objetiva del amparo, aunque no

ha desnaturalizado del todo el carácter reaccionario/subjetivo con el que la Constitución lo contempla. Por lo demás, cuáles son los factores que aportan a un asunto de especial trascendencia dista de ser claro, pero una sentencia del TC (la 155/2009) marca determinadas pautas al respecto, en un intento por racionalizar lo que se asemeja, más que a otra cosa, a una especie de *certiorari* por la puerta falsa, y e) finalmente, es de destacar que otra ley orgánica de reforma de la LOTC, la 15/2015, ha otorgado al propio TC novedosos e importantes notables instrumentos destinados a velar por el cumplimiento de sus resoluciones, entre ellos la imposición directa de multas a las autoridades, empleados públicos o particulares díscolos, la suspensión de funciones, así como la comunicación a la Fiscalía de los incumplimientos, a fin de activar, si procede, vías penales.

Miguel Revenga Sánchez

416. 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 pre-

sentación 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 tratándose 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 desestimará 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

417. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (GUANAJUATO)

Los procedimientos de protección de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato tienen —como en las restantes entidades federativas— su base jurídica en el principio de autonomía estadual previsto en la Constitución federal y en el principio de supremacía de la Constitución local sobre el resto de normas del orden jurídico de la entidad. Los instrumentos de control de constitucionalidad están previstos en la fracción XV del artículo 88 constitucional local, siendo el Pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado (STJ) el órgano competente para resolverlos.

Las facultades de justicia constitucional local, por supuesto, no han sido las competencias con mayor solera del STJ, sino que se han tratado de funciones sustantivas de más reciente cuño. En efecto, dichas competencias fueron introducidas concretamente en su perfil institucional el 20 de marzo de 2001, en el marco de las primeras entidades federativas que estaban adoptando el control constitucional local (Veracruz en 2000, Coahuila y Tlaxcala en 2001, Chiapas en 2002, etcétera).

El 20 de marzo de 2001 fue publicado el decreto legislativo en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*, por el cual se añadió la mencionada fracción XV al entonces artículo 89 la Constitución de la entidad. Esta reforma, que también introdujo varios artículos en materia de derecho municipal, facultó al Pleno del STJ para “garantizar la observancia de la Constitución” y, además, conocer y resolver las “controversias legales” y las “acciones de inconstitucionalidad”, siempre que las dos últimas no sean de carácter electoral.

El artículo cuarto transitorio fijó la *vacatio legis* de estas facultades 180 días después de la promulgación, periodo en el cual se debían igualmente “adecuar las Leyes respectivas para establecer la substanciación del procedimiento”. La misma Legislatura que tramitó la reforma constitucional (la LVIII) materializó dicho mandato con la elaboración de la Ley Reglamentaria de la Fracción XV del Artículo 89 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, publicada el 3 de agosto de 2001 y mantenida intocada hasta ahora (aunque cabe esperar al menos un cambio en su denominación, para actualizar el número del artículo reglamentado, que ya no es el 89 sino el 88, según la reubicación que se hizo del mismo en la reforma constitucional local de 14 de julio de 2017).

Como se puede observar, el modelo adoptado por el constituyente local no fue el de la creación de un Tribunal Constitucional propiamente dicho —como en Chiapas— o el de una Sala especializada en la materia —como son los casos de Durango, Estado de México, Nayarit, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo—, y tampoco se trata del caso de Yucatán, donde el mismo

Pleno del Tribunal Superior de Justicia se erige en Tribunal Constitucional de modo expreso y formal para conocer de procesos constitucionales. En Guanajuato, el modelo instaurado fue el utilizado en la mayoría de las entidades federativas, que depositaron esa facultad en los tribunales superiores de justicia, dentro de las facultades del Pleno.

Actualmente, el Pleno del STJ está conformado por 21 magistraturas, nombradas para un periodo de siete años, con la posibilidad de ser reelectos. El modelo de designación es de tipo compuesto, ya que el acto selectivo está confeccionado con la intervención de dos voluntades estatales: por un lado, el gobernador del estado y el Consejo del Poder Judicial, a través de las ternas que por turnos alternativos deben elaborar y, por el otro, el Congreso del estado, quien debe seleccionar a la magistrada o magistrado de entre las referidas ternas que le son presentadas, con el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros presentes.

Ahora bien, ya que se ha abordado al menos panorámicamente el tipo de órgano y el modelo de integración del tribunal que imparte la justicia constitucional local, pasemos ahora al análisis general de los mecanismos de protección constitucional previstos en la carta magna de la entidad.

El primero que se podría abordar es la expresamente referida facultad de “garantizar la observancia de esta Constitución” (art. 88, frac. XV). Esta competencia puede considerarse una facultad genérica que da soporte a la normativa que regula los procesos constitucionales locales, además de que puede ser la base para el desarrollo de otros. Incluso, visto como principio, puede resultar una herramienta argumentativa para dar soporte a la misión institucional del STJ en todos los procesos y asuntos que tiene a su cargo.

El segundo mecanismo previsto en la Constitución local son las denominadas “controversias legales” (art. 88, frac. XV, letra A), las cuales tienen por objeto dirimir conflictos derivados de la distribución funcional y territorial del poder público. Los conflictos están referidos a los casos suscitados entre: *a)* dos o más municipios; *b)* uno o más municipios y el poder ejecutivo o legislativo, y *c)* entre el poder ejecutivo y el legislativo.

En cuanto a las “controversias legales”, lo primero que llama la atención es justamente el nombre que se les ha dado. Ciertamente no resulta preciso denominar al procedimiento como controversia “legal” cuando, en definitiva, el diferendo suscitado se predica siempre respecto de la Constitución local. Con buen tino, la doctrina tempranamente señaló este extremo, advirtiendo el potencial de inducir a equívocos en cuanto al objeto y naturaleza de este proceso constitucional.

En cualquier caso, es claro que la errada denominación no impide ver que se está en presencia de un procedimiento de protección de la Constitución para solucionar los conflictos entre los órganos de poder y de competencias estaduales, aunque entre un universo de actores ciertamente reducido. En efecto, los sujetos están limitados a los municipios de la entidad, al poder ejecutivo y legislativo, sin prever como sujetos legitimados a los órganos constitucionales y demás entidades públicas locales.

Un aspecto peculiar de la controversia legal guanajuatense es que la ley reglamentaria incluye entre los supuestos de procedencia los conflictos de límites territoriales que se originen entre los municipios del Estado (art. 4, frac.

IV). Sobre este punto, cabe mencionar que es significativo que expresamente la ley reglamentaria los prevea, ya que este asunto no es más que un reflejo de la incidencia de esa problemática en el contexto estadual.

En este sentido, recuérdense al efecto las polémicas limítrofes entre los municipios de San Francisco del Rincón y Purísima del Rincón; y el de los municipios de Uriangato y Moroleón. Todos, conflictos añejos que, pese a los diversos intentos de solución por la vía política o por la competencia que tenía el Congreso local en la materia (art. 63, frac. V, ahora derogada), no se han resuelto. Incluso, véase hasta qué punto los diferendos son de importancia, considerando que las dos controversias legales de las que se tiene noticia hasta el momento han sido promovidas por los dos últimos ayuntamientos mencionados (1/2006 y 2/2009, respectivamente, y ambas resultaron infundadas).

El tercer mecanismo previsto en la Constitución de la entidad consiste en las acciones de inconstitucionalidad (art. 88, frac. XV, letra B). Como sabemos, se trata del control abstracto de regularidad constitucional, por el cual se otorga a las minorías parlamentarias la facultad de objetar las disposiciones legislativas aprobadas por las mayorías, ante la posible contradicción de estas con la Constitución. En Guanajuato pueden ser promovidas por, al menos, la tercera parte de los integrantes del Congreso del Estado, esto es, 12 diputados (son 36 plazas en total).

En cuanto a los sujetos legitimados, hay que considerar también a otro órgano que fue añadido mediante la reforma que se realizó a la Constitución guanajuatense el 11 de diciembre de 2015, en materia de acceso a la información y protección de datos personales. En esa modificación se facultó al comisionado presidente del organismo autónomo creado para velar por esos derechos, para promover acciones de inconstitucionalidad. Para ello se requiere el acuerdo favorable del Pleno del Consejo General del organismo autónomo, y la materia de la controversia solo puede estar circunscrita a “la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución, en materia de acceso a la información pública y protección de datos personales” (art. 88, frac. XV, letra B, párr. segundo).

Ahora bien, referente a las acciones de inconstitucionalidad, solo se podrán tramitar dentro de los 30 días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma que se va a objetar. Por otro lado, hay que considerar que en el artículo 51 de la norma reglamentaria se prevé que las resoluciones del Pleno del STJ solo podrán declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas con el voto favorable de, cuando menos, dos terceras partes de la totalidad de sus integrantes. En caso contrario, se declarará infundada la acción promovida y se ordenará el archivo del asunto.

Finalmente, y aunque la Constitución de Guanajuato no lo prevé, debemos considerar un cuarto mecanismo de control de constitucionalidad local, concretamente en materia de protección de derechos humanos, como lo es el “juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano”. Este mecanismo de protección de la Constitución se encuentra regulado en el título octavo de la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales de la entidad y es competente para resolverlo en instancia única el Pleno del Tribunal Estatal Electoral (art. 391).

José Antonio Estrada Marín

418. 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 constitucional 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, hábeas data, entre otras.

David Cienfuegos Salgado

419. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (ITALIA)

El derecho procesal constitucional puede ser entendido como la rama del derecho público dedicada al estudio de los procedimientos de control de constitucionalidad, al conjunto de los ordenamientos jurídicos que regulan dichos procedimientos, así como al estudio de los órganos encargados del ejercicio de este control.

Italia es considerada uno de los países precursores en el establecimiento de un órgano con atribuciones de control de constitucionalidad de leyes. Su Corte Constitucional —antes Tribunal de Garantías Constitucionales— fue una de las primeras creadas en Europa, en 1947; sin embargo, fue hasta 1956 que se designaron a sus primeros integrantes. Previo a la conformación de la Corte Constitucional, durante la vigencia del Estatuto Albertino (1894-1948),

se tuvo una disposición que contemplaba un control difuso de constitucionalidad de leyes realizado por la jurisdicción ordinaria, en el cual, en caso de considerar una ley “ilegítima”, se podía desaplicar al caso en estudio. En la actualidad, este órgano es el encargado de juzgar las controversias acerca de la legitimidad constitucional de las leyes y actos con fuerza de ley. Los procedimientos que desarrolla cumplen con las formalidades esenciales de un juicio, a pesar de que se ubica fuera de la estructura del poder judicial. Sus decisiones son inapelables y cuenta con autonomía reglamentaria, financiera y administrativa.

Está compuesta por 15 jueces, cinco nombrados por el presidente de la República, cinco por el Parlamento y cinco por las supremas magistraturas. De estos últimos, la ley constitucional indica que tres sean designados por la Corte de Casación, uno por el Consejo de Estado y uno por la Corte de Cuentas. En este sentido, se prevé una precisa repartición entre las magistraturas ordinaria, administrativa y contable.

Los jueces serán nombrados por nueve años, que empezarán a correr para cada uno de ellos desde el día del juramento y no podrán ser nuevamente designados. Gozarán de inmunidad penal, es decir no podrán ser sometidos a proceso penal, salvo que sean arrestados en flagrancia; no podrán ser sujetos a control por las opiniones expresadas y los votos emitidos durante su encargo, y no podrán ser removidos de su encargo salvo por cuestiones de incapacidad física o civil o por faltas graves en el ejercicio de sus funciones. Percibirán un sueldo equiparado al del presidente de la Corte de Casación.

Los jueces constitucionales, durante su encargo, no podrán ocupar otro cargo o empleo público o privado, ni ejercer la actividad profesional, comercial o industrial, funciones de administración o de síndico en sociedades con fines de lucro.

Para ser electo juez constitucional se requiere pertenecer a alguna de las siguientes categorías: *i)* ser magistrado, incluidos los que están jubilados; *ii)* ser profesor ordinario de universidad en materia jurídica; *iii)* ser abogado con al menos 20 años en el ejercicio de la profesión. La Corte elegirá, de entre sus integrantes, a su presidente, quien permanecerá en el cargo por tres años y podrá ser reelecto.

Conforme al artículo 137 de la carta magna, la Corte Constitucional contará con una ley de rango constitucional que establecerá las condiciones, formas, plazos de interposición de los recursos de legitimidad constitucional y las garantías de independencia de los magistrados. Una ley ordinaria establecerá las demás normas necesarias para su conformación y funcionamiento.

De acuerdo con la Constitución, los procedimientos de control jurisdiccional de constitucionalidad que conoce la Corte son: “*i)* sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones; *ii)* sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las Regiones y los de las Regiones entre sí, y *iii)* sobre las acusaciones promovidas en contra del presidente de la República y los miembros de su gabinete”.

El primero de ellos podrá originarse cuando en un caso de justicia ordinaria se señale un problema de inconstitucionalidad. En este supuesto, el juez ordinario realizará un estudio sobre la trascendencia de la ley o acto señalado y, si encuentra que el planteamiento de inconstitucionalidad es fundado, pro-

cederá a suspender la tramitación del juicio ordinario y remitirá a la Corte el estudio de constitucionalidad. En la hipótesis de que la Corte Constitucional determine la inconstitucionalidad de una ley, un precepto normativo o un acto con fuerza de ley, la resolución tendrá efectos *erga omnes*, es decir, dicha norma o acto dejarán de tener eficacia al día siguiente de la publicación de la declaratoria de inconstitucionalidad.

El segundo de los casos, relacionado con conflictos de competencia entre los poderes del Estado, se origina cuando existe una problemática respecto a la delimitación de la esfera competencial. En tales situaciones, la Corte Constitucional resolverá y declarará cuál es el poder al que corresponden las atribuciones controvertidas y, si procede, invalidará los actos viciados de incompetencia. Por otro lado, cuando el conflicto competencial se origine entre un estado y una región, o entre regiones, los actores en conflicto podrán acudir a la Corte Constitucional demandando una regularización de competencias. De igual forma, dicho órgano determinará a quién corresponde la atribución en disputa.

Referente a la atribución de juicio de acusación contra el presidente de la República, el caso iniciará con una petición formal de juicio político, pudiendo ser por “alta traición o violación a la Constitución” (art. 90 constitucional), ante el presidente de la Cámara de Diputados. Posteriormente, se conformarán comisiones para valorar su viabilidad y, una vez superada esta etapa, el Parlamento votará en secreto a favor o en contra del juicio.

En caso de confirmarse la procedencia, el asunto llegará a la Corte Constitucional, siendo el Parlamento quien fungirá como fiscal. El juicio será resuelto por la Corte junto con 16 ciudadanos elegidos por el Parlamento.

Asimismo, el artículo 123 de la Constitución establece que el Gobierno de la República podrá plantear ante la Corte Constitucional la cuestión de constitucionalidad de un estatuto regional dentro de los 30 días siguientes a su publicación. De igual forma, la ley constitucional establece que la Corte podrá juzgar sobre la admisibilidad de los pedidos de referéndum abrogativo, realizando entonces un control de constitucionalidad preventivo. Es importante señalar que no existe una tutela directa de los gobernados ante la Corte Constitucional, pues solo el presidente del Consejo de Ministros y las Regiones están legitimados para presentarse ante la Corte, o por un juez en el curso de un procedimiento mediante la vía incidental.

Si bien es cierto que la Corte Constitucional italiana es la encargada de tutelar los derechos humanos por medio de la declaratoria de inconstitucionalidad de ordenamientos nacionales o regionales que contradigan los derechos fundamentales, la Corte de Casación y el Consejo de Estado, en el ámbito de su competencia, podrán también conocer de cuestiones vinculadas a la protección de los derechos humanos. Lo anterior ha permitido fortalecer la cooperación entre el poder judicial y la Corte Constitucional.

Teresa Paulina Díaz García

420. 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 integrantes 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

421. 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 constitucionalidad, 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 mantenían iguales, salvo algunos muy pequeños cambios, en las Constituciones Políticas del Estado de Michoacán posteriores, como son la Constitución del 1o. de febrero de 1858 (arts. 1o., 2o., 3o., 30, 34, 53, 134, 135 y 136) y la original de 5 de febrero de 1918 (arts. 1o., 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, entida-

des 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.

Cuauhtémoc Manuel de Dienheim Barriguete

422. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (MORELOS)

El 16 de abril de 1869 fue aprobado por el Congreso de la Unión el Decreto de la Erección del Estado de Morelos, surgiendo de esta manera el estado de Morelos, como parte de la federación, integrado por una porción del territorio del Estado de México, que comprendía los distritos de Cuernavaca, Cuautla, Jonacatepec, Tetecala y Yautepec, los cuales formaron el tercer distrito militar. Dicho decreto señaló en su artículo transitorio tercero que se convocaría a la Legislatura con el doble carácter de constituyente y constitucional, con el

objeto de formar la Constitución propia y adecuada al nuevo estado; promulgándose así la primera Constitución de 1870. Posterior a diversas reformas y momentos históricos que llevaron a la promulgación de otros instrumentos fundamentales, el 11 de noviembre de 1930 fue publicado en el *Periódico Oficial* la vigente Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos.

Precisado lo anterior, es importante resaltar que, para Eduardo Ferrer Mac-Gregor, el objeto de estudio del “derecho procesal constitucional” comprende “los órganos, garantías e instrumentos procesales para la salvaguardia de la Constitución”; mientras que Héctor Fix-Zamudio cataloga los medios de defensa constitucional como preventivos, represivos y reparadores. Así, como se advierte en la presente obra, al destacar las garantías constitucionales más importantes contenidas en la carta magna, no solo enlista las comprendidas en el ámbito jurisdiccional, esto es, cuya resolución compete al Poder Judicial de la Federación; luego entonces, en el estudio del derecho procesal constitucional deben comprenderse todas aquellas garantías que permiten la defensa de los mandatos contenidos en la Constitución, ya sea de su parte sustantiva —derechos humanos—, o bien, su parte orgánica —distribución de funciones y competencia—, es decir, todos los mecanismos que el constituyente ha establecido en la norma para hacerla efectiva.

Ello cobra relevancia con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, mediante la cual se introdujo en el sistema jurídico mexicano un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, al imponer la obligación a *todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias*, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Aunado a ello, es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, refirió que todos los órganos, incluidos los jueces de un Estado parte, deben velar por que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se vea mermada, con lo que se evidencia que el control de convencionalidad debe ser ejercido por toda autoridad y no solo por las jurisdiccionales, con el único límite de que sea en el ámbito de su competencia, circunstancia que debe replicarse para el control de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, para el caso del estado de Morelos, se destacan los “mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de control constitucional” que contiene la Constitución local y que, en mi opinión, por las razones expuestas, forman parte del derecho procesal constitucional.

Como mecanismos jurisdiccionales se destaca la imperiosa labor concedida a los jueces, incluso a los de paz, integrantes del poder judicial para resolver los asuntos del orden civil y penal, pues en sus decisiones deben ejercer un control constitucional y convencional, erigiéndose como auténticos “jueces constitucionales”; también la facultad del Tribunal Superior de Justicia para resolver controversias constitucionales —que se aborda más adelante (art. 99, fracs. XII y XIII)—; la defensa de los derechos político-electorales, que está a cargo del Tribunal Electoral del Estado de Morelos (arts. 23, frac. VII, y 108); las controversias de carácter administrativo y fiscal que se susciten entre la administración pública estatal o municipal, sus organismos auxiliares estatales o municipales y los particulares, así como lo relativo a las responsabilidades administrativas graves, que está a cargo del Tribunal de Justicia Administrativa (art. 109 bis); la justicia penal para adolescentes, que corresponde al Tri-

bunal Unitario de Justicia Penal para Adolescentes (art. 19, inciso d, y 109 *quater*); y los conflictos entre trabajadores y patrones de competencia estatal, responsabilidad del Tribunal Laboral (art. 105 bis), sin que a la fecha haya iniciado funciones.

Por cuanto ve a los mecanismos no jurisdiccionales, se destacan los procedimientos que pueden ser incoados por vulneración a ciertos derechos, como el relativo al derecho de acceso a la información a través del Instituto Morelense de Información Pública y Estadística (arts. 2, frac. VII, y 23-A); el derecho de participación ciudadana a cargo del Instituto Morelense de Procesos Electorales y Participación Ciudadana (art. 19 bis); la defensa de los derechos humanos por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Morelos (art. 23-B); los procedimientos competencia del Congreso del estado, como son: la declaración de procedencia por la comisión de delitos de determinados servidores públicos (art. 40, frac. XLI), la resolución de controversias que se susciten entre el Ejecutivo y el Tribunal Superior de Justicia y las que se susciten entre este último y el Instituto Morelense de Información Pública y Estadística (art 40, frac. XLIII), las revisiones que realiza la Entidad Superior de Auditoría y Fiscalización (art. 40, frac. XLVII), la desaparición de un ayuntamiento, la revocación del mandato de alguno de sus miembros, la suspensión de la totalidad de sus integrantes, o la suspensión de alguno de ellos (art. 41), y el juicio político como jurado de declaración (art. 138), y el juicio político en el que participa el Tribunal Superior de Justicia como jurado de sentencia (arts. 99, frac. IV, y 139).

Ahora bien, a diferencia de otras entidades federativas, como lo es Veracruz, Tlaxcala, Chiapas y Coahuila, que dentro de sus constituciones han establecido sistemas de control constitucional y, por ende, tribunales o salas constitucionales, este desarrollo legislativo no se ha dado aún en el estado, considerándose necesario que, con base en la experiencia de esas entidades, se tomen en cuenta algunos de los mecanismos implementados para incluirlos en la Constitución local.

No obstante, como se ha mencionado, la Constitución morelense sí prevé a la controversia constitucional local a cargo del Tribunal Superior, para dirimir conflictos entre los poderes legislativo y ejecutivo, por leyes o actos del primero que sean contrarios a la Constitución del estado; así como resolver las controversias entre el Instituto Morelense de Información Pública y Estadística y el poder legislativo o el poder ejecutivo del estado, o entre el primero y los municipios, o el Instituto Morelense de Procesos Electorales y Participación Ciudadana, o la Universidad Autónoma del Estado de Morelos o cualquier órgano estatal regulado por esa Constitución.

Como puede observarse, a diversos órganos se les concede legitimación para que acudan a la controversia en defensa de sus intereses, inclusive a los de relevancia constitucional, que en la actualidad se prevén, pues entran en el concepto de “órgano estatal”; sin embargo, resulta poco afortunada la redacción de dicha disposición, pues pareciera que la competencia se surte únicamente cuando exista un conflicto en el que forzosamente una de las partes sea el Instituto Morelense de Información Pública y Estadística. No pasa por alto que no son impugnables a través de la controversia los actos del Congreso como jurado ni las reformas que se hagan a la Constitución (art. 100, frac. XII).

Con relación a la citada garantía constitucional, si bien pareciera que existe una ausencia de su ejercicio, también es cierto que el legislador, en la Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Morelos, publicada en julio de 2018, le concede facultad al titular de esta última para intervenir en toda controversia constitucional local cuando la ley o acto tengan relación con ese organismo autónomo; poniendo de relieve la existencia de dicha garantía y, con ello, la necesidad de expedir una ley reglamentaria o un código procesal constitucional que establezca con exactitud las normas adjetivas para su regulación.

Raúl Israel Hernández Cruz

423. 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 estadual; 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 Enriquez Soto

424. 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 hábeas 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 hábeas 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

425. 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 tras la reforma constitucional publicada el 9 de junio de 2004.

Dicha reforma incorporó, en su artículo 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 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.

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 municipios, 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 estatal, así como por los regidores, estos últimos tratándose de normas generales expedidas por su respectivo ayuntamiento.

En 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 artículos 95 y 96, fracción I, de la ley suprema del estado.

El Pleno del Tribunal Superior de Justicia está integrado por 16 magistrados y es presidido por el magistrado que el propio Pleno designe. 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 74/2011, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el 22 de octubre de 2013, se emitió la Ley Reglamentaria del Artículo 95 de la Constitución Política del Estado de Nuevo León, publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Nuevo León* el 20 de junio de 2014.

Respecto de las controversias de inconstitucionalidad local, están legitimados para interponerla el órgano, poder u órgano de la entidad que considere afectada su esfera competencial. En dichos mecanismos procede la suspensión únicamente en contra de actos, mas no respecto de normas generales, misma que en ningún caso podrá concederse en los casos en que se ponga en peligro la seguridad o economía del estado y municipio, u organismos públicos o instituciones fundamentales del orden jurídico, o pueda afectarse gravemente a la sociedad en una porción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante. Por otra parte, respecto a los efectos de las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional local, estos serán *erga omnes* cuando las controversias versen sobre normas generales e *inter partes* en caso de actos. Indistintamente, para que puedan tener efectos las resoluciones y se declare la invalidez de las normas o actos, es necesario el voto de las dos terceras partes de los magistrados integrantes del Pleno. Adicionalmente, para que los criterios emitidos resulten obligatorios para las salas y juzgados del Poder Judicial del Estado, así como para todos los demás tribunales con jurisdicción local no pertenecientes a aquel, se requiere la declaración formal del Pleno del Tribunal, de tal suerte que puedan tener el carácter de jurisprudencia. Respecto de las sanciones, el Tribunal Constitucional podrá separar inmediatamente de su cargo (hasta por un año) a los servidores públicos o a la autoridad responsable en el caso de inejecución de sentencias, o de la ejecución con defectos o excesos o de la aplicación o repetición del acto o la norma general inválida.

En cuanto a las acciones de inconstitucionalidad local, cuentan con legitimación para promoverlas el 33% de los diputados integrantes del Congreso local o ayuntamiento, así como el procurador general de justicia del estado. Por vía de acción no procede la suspensión de la norma impugnada, y para efectos de invalidez de la norma y la formulación de jurisprudencia se sigue la suerte de las controversias constitucionales expuestas en líneas precedentes.

Es de mencionarse que el estado de Nuevo León cuenta también con mecanismos de control constitucional local municipal, derivados de las reformas publicadas el 22 de julio de 2005, que, conforme al artículo 63 fracción XLV de la Constitución estatal y los artículos 169 y 170 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Nuevo León, se integraron al marco protector constitucional las *controversias administrativas municipales* y los *medios de defensa municipales*. Por una parte, las *controversias administrativas municipales* son los medios por los cuales se dirimen 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 por otra, los *medios de defensa municipales* son aquellos por los cuales se sustancian los conflictos contra los actos y resoluciones administrativas que dicten o ejecuten las autoridades municipales, promovidos por los particulares afectados ante el órgano de lo contencioso administrativo o, en su caso, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado.

Emanuel López Sáenz

426. 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 estos 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

427. 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 constitucional, 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

428. 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 esta 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 Pantoja

429. 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 sociales”, los cuales conforman lo que hoy se conoce como el bloque constitucional-convenicional de derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano (Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 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 Mac-Gregor). 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

430. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (REPÚBLICA DOMINICANA)

Evolución del derecho procesal constitucional de la República Dominicana

Control de constitucionalidad. En la República Dominicana originalmente rigió el control difuso de constitucionalidad, en la medida en que el constituyente prohibía a los jueces aplicar normas inconstitucionales (art. 124 de la Constitución de 1844). Este modelo fue sustituido por el control concentrado de constitucionalidad en la reforma constitucional de 1924. En 1927, el constituyente volvió al control difuso y, en 1994 comenzó a regir el control mixto, modelo que se encuentra vigente.

La acción de amparo. Forma parte del derecho dominicano desde 1977, año en que se ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en cuyo artículo 25.1 se establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido para la protección de sus derechos fundamentales.

Esta acción fue regulada, originalmente, por la Suprema Corte de Justicia, mediante la resolución de 24 de febrero de 1999. Actualmente está prevista en el artículo 72 de la Constitución, y en los artículos 65 y siguientes de la Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y sobre los Procedimientos Constitucionales (ley 137-11).

Procesos constitucionales existentes en la República Dominicana

Procesos de control de constitucionalidad: 1) El Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Está integrado por 13 miembros, elegidos por un periodo de nueve años, sin derecho a reelección, a excepción de la primera composición, en la cual cuatro jueces fueron elegidos por seis años, con posibilidad de reelección, cuatro por nueve y cinco por 12 años (arts. 184, 186, 187 y Disposición Transitoria Decimonovena de la Constitución).

Para decidir se requieren nueve votos, de manera que este es el *quorum* para sesionar (art. 186). Se trata, sin lugar a dudas, de uno de los *quorum* más agravados que existen en la actualidad, lo cual entorpece la toma de decisiones en plazos razonables. Este órgano tiene una amplia competencia, ya que conoce de las acciones directas de inconstitucionalidad, del control preventivo

de los tratados internacionales, de los conflictos de competencia, del recurso de revisión constitucional contra sentencias que hayan adquirido la autoridad irrevocable de la cosa juzgada y contra las sentencias dictadas por los jueces de amparo (arts. 185 y 277 de la Constitución y 94 de la ley 137-11). 2) Controles de constitucionalidad. Existen dos modalidades: el concentrado y el difuso. El concentrado puede promoverse *a priori* y *a posteriori*. El primero procede respecto de tratados internacionales a requerimiento del presidente de la República, quien debe realizar el apoderamiento antes de la ratificación del instrumento internacional por parte del Congreso Nacional. Esta modalidad de control evita los graves inconvenientes que genera una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado después de firmado por el Estado parte y ratificado.

El control *a posteriori* procede respecto de leyes, decretos, resoluciones y reglamentos. Las tres últimas normas no pueden cuestionarse por esta vía si tienen un alcance particular, a menos que se trate de un acto dictado en ejecución directa de la Constitución (sentencia TC-0051-12, de 19 de octubre y TC-0041-13, de 15 de marzo). Están legitimados para impulsar este control: el presidente de la República; una tercera parte de los miembros de cualquiera de las cámaras del Congreso, y cualquier parte con interés legítimo y jurídicamente protegido. Nos parece importante destacar que, con ocasión de este proceso, el Tribunal Constitucional puede dictar sentencias interpretativas, por mandato expreso de la ley (art. 47 de la ley 137-11).

El control difuso de constitucionalidad existe en el país desde la fundación de la república, el 6 de noviembre de 1844, en la medida en que el constituyente originario les prohibió a los jueces aplicar leyes inconstitucionales (arts. 35 y 125 de la Constitución). De esta manera, el país fue uno de los primeros en adoptar este modelo: Venezuela lo adoptó en 1811; Guatemala en 1838, y México en 1841. (Acuña, en Eto Cruz, (coord.), t. I, p. 614).

Actualmente está consagrado de manera expresa en el artículo 188 de la Constitución. Según este texto, todos los tribunales deben conocer de la excepción de inconstitucionalidad, a pedimento de parte o de oficio (arts. 51 y 52 ley 137-11).

Procesos de amparo. La Constitución vigente consagra el amparo ordinario y los amparos especiales siguientes: el *habeas corpus* y el *habeas data* (arts. 70-72). En la ley 137-11 se prevén: el amparo para la salvaguarda de los derechos colectivos y difusos (arts. 69 y 112); el amparo de cumplimiento (art. 104), y el amparo electoral (art. 114).

Las acciones de amparo las conocen los tribunales de primera instancia, salvo cuando se trate de violaciones imputables a la Administración pública o cuando se trate de la acción de amparo electoral, cuya competencia corresponde al Tribunal Superior Administrativo y al Tribunal Superior Electoral, respectivamente.

Están legitimado para accionar el agraviado y el defensor del pueblo; sin embargo, cuando se trate de derechos colectivos o difusos cualquier persona —física o moral— puede apoderar al Tribunal (arts. 69 y 112 ley 137-11); salvo cuando se trate de amparo de cumplimiento, caso en el que el objeto no es la protección de un derecho fundamental (art. 104 ley 137-11).

Existe un procedimiento sumario —aplicable a todas las modalidades de amparo—, con la finalidad de que la protección de los derechos fundamenta-

les sea efectiva. No obstante, el legislador previó reglas mínimas de procedimientos para el amparo de cumplimiento y un procedimiento particular para la acción de amparo electoral, previsto en la ley 29-11 y sus reglamentos.

No existen mecanismos eficientes para garantizar la ejecución de la sentencia, ya que la única medida de constreñimiento que puede dictar el juez de amparo es la astreinte. Esto constituye una debilidad del sistema.

El *habeas corpus*, visto como amparo especial, está contemplado para los casos en que una persona sea privada de su libertad o amenazada de serlo, de manera arbitraria o ilegal (art. 71 de la Constitución). Está regulado en el Código Procesal Penal y no en la ley 137-11, junto con los demás procesos constitucionales, decisión legislativa inexplicable y que debe ser corregida.

Recursos de revisión constitucional. En este sistema se consagran dos recursos: el de revisión constitucional de sentencia de amparo (art. 94 ley 137-11) y el de revisión de sentencias que hayan adquirido la autoridad irrevocable de la cosa juzgada (art. 277 de la Constitución y arts. 53-54 de la ley 137-11). Mediante el primero de ellos, la parte perjudicada con la decisión puede requerir la revisión de la misma al Tribunal Constitucional (art. 94 ley 137-11). Constituye una especie de apelación, ya que el Tribunal Constitucional puede celebrar audiencia y conocer de nuevo los hechos, es decir, tiene efectos devolutivos. Sin embargo, el legislador —de manera errónea, entendemos— condiciona su admisibilidad a que se demuestre la especial trascendencia o relevancia constitucional, con lo cual objetiviza el amparo (art. 100 ley 137-11).

El segundo de los recursos permite al Tribunal Constitucional revisar las sentencias dictadas en cualquier materia, a condición, entre otros requisitos, de que se hayan agotado las instancias previstas en el poder judicial. Procede cuando se alegue la violación a un precedente del Tribunal Constitucional o a un derecho fundamental y, además, cuando un juez o tribunal colegiado haya ejercido el control difuso de constitucionalidad.

Este recurso tiene una gran importancia, pues, por una parte, dota a los precedentes constitucionales de fuerza normativa, en la medida en que su violación se sanciona con la nulidad de la sentencia y, por la otra, se constituye en una especie de amparo contra sentencia, porque faculta al Tribunal Constitucional para anular las sentencias que violen derechos fundamentales.

No menos importante es la revisión de las sentencias que acogen una excepción de inconstitucionalidad, ya que constituye un mecanismo que vincula los dos modelos de control de constitucionalidad y, además, permite resolver las dificultades de inseguridad jurídica que genera el control difuso, puesto que da al Tribunal Constitucional la oportunidad de decidir, de manera definitiva y con carácter *erga omnes*, un cuestionamiento de inconstitucionalidad originado en un proceso ordinario.

Conflicto de competencias. Es una institución que permite resolver las dificultades de orden competencial que se presenten entre los poderes del Estado o entre estos y los órganos constitucionales, entidades descentralizadas y autónomas, los municipios u otras personas de derecho público. Se trata de una institución de mucha relevancia para los Estados federados, no así para los unitarios, como es el caso de la República Dominicana (art. 185.3 de la Constitución y 59-62 de la ley 137-11).

Hermógenes Acosta de los Santos

431. 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 estos 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

432. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (SONORA)

El derecho procesal constitucional se conceptualiza como la disciplina encargada del estudio sistemático de la jurisdicción, órganos y garantías constitucionales, entendidos estos últimos como los instrumentos predominantemente de carácter procesal dirigidos a la protección y defensa de los valores, principios y normas de carácter constitucional.

A la voz que aquí tratamos la entenderemos como el estudio de los mecanismos jurídicos de carácter procesal y procedimental por medio de los cuales se garantiza el control, defensa e interpretación de la Constitución local.

A partir de 1831, el estado de Sonora inicia su vida independiente, cuando el estado interno de Occidente —formado por las provincias de Sonora y Sinaloa—, según la ley número 875 expedida por el Congreso General el 14 de octubre de 1830, aprobó su división e integración como entidad federativa. A partir de entonces, Sonora ha sido regida por cuatro constituciones políticas. El primer Congreso Constituyente promulgó la Constitución Política inicial el 7 de diciembre del mismo año. La segunda se expidió el 13 de mayo de 1848, una vez restablecida la federación y reinstalado el Congreso local, al quien se le dio carácter de constituyente. Estas constituciones, con escasas diferencias, adoptaron el contenido de la Constitución federal de 1824.

La tercera Constitución sonorense se expidió el 13 de febrero de 1861 por el congreso constituyente instalado el 15 de agosto de 1857, fue aprobada y publicada el 1 de noviembre de 1872, al haberse instituido el procedimiento de que toda reforma iniciada por una Legislatura sería aprobada por la siguiente. En concordancia con la Constitución federal de 1857, reconoció al hombre libre e independiente, cuyos derechos —imprescriptibles e inalienables— son el fundamento y fin de las instituciones sociales. En su contenido se establece que a los habitantes del estado se les garantizan los derechos contemplados tanto en la Constitución federal como en la local, en esta última comprendidos en los 23 artículos de su título “Declaración de Derechos”.

La cuarta Constitución, expedida por la XXIV Legislatura del Estado (15 de septiembre de 1917 a 15 de septiembre de 1919), convertida en Congreso Constituyente, fue proclamada el 15 de septiembre de 1917. Dicho ordenamiento determina que las garantías individuales son la base y objeto de las instituciones sociales y señala el deber de las autoridades de respetarlas, así como hacerlas respetar en la esfera de sus facultades, y ante su vulneración prevé la procedencia del juicio de amparo para su restitución, mecanismo de control constitucional consolidado en el artículo 103 de la Constitución mexicana de 1917, que dejó clara su procedencia, al determinar que los tribunales federales resolverán las controversias que se susciten “por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales”, conforme a las reglas previstas en el artículo 107 de la misma.

La Constitución sonorense ha reconocido como mecanismos de control constitucional a los conflictos o controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, incorporados por la reforma constitucional de 13 de agosto de 2018 y, el juicio político ya regulado en la Constitución. En la reforma se expone que tales instrumentos o mecanismos de control se constituyen en un sistema de contrapesos entre los distintos poderes y órdenes de gobierno del estado, para mantener así la supremacía constitucional.

La reforma adiciona el artículo 166, que en su fracción I contempla como medio de control las controversias constitucionales, de las que conocerá el Pleno del Supremo Tribunal de Justicia en el estado, en su carácter de Tribunal Constitucional, y que se susciten entre: *a)* los poderes ejecutivo y legislativo estatales, *b)* el ejecutivo y uno o más municipios; *c)* el legislativo y uno o más municipios; *d)* el legislativo y una o más entidades paraestatales o paramunicipales; *e)* un municipio y otro u otros del territorio estatal; *f)* una o más enti-

dades paraestatales y otra u otras paramunicipales; *g*) uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros órganos del Gobierno estatal y/o municipal; *h*) uno o más municipios y una o más entidades paraestatales o paramunicipales. La propia Constitución local prevé que la ley establecerá el procedimiento para resolver los mencionados conflictos. Asimismo, se señala que las resoluciones que se pronuncien tendrán efecto de cosa juzgada para las partes intervinientes. La fracción II contempla las acciones de inconstitucionalidad local que planteen la posible contradicción entre una norma o acuerdo de carácter general y la Constitución, sujetándolas a resolverse a lo establecido por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que podrán promoverse en forma abstracta por: *a*) el gobernador estatal; *b*) el equivalente al 35% de los integrantes del poder legislativo; *c*) 35% de los integrantes de los ayuntamientos; *d*) el organismo público autónomo, por conducto de quien le represente legalmente; *e*) el fiscal general del estado, en materia penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones; *f*) los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado ante la autoridad electoral que corresponda, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el Congreso del estado. Se establece el periodo máximo de 30 días naturales siguientes a la fecha de publicación oficial de la norma, o bien, a partir de la notificación del acto que lo motiva.

El constituyente sonorense señaló en el mismo numeral constitucional que las resoluciones dictadas en estos procesos, si declaran la invalidez con efectos generales cuando fueren aprobadas por la mayoría absoluta de sus miembros, tendrán efecto de cosa juzgada en los términos de ley. En materia electoral, la única vía para plantear la acción de inconstitucionalidad es la prevista en este artículo.

La inclusión de medios de control en la Constitución sonorense los convierte en uno de los ejes fundamentales en su estructura, fortaleciendo su carácter obligatorio y generando un equilibrio entre los derechos fundamentales y las instancias institucionales por ella creadas, garantizando su preeminencia sobre el resto del marco normativo estatal.

Héctor Guillermo Campbell Araujo

433. 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 Chavarín Castillo

434. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (TAMAULIPAS)

En Tamaulipas se sigue, en buena medida, el modelo general de control de constitucionalidad local iniciado en el 2000 en otras entidades federativas, como Veracruz. Se puede identificar una tendencia y preferencia por el control concentrado abstracto de la ley, al prever expresamente que será el Supremo Tribunal de Justicia quien se constituirá en Tribunal Constitucional local, cuando sea necesario. No se prevé ni en la Constitución, ni en la legislación

secundaria ni ordinaria algún mecanismo de control constitucional concreto o incidental de protección de derechos humanos a nivel local, como en otras entidades federativas. En general, se observa una similitud e integración del sistema local —en buena medida la regulación— al nivel federal, en el que existen procesos constitucionales como la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

Empecemos por el marco constitucional general actual: la reforma a la Constitución de Tamaulipas que posibilita la instauración de medios típicos de control abstracto de constitucionalidad se publicó en el *Periódico Oficial del Estado* el 17 de mayo de 2009, entrando en vigor el 1 de enero de 2010. Bajo esta regulación, el Pleno del Tribunal Supremo, constituido en Tribunal Constitucional, conocerá de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, conforme lo establezcan la Constitución y la ley (art. 114); exceptuándose por cuanto disponen los artículos 76, fracción VI, y 105, fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Desde un punto de vista legislativo, ya en un menor nivel, la regulación se encuentra en la ley reglamentaria, esto es, en la Ley de Control Constitucional para el Estado de Tamaulipas (LCCT). Dentro de la primera parte encontramos aspectos como la supletoriedad en la entidad federativa del Código de procedimientos civiles en todo aquello que la regulación constitucional y legal específica no contemple (art. 2 LCCT). Los procesos constitucionales que estudiaremos en el marco del sistema jurídico local no admiten recursos y se tramitan en el Tribunal Constitucional local constituido *ad hoc* en única instancia (art. 5.1 LCCT). También se contempla la suplencia de la queja de la parte demandante (art. 5.2 LCCT). No opera la suspensión de la norma general impugnada.

Respecto al primer proceso constitucional relativo a la controversia constitucional local, este es concebido como un medio de control de la regularidad constitucional que tiene por objeto controlar actos o normas generales, estatales o municipales, que invadan la competencia de los poderes del estado y el municipio, establecido en la Constitución de la entidad federativa (art. 16 LCCT). Se deja en claro que, dada la competencia y objeto de la controversia constitucional local, esta es subsidiaria y no debe entrar en conflicto con la competencia de las controversias constitucionales a nivel federal (art. 16.2 LCCT).

Por cuanto ve a la *legitimación activa*, citaríamos los siguientes: *a)* el poder o municipio que promueva la controversia constitucional; *b)* el de la legitimación pasiva, el poder o municipio que hubiere emitido o promulgado la disposición general o realizado el acto que sea objeto de la controversia; *c)* asimismo, tendrá legitimación de tercero interesado, el poder o municipio que, sin tener el carácter de actor o demandado, pudiera resultar afectado por la sentencia que se dicte (art. 17 LCCT).

El *procedimiento* se inicia con la presentación de la demanda por escrito ante la Oficialía de partes común, no se habla de la posibilidad de presentar vía electrónica la misma; la Oficialía de partes le remitirá la demanda al presidente del Tribunal Supremo, acto seguido, el mismo presidente convocará a los magistrados del Tribunal en Pleno para que se constituyan en Tribunal Constitucional. Después de constituido el Tribunal Constitucional, el presidente designará a un magistrado, que se llamará instructor (art. 35 LCCT),

quien llevará todo el proceso de instrucción. El juez constitucional local (magistrado del Tribunal Supremo) deberá revisar cuestiones de competencia, legitimidad y causales de sobreseimiento, previo a entrar al análisis del fondo del asunto; asimismo, se verifican cuestiones de términos de interposición, que, de acuerdo con la fracción I del artículo 21 de la LCCT, sería de 30 días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que, conforme a la ley que regula el acto impugnado, surta efectos la notificación de la resolución o acuerdo que se reclame. Esta asunción de competencia se vería reflejada a través de una norma general que, a juicio del órgano demandante, sería inconstitucional. En el caso de normas generales, los 30 días se contarían a partir del día siguiente a la fecha de su publicación, o del día siguiente en que se produzca el primer acto de aplicación de la norma que dé lugar a la controversia, en términos de la fracción II del artículo 29 de la LCCT.

El magistrado instructor tendrá que analizar el escrito de demanda, pudiendo dictar las siguientes resoluciones: *a)* auto de desechamiento o de improcedencia, cuando encuentre en la demanda motivos de indudable improcedencia (art. 36, LCCT); *b)* auto de prevención, para que dentro del plazo de cinco días se subsane la irregularidad (párr. 1, art. 37 LCCT). En caso de no hacerlo, se desechará la demanda, y *c)* auto de admisión, que deberá contener, según la ley reglamentaria: I. Orden de emplazar al órgano demandado, para que conteste dentro del plazo de 30 días a partir de haber sido notificado conforme a Derecho. II. Dar vista a los demás legitimados para que dentro del término antes citado manifiesten por escrito lo que a su derecho convenga. En la contestación de la demanda es posible reconvenir, aplicándose para tal efecto el mismo procedimiento anterior. De no contestar la demanda o la contrademanda se presumirán por ciertos los hechos imputados, siempre que se trate de hechos directamente imputados (art. 37.4 LCCT). Se contempla la posibilidad de subsanar, so pena de desechar la promoción inicial (art. 37.1 LCCT), irregularidades mediante prevención que haga el ministro instructor. Se señalará fecha para la audiencia más importante del proceso, en la que se podrán ofrecer, admitir y desahogar pruebas que tengan por objeto crear una convicción en el magistrado instructor sobre la constitucionalidad o no del acto o norma general impugnado. En la audiencia respectiva, las partes pueden perfectamente ofrecer todo tipo de pruebas, salvo la confesional y las contrarias a derecho. En la audiencia, que también es llamada “constitucional”, se ventilarán todas aquellas pruebas con la salvedad de las que requieran preparación, como son la testimonial y pericial, para la cual deberá anexarse interrogatorio por escrito. También es admisible la inspección judicial, que deberá anunciarse con diez días de anticipación a la audiencia. La documental podrá ofrecerse antes de la audiencia, pero deberá manifestarse su existencia dentro del proceso en la precitada audiencia constitucional, según el artículo 40.1 de la LCCT. Si el magistrado lo considera pertinente, podrá designar su propio perito, el cual puede ser recusado por las partes y rendirá su dictamen solo o, en su caso, asociado por los de las partes. Para el desahogo de esta prueba se deberá anexar, con suficiente anticipación, los interrogatorios respectivos a los diversos peritos, según corresponda. En caso de no exhibir los cuestionarios, la prueba podría declararse desierta según el artículo 40.5 de la LCCT, con las consecuencias jurídicas propias de esta falta de desahogo probatorio.

Otro de los fundamentales procesos constitucionales que se encuentran contemplados en el diseño de la justicia constitucional local en Tamaulipas es la *acción de inconstitucionalidad local*. Es contemplada en la fracción II del artículo 113 de la Constitución de la entidad federativa y el título III, artículos 63 a 84, de la LCCT. Su *objeto* es la posibilidad de impugnar, conforme al artículo 65 de la ley referida: *a)* leyes, decretos y puntos de acuerdo aprobados por el Congreso local o la Diputación permanente; *b)* reglamentos, acuerdos, decretos y demás normas administrativas de carácter general expedidas por el ejecutivo y demás entidades públicas con facultad reglamentaria, y *c)* bandos de policía y de gobierno, reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general, expedidas por los ayuntamientos, cuando sean contrarias a la Constitución local.

Quienes pueden interponer una acción de inconstitucionalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la LCCT, son: “I. Los Diputados integrantes del Congreso del estado, cuando esté de acuerdo al menos el 33% de los miembros de la Legislatura; II. El o los síndicos de los ayuntamientos del estado, uno o ambos, en su caso; III. Los regidores de los Ayuntamientos del Estado, cuando tengan la aprobación de cuando menos el equivalente al 33% de los integrantes del Cabildo; IV. El procurador general de justicia del estado, y, V. El presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Tamaulipas, cuando se expida alguna norma que transgreda los derechos humanos”.

Las sentencias que se dicten en estos dos procesos pueden fundarse en preceptos legales y constitucionales citados expresamente o no, así como suplir la deficiencia en los conceptos de invalidez (art. 82.1 LCCT). Además, se presenta la posibilidad de hacer una interpretación integral de la Constitución, pudiendo fundamentar la inconstitucionalidad en preceptos concretos invocados como parámetro de validez o no, fortaleciendo el carácter abstracto y el interés por parte del juez constitucional estatal de lograr la armonía en el sistema jurídico y la supremacía de toda la Constitución estatal (art. 82.2 LCCT). La declaración formal de inconstitucionalidad deberá decretarse por cuando menos las dos terceras partes del Pleno (10 magistrados) del Tribunal Constitucional. Si no se logra este *quorum*, la acción será desestimada (art. 83 LCCT), aspecto que también se presenta en la controversia constitucional. Los efectos de estas sentencias surtirán a partir de la fecha en que sean publicadas en el Periódico Oficial del Estado o de la fecha posterior a la publicación que la propia resolución ordene.

José Miguel Cabrales Lucio

435. 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 plantee 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 este deberá estar formado por lo menos con doce magistrados, y en cuanto a la segunda, que esta 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 ob-

jetivo, 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 estos 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

436. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (URUGUAY)

Es ineludible tomar como punto de partida, en la perspectiva doctrinal, la obra del eminente procesalista uruguayo Eduardo Juan Couture Etcheverry, que desde la primera edición de *Fundamentos del derecho procesal civil* (1942) insinuó la necesidad de estudiar el fundamento constitucional del proceso, lo que concretó en las sucesivas ediciones de dicha obra, en el capítulo que tituló “Tutela constitucional del proceso” (*Obras*, 2016, t. I).

El autor, entre diciembre de 1945 y enero de 1946, publicó “Las garantías constitucionales del proceso civil” en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, que él dirigía, (tt. XLIII y XLIV), ocupándose de la regulación constitucional de algunos institutos procesales.

Finalmente, vieron la luz los “Estudios de derecho procesal civil” (t. I), en los que abordó la “Tutela constitucional de la justicia” e incorporó como sugerente título de la parte tercera “Casos de derecho procesal constitucional (1948, t. II).

Corresponde en este aspecto compartir la conclusión del profundo análisis del maestro Héctor Fix-Zamudio, desarrollada por Eduardo Ferrer MacGregor, en el sentido de que Couture sentó las bases del derecho constitucional procesal.

Acaecido su temprano fallecimiento, en 1956, transcurrió en Uruguay un cuarto de siglo durante el que no se utilizaron habitualmente las expresiones “derecho procesal constitucional” ni “derecho constitucional procesal”. Tampoco fueron analizadas en profundidad, por la doctrina vernácula, las cuestiones conceptuales sugeridas por Couture, hasta que comenzó a replantearse, en 1982, la problemática terminológica como base para la individualización de los respectivos campos de investigación científico jurídica (Esteva).

En Uruguay, es posible comprobar hasta el presente la subsistencia de desacuerdos doctrinales acerca de la conceptualización del derecho procesal constitucional, su naturaleza y contenido (*cf.*, García Belaunde y Espinosa-Saldaña (coords.), 2006).

Ingresando a la normatividad y adoptando a este efecto la postura denominada “amplia” acerca de las categorías que caben dentro del derecho procesal constitucional y del derecho constitucional procesal, es posible verificar que el conjunto normativo sustantivo y procesal relativo a la supremacía constitucional se encuentra en la Constitución de la república y disperso en múltiples leyes ordinarias. No se ha proyectado ni expedido un código procesal constitucional.

En la Constitución uruguaya vigente, sección II, relativa a “Derechos, deberes y garantías”, hallamos reguladas las bases del debido proceso, con especial referencia al penal (arts. 12 a 16, 18 a 23, 26 y 27), del debido procedimiento administrativo (art. 66), con los complementos que pueden derivar de la norma de apertura del artículo 72 y la aplicabilidad inmediata de los preceptos constitucionales ordenada por el 332. El llamado —aunque con cierta impropiedad— Código General del Proceso (ley 15.982 y modificativas) y el nuevo Código del Proceso Penal (ley 19.293 y modificativas) desarrollan, en lo pertinente, las previsiones constitucionales.

En la sección XV de la Constitución, “Del Poder Judicial”, tras ser regulados en los capítulos I a VIII la organización del poder judicial, la competencia de sus órganos y el estatuto jurídico de los jueces, incluye el capítulo IX, que se destina a la inconstitucionalidad de las leyes y los decretos de los gobiernos departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción (arts. 256 a 261).

Dicho capítulo, en efecto, preceptúa cuál es el órgano competente para ejercer el control de regularidad constitucional (exclusivamente la Suprema Corte de Justicia): las vías (de acción, de excepción y de oficio) para la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos formales; la legitimación requerida (todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo o el juez o tribunal que está conociendo del asunto) y los efectos de la declaración (que se ciñen al caso concreto). El Código General del Proceso destina el título IX del libro II, al “Proceso de inconstitucionalidad de la ley” (arts. 508 a 523).

Por su parte, la sección XVII de la Constitución, “De lo Contencioso Administrativo”, regula las bases de los procesos contencioso-administrativos: de anulación (arts. 309 a 311), de reparación patrimonial (art. 312) interorgánico e intraorgánico (art. 313). El decreto-ley orgánico 15.524 y leyes modificativas desarrollan las previsiones constitucionales.

La acción de *habeas corpus* (Constitución, art. 17), fue desarrollada por el Código del Proceso Penal (arts. 351-357).

La acción de amparo, cuyo fundamento se encuentra en los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución, fue reglamentada por la Ley 16.011 y modificativas.

Las acciones de *habeas data* y de acceso a la información pública, que también tienen su fundamento en el artículo 72 de la Constitución, han sido objeto de cambiantes disposiciones reglamentarias (Ley 18.331 y modificativas).

En lo que atañe a la inclusión en el proceso enseñanza-aprendizaje del Derecho, solo recientemente se han definido, en Uruguay, algunas asignaturas en cuya denominación se incluye la expresión *procesos constitucionales*. Es el caso,

a nivel de estudios de grado, de la Facultad de Derecho de la Universidad Centro Latino Americano de Economía Humana y de la Carrera de Especialización en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Es posible advertir que, no obstante la homonimia, los enfoques distan de ser coincidentes en cuanto a su pertenencia al derecho constitucional, al derecho procesal o a una disciplina mixta.

Con la excepción recordada, en las otras facultades de Derecho y a nivel de grado, la temática enunciada es abordada, ora en derecho constitucional, ora en derecho procesal.

Eduardo G. Esteva Gallicchio

437. 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 reflorece 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 Venezolana, Caracas, 1941, y *Estudio sobre control constitucional*, Editorial Venezolana, 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, 2012, 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 enfoque 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 Sagués*, 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

438. 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 20 estados de la república que cuentan 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, p. 198) que comprende los distintos instrumentos encaminados a proteger, en 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 someta 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 y Casarín León, 2010, pp. 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, esta tendrá efectos generales cuando hubiere 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 que 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 atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a las 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 instancia única de las impugnaciones planteadas contra las resoluciones de los fiscales 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 del desistimiento de la acción que formule el ministerio público, con excepción de lo previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales; 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 por 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 substanciar y elaborar el proyecto de sentencia definitiva que será resuelto por el Pleno. En la actualidad existen 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 defensa integral de los textos fundamentales estatales y, por el otro, la delimitación y debida articulación de aquellos con los instrumentos de control constitucional federales, como es el caso del juicio de amparo.

Manlio Fabio Casarín León

439. 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 este 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 este 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 este 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 este.

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

440. 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, *habeas corpus*, *habeas 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 fundamentales 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 sumariedad 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 simplificadamente 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 esta 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 corres-

pondiente 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 des-

conocerse 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 dichos 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

441. 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 delinear 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 insis-

tir 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 aquel 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 judiciales); 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

442. 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

443. DERECHO PROCESAL PENAL

La facultad sancionadora estatal se fundamenta en la exigibilidad del derecho, mediante la creación de mecanismos para la defensa de los derechos de los integrantes de una comunidad. Es en este apartado donde se ubica al proceso penal, como un reflejo de la limitación al ejercicio del *ius puniendi*, basado en un sistema de responsabilidades para las personas que infrinjan las disposiciones sustantivas en materia penal.

En un Estado democrático de derecho, la conceptualización del delito es un asunto público; por ello, la acreditación de la conducta transgresora del ordenamiento penal se tendrá que verificar a través de un proceso penal en función a la prohibición estatal de la autotutela para resolver conflictos.

El ejercicio indebido del poder público genera la necesidad de contar con un sistema de control como instrumento para ejercer la facultad sancionadora estatal, para lo cual se debe establecer un conjunto de normas que regulen los procedimientos bajo los cuales se instaurará el proceso penal, mismo que deberá desarrollarse bajo la observancia de directrices o criterios de optimización aplicables al derecho penal. En razón a ello se erige un conjunto de normas adjetivas encaminadas a la sustanciación del proceso penal, con miras a

la imposición de penas, sanciones y medidas de seguridad ante conductas que violentan el orden jurídico imperante, con la finalidad de esclarecer los hechos del contradictorio y llegar a la verdad material y formal de los mismos, como sustento de un Estado democrático de derecho.

El 18 de junio de 2008 se publicó la reforma constitucional penal, en virtud de la cual se incorpora en nuestro país el sistema acusatorio y oral. Entre otros tópicos, se busca el respeto a los derechos de la víctima, ofendido y del imputado, con sustento en la presunción de inocencia, como base del sistema, el cual será regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con la característica de la oralidad.

Se busca fomentar la transparencia y una relación entre el juez y las partes. Que la actuación del ministerio público, como parte acusadora, esté apegada a derecho. El establecimiento de mecanismos alternativos de solución de controversias; la suspensión provisional del proceso y su forma anticipada a través de juicios abreviados. Fundamentalmente, un sistema integral de garantías con sustento en principios generales que deben regir el proceso penal.

Se debe partir, luego, de la base de que nos encontramos ante la metamorfosis del sistema penal estructurado en la salvaguarda, por parte del Estado, de los derechos del imputado y del ofendido, por ende, es preciso fortalecer a las instituciones del ministerio público, defensa (pública y privada) y jueces (de primera y segunda instancia, así como del juicio de amparo), a fin de contribuir al cambio cultural en aras de la justicia y de la libertad. Esto es, la dialéctica de la verdad y la sujeción a la ley.

Aunado a lo anterior, el artículo 20 constitucional reformado establece principios generales tales como: que el objeto del proceso penal será el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. Las audiencias se desarrollarán en presencia del juez, quien valorará la prueba de manera libre y lógica. Solo se considera prueba la que haya sido desahogada en la audiencia de juicio, excepto la prueba anticipada. El juez no debe conocer del caso previamente. Los argumentos se presentarán, al igual que los elementos probatorios, de manera pública, contradictoria y oral. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, en apego al principio de que toda prueba que vulnere derechos humanos es ilícita, sin valor legal alguno.

En lo referente a las partes, estas tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, en respeto, en todo momento, al principio de contradicción. El juez solo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado.

Respecto de los imputados, con claridad se plasma, entre otros principios, que debe presumirse su inocencia, su derecho a declarar o guardar silencio; sustancialmente, el 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 uno de oficio.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, cuyas disposiciones son de orden público y de observancia general, con los objetos y principios precisados en el orden procedimental, se constituye de tres etapas: la de investiga-

ción (inicial y complementaria); la intermedia o de preparación del juicio, y la de juicio. Se destaca la audiencia inicial, en la que se informa al imputado de sus derechos constitucionales; se realiza el control de legalidad de la detención; en su caso, se formula la imputación; se da la oportunidad de declarar al imputado; se resuelve sobre la solicitud de vinculación a proceso y medidas cautelares, y se define el plazo para el cese de la investigación. La etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos, que serán materia del juicio. Consta de dos fases: una escrita y otra oral. En la primera se presenta el escrito de acusación que formula el ministerio público, se descubre la prueba, se constituye la víctima u ofendido como coadyuvantes del proceso, en su caso, el acusado o su defensor podrán formular por escrito consideraciones o aclaraciones en relación con el escrito de acusación. La audiencia será oral, en la que podrá haber acuerdos probatorios y exclusión de medios de prueba para la audiencia del debate. Finalmente, en la audiencia se dicta auto de apertura a juicio oral. La etapa de este último se desarrolla en audiencia, en la que concurren las partes y el ministerio público, se realizan los alegatos de apertura y se reciben las pruebas. Podrá existir reclasificación jurídica de los hechos y una vez desahogada la prueba, se exponen los alegatos de clausura y se cierra el debate. Inmediatamente después, el tribunal de enjuiciamiento procede a su deliberación y emite el fallo, con los requisitos de su sentencia condenatoria o absolutoria —en el primer supuesto se celebra audiencia de individualización de la pena—.

Como una aportación destacada, el tribunal de enjuiciamiento valorará la prueba de manera libre y lógica, y asignará libremente el valor correspondiente a cada una de las pruebas, justificando adecuadamente el otorgado a cada una, lo que habrá de explicar en su apreciación conjunta, integral y armónica de los medios de convicción. Con ello se da sustento al proceso penal justo de un Estado democrático de derecho.

Miguel Ángel Aguilar López

444. 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, atendiendo 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

445. **DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

Los derechos colectivos son entendidos como aquellos que pertenecen a un grupo o colectividad, como un todo, y no a sus miembros individualmente considerados. Los pueblos indígenas son titulares de derechos colectivos como un sujeto jurídicamente distinto a sus miembros, lo cual ha sido reconocido en el ámbito internacional y, en particular, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En efecto, desde los primeros casos resueltos sobre pueblos indígenas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) admitió que estos colectivos son sujetos de derecho, distintos a sus miembros.

En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), durante sus primeros años se refirió a “los miembros de las comunidades” afectadas, ya que entendía que la violación repercutía en las personas individualmente consideradas (véase, *inter alia*, Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*; caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*; caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, y caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*). En 2012 se produjo un avance jurisprudencial significativo con la sentencia del caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (sentencia de 27 de junio de 2012, núm. 245, párr. 231), en la cual la Corte reconoció que la víctima era propiamente el pueblo como colectivo y no solo los miembros individualmente considerados.

Con posterioridad, en su opinión consultiva (OC) 22/16 sobre titularidad de derechos de las personas jurídicas, la Corte reiteró este criterio al considerar que “las comunidades indígenas y tribales son titulares de algunos derechos protegidos en la Convención” (párr. 84), teniendo en cuenta que, por ejemplo, el derecho a la propiedad o al territorio solo puede ser ejercido por medio de la colectividad. Como se puede observar, en este pronunciamiento se deja de lado la expresión “pueblo” y se usa el de “comunidad”. Es importante hacer notar que las comunidades indígenas pueden estar compuestas por personas y familias que pertenecen a más de un grupo étnico, aunque se identifiquen como una sola comunidad (párr. 38), y se relacionan con el asentamiento físico y concreto en un espacio determinado. En tanto responden a cuestiones muy diferentes, estos términos no deberían ser usados indistintamente.

Los derechos de los pueblos indígenas se encuentran reconocidos principalmente en tres instrumentos internacionales. El primero es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Sus disposiciones se refieren a derechos en torno a los siguientes ámbitos: tierras (parte II); contratación y condiciones de empleo (parte III); formación profesional, artesanía e industrias rurales (parte IV); seguridad social y salud (parte V), y educación y medios de comunicación (parte VI).

Un segundo instrumento clave es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007. Desarrolla derechos consagrados en diversos instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos, y los traslada al contexto de la realidad de los pueblos indígenas. La Declaración reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos (arts. 3 a 5 y 33), a la consulta y consentimiento (arts. 17.2, 19, 36 y 38), a conservar sus instituciones y costumbres (arts. 5, 20 y 33 A), a las tierras y el territorio (arts.

25 a 32), a los recursos naturales (arts. 26 a 29), a la educación y salud intercultural (arts. 14, 15 y 24), entre otros.

Un tercer instrumento fundamental es la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 15 de junio de 2016. Reafirma el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas (arts. III y XXI) y contiene un amplio abanico de derechos humanos en ámbitos relativos a su identidad e integridad cultural (arts. X y XIII), derechos organizativos y políticos, derechos sociales y económicos, y de propiedad. Destacan en particular aquellos que representan un avance con relación a la Declaración de la ONU sobre Pueblos indígenas de 2007, como la disposición específica sobre igualdad de género (art. VII), la relativa al reconocimiento pleno de la personalidad jurídica (art. IX), la protección de distintas concepciones de familia indígena (art. XVII), entre otros. El siguiente cuadro muestra los principales derechos colectivos que reconoce la OIT, la ONU y la OEA en los instrumentos referidos, especificando el artículo que los contempla.

<i>Derecho</i>	<i>Convenio 169 OIT</i>	<i>Declaración ONU</i>	<i>Declaración OEA</i>
Igualdad y no discriminación	3	2	VII, VIII y XII
Derecho a la identidad cultural	5	9, 11, 12 y 13	X y XIII
Derecho a la libre autodeterminación o autonomía	7	3, 4, 5 y 33	III y XXI
Derecho a la personalidad jurídica			IX
Protección contra el genocidio			XI
Derecho a la participación	2, 6.1.b y c, 7, 15, 22 y 23	18, 23 y 36	XXIII
Derecho a la consulta y consentimiento	6.1.a, 6.2 y 15.2	17.2, 19, 36 y 38	XX, XXIII, XXIX y XX- VIII
Derecho a decidir/elegir sus prioridades de desarrollo	7	23	XXIX
Derecho a conservar sus costumbres e instituciones	4, 5, 6 y 8	5, 8, 11, 12, 20, 24 y 33	XVI
Derecho a la familia indígena			XVII
Derecho a la justicia intercultural	9 y 10	34 y 35	XXII
Derecho de acceso a la justicia	12		XXX. 4.c

<i>Derecho</i>	<i>Convenio 169 OIT</i>	<i>Declaración ONU</i>	<i>Declaración OEA</i>
Derecho a la tierra y al territorio	13, 14, 16, 17 y 18	10 y 25 a 32	XXV
Derecho a los recursos naturales	15	26, 27, 28 y 29	XXV y XIX
Derecho a la protección del medio ambiente sano			XIX
Derecho a la salud intercultural	24 y 25	24	XVIII
Derecho a la educación intercultural y a la lengua/ idioma	26 y 27	13, 14, 15, 16 y 21	XIV y XV
Derecho a la protección del patrimonio cultural y de la propiedad intelectual			XXVIII

En cuanto al ámbito interno, desde fines del siglo XX, diversos Estados incorporaron en sus ordenamientos el reconocimiento a la diversidad cultural y a derechos colectivos de pueblos indígenas. Entre las décadas de 1980 y 1990 se dieron nuevas constituciones en América Latina que superaron el modelo integracionista y comenzaron a reconocer a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derecho. Los textos constitucionales de la región han incorporado disposiciones relacionadas con el reconocimiento jurídico de los pueblos indígenas; la diversidad cultural; la libre determinación; la participación política; las tierras, territorios y recursos naturales; las lenguas indígenas; la educación intercultural bilingüe, y el derecho consuetudinario indígena.

Algunas constituciones, como las de Argentina (art. 75), Bolivia (art. 171), México (art. 2), Nicaragua (art. 5), Paraguay (art. 62) y Venezuela (art. 119) han reconocido explícitamente a los pueblos indígenas como sujetos de derecho. Vinculado con la diversidad cultural, Bolivia (art. 1) y Ecuador (art. 1) se definen como Estados plurinacionales a nivel constitucional, y Nicaragua como un país culturalmente plural y multiétnico (arts. 5 y 8), por ejemplo. De manera general, la libre determinación ha sido incluida en los textos constitucionales de Colombia (art. 9), Ecuador (art. 4), Nicaragua (art. 5) y Paraguay (art. 143), y explícitamente en la Constitución de México (art. 89); mientras que la participación política se encuentra prevista en las constituciones de Bolivia (art. 30), Colombia (art. 171), Ecuador (art. 84) y Venezuela (art. 125).

Respecto a los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, a modo de ejemplo, la Constitución colombiana reconoce el derecho a la propiedad colectiva (art. 329), y las constituciones de Bolivia (arts. 11.II.1, 290, 293 a 295, 352 y 403) y de Ecuador (art. 398) reconocen expresamente el derecho a la consulta previa, libre e informada.

Asimismo, la mayoría de las constituciones de los Estados de la región incluyen disposiciones específicas sobre las lenguas indígenas (Bolivia, Brasil,

Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela). En el caso de la educación intercultural bilingüe, se evidencia un uso variado de la terminología y del contenido de este derecho, aunque Bolivia, Ecuador y México brindan un reconocimiento constitucional más garantista.

Finalmente, respecto al derecho consuetudinario indígena, existe un primer grupo de Estados que reconoce la existencia de tradiciones y costumbres indígenas (Bolivia, Brasil, Colombia, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay y Venezuela) y un segundo grupo que, además, reconoce sus formas de autogobierno y sus mecanismos de resolución de controversias (Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela).

Cristina Blanco Vizarreta

446. DERECHOS DE CUARTA GENERACIÓN

Varios especialistas sugieren que nos encontramos en el comienzo de una cuarta generación de derechos; sin embargo, no se trata de una tesis compartida por todos los autores, pues muchos de ellos optan por no considerar cerrada la tercera generación de derechos e incluir en ella lo que otros entienden como “derechos de cuarta generación”.

La necesidad de hablar de una nueva generación de derechos fue provocada por la presencia de fenómenos que dieron lugar a un gran cambio cualitativo, como es el caso del vertiginoso desarrollo de la biotecnología y el Internet, o de temas complejos como la clonación y la experimentación con células madre con objetivos terapéuticos y reproductivos. Podría decirse que las tres generaciones de derechos anteriores están tomando nuevas formas en el contexto globalizado del siglo XXI, al mismo tiempo que se suman nuevas demandas acordes a nuestro tiempo.

En años recientes emergieron esas demandas en sectores sociales alrededor del mundo por el derecho al desarrollo, a la paz, al progreso, a la identidad, a un ambiente sano, a la libertad informática, a la autodeterminación. Son derechos contemplados en la tercera generación, también conocida como derechos de solidaridad, pero que se enfatizan a propósito de nuevas necesidades de la sociedad. Son producto de innovadoras reivindicaciones sociales, transformaciones tecnológicas y avances científicos sin precedentes con enorme impacto en la vida humana.

Así, en esta generación se comprenden derechos inéditos, al mismo tiempo que se abordan derechos ya tratados o regulados, pero redefinidos por las modernas características de la tecnología, la sociedad y la globalización. Aunque todavía no estamos en un punto en el que estos derechos se puedan definir con precisión, sí existe gran claridad sobre las demandas que los originan. Al respecto, se ha hecho una interesante clasificación de esta generación de derechos, dividiéndolos en tres subgrupos, que enumero con algunos elementos: 1) *derechos relacionados con la protección del ecosistema*, que garantizan la vida humana en el futuro y al patrimonio de la humanidad, como los derechos culturales y la autonomía de los pueblos indígenas. Algunos casos se refieren a derechos enfocados en las generaciones futuras. Como podemos ver, se toman en cuenta derechos ya contemplados en la generación anterior, como el derecho al medioambiente sano; 2) *derechos relacionados con un nuevo estatuto jurídico para la vida humana* como consecuencia de los desarrollos de las tecnologías

biomédicas. Desde luego que el derecho a la vida es central, pero, como mencionamos, se trata de un derecho que, dados los avances de la ciencia, requiere ser reconstruido, y 3) *derechos derivados de las modernas tecnologías de la información y comunicación*, que se vinculan con las innovadoras tendencias del ciberespacio, la correspondiente regulación jurídica y la redefinición de la libertad de pensamiento y expresión en este contexto.

Eréndira Nohemí Ramos Vázquez

447. DERECHOS DE LA NIÑEZ

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 sub-

jetivos 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 este, 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

448. DERECHOS DE LA NIÑEZ (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

En el ámbito europeo, los derechos de la niñez son garantizados tanto en el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos —nacido de la actividad normativa del Consejo de Europa— como de la Unión Europea.

En el seno del Consejo de Europa, es de destacar, en primer lugar, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), instrumento clave de la protección de los derechos humanos en el ámbito de esta organización, no hace referencia específica a los niños más que en dos de sus preceptos: el artículo 5 señala que los niños pueden ser privados de su libertad con fines educativos, y el artículo 6 contempla la posibilidad de excluir la publicidad de un proceso judicial para proteger sus derechos. Los protocolos adicionales al

CEDH no añaden ninguna otra referencia específica a la infancia; sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha subrayado que los niños son titulares del conjunto de derechos reconocidos por el CEDH y sus protocolos adicionales, señalando además que los Estados parte de estos instrumentos pueden reconocer obligaciones específicas en relación con los niños, precisamente en razón de su especial situación de vulnerabilidad (TEDH, caso *Okkali vs. Turquía*, sentencia de 12 de febrero de 2007, núm. 52067/99, y *Zy otros vs. Reino Unido*, sentencia de 10 mayo de 2001, núm. 29392/95).

La Carta Social Europea, en su versión revisada (1996), es el otro instrumento clave para la protección de los derechos humanos adoptado en el seno del Consejo de Europa. Este texto sí hace referencia expresa a los niños en varios preceptos. Su artículo 7 reconoce el derecho de niños y adolescentes a la protección contra los peligros físicos y morales a los que están expuestos, concretando este derecho en una serie de medidas de protección del trabajo infantil y juvenil que deberán adoptar los Estados parte, entre ellas, la prohibición del empleo de menores de 15 años con carácter general o la prohibición del trabajo nocturno, o en trabajos peligrosos o insalubres de los menores de 18. Igualmente, el artículo 9 reconoce el derecho de los jóvenes y los niños a la orientación profesional, imponiendo a los Estados parte la obligación de promover la creación de un servicio gratuito de orientación profesional; y el artículo 17 impone a los Estados la obligación de asegurar que los niños y adolescentes perciben los cuidados, asistencia, educación y formación que necesitan a través de la creación de instituciones adecuadas para lograr ese fin; la obligación de proteger a los niños de la negligencia, la violencia y la explotación y, finalmente, la obligación de asegurar la protección social de aquellos niños o adolescentes temporal o definitivamente privados de su apoyo familiar.

En el ámbito del Consejo de Europa, se han adoptado otros tratados que atienden necesidades específicas de los niños. En la mayoría de los casos, estos tratados inciden en cuestiones relacionadas con el derecho de familia (véase el Convenio Europeo en Materia de Adopción de Niños, de 1967, en su versión revisada de 2011), el Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico de los Niños Nacidos fuera del Matrimonio (1975), el Convenio Europeo Relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores (1980), o el Convenio Europeo sobre las Relaciones Personales que Concierne a los Niños (2003). No obstante, el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño (1996) prevé una serie de medidas procedimentales dirigidas a lograr que los niños puedan ejercitar sus derechos, y varios tratados adoptados en el seno del Consejo de Europa centran su atención en la protección de los niños frente a distintos tipos de violencia. En sentido, destacan el Convenio Europeo sobre la Protección de los Niños contra la Explotación y los Abusos Sexuales (2007), y el Convenio sobre la Ciberdelincuencia (2001), el Convenio sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (2005), y el Convenio sobre la Prevención y la Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (2011), que tienen en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de los niños en relación con estos delitos.

Finalmente, procede hacer referencia a las normas sobre la materia adoptadas en el ámbito de la Unión Europea. En este sentido, hay que destacar,

en primer lugar, la contribución realizada por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, texto que tiene el mismo valor jurídico que los tratados constitutivos de la Unión Europea. Este texto hace referencia específica a los niños en sus artículos 24 y 32. El artículo 24 recoge el derecho de los niños a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, reconociendo su derecho a expresarse libremente y a que su opinión sea tomada en cuenta en los asuntos que les afecten, asuntos, en los que la intervención de autoridades públicas e instituciones privadas habrá de guiarse siempre por el interés superior del menor. En último lugar, el artículo 24.3 de la Carta reconoce el derecho de los niños a mantener relaciones personales y periódicas con sus padres, salvo que estas sean contrarias a sus intereses (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto *Parlamento Europeo vs. Consejo de la Unión Europea*, de 27 de junio de 2006, C540/03).

Por su parte, el artículo 32 de la Carta prohíbe tajantemente el trabajo infantil, señalando que la edad mínima de acceso al empleo no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria. El mismo precepto señala que los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo que estén adaptadas a su edad y deberán estar protegidos frente a cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, salud, desarrollo físico, psíquico, moral o social o que pueda poner en peligro su educación.

Además de estos preceptos, y teniendo en cuenta las competencias que atribuyen a la Unión Europea los artículos 81 y siguientes y 151 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se han adoptado, en el ámbito de la Unión, diversas normas que fomentan la cooperación judicial en materia civil entre los Estados miembros y que afectan, en esta lógica, a los derechos de los niños menores de edad (p. ej., Reglamento [CE] 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos), que protegen a los jóvenes en el trabajo (p. ej., Directiva 94/33/CE, del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo) y que garantizan la protección de los niños frente a determinados comportamientos delictivos o los derechos de los niños infractores (p. ej., Directiva [UE] 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales; Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil).

María Díaz Crego

449. DERECHOS DE LA NIÑEZ (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 Paquiyaury *vs.* Perú (2004), “Instituto de Reeducción del Menor” *vs.* Paraguay (2004), Niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana (2005), Masacre de Mampiripán *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 Sawhoyamaxa *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

450. 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 de 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 *habeas 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 este 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, auna-

do 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

451. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El derecho de las personas con discapacidad no está previsto expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que ha sido desarrollado a lo largo de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otra parte, es importante destacar que en 1999 se aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que define la discapacidad en su artículo 1.1 como “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.”

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre discapacidad puede ser dividida en dos grupos. El primero se refiere a personas con discapacidad privadas de la libertad, tanto en instituciones psiquiátricas (caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006, núm. 149) como en cárceles (caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, sentencia de 29 de febrero de 2016, núm. 312), y el segundo grupo son los niños con discapacidad y mujeres infértiles y niños con virus de inmunodeficiencia humana (VIH), todos en contextos sociales y jurídicos que les impedían el ejercicio de sus derechos humanos. A continuación veremos los principales aspectos de los derechos de las personas con discapacidad y la evolución de su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

La primera sentencia de la Corte sobre el tema que abordamos fue *Ximenes Lopes vs. Brasil*: en esa oportunidad, el Tribunal afirmó el vínculo directo y significativo existente entre la discapacidad y la pobreza y la exclusión y, en ese sentido, señaló que “los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales, como era el caso del señor Damião Ximenes Lopes” (párr. 104). Entre las medidas positivas a cargo de los Estados, la Corte señaló aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición.

Por otra parte, al afirmar que las personas con discapacidad son frecuentemente objeto de discriminación a raíz de su condición, la Corte estableció

que los Estados deben adoptar todas las medidas para eliminar ese tipo de discriminación e integrarlas plenamente en la sociedad (párr. 105). En la aludida sentencia, también destacó que las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas son más vulnerables a la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (párr. 106). En conclusión, la Corte declaró que el tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales “debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y su autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de vida” (párr. 109).

En *Chinchilla Sandoval*, la Corte profundizó su interpretación de las obligaciones estatales en relación con personas con discapacidad privadas de la libertad. Así, tomando como referencia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reiteró que el Estado debe asegurar igualdad de condiciones con las demás personas (párr. 209). En cuanto a la salud, deben adoptar “las medidas pertinentes para asegurar el acceso [...] a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud” y adoptar medidas efectivas y pertinentes de habilitación y rehabilitación para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida (párr. 210).

En razón de las circunstancias particulares de la señora Chinchilla Sandoval y del centro donde cumplía su condena, la Corte estableció que el derecho a la accesibilidad desde la perspectiva de la discapacidad comprende el deber de ajustar un entorno en el que un sujeto con cualquier limitación pueda funcionar y gozar de la mayor independencia posible, a efecto de que participe plenamente en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con las demás. En el caso de personas con dificultades de movilidad física, el contenido del derecho a la libertad de desplazamiento implica el deber de los Estados de identificar los obstáculos y las barreras de acceso y, en consecuencia, proceder a eliminarlos o adecuarlos, asegurando con ello la accesibilidad de las personas con discapacidad a las instalaciones o servicios para que gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible (párr. 214). No hacerlo violaría el principio de no discriminación. Asimismo, la Corte consideró que la autoridad debió facilitar que la señora Chinchilla Sandoval pudiera acceder, conforme al principio de equivalencia, a medios a los cuales razonablemente hubiera podido acceder para lograr su rehabilitación si no se hubiera encontrado bajo custodia estatal, así como para prevenir la adquisición de nuevas discapacidades (párr. 216).

En 2012, *Furlan y familiares vs. Argentina* (sentencia de 31 de agosto de 2012, núm. 246), la Corte se refirió al importante modelo social para abordar la discapacidad, según el cual, “la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas” (párr. 133). En ese sentido, al referirse a las personas con discapacidad como titulares de protección especial

(en razón de su situación de vulnerabilidad), enfatizó la obligación positiva de los Estados de garantizar igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, lo que implica promover prácticas de inclusión social y adoptar medidas de diferenciación positiva para remover barreras.

Tratándose de niños con discapacidad, la Corte interpretó la obligación estatal a la luz de la Convención de los Derechos del Niño y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (y los pronunciamientos de sus respectivos comités), de modo que las medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social tengan en cuenta aspectos tales como la falta de acceso y ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de salud (párr. 138). Cabe destacar en esa sentencia la aproximación de la Corte sobre otro obstáculo fundamental enfrentado por las personas con discapacidad: el acceso a la justicia. Al respecto, la sentencia afirmó que las personas con discapacidad “deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas” (párr. 268). Por tanto, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

Por su parte, en *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (sentencia de 28 de noviembre de 2012, núm. 257), la Corte consideró que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional de prohibir los tratamientos de fertilización *in vitro*, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva.

Finalmente, en *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (sentencia de 1 de septiembre de 2015, núm. 298), la Corte reafirmó su comprensión del modelo social de discapacidad mencionado en el caso *Furlan (supra)* y aclaró que la situación de la víctima de “convivir con el VIH no es *per se* una situación de discapacidad. Sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrente una persona por convivir con el VIH generan que las circunstancias de su entorno le coloquen en una situación de discapacidad”, lo que efectivamente ocurrió en el caso concreto (párr. 238).

Carlos Gaio

452. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

En el ámbito europeo, los derechos de los extranjeros reciben protección tanto en el marco del Consejo de Europa como de la Unión Europea, una de cuyas principales políticas se dirige al control de las fronteras de la Unión, el asilo y la inmigración (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, título V, parte III).

En el marco del Sistema Europeo de Derechos Humanos, tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como la Carta Social Europea, los dos principales tratados de derechos humanos adoptados en el seno del Consejo de Europa, reconocen derechos de los extranjeros. El CEDH es parco en lo que al reconocimiento expreso de los derechos de los extranjeros se refiere (art. 5.1.f, 14 y 16 CEDH; art. 2 Protocolo núm. 4; arts. 3 y 4 Protocolo núm. 4; art. 1 Protocolo núm. 7; art. 1 Protocolo núm. 12), pero la nutrida jurisprudencia de su máximo órgano de control, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha colmado esa laguna.

El TEDH ha partido del reconocimiento de la titularidad del conjunto de derechos previstos en el CEDH por los no nacionales (caso *Boultif vs. Suiza*, sentencia de 2 de agosto de 2001, núm. 54273/00), que deben disfrutar de esos derechos sin ser discriminados por razón de su nacionalidad (caso *Koua Poirrez vs. Francia*, sentencia de 30 de septiembre de 2003, núm. 40892/98), y de la imposición de claros límites, materiales y formales, a la facultad que tienen los Estados parte del Convenio de controlar los flujos migratorios, imponiendo restricciones a la entrada y permanencia de no nacionales en sus territorios (caso *Hirsi Jamma y otros vs. Italia*, sentencia de 23 de febrero de 2012 [Gran Sala], núm. 27765/09).

En ese sentido, el TEDH ha identificado los siguientes límites materiales a la facultad que tienen los Estados miembros de controlar sus flujos migratorios: *a)* Derecho de los no nacionales a abandonar cualquier país, independientemente de su condición de residente regular en el mismo, así como el derecho a circular (y residir) libremente en el territorio del país en el que se resida legalmente (art. 2 Protocolo núm. 4; TEDH, caso *Demir vs. Francia*, de 4 de abril de 2006, núm. 3041/02); *b)* derecho de los no nacionales a no ser extraditados o expulsados hacia terceros países en los que puedan ser privados de los derechos que les reconoce el Convenio (principio de *non refoulement*, arts. 2, 3 y 6 CEDH; TEDH, caso *M.S.S vs. Bélgica y Grecia*, sentencia de 21 enero 2011 [Gran Sala], núm. 30696/09); *c)* derecho a unas mínimas condiciones materiales en los centros de internamientos de extranjeros, más rigurosas para aquellos casos en que los no nacionales sean niños o familias con niños (art. 3 CEDH; TEDH, caso *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*, sentencia de 12 de octubre de 2006, núm. 13178/03); *d)* derecho a no ser privado de la libertad por motivos migratorios, excepto en aquellos casos en que se entre ilegalmente en el país o se esté incurrido en un procedimiento de extradición o expulsión, y siempre que la privación de libertad esté prevista legalmente, se siga el procedimiento legalmente previsto y no sea arbitraria (art. 5.1.f CEDH; TEDH, caso *Saadi vs. Reino Unido*, sentencia de 29 de enero de 2008 [Gran Sala], núm. 13229/03); *e)* derecho a que toda decisión de expulsión o alejamiento de un no nacional del territorio de un Estado respete su vida privada y familiar (art. 8 CEDH; TEDH, caso *Üner vs. Países Bajos*, sentencia de 18 de octubre de 2006, núm. 46410/99), y *f)* derecho de los no nacionales a no ser discriminados por razón de su nacionalidad (TEDH, caso *Andrejeva vs. Letonia*, sentencia de 18 de febrero de 2009 [Gran Sala], núm. 55707/00) o del tipo de residencia (TEDH, caso *Anakomba Yula vs. Bélgica*, sentencia de 10 de junio de 2009, núm. 45413/07).

Más allá de esos límites materiales, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH identifican también importantes límites formales a la capacidad que

tienen los Estados europeos de controlar sus flujos migratorios, al prohibir las expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4 Protocolo núm. 4), y exigir que la expulsión de todo extranjero se lleve a cabo solo en los supuestos y con las garantías previstas en la ley, y respetando una serie de exigencias procedimentales contempladas en el artículo 7 del Protocolo núm. 7. En materia de asilo, el TEDH también ha impuesto una serie de requerimientos procedimentales a los Estados parte (art. 13 CEDH; TEDH, caso *Gebremedhin vs. Francia*, sentencia de 16 de abril de 2007, núm. 25389/05).

La Carta Social Europea revisada, complemento del TEDH en materia de derechos sociales, dedica sus artículos 17 y 18 a los derechos de los trabajadores migrantes, recociendo el derecho de los nacionales de los países miembros a desplazarse al territorio de otros Estados parte para trabajar, así como el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y la asistencia de las naciones signatarias. Sin embargo, el impacto de las disposiciones de la Carta y la labor de su organismo de control en materia de extranjería ha sido quizá menos evidente que la del CEDH y el TEDH, dada la limitada definición del ámbito de aplicación personal de las disposiciones de la Carta (véase Apéndice a la Carta). Aunque el texto de la Carta Social parece excluir formalmente de la titularidad de sus derechos a cualquier extranjero que se halle en situación irregular y no sea nacional de un Estado parte, el Comité Social Europeo (CSE) parece haber realizado una interpretación extensiva de la Carta reconociendo, en ocasiones, derechos de los extranjeros en situación irregular (CSE, *International Federation of Human Rights (FIDH)*, queja núm. 14/2004, decisión de 8 de septiembre de 2004).

Todavía en el ámbito del Consejo de Europa hay que destacar la adopción de varios tratados específicos centrados en los derechos de los no nacionales, especialmente, el Convenio Relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante (1977); la Convención sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública a Nivel Local (1992), que reconoce una serie de derechos de participación a los no nacionales que residan legalmente en el territorio de un Estado parte, incluyendo a votar y ser votados en las elecciones locales, y la Convención Europea sobre la Nacionalidad (1997).

En el marco de la Unión Europea, la puesta en marcha de una política de control de fronteras, asilo e inmigración es relativamente reciente, enmarcándose en la cooperación de los Estados miembros en materias de justicia e interior, primero de manera informal, a través del llamado “Grupo de Trevi” (1975), y después de forma institucionalizada con la creación de la Cooperación en los Ámbitos de Justicia y Asuntos de Interior por el Tratado de Maastricht (1992). Los actuales tratados constitutivos de la Unión ubican esta política dentro del “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, atribuyendo a la Unión Europea importantes competencias en materia de control y gestión de las fronteras exteriores de la Unión y para el desarrollo de una política común en materia de asilo e inmigración.

Como contrapunto a la atribución de estas competencias a la Unión, el derecho de la Unión Europea reconoce los derechos de los no nacionales de los Estados miembros de la Unión en distintos instrumentos, entre los que cabe destacar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, auténtico catálogo de derechos fundamentales con idéntico valor que los tratados constitutivos de la Unión (art. 6 TUE). La Carta reconoce expresa-

mente derechos de los no nacionales en sus artículos 15 (derecho a trabajar para los ciudadanos de la Unión y a condiciones laborales equivalentes para los nacionales de terceros Estados autorizados a trabajar en su territorio); 18 (derecho de asilo); 19 (prohibición de expulsiones colectivas y *non refoulement*), y 45 (libertad de circulación y residencia para los ciudadanos de la Unión y, limitadamente, para los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en el territorio). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) parece haber entendido que los extranjeros son titulares del conjunto de derechos reconocidos en la Carta (TJUE, sentencia de 6 de diciembre de 2012, asunto *O y otros*, C-356/11 y C-357/11), elaborando una nutrida jurisprudencia en materia de extranjería, que es claramente deudora de la del TEDH en la materia (para citas al TEDH véase, por ej., TJUE, [Gran Sala], sentencia de 21 de diciembre de 2011, asuntos *N. S.*, C-411/10, y *M. E.*, C-493/10).

María Díaz Crego

453. 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 solo pueden ser asegurados por medio del reconocimiento y protección no solo 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 desarrollar 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 derivan 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 elaboración 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)

454. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (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

455. 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 aquellos serían poco más que simples palabras o solo “derechos de o sobre el papel” como de modo crítico lo denomina prestigio-

sa 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 estos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

La Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la II 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 estos 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 inconventionales en que estos 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 aquella, 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 solo 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, 1o. 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, *ibídem*. 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 (1o. 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 imposibilidad 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

456. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (EXIGIBILIDAD)

En una aproximación a su alcance conceptual, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) hace referencia a la capacidad de realización práctica de un derecho social que, en razón a su naturaleza, según refiere Rodolfo Arango, es entendido como un derecho subjetivo de prestación positiva fáctica del Estado.

En las democracias contemporáneas, la exigibilidad compete en principio a acciones propias de los órganos de los poderes ejecutivo y legislativo; sin embargo, su ineficacia, así como la desprotección que esta última genera, legitiman la intervención del órgano jurisdiccional como una instancia idónea para lograr la garantía del derecho, esto es, la justiciabilidad; concepción que implica una tutela del derecho desde su reconocimiento, originado en una interpretación sistemática y axiológica de los ordenamientos jurídicos aplicables hasta su protección efectiva. Por ello, esta noción integra el concepto de exigibilidad sin abarcar el contenido en su totalidad.

Tanto la exigibilidad como la justiciabilidad de los derechos sociales han suscitado importantes debates con ocasión de la diferenciación categórica instaurada en relación con los derechos civiles y políticos (DCP), al restringir su ejercicio, impidiendo la materialización del derecho.

Al respecto, los Estados latinoamericanos han consagrado disposiciones constitucionales tendentes a la integración de los derechos sociales en los ordenamientos internos, así como los medios necesarios para su defensa, propendiendo por superar las profundas desigualdades construidas a partir de la jerarquización de los derechos. No obstante, las medidas adoptadas no han permitido la efectividad esperada para la transformación de los contextos sociales.

En igual sentido, esta controversia se ha planteado en el escenario internacional en discusiones sobre la justiciabilidad de los derechos, como el abordado al interior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La posición jurisprudencial inicialmente esbozada, denominada justiciabilidad indirecta, garantizaba los DESCAs en conexidad con los DCP, con fundamento en su interdependencia e indivisibilidad, originando la declaración de responsabilidad de los Estados por la violación de derechos a la vida, integridad física, propiedad y libertad de asociación; el desarrollo concomitante de estándares interamericanos en materia de derechos sociales como la salud, el trabajo, la educación, la alimentación, entre otros, y cuestionamientos significativos sobre la interpretación del artículo 26 convencional.

En esta línea argumentativa se estructuraron providencias como los casos *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (2001), *Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003), *Ximenes López vs. Brasil* (2006), *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (2009), *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013), *Canales Huapaya y otros vs. Perú* (2015), *Gonzales Lluy vs. Ecuador* (2015), y *Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala* (2016).

En el caso *Gonzales Lluy* se aplica, por primera vez en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador de forma directa, al reconocer la violación del derecho a la educación, y se adopta el concepto de “discriminación intersectorial” como factor relevante para la protección de estos derechos. Si bien la sentencia contiene las garantías señaladas, no trasciende en la esfera del reconocimiento directo de derechos sociales no consagrados en el artículo 19.6, al reconocer el derecho a la salud en conexidad con derechos civiles y políticos.

Posteriormente, la Corte modifica la postura de exigibilidad judicial de los derechos sociales, al fundamentar razones válidas para analizar y reconocer de manera directa las violaciones acaecidas a los derechos de esta naturaleza, fundada en una concepción amplia del artículo 26 convencional, estructurada en la interpretación literal, sistemática, teleológica y complementaria de la mencionada disposición, sustentada *grosso modo* en: *i*) la imposibilidad ontológica de establecer jerarquías entre derechos como consecuencia de su indivisibilidad, en virtud de su condición de derechos humanos y la dependencia recíproca que posibilita en algunos casos, la realización de los mismos; *ii*) el compromiso de los Estados de hacer efectivos los derechos sociales que derivan explícita e implícitamente de la Carta de la Organización de los Estados Americanos al tenor del artículo 26; *iii*) la aplicación de las obligaciones generales dispuestas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a todos los derechos consagrados en la misma permite a la Corte verificar su violación conforme a los artículos 62 y 63 del Pacto de San José; competencia que los Estados no han modificado expresamente, implicando que las interpretaciones efectuadas sean las menos restrictivas respecto a sus alcances; por lo que instrumentos como el Protocolo de San Salvador deben entenderse en este sentido, pues el artículo 19.6 no

limita las atribuciones convencionales del órgano regional al establecer la justiciabilidad directa solo para el derecho a la educación y a la libertad sindical, en razón de que no excluyen literalmente los demás derechos sociales.

El nuevo paradigma es reciente en la jurisprudencia de la Corte, ya que fue consignado en 2017 en el caso *Lagos del campo vs. Perú* y desarrollado en las providencias del caso *Trabajadores Cesados de Petroperú vs. Perú* (2017), y casos *San Miguel Sosa vs. Venezuela* (2018), *Poblete Vilches vs. Chile* (2018), *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* (2018) y *Muelle Flores vs. Perú* (2019), en las que se ha protegido el derecho a la estabilidad laboral, al trabajo, a la salud y a la seguridad social.

Pese a la tendencia instaurada, su avance presenta algunos retrocesos en mérito a las posiciones ideológicas contrarias evidenciadas en algunas decisiones de la Corte IDH, que continúan aplicando la vertiente de justiciabilidad indirecta, como acontece con el caso *Vereda la Esperanza vs. Colombia*, en el que no se reconoció la exigibilidad judicial directa del derecho a la vivienda a pesar de presentarse todos los presupuestos fácticos y jurídicos para tal fin. También se reflejan en los votos disidentes formulados, en los cuales se reitera que el artículo 26 de la CADH no contiene derechos sociales exigibles de forma directa, sino la obligación de desarrollo progresivo de los derechos derivados de la Carta de la OEA; la limitación del Protocolo de San Salvador respecto a la justiciabilidad de los DESCAs al permitir exclusivamente el estudio de casos en relación con los derechos sindicales y a la educación, y la imposibilidad de justificar una interpretación inválida de la norma mediante el principio pro persona.

Las posiciones descritas ponen de relieve una Corte que propende por tomar en serio los derechos sociales y su exigibilidad, siendo necesario fortalecer y consolidar los fundamentos alcanzados en aras de continuar avanzando en las tendencias progresistas que permitan su realización plena.

Por lo anterior, la exigibilidad de los DESCAs requiere actualmente un rol activo de jueces, comisionados y víctimas que incentiven al interior del SIDH, argumentos sólidos que trasciendan las posturas asumidas, estimándose pertinente indagar por su reconocimiento a partir de los postulados convencionales *per se* y las circunstancias particulares en los casos concretos, sin acudir a un catálogo específico preestablecido. Asimismo, es necesaria la implementación de medidas de reparación idóneas para asegurar que las violaciones a los derechos sociales autónomos no se configuren en simples declaraciones, conforme al artículo 63.1 convencional, incidiendo además en la transformación estructural de la fuente originaria de la afectación. Finalmente, debemos perfeccionar los criterios para el cumplimiento de las sentencias emitidas, promoviendo los espacios dialógicos, democráticos y deliberativos.

Claudia Viviana Muñetón Londoño

457. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (JUSTICIABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

A más de tres décadas de entrar en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se sigue debatiendo sobre la naturaleza y los alcances de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a que se refiere el único precepto que contiene su capítulo III: el artículo 26. Este precepto convencional exige ser interpretado a la luz de los tiempos actuales

y conforme con los evidentes avances del derecho internacional de los derechos humanos, así como del derecho constitucional en la materia. En efecto, no debe pasar inadvertido que recientemente entró en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que representa una real y potencial ventana hacia la justiciabilidad de estos derechos en el ámbito del Sistema Universal. Tampoco debe olvidarse los innegables avances de los derechos sociales fundamentales en el ámbito interno de los Estados Parte del Pacto de San José. La necesaria interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana debe también derivarse del pleno reconocimiento constitucional de la protección de los derechos sociales, en muchas de las Constituciones a manera de tendencia regional; tendencia que también se aprecia en la evolución jurisprudencial que han realizado las altas jurisdicciones nacionales, al otorgar efectividad a los derechos sociales (incluso de manera directa) y no solo en conexión con los derechos civiles y políticos. Lo anterior posibilita e incrementa el diálogo jurisprudencial —que constituye uno de los máximos desafíos de los tiempos modernos— y propicia en el ámbito regional la construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos, con especial énfasis en el vínculo indisoluble entre derechos humanos efectivos con condiciones de desarrollo democrático, sobre todo a favor de amplios sectores vulnerables. El presente trabajo ha tratado de defender una interpretación que intenta otorgar primacía al valor normativo del artículo 26 de la Convención Americana. Se ha dicho —con cierta razón— que no es buena idea que el Tribunal Interamericano ignore el Protocolo de San Salvador, como tampoco lo debe ser menoscabar el artículo 26 del Pacto de San José. Debe asumirse la interpretación a la luz de ambos instrumentos. Bajo ese entendido el Protocolo Adicional no puede restar valor normativo a la Convención Americana si expresamente no se planteó tal objetivo en aquel instrumento respecto de las obligaciones *erga omnes* que prevén los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, obligaciones generales que aplican para todos los derechos, incluso para los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, como expresamente lo ha reconocido el Tribunal Interamericano. La interpretación evolutiva a la que se ha hecho referencia busca otorgar eficacia real a la protección interamericana en la materia, que luego de casi treinta años de adopción del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a casi dos décadas de su entrada en vigor, resulta mínima su efectividad, requiriendo una interpretación más dirigida a establecer el mayor efecto útil posible a las normas interamericanas en su conjunto, como lo ha venido realizando el Tribunal Interamericano respecto de los derechos civiles y políticos. La conexidad de derechos mediante la interdependencia e indivisibilidad de los derechos sociales con los derechos civiles y políticos si bien ha sido un camino bastante consolidado en la jurisprudencia de la Corte IDH, no justifica, sin embargo, negar la autonomía sobre el alcance de los derechos sociales, a partir del artículo 26 de la Convención Americana en relación con las obligaciones de respeto y garantía contenidos en el artículo 1.1 del propio Tratado, que exige interpretar el Pacto de San José a la luz del *corpus juris* en materia de derechos sociales. Lo que involucra esta visión de justiciabilidad directa es que la metodología para imputar responsabilidad internacional se circunscribe a las obligaciones respecto a los

DESCA. Ello implica la necesidad de una argumentación más específica en torno a la razonabilidad y proporcionalidad de cierto tipo de medidas de política pública. Dado lo delicado de una valoración en tal sentido, las decisiones de la Corte IDH adquieren más transparencia y fortaleza si el análisis se hace directamente desde esta vía respecto a obligaciones en torno a cualquier derecho social. En este mismo sentido, las reparaciones que tradicionalmente otorga la Corte IDH, y que en muchos casos impactan en prestaciones relacionadas con los derechos sociales, como las medidas de rehabilitación o satisfacción, pueden adquirir un verdadero nexo de causalidad entre el derecho violado y la medida dispuesta con todos sus alcances. A su vez, hablar de justicia directa implica transformar la metodología a partir de la cual se valora el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía (artículo 1.1 del Pacto de San José), que ciertamente es distinto al derecho a la vida y al derecho a la integridad personal, que respecto al derecho a la salud y otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. La ciudadanía social ha avanzado significativamente en el mundo entero y, por supuesto, en los países del continente americano. La garantía jurisdiccional “directa” de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales constituye no solo una opción interpretativa y argumentativa viable a la luz del actual *corpus juris* interamericano; representa también una obligación de la Corte IDH, como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, en avanzar hacia la dirección de la efectividad de la justicia social, al tener competencia sobre todas las disposiciones del Pacto de San José. La garantía efectiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales es una alternativa que abriría nuevos derroteros en aras de la transparencia y realización plena de los derechos, sin artilugios y de manera frontal, y así reconocer lo que desde hace tiempo viene realizando la Corte IDH de manera indirecta o en conexión con los derechos civiles y políticos. Por otro lado, el reconocimiento de los DESCAs en el Sistema Interamericano no solo implica visibilizar derechos que tradicionalmente no han sido dotados de contenido normativo; el reconocimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales también implica erradicar problemáticas históricas de discriminación hacia ciertos sectores que han sido sistemáticamente marginados, excluidos e inviabilizados en nuestras sociedades, como lo son las personas que viven en situación de pobreza. Recientemente la Corte IDH ha puesto en evidencia esta situación en el caso de *los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016), en donde consideró —por primera vez— que las personas que se encuentran en situación de pobreza son personas que requieren una protección especial a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana pues dicho precepto convencional prohíbe discriminar a las personas por la posición económica. Si bien en el caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde la Corte IDH no se pronunció sobre los DESCAs de manera directa, lo cierto es que resulta innegable que en el derecho internacional de los derechos humanos actual existe una fuerte vinculación entre la ausencia de derechos sociales básicos —como tener acceso a fuentes de alimentos nutritivos, sistemas adecuados de atención de la salud, acceso a la educación, entre otros— con los altos índices de pobreza; y cómo la falta de oportunidades genera, en muchos casos, situaciones de pobreza estructural como una forma de discriminación estructural histórica en vastos sectores de la población en los países que conforman el Sistema In-

teramericano. El Tribunal Interamericano no puede quedar al margen del debate contemporáneo sobre los derechos sociales fundamentales —que tienen un largo camino andado en la historia de los derechos humanos—, y que son motivo de continua transformación para su plena realización y efectividad en las democracias constitucionales de nuestros días. Es mi convicción que si ha de participar en este debate, debe hacerlo —por las razones expuestas— promoviendo la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Ante este escenario de dinamismo en la materia en el ámbito nacional y el Sistema Universal, es previsible que la Comisión Interamericana o las presuntas víctimas o sus representantes invoquen en el futuro con mayor intensidad eventuales vulneraciones a las garantías de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales derivados del artículo 26 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 del propio Pacto de San José. Especialmente, las presuntas víctimas pueden invocar dichas vulneraciones por sus nuevas facultades en el acceso directo que ahora tienen ante la Corte IDH, a partir del nuevo Reglamento de este órgano jurisdiccional, vigente desde 2010. En definitiva, se trata de reconocer lo que *de facto* realiza el Tribunal Interamericano y las altas jurisdicciones nacionales de los países de la región, teniendo en cuenta el *corpus juris* en derechos sociales nacional, interamericano y universal; lo que además constituiría una mayor y efectiva protección de los derechos sociales fundamentales, al reconocerse obligaciones más claras hacia los Estados Parte. Todo ello va en sintonía con los tiempos actuales de eficacia plena de los derechos humanos (en los ámbitos nacional e internacional), sin distinción o categorización entre ellos, particularmente importante en la región latinoamericana donde lamentablemente persisten altos índices de desigualdad, permanecen porcentajes significativos de la población en la pobreza e incluso en la indigencia, y existen múltiples formas de discriminación hacia los más vulnerables. Como lo hemos expresado en otras oportunidades, no es la intención introducir debates estériles en el seno del Sistema Interamericano, sino simplemente pretendo llamar a la reflexión sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José efectividad directa a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. La posibilidad está latente y el debate abierto para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana en 2009. Lo cierto es que, en este nuevo contexto jurisprudencial y normativo del Sistema Interamericano, la Corte Interamericana tiene la posibilidad de materializar el contenido de derechos que por mucho tiempo fueron concebidos como de “segunda generación”. Esto abonaría en el reconocimiento de derechos de muchas personas en situación de vulnerabilidad —como niñas y niños, mujeres, pueblos indígenas y afrodescendientes, personas con discapacidad, personas adultas mayores, migrantes, personas privadas de la libertad, personas de la comunidad LGBTI, defensoras y defensores de derechos humanos— que en muchas ocasiones por obstáculos, meramente doctrinales o ideológicos, ven impedida la realización plena de sus derechos. En conclusión, a casi cuatro décadas de la entrada en vigor de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos resulta legítimo —y razonable por el camino de la hermenéutica y la argumentación convencional— otorgar pleno contenido normativo al artículo 26 del Pacto de San José, en consonancia y congruencia con el *corpus juris* interamericano en su integralidad. Este sendero permitiría interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo, que podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales, sin jerarquía ni categorizaciones que menoscaben su realización, como se desprende del Preámbulo de la Convención Americana, cuyo espíritu e ideal permea al Sistema Interamericano en su conjunto.

Para concluir este breve análisis, en el siguiente cuadro haré referencia a las decisiones de la Corte en las que se ha determinado la exigibilidad de los DESCAs en años recientes:

Cuadro 1.
La justiciabilidad de los DESCAs
en la jurisprudencia interamericana

Núm.	Año	Caso/Opinión consultiva	Derecho protegido
1	2015	<i>Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador</i>	Salud y educación
2	2016	<i>Chinchilla Sandoval vs. Guatemala</i>	Salud
3	2017	<i>Lagos del Campo vs. Perú</i>	Estabilidad laboral y libertad de asociación
4	2017	<i>Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú</i>	Trabajo
5	2017	OC-23/2017. Medioambiente y derechos humanos	Medioambiente sano
6	2018	<i>San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela</i>	Trabajo
7	2018	<i>Poblete Vilches y otros vs. Chile</i>	Salud
8	2018	<i>Cuscul Pivaral vs. Guatemala</i>	Salud
9	2019	<i>Muelle Flores vs. Perú</i>	Seguridad social
10	2019	<i>Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú</i>	Seguridad social
11	2019	<i>Hernández vs. Argentina</i>	Salud
12	2020	<i>Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina</i>	Vida cultural, identidad cultural, medioambiente sano, alimentación adecuada y agua
13	2020	<i>Spoltore vs. Argentina</i>	Condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias
14	2020	<i>Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo António de Jesus vs. Brasil</i>	Seguridad, salud e higiene en el trabajo
15	2020	<i>Casa Nina vs. Perú</i>	Trabajo

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

458. **DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD)**

Aunque la noción de progresividad se ha vinculado exclusivamente a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), esta es inherente a todos los derechos humanos y a los instrumentos que los contienen, en cuanto incluyen con frecuencia disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos consagrados. Así, los principios formulados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) fueron elaborados y ampliados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 1966, y en las restantes normas convencionales de derechos humanos.

En este sentido, la DUDH constituye el paso inaugural para el desarrollo progresivo de los derechos humanos y, por tanto, en virtud del principio de progresividad, sus previsiones tienen un carácter positivo, en el sentido de que representan el primero de muchos pasos en la protección internacional de tales derechos. Asimismo, en virtud de la prohibición de regresividad, sus presupuestos tienen un carácter negativo, dado que los Estados no pueden dar un paso atrás en relación con el estándar de protección consagrado en ella.

Según el sentido corriente del término “progresivamente”, las naciones tienen la obligación de avanzar continuamente hacia la plena efectividad de los DESC, lo que implica, en palabras de Víctor Abramovich y Christian Courtis, una cierta gradualidad en la satisfacción plena de tales derechos, y una cierta idea de progreso que obliga a los Estados a mejorar las condiciones de su ejercicio. De acuerdo con Magdalena Sepúlveda, el deber de avanzar supone la obligación de mejorar continuamente el disfrute de los derechos, así como la obligación de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas; por tanto, el incumplimiento de cualquiera de ellas podría constituir una violación de las disposiciones del PIDESC.

La noción de progresividad puede comprenderse desde dos sentidos complementarios: la satisfacción plena de los DESC implica una cierta gradualidad que exige de las autoridades estatales moverse de la más forma más rápida y efectiva posible hacia la meta y mejorar las condiciones de su goce y ejercicio, es decir, bajo el criterio del progreso. En consecuencia, además de la obligación de avanzar hacia adelante, los Estados no deben adoptar medidas que representen un retroceso para la vigencia de los derechos. Tienen la obligación positiva de mejorar continuamente el goce de los DESC y la obligación negativa de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas que reduzcan los niveles de protección de los derechos vigentes o supriman los ya existentes. En consecuencia, una violación de las obligaciones derivadas de la noción de progresividad se da cuando omiten tomar las medidas requeridas para ir avanzando en el disfrute de los DESC o permanecen pasivos ante el deterioro del nivel de su disfrute, o cuando actúan tomando medidas deliberadamente regresivas.

Para avanzar en la realización progresiva de un derecho se requiere no solo que los Estados tomen medidas positivas *de facto* y *de jure*, sino que además no permanezcan pasivos frente a un deterioro en el nivel de disfrute de los DESC, dado que su violación “puede producirse por la acción directa, la inacción u omisión de los Estados Partes o de sus instituciones u organismos

en los planos nacional y local”, y por la pasividad frente violaciones perpetradas por poderes privados. Esta obligación a no permanecer pasivos ante situaciones que impliquen un deterioro de las condiciones de vida de la población por parte de terceros reviste una gran importancia de cara al proceso de globalización neoliberal, ya que, a medida que avanza, aparecen con fuerza ciertos actores privados con capacidad para intervenir en la orientación de las políticas públicas de las naciones, sobre todo las relacionadas con la privatización de los servicios públicos y la explotación de los bienes naturales, haciendo que sus actividades tengan un impacto directo o indirecto sobre los derechos humanos.

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los DESC generalmente no podrá lograrse en un corto periodo de tiempo, lo cual no significa que la obligación estatal carezca de todo contenido significativo, sino simplemente que es necesario una cierta flexibilidad “que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales”.

La progresividad impone una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible “a través de medidas deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto”, y evitar cualquier providencia deliberadamente retroactiva.

La obligación de implementación progresiva contiene la prohibición de no regresividad que puede ser sometida a control judicial o cuasijudicial en caso de incumplimiento. Por ello es que cuando un Estado se obliga a mejorar la situación de los DESC, tiene prohibido reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o de suprimir los ya existentes. En este sentido, la prohibición de regresividad constituye uno de los parámetros de juicio de las medidas estatales adoptadas que puede ser directamente exigible y aplicable por los tribunales de justicia.

Por tanto, según Courtis, el control judicial de la prohibición de regresividad puede ser efectivo: *a)* en el campo de los resultados de una política pública (regresividad de resultados), en virtud del cual una política pública puede considerarse regresiva cuando sus resultados desmejoren en comparación con los resultados de un punto de partida anterior que ha sido escogido como parámetro, y *b)* en el campo de las normas jurídicas (regresividad normativa), si al comparar una nueva norma adoptada por los poderes públicos se concluye que la misma es regresiva en relación con la norma derogada por ella, si suprime, limita o restringe derechos anteriormente existentes.

De acuerdo con el Comité DESC, en ciertos casos la prohibición de regresividad no es absoluta; no obstante, cualquier medida deliberadamente regresiva requiere “la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”. En reiteradas ocasiones, dicho Comité ha dejado claro que las medidas regresivas violan *prima facie* las disposiciones del PIDESC y, en algunos casos, la prohibición de regresividad es absoluta cuando la medida tomada afecte la satisfacción de los niveles esenciales del derecho en cuestión.

Bajo estos parámetros, para el Comité DESC, una medida regresiva solo se justifica si se demuestra que se han considerado cuidadosamente todas las medidas alternativas y que existen razones de peso para preferirla, y que la medida debe “justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

Por tanto, un Estado solo puede justificar la adopción de una medida regresiva si demuestra que la misma, a pesar de implicar retrocesos en algún derecho concreto, conlleva un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos y que ha utilizado hasta el máximo de los recursos disponibles, pero que aun así necesita tomar dicha medida para proteger los demás derechos.

Joaquín A. Mejía Rivera

459. 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 in-

vasora, 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

460. DERECHOS FUNDAMENTALES (LÍMITES)

Los derechos fundamentales son una especie de derechos subjetivos. Si bien todos los derechos fundamentales son derechos subjetivos, no todos los derechos subjetivos son ni deben ser considerados derechos fundamentales. También es preciso señalar que, por regla general, ningún derecho fundamental puede asumirse como absoluto (salvo casos excepcionales, como los derechos a no ser torturado, esclavizado o discriminado).

Ignorar la diferencia entre derechos fundamentales y subjetivos sería tanto como desconocer (incluso negar), precisamente, el carácter “fundamental” de ciertos derechos subjetivos que, al entrar en colisión con otros, carecerían del mecanismo de ponderación por virtud del cual se alcanzaría la prevalencia de los primeros sobre los segundos. Dicho de otro modo, de actualizarse un supuesto de colisión entre derechos fundamentales con otros derechos subjetivos, serán los primeros los que deban prevalecer.

Ahora bien, el límite a los derechos fundamentales es, precisamente, la existencia y ámbito de aplicabilidad de otros derechos fundamentales, es decir, la frontera hasta donde puede extenderse el ejercicio de uno sin que ello signifique la afectación de otro. En el mismo sentido, los derechos absolutos habrán de constituirse, por antonomasia, en límites absolutos bajo el imperativo categórico de que tales derechos son imponderables. En otras palabras, no son susceptibles de someterse al análisis común de ponderación.

Hay que precisar, además, que los derechos fundamentales disponen de recursos específicos o extraordinarios para garantizarlos —como ocurre en México con el amparo o el recurso de queja constitucional en Alemania—, de forma distinta a lo que acontece con los derechos subjetivos en general, que disponen de vías ordinarias de impugnación.

Por su parte, las restricciones surgen por el establecimiento de una posición jurídica (hipótesis normativa) por virtud de la cual una persona, determinada o determinable, es excluida de manera definitiva del ejercicio de un derecho.

Por lo que respecta a los tipos de límites a derechos fundamentales, pueden reconocerse al menos dos: internos y externos. Los primeros se refieren al contenido, significado y alcance ínsito de cada derecho en particular, es decir, el objeto, fin o propósito para el que fue concebido; dicho de otro modo, el límite original o primario es el que surge de la autodeterminación del bien o la libertad que se tutela por cada derecho fundamental. En ese sentido, cualquier expectativa o hipótesis no contemplada en el supuesto normativo se encontraría desprovista de reconocimiento y protección.

Los segundos son los que surgen a partir de la interrelación de un derecho fundamental con el resto de los derechos fundamentales, esto es, su encuentro con otros derechos fundamentales que ameritan la misma tutela efectiva, máxime si ese encuentro se trata en realidad de una colisión. Es justo en este apartado donde emerge la necesidad de aplicar el llamado test de proporcionalidad, método jurídico específico para analizar el conflicto entre el derecho y sus propios límites, para lo cual habrán de verificarse cuatro condiciones: *i*) existencia de un fin constitucionalmente válido; *ii*) que la medida sea idónea para alcanzar aquel fin; *iii*) que no exista otra medida igual de efectiva con menor grado de lesividad (principio de necesidad), y *iv*) prevalencia del beneficio sobre el costo (principio de proporcionalidad *stricto sensu*), es decir que el grado de concreción del fin perseguido sea superior al nivel de afectación producido (derecho limitado).

Ahora bien, partiendo de la icónica contradicción de tesis 293/2011 por cuyo conducto la Suprema Corte de Justicia de la Nación apuntaba que “[...] cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material [...]” es que surge un criterio generalizado y, concomitantemente, emergen no pocas dudas respecto de la corrección del mismo en cuanto significó una auténtica prevalencia normativa de la carta fundamental sobre cualesquiera otros derechos fundamentales reconocidos (ubicados) en otra norma (convencional o de derecho interno). Al respecto, más adelante, la Segunda Sala construyó un criterio (163/2017) mucho más plausible, según el cual “[...] las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional [...] sin embargo, nada impide que el intérprete constitucional [...] también practique un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional”. Tal criterio reivindica la aplicación del principio *pro persona*, comprometiendo así al operador jurídico a aplicar la norma en cuestión previa interpretación armónica e integral, generando esta tesis un límite (mandato) a la facultad limitativa de la autoridad. Entonces, si ha de aplicarse un límite a un derecho fundamental, este deberá estar precedido por un auténtico ejercicio interpretativo que privilegie las condiciones de efectividad más favorables para el derecho fundamental escrutado.

Por otro lado, una restricción a los derechos fundamentales, pero de corte más pragmático y completamente extraordinario, es el denominado estado de excepción, contenido en artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según el cual el goce de los derechos y garantías puede restringirse o suspenderse en casos de emergencia (invasión, perturbación grave de la paz pública o circunstancias análogas de grave peligro para la sociedad). El estado de excepción o suspensión de garantías no es sino una respuesta del Estado ante circunstancias solamente afrontables bajo la lógica del sacrificio o la puesta en peligro de determinados bienes jurídicos como único medio para salvaguardar otros de mayor valía.

Nashieli Ramírez Hernández

461. DERECHOS FUNDAMENTALES (TUTELA MULTINIVEL)

En la actualidad, la protección jurisdiccional de los derechos no es competencia exclusiva de los Estados. La finalización de la Segunda Guerra Mundial condujo a una reacción de la comunidad internacional por instaurar mecanismos de protección de carácter universal y regional que tuvieran un carácter complementario a la jurisdicción nacional, en donde cada Estado —de forma paulatina— promulgó una Constitución con un catálogo de derechos fundamentales y órganos de justicia constitucional para garantizar su supremacía, surgiendo los primeros ordenamientos en el continente europeo —en Italia y Alemania—. A ello se añade la protección que han recibido los derechos fundamentales en el ámbito supranacional por el derecho comunitario. Lo anterior presupone que los Estados fueron transfiriendo gradualmente competencias —que anteriormente les eran exclusivas— a instancias universales, convencionales y supranacionales, lo que conlleva un replanteamiento del concepto de soberanía que impera actualmente.

En particular, la expresión “tutela multinivel de los derechos fundamentales” presupone dos ideas torales. La primera es que existe el derecho constitucional solo donde se tutelan los derechos y las libertades fundamentales, o bien, que los derechos fundamentales se convierten en tales (es decir, derechos en sentido jurídico) en virtud de la disciplina constitucional. La segunda es que el reto de los ordenamientos pluralistas contemporáneos reside en asegurar la garantía jurisdiccional —y, por tanto, la efectividad— de los derechos constitucionales. En este sentido, desde la década de los setenta Bobbio afirmó que el verdadero problema de un ordenamiento jurídico no es fundamentar los derechos constitucionales, sino protegerlos (1999).

En el ámbito nacional, encontramos un catálogo de derechos fundamentales en la Constitución que cada ordenamiento jurídico ha emitido. En el orden internacional existen auténticos catálogos de derechos en instrumentos *soft law*, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), y con mayor grado de coercitividad en convenciones y tratados internacionales *hard law*, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), entre otros muchos instrumentos de carácter universal emitidos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En los sistemas regionales de protección encontramos el Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales (1950), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y posteriormente la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Además, en el ámbito supranacional encontramos que la Unión Europea emitió la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), denominada comúnmente Carta de Niza, la cual, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, adquirió un carácter vinculante, por lo que debe ser respetada por todos los Estados miembros y por las propias instituciones comunitarias.

Ello presupone la existencia de una multiplicidad de cartas constitucionales —en sentido material—, así como de mecanismos jurisdiccionales para garantizar su protección y efectividad, lo cual es la base esencial del Estado constitucional de derecho. Así, en el “ámbito nacional”, la tutela de los derechos reconocidos en la Constitución corresponde a las cortes tribunales, salas

constitucionales o a las cortes supremas. A “nivel convencional” existen sistemas regionales de protección —europeo, interamericano y africano— dotados de sus respectivos órganos jurisdiccionales.

En el continente americano existe el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, conformado por dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última, denominada comúnmente la “Corte de San José”, lleva a cabo la función jurisdiccional “contenciosa y consultiva”, y en sus más 35 años de haber entrado en funciones ha creado una vasta jurisprudencia en la que ha reprochado la práctica sistemática de las desapariciones forzadas en muchos ordenamientos de la región y la inconventionalidad de las leyes de amnistía, y ha desarrollado ampliamente la protección judicial y las garantías del debido proceso, los derechos políticos, la protección de las comunidades indígenas y grupo vulnerables, las libertades de expresión e información, las condiciones mínimas de los centros penitenciarios, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y los derechos de los niños, etcétera.

En el “ámbito supranacional” podemos referir la existencia de ordenamientos comunitarios a los que los Estados han transferido competencias, por ejemplo, la Unión Europea, el MERCOSUR, la Comunidad Andina, CARICOM y el SICA en Centroamérica. En la experiencia europea ha sido de particular interés la actuación de la Corte de Justicia de la Unión Europea —órgano jurisdiccional—, quien en reiteradas sentencias emitidas desde los años setenta (*Stauder, Internationale Handelsgesellschaft* y *Hauer*) reconoció la protección de los derechos fundamentales como un principio de derecho comunitario a través de la referencia a las tradiciones constitucionales comunes, es decir, de una serie de reglas constitucionales presentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea —antigua comunidad europea—. Posteriormente, ese reconocimiento jurisprudencial fue incorporado a nivel normativo en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992) y en el artículo 8.1 del Tratado de Ámsterdam (1997), hasta que fue promulgada la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual contempla un amplio catálogo de derechos fundamentales.

En la actual *età dei diritti*, Constitución, derecho internacional de los derechos humanos y derecho comunitario son parte de un sistema que se relaciona e interactúa entre sí, motivo por el cual, en la protección de derechos fundamentales existe una tutela o protección multinivel, en donde los Estados son los principales garantes pero no los únicos, pues existen ámbitos de protección que tienen un carácter subsidiario, complementario y coadyuvante. Ello plantea un tema no fácil de análisis, en particular respecto a la relación entre la jurisdicción nacional —incluidas las jurisdicciones constitucionales— y las cortes regionales de protección de los derechos humanos: ¿quién tiene la última palabra en esa protección?

La experiencia convencional europea y, más recientemente, la interamericana en materia de derechos humanos evidencia cómo en esa relación entre jurisdicciones existen interacciones, influencias recíprocas que muestran un “diálogo entre cortes o *judicial dialogue*” en constante perfeccionamiento, que se incentiva con la utilización del derecho comparado y la citación —expresa o implícita— en las sentencias de jurisprudencia constitucional o convencional e instrumentos jurídicos, como el control de convencionalidad, la

interpretación conforme y el margen de apreciación nacional —en particular en la experiencia europea—, pero también conflictos y desacuerdos, que son características más de ese constitucionalismo multinivel, el cual tiene como finalidad la creación de un *ius commune* latinoamericano, tal y como lo ha caracterizado el constitucionalista Ferrer Mac-Gregor —jefe de la Corte Interamericana—, conformado por estándares mínimos de protección de la persona humana que puedan ser ampliados indistintamente por las jurisdicciones constitucionales, convencionales o comunitarias en atención al principio *pro homine* o de la mayor tutela expansiva.

Haideer Miranda Bonilla

462. 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 dere-

chos 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

463. DERECHOS HUMANOS

Alrededor del mundo, los derechos humanos se consideran el fundamento del orden normativo de la sociedad. Este amplio acuerdo no solo se encuentra en la filosofía, sino también en la política y el derecho. Numerosos pactos y declaraciones de derechos humanos pueden interpretarse como expresión de

una marcha triunfante de los derechos humanos en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Su existencia parece ser incuestionable.

No obstante, subsisten dudas acerca de si la creencia en la existencia de los derechos humanos es algo más que una ilusión o un error colectivos. Las críticas más importantes, enfocadas hacia el supuesto de que existen los derechos humanos, no solo se encuentran en regiones oscuras del extremismo político, ideológico y religioso, sino también en escritos filosóficos muy respetables. Un ejemplo es la afirmación de Alasdair MacIntyre según la cual “no existen tales derechos y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios”. Esto, conjuntamente con el hecho —a menudo corroborado en la historia de las ideas— de que tal amplio acuerdo no es en absoluto una garantía de verdad, es razón suficiente para plantear la cuestión de la existencia de los derechos humanos, en síntesis, la cuestión de la existencia.

No tiene sentido abordar la existencia de algo sin explicar qué es específicamente aquello que se invoca. Por esta razón, debe elaborarse una definición de “derechos humanos”. Conforme a esta definición, los derechos humanos son derechos: primero, morales; segundo, universales; tercero, fundamentales; y cuarto, abstractos que, quinto, tienen prioridad sobre todas las otras normas pertenecientes al ordenamiento jurídico. Respecto a la cuestión de la existencia de los derechos humanos, el primer elemento definitorio reviste de particular importancia, a saber: los derechos humanos son derechos morales. Los derechos existen si son válidos. Los derechos positivos son válidos si son debidamente promulgados y eficaces socialmente. En contraste con lo anterior, los derechos morales son válidos si y solo si son justificables. Por esta razón, la existencia de derechos humanos, *en cuanto* derechos morales, depende exclusivamente de su justificabilidad.

La cuestión de si los derechos humanos son justificables tiene profundas consecuencias para la filosofía jurídica, la teoría de los derechos constitucionales y la política. En la filosofía jurídica, la respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho? —es decir, la pregunta por el concepto y la naturaleza del derecho— depende esencialmente de si existen los derechos humanos. Si resultara ser el caso de que los derechos humanos no existiesen, entonces el no positivismo no sería una alternativa aceptable al positivismo. Las consecuencias para la teoría de los derechos constitucionales conciernen a la naturaleza básica de los derechos constitucionales. Si los derechos humanos no existieran, los derechos constitucionales no serían más que aquellos plasmados de manera expresa en las constituciones. Tendrían una naturaleza exclusivamente positiva. Si, de todas formas, debiera demostrarse que existen, el panorama cambiaría de forma fundamental. Los derechos constitucionales serían concebidos como intentos de positivizar los derechos humanos. Esto implicaría que los catálogos de derechos constitucionales podrían valorarse como esfuerzos más o menos exitosos de positivizar los derechos humanos y que la naturaleza ideal de los derechos humanos debe seguir estando presente en su interpretación. Finalmente, con respecto a la política, la principal consecuencia se refiere al problema del relativismo cultural. La no existencia de los derechos humanos equivaldría a un argumento sólido en favor del relativismo cultural, mientras que su existencia sería un buen argumento en contra del relativismo cultural. Todo esto muestra que la cuestión de la existencia de los derechos humanos es de una gran importancia, tanto teórica como práctica.

Las teorías acerca de la justificabilidad de los derechos humanos, así como las teorías sobre la justificabilidad de las normas morales en general, pueden clasificarse de formas muy diferentes. La distinción más fundamental es aquella entre los enfoques que, en general, niegan la posibilidad de alguna justificación de los derechos humanos y los enfoques que afirman que es posible encontrar algún tipo de justificación. El primer enfoque podría denominarse “escepticismo” y el segundo “no escepticismo”. El escepticismo tiene sus raíces en algunas formas de emotivismo, decisionismo, subjetivismo, relativismo, naturalismo o deconstructivismo. El no escepticismo podría incluir uno o varios de estos elementos escépticos, pero insiste en la posibilidad de otorgar razones en favor de los derechos humanos, las cuales aseguran tener objetividad, corrección o verdad.

Para defender el no escepticismo, podrían considerarse ocho enfoques de este tipo. Esta lista comprende los enfoques: primero, religiosos; segundo, intuicionistas; tercero, consensuales; cuarto, biológicos; quinto, instrumentales; sexto, culturales; séptimo, explicativos, y octavo, existenciales. Los primeros seis tienen más defectos que fortalezas. Por esta razón, la justificación de los derechos humanos se basa en los enfoques séptimo y octavo, es decir, en los argumentos explicativos y existenciales.

Una justificación de los derechos humanos es explicativa si consiste en explicitar qué está implícito necesariamente en las prácticas humanas. Si la práctica consiste en afirmar, preguntar y argumentar, la justificación adquiere una naturaleza teórico-discursiva. La práctica de afirmar, preguntar y argumentar presupone reglas del discurso que expresan las ideas de libertad (*freedom*) e igualdad. Estas ideas constituyen el fundamento de los derechos humanos. Reconocer a otro individuo como libre e igual implica reconocerlo como autónomo. Reconocerlo como autónomo implica reconocerlo como persona, lo cual, a su vez, implica atribuirle dignidad. Atribuirle dignidad a alguien supone realmente reconocerle sus derechos humanos.

El argumento explicativo proporciona, de hecho, una parte necesaria de la justificación de los derechos humanos, pero en sí misma no es suficiente. Dos problemas se identifican con facilidad. El primero tiene que ver con la necesidad de las reglas del discurso. Es posible eludir esta necesidad al evitar cualquier participación en la práctica de afirmar, preguntar y argumentar. El precio que hay que pagar por esto, sin embargo, sería alto. Nunca afirmar nada, ni hacer alguna pregunta o presentar alguna razón, implicaría abstenerse de participar en aquello que *esencialmente* pertenece a la forma de vida de los seres humanos *en cuanto* criaturas discursivas. El segundo problema deriva de la diferencia entre discurso y acción, por un lado, y entre capacidades e intereses, por el otro. Poseer capacidades discursivas no implica necesariamente tener interés en hacer uso de ellas. Esto podría denominarse el “problema del interés”. Podríamos denominar al interés en hacer uso de las capacidades discursivas exclusivamente en la esfera de la argumentación como “interés débil en la corrección”. En contraste, el interés en utilizar capacidades discursivas no solo en la esfera de la argumentación, sino también en el ámbito de la acción, puede caracterizarse como un “interés fuerte en la corrección”. Este interés entraña tomarse en serio las implicaciones de las capacidades discursivas en la vida real, es decir, tomarse en serio los derechos humanos. De esta forma, el interés en la corrección nos permite arribar al objeto de nuestra justificación.

Podría objetarse que esto no implica en absoluto una justificación. Ha perdido su naturaleza como justificación, tal como plantea la objeción, una vez que se introduce la premisa concerniente al interés. De hecho, esta objeción no carece del todo de mérito. No obstante, la objeción debe cualificarse. Como sucede con cualquier tipo de interés, el interés en la corrección está articulado con la toma de decisiones, las cuales tienen que ver con la cuestión fundamental de si aceptamos nuestras capacidades o posibilidades discursivas. Esta es la cuestión de si deseamos concebirnos a nosotros mismos como criaturas discursivas o razonables. Esta es una decisión acerca de quiénes somos. Podría denominarse “existencial”. Discutir sobre justificación o substantiación parece ser, de todas formas, algo razonado, toda vez que dicha decisión no está fundada en preferencias infundadas o arbitrarias que no provienen, por decirlo así, de ningún lado. La decisión tiene, más bien, la naturaleza de un respaldo a algo que ha sido demostrado, por medio de la explicación, como una capacidad necesariamente conectada con los seres humanos o, en otras palabras, una posibilidad necesaria. En cuanto respaldo de una posibilidad necesaria, el argumento existencial está conectado intrínsecamente con el argumento explicativo. Esta conexión podría denominarse la justificación “explicativo-existencial”.

La justificación explicativo-existencial articula elementos objetivos y subjetivos. La objetividad vinculada con subjetividad es, para estar seguros, menos que objetividad pura, pero es también más que mera subjetividad. Si se añade a lo anterior el supuesto de que no es posible contar con una justificación puramente objetiva de los derechos humanos, se tienen buenas razones para calificar el argumento explicativo-existencial, *en cuanto* argumento objetivo-subjetivo, como una justificación de los derechos humanos. Esta justificación es suficiente para establecer la validez de los derechos humanos como derechos morales, es decir, para establecer la existencia de los derechos humanos.

Robert Alexy

(traducción de Leonardo García Jaramillo)

464. 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 tecnológicos, 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 esta ha asumiendo 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 multidiscipli-

na, 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.

Víctor M. Martínez Bullé Goyri

465. DERECHOS HUMANOS (FUNDAMENTO FILOSÓFICO)

Tomando como punto de partida el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), que establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, encontramos cuatro valores centrales: libertad, igualdad, dignidad y fraternidad.

En cuanto a *la libertad*, recordamos la fórmula del Contrato Social que nos ofreció Rousseau: “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja

con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, cada uno uniéndose a los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes”. Esta fórmula posee en su seno el espíritu mismo de las sociedades modernas, la conservación de la voluntad y libertad humanas para la decisión y funcionamiento de estas sociedades. La libertad, así entendida, presupone un acto éticamente humano, esto es, decidido racionalmente y ejecutado voluntariamente en un ambiente aséptico, sin elementos externos que lo vicien. De ahí la afirmación de Rousseau de “permanecer tan libres como antes”, porque las decisiones tomadas socialmente vinculantes en el contrato forman una decisión éticamente humana.

La dignidad, por su parte, es un valor intrínseco a la persona humana y, en ese sentido, inalienable, lo que la hace diferente a otras características sociales como el mérito, que sí puede ser perdido. De alguna forma, está en el centro de la discusión sobre el reconocimiento de los derechos humanos a determinadas personas o grupos cuando, por ejemplo, se ha afirmado que por sus actos atroces —algunos grupos o individuos, como los terroristas— no deberían gozar de estos derechos; sin embargo, a lo que se alude en tales afirmaciones es al mérito de su reconocimiento —sin conceder que sea acertado hacer dichas declaraciones—, pero no a la expropiación de su dignidad.

La igualdad, si la observamos desde el texto transcrito de la Declaración, se refiere a la garantía de esta ante la dignidad y derechos. Esto puede, a su vez, ser desdoblado en cuatro acciones: 1) asegurarse de que todos son iguales ante la ley; 2) igual protección de la ley, esto es, que no debe ser discriminatoria; 3) obligación legal de protección ante la discriminación, especialmente frente a actores particulares, y 4) igual y efectiva protección contra la discriminación, que significa combatir la discriminación estructural.

La fraternidad es un elemento que implica una responsabilidad básica —diríamos en términos kantianos— de tratar a los demás como fines, no como medios, y verlos insertos en una dinámica social que importa a todos los seres humanos, fundada en la conciencia clara de reciprocidad. Fue un valor introducido en la DUDH por parte de la delegación China, y pretendía resumir la tradición del confucianismo de la “regla de oro” o el “ren”, esto es, la conciencia de que existen otros hombres y su respeto, o como se diría en las Analectas “lo que no quiero que los demás me hagan a mí, tampoco se lo hago a ellos”.

Ahora bien, en el centro de las discusiones de las razones existenciales de los derechos humanos encontramos lo relativo a su origen y su función, enmarcado en clave de su apropiación: ¿todos los seres humanos los poseen?

En cuanto a su origen, esta discusión cuestiona: ¿existen derechos humanos naturales? En relación con su función: ¿qué constituye un derecho humano?

La pregunta sobre si existen los derechos humanos naturales, la gran pregunta de H.L.A. Hart en 1955 y que propone la respuesta de su génesis europea moderna, tiene por respuesta que son constructos sociales, en tal sentido invenciones de los grandes intelectuales de la Ilustración: Locke, Hobbes, Rousseau, Kant, Hume; sin embargo existen escuelas que afirman que esto no es así. Una primera identifica la existencia de este tipo de derechos en textos históricos previos a la Ilustración, otras identifican una base objetiva, lógica y concreta para su existencia.

Respecto a estas últimas, una primera línea de argumentación se desarrolla sobre la lógica de las condiciones necesarias para asegurar un umbral mínimo de bienestar para la gente en una sociedad, en donde encontramos a teóricos como Joseph Raz y James Griffin.

Una segunda vertiente, a su vez dividida, primeramente busca promover la libertad individual y oportunidades, vía políticas públicas para que las personas busquen su propio bienestar, como el caso de Martha Nussbaum y Amartya Sen. En segundo lugar, busca descubrir los orígenes de la capacidad de la acción humana en sí misma, encontrar las características que la permiten; en ese sentido, bienes particulares son necesarios para lograrlo, línea que siguen, por ejemplo, Michael Boylan y Alan Gewirth.

Pasando a la discusión sobre la función de los derechos humanos y su pregunta: ¿qué constituye un derecho humano?, un elemento protagónico que sin duda salta a la vista es el de su universalidad y la crítica moral de la obligación de su satisfacción. Los derechos humanos, al ser universales, pertenecen a todos los hombres por razón de su humanidad y, en tal sentido, la obligación de satisfacerlos es parte de su naturaleza.

Sin embargo, al analizar esta dimensión de la universalidad, su obligación y garantía llevan a conclusiones que pueden poner en tensión su veracidad. Mucha discusión ha habido en relación con ella. Veamos algunas de esas tensiones. Tomemos los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, por ejemplo, el derecho a la alimentación o a la vivienda. Queda claro que la no intervención —como el caso de las obligaciones estatales más básicas en relación con los llamados derechos civiles y políticos— para la satisfacción de tales derechos es indudable, pero al pasar a las obligaciones positivas, las de hacer, ¿cuáles son estas y quién debe satisfacerlas?

De igual manera, la universalidad ha sido puesta en entredicho con las teorías críticas poscoloniales, feministas, no occidentales, de las que se dice que cada una de las realidades que las generan son constructos de una cosmovisión social basada en una forma determinada de ver el mundo y la vida —moderna europeizante— y, en tal sentido, la universalidad de los derechos humanos informa esos constructos y los introduce en el discurso occidental-europeizante, provocando que lo universal constriña, sea uni-versal, y no —como proclamaba Ortega y Gasset— logre el salto cualitativo a lo multi-versal.

Victor Manuel Collí Ek

466. DERECHOS HUMANOS (PRINCIPIO DE INTERDEPENDENCIA)

La interdependencia es una de las características que se derivan de la concepción de los derechos humanos, e implica que los mismos están interrelacionados y que la exigibilidad de los bienes que protegen no depende, al menos en un grado absoluto, del reconocimiento formal de cada uno. Todos los derechos humanos se encuentran vinculados entre sí, de tal forma que la satisfacción u observancia de uno de ellos, así como su transgresión, impacta en goce de los demás.

Los derechos humanos protegen bienes (la vida, la libertad de pensamiento, la educación) que se consideran importantes, al entenderse que son la expresión de determinados principios que reflejan valores que se asumen relevantes, tales como la libertad, la igualdad, la solidaridad o la seguridad.

Ahora bien, estos valores se plasman o tutelan mediante diversos derechos, lo que genera que pueda haber, en un determinado ordenamiento jurídico, derechos implícitos en otros derechos, o derechos vinculados. Así, un ordenamiento jurídico puede tener un catálogo más o menos amplio de derechos receptados en forma positiva y vigente, y un bien puede ser tutelado por uno o varios de ellos. De ese modo, puede haber derechos implícitos en otros derechos, o derechos conexos entre sí. Por ejemplo, si un sistema jurídico contempla la libertad de expresión, pero no la de pensamiento, podrá entenderse que la segunda se encuentra implícita en la primera. Si contempla en forma expresa ambos derechos, podrá advertirse que están interrelacionados, pues el ejercicio o disfrute de uno condiciona el del otro. Lo anterior no hace superflua la ampliación del catálogo de derechos, pues brinda certeza sobre la protección legal de los distintos bienes y permite una delimitación más precisa del contenido jurídico propio de cada derecho, de sus aspectos diferenciales y obligaciones correlativas.

La interdependencia se presenta en los derechos, en realidad, como reflejo de la conexidad que tienen los propios principios que estos protegen. Así, la libertad y la igualdad se necesitan la una a la otra, como se requieren la democracia y el bienestar. De ese modo, surge una conexidad entre el goce y la exigibilidad de los derechos civiles, políticos y sociales (incluyendo en la última categoría a los económicos, culturales y ambientales). De ese modo, la exigibilidad de los derechos sociales no sería posible sin los civiles y políticos, y viceversa.

Distintos instrumentos recogen, de algún modo, esta idea, por ejemplo, el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa que “solo puede realizarse el ideal del ser humano libre [...] si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Puede citarse también la Carta Democrática Interamericana, que expresa en sus artículos 7, 8, 11 y 13 que “[la] democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente”; que la eliminación de la discriminación contribuye a la democracia; que “[la] democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes”, y que “los derechos [...] sociales [...] son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia”.

Es pertinente hacer notar que desde la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948, se discutió la conveniencia de incluir en un solo documento a los derechos civiles, políticos y sociales. El texto de la Declaración da cuenta del acuerdo entre las naciones firmantes respecto a la integración de todos los derechos como una misma aspiración para la humanidad, sin reconocer jerarquías ni diferencias entre ellos.

Más tarde, la Proclamación de Teherán de 1968, adoptada en la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos, vino a profundizar en la tesis de indivisibilidad de los derechos humanos, al señalar que “como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible”. Luego, en 1993, durante la Conferencia de Viena, se hicieron señalamientos de importancia esencial para el concepto

de interdependencia de los derechos humanos, al declararse que “[todos] los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándole a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (parte I, párr. 5).

Por último, es pertinente dejar sentado que la interdependencia de los derechos humanos es un carácter que tiene incidencia práctica en el examen de casos concretos por parte de tribunales u otros órganos. En ese sentido, no es una característica conceptual o “teórica”, sino fundamentalmente práctica, con un correlato fáctico concreto, cuya visualización permite una tutela más eficaz y comprensiva de los mismos. Al respecto, en diversas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado “la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello” (*cf.*, entre otros pronunciamientos, los casos *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, sentencia de 1 de julio de 2009, núm. 198, párr. 101, y *Lagos del Campo vs. Perú*, sentencia de 31 de agosto de 2017, núm. 340, párr. 141).

**Agustín Martín
Tsáitami Ordóñez**

467. DERECHOS HUMANOS (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 conferencias 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 estos 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

468. DERECHOS HUMANOS (UNIÓN EUROPEA)

Primeramente, debemos atender los elementos marco dentro de los que se desarrollan los derechos fundamentales (DF) en la Unión Europea (UE).

Respecto a la tensión entre universalismo y relativismo cultural, la UE ha afirmado que es posible identificar a este último, pero que se da a nivel de implementación, donde se reconoce la diversidad cultural de los Estados miembros.

En el tema de la inclusión, la UE se refiere a grupos o personas vulnerables como aquellos que requieren una atención especial para disfrutar de sus DF. Este tema es importante porque subraya el compromiso real de la UE para garantizar el disfrute de los derechos de todos.

La dignidad implica que todo ser humano es valioso en sí mismo, lo que es resaltado en todos los instrumentos centrales, como los tratados de la UE, la Carta Europea de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia, el programa de Estocolmo, el Marco Estratégico de Derechos Humanos y Democracia, etcétera.

Se enfatiza el concepto de universalidad de los derechos humanos, pero existe una diferencia de enfoque al tratarse de la relación de la UE en el escenario internacional, donde se refiere específicamente a la universalidad “legal internacional” traducida como el respeto de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y sus dos pactos internacionales.

Existen, además, tres principios fundamentales e intrínsecamente relacionados: *rule of law*, democracia y derechos humanos.

El primero se reconoce como un valor fundamental de la UE que proviene de la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa. Este valor

incluye elementos formales y sustantivos que deben ser aplicados por los Estados miembros e inclusive verificados en los que aspiran a formar parte de ella.

El principio democracia sitúa a los ciudadanos en el escenario central de la UE. Sus elementos son: equidad; democracia representativa; democracia participativa; transparencia, y deliberación. Ahora bien, en sus relaciones externas ha adoptado un criterio sustantivo de democracia que requiere del respeto del Estado de derecho, la libertad de expresión, la independencia judicial y la administración imparcial para poder reconocer a un Estado como democrático.

El marco jurídico básico en materia de derechos humanos está compuesto por el Tratado de la Unión Europea y la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Un elemento importante al hablar de este tema es la “coherencia”. Esta se refiere a la relación existente entre las diversas autoridades y competencias que incluye la protección de los derechos humanos en la UE, y que implica que no debe de existir una falta de coherencia en las políticas públicas, implementación y respeto de derechos humanos a su interior, así como en la relación con agentes externos.

La UE, institucionalmente hablando, tiene diversos tipos de autoridades encargadas del cumplimiento de las obligaciones en relación con los DF, entre ellas, el Consejo de Europa, el Parlamento Europeo, la Corte Europea de Justicia, etc. Además, encontramos a los Estados miembros, quienes por medio de sus propios parlamentos, cortes, y constituciones son igualmente responsables de los DF reconocidos en la UE y en sus propias cartas constitucionales.

Sobre la aparición histórica de los DF en la UE, es importante indicar que en sus orígenes no formaban parte de esta organización, esto es, en los tratados suscritos entre 1951 y 1957, y que entran en escena mediante los casos concretos resueltos en tribunales en las décadas de los setenta y ochenta. El Acta Única Europea, de 1987, ya menciona a los DF en su preámbulo. El Tratado de Maastricht, de 1992, introdujo una cláusula vinculante. El Tratado de Ámsterdam, de 1999, prevé por primera vez un mecanismo de sanción política. Con la adopción del Tratado de Niza, en 2000, se proclama la Carta Europea de Derechos Fundamentales, lo cual igualmente debe ser visto en el contexto de la inclusión en la UE de los países de Europa Central y del Este, considerados débiles en la protección de derechos humanos. Finalmente, el Tratado de Lisboa dio fuerza vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales en 2009, y también se determinó la anexión de la UE a la Corte Europea de Derechos Humanos, considerando la Convención Europea y las tradiciones constitucionales de los países miembros como parte fundamental de su propia tradición.

Encontramos algunos faros en la evolución de los DF y su protección: 1) el caso *Solange* en el Tribunal Constitucional alemán, en el que se determinó que el tribunal nacional podía declarar la inconstitucionalidad de las normas de la UE, y el caso *Interhandel* de la Corte Europea de Justicia, sobre el previo agotamiento de los recursos jurídicos nacionales; 2) la Carta de Derechos Fundamentales en sí misma. Se proclamó en el Consejo de Niza en 2000 y entró en vigor en 2009, pero debe resaltarse que incluso previo a ello, la Car-

ta ya era citada por diversas autoridades europeas, como el Consejo de Europa o el Tribunal Europeo de Justicia. Otro elemento particular de la Carta es que, a diferencia, por ejemplo, de la Convención Europea de Derechos Humanos, sí se refiere a derechos económicos, sociales y culturales, aunque devenido de las discusiones generadas en el momento histórico de su redacción que, a su vez, reflejaban las diversas posiciones de los Estados nacionales frente a estos derechos —ya que algunos los consideraban programáticos y otros más justiciables—. En la propia Carta se puede observar que de cada caso depende la naturaleza que se podrá atribuir a determinado derecho, y 3) el acceso a la Corte Europea de Derechos Humanos, como un objetivo a futuro.

La Carta de Derechos Fundamentales es el instrumento clave para referirse a los derechos humanos de la Unión Europea, es de aplicación de todas las autoridades de la Unión y funciona como elemento de coherencia para la relación entre los DF de la Unión y los Estados miembros. Entre sus características encontramos: 1) su denominación de “fundamentales”, que la pone en balance y diferencia de la terminología utilizada en el derecho internacional de “derechos humanos”. La decisión terminológica es deliberada y simbólica, pretende autoafirmar la común tradición constitucional de los Estados de la UE; 2) en cuanto a su contenido, es progresista. Afirma a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pero igualmente, en la consecución de la universalidad, adopta a los DF como principios generales de la UE —como hemos dicho, las decisiones de la Corte Europea de Justicia y avalados por la Convención Europea de Derechos Humanos—, igualmente, considera las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y derechos declarados en otros tratados, como la Carta Social Europea. De la misma forma, adopta derechos emergentes como: protección de datos, derecho a la buena administración y acceso a servicios esenciales y de bioética. Sin embargo, la diferencia que establece entre derechos y principios hace que no todos sean justiciables; 3) es limitada en su aplicación, esto es, solo cuando las autoridades de la Unión actúan dentro de los límites de su competencia en la legislación europea. Ejemplos son la aplicación secundaria europea o la derogación de libertades dentro del mercado común bajo los tratados. Existen casos menos ortodoxos, como el llamado *Charter trigger rule* devenido del caso *Akerberg Fransson* (2013), en el que la Corte de Justicia afirmó que la Carta debe ser cumplida cuando la legislación nacional no afecte directamente a la Carta, pero sí otra norma europea. Otro caso son los actos nacionales que no aplican directamente legislación europea, pero sí *de facto*. En el caso *Melloni* (2013) se afirmó que cuando el estándar de protección de un derecho difiere entre la Carta Europea y una Constitución nacional, debe prevalecer la primera si los principios de unidad, efectividad y autonomía están comprometidos. En el caso *Siragusa* (2014) se afirmó que la Carta no tiene aplicación cuando en un caso no hay conexión o tiene conexión marginal con la legislación europea. Esto es llamado *pure national situation*.

Sobre los instrumentos de política de la UE para los derechos humanos y la democracia, no existe un documento o visión homogénea sobre ello; más bien podría afirmarse que se da por tres vías: formulación, implementación y evaluación de los objetivos de promoción. En cuanto al primero, existe la *Strategic Framework on Human Rights and Democracy*, de 2012. En el nivel de imple-

mentación, existen diversos instrumentos que buscan concretizar —como el tema de financiamiento en derechos humanos— cláusulas que permiten suspender acuerdos comerciales si no se respetan los derechos humanos, al igual que se prevé la existencia de un representante especial para los derechos humanos de la UE en sus relaciones internacionales. En el nivel de evaluación, merecen especial significación los reportes anuales sobre derechos humanos y democracia en el mundo, entre otros instrumentos.

En cuanto al vínculo de la UE como actor en la relación obligación-depositario de derechos humanos, esta mantiene un diálogo constante y muchas veces complejo con otras instituciones, por ejemplo, aunque en ocasiones los fallos de la Corte Europea de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos son divergentes, sí existe un diálogo vía citas referenciales de ambos en las decisiones bajo su jurisdicción. De igual forma, la Unión mantiene conexión con la ONU, y aunque no es considerado un miembro, sí tiene y desarrolla el papel de observador en la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos, donde puede tomar parte en las discusiones, sin olvidar que de manera indirecta participa vía sus Estados miembros, que lo son igualmente de la ONU, entre otras relaciones con actores externos como países, órganos regionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales, etcétera.

Victor Manuel Colli Ek

469. 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 establece 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 ejemplo, 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 movilizara 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 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)

470. DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas define los derechos humanos como inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Si todas y todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna, ¿por qué entonces se hace una distinción cuando se refiere a los derechos humanos de las mujeres? Porque no es exagerado afirmar que durante siglos las mujeres no tuvimos acceso a todos ellos.

Nos eran negados los derechos a la integridad, al control del propio cuerpo, a participar en la vida política —como electoras y como candidatas—, a ocupar cargos públicos, al trabajo, a una remuneración justa e igualitaria, a poseer propiedades, a la educación, a servir en el Ejército, a firmar contratos legales, matrimoniales y parentales.

Hacia finales del siglo XVIII, los derechos de la mujer se convirtieron en tema central de los debates políticos en Francia y Gran Bretaña; sin embargo, aun los más prestigiosos pensadores de la Ilustración, defensores de los principios democráticos y de justicia, sostenían que solo debían aplicarse a los hombres. Rousseau, por ejemplo, afirmaba que formaba parte del orden natural que la mujer obedeciera al hombre y sostenía que “las mujeres hacen mal en quejarse de la desigualdad de las leyes humanas”.

El primer documento legal dedicado a los derechos de las mujeres fue la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, de Olympe de Gouges, dramaturga y activista política francesa. El documento apareció en 1789 como una crítica a la Revolución francesa que triunfaría —pensaba— “Cuando todas las mujeres sean totalmente conscientes de su deplorable condición, y de los derechos que han perdido en la sociedad”.

En las décadas siguientes se dieron movimientos locales para alcanzar derechos y libertades, pero hasta la consolidación del sistema internacional de derechos humanos que los documentos de defensa de los derechos humanos de la mujer se afianzaron.

En 1946, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estableció la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, que se dio a la tarea de realizar un diagnóstico a nivel mundial para conocer la situación de las mujeres. Surgieron entonces los primeros documentos internacionales de protección de los derechos políticos, de los derechos de las mujeres dentro del matrimonio, así como de la igualdad salarial y de condiciones laborales entre hombres y mujeres.

A estos documentos les siguió la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967 y, finalmente, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), de 1979, que se aprobó por unanimidad en la Asamblea General de la ONU y entró en vigor en 1981. La CEDAW, instrumento jurídicamente vinculante, es considerada la carta internacional de los derechos de la mujer. En 1999 se aprobó el Protocolo Facultativo que establece los mecanismos de exigibilidad de la CEDAW y de equiparación con otros instrumentos de derechos humanos.

Por otra parte, desde 1982 se instaló el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, integrado por expertos de los Estados parte.

El Comité examina los informes presentados por estos y las comunicaciones de denuncia a la Convención, y está facultado para investigar violaciones graves o sistemáticas.

En 1995, en el marco de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, se aprobaron la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, que enuncian una declaración sobre la responsabilidad de los Estados de cumplir con los compromisos adquiridos.

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos existe la Convención sobre la Nacionalidad de las Mujeres; la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, y la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer.

En los años posteriores a la entrada en vigor de la CEDAW, la Comisión Interamericana de la Mujer observó que aquella convención era omisa en regular lo relativo a la violencia contra las mujeres y se dio a la tarea de convocar a expertas y a juristas para diseñar un documento que integrara la tipificación general de los casos de violencia de género, una definición de derechos mínimos y de las reparaciones y el mecanismo para respetarlas, así como las obligaciones de los Estados. De esas reflexiones surgió la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que se aprobó en una Asamblea Extraordinaria en Belém do Pará, en 1994.

La Organización de los Estados Americanos (OEA) cuenta con el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará y es el órgano encargado de analizar la implementación de la Convención y examinar las respuestas de los Estados parte.

En México, la Constitución Política prohíbe toda clase de discriminación motivada, entre otras razones, por el género (art. 1).

El artículo 2 acota la autodeterminación de los pueblos indígenas al respeto “de manera relevante, a la dignidad e integridad de las mujeres” y, en cuanto a la elección de sus autoridades, a garantizar “la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones”, evitando así prácticas discriminatorias en dichas comunidades so pretexto de los usos y costumbres.

Asimismo, en el artículo 4 afirma que “el varón y la mujer son iguales ante la ley”, idea que, a su vez, es reforzada al construir el concepto de ciudadanía otorgada en igualdad de condiciones a hombres y mujeres en el artículo 34.

Desde mediados del siglo pasado se han logrado avances jurídicos y sociales importantes; sin embargo, siguen existiendo estereotipos de género que impiden que la igualdad sustantiva sea una realidad.

Ana Reyes Retana Lasa

471. DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM, Convención) incluye tanto los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) de las personas mayores. Esta tridimensionalidad (civil, política y

social) no es frecuente en instrumentos de esta naturaleza y amerita subrayarse.

Derechos civiles, políticos y sociales presentes
en la Convención Interamericana sobre la Protección
de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

<i>Ciudadanía civil</i>	<i>Ciudadanía política</i>	<i>Ciudadanía social</i>
A la igualdad y no discriminación por razón de edad (art. 5), a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6), a la independencia y autonomía (art. 7), a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (art. 9), a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10), a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11), a la libertad personal (art. 13), a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información (art. 14), a la nacionalidad y a la libertad de circulación (art. 15), a la privacidad y a la intimidad (art. 16), a la propiedad (art. 23), igual reconocimiento como personas ante la ley (art. 30), a la justicia (art. 31)	Derechos políticos: votar libremente y ser elegido (art. 27), de reunión y asociación (art. 28)	A la participación e integración comunitaria (art. 8), derechos de la persona mayor que recibe cuidados de largo plazo (art. 12), a la seguridad social (art. 17), al trabajo (art. 18), a la salud (art. 19), a la educación (art. 20), a la cultura (art. 21), a la recreación, al esparcimiento y al deporte (art. 22), a la vivienda (art. 24), a un medioambiente sano (art. 25), a la accesibilidad y a la movilidad personal (art. 26), situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 29)

En el grupo de derechos civiles es especialmente relevante el *derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad en la vejez* (art. 5), el cual, a su vez, incluye género, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, migración, pobreza, marginación, afrodescendencia, indigenismo, como también la discriminación ejercida hacia personas sin techo, en prisión, pertenecientes a pueblos tradicionales o grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, así como el efecto multiplicador de la discriminación cuando se suman varias de estas condiciones o características.

El *derecho a la vida y a la dignidad en la vejez* (art. 6) tiene como principal especificidad que se garantice el acceso a los cuidados integrales —incluidos los cuidados paliativos— y el manejo apropiado de los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, evitando así el sufrimiento innecesario y las intervenciones inútiles. Asimismo, se indica el derecho de la persona mayor a *expresar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud* (art. 11).

El *derecho a la independencia y a la autonomía* (art. 7) abunda en el derecho a tomar decisiones, a definir el plan de vida —conforme a la cultura y tradi-

ciones de la persona mayor, si así lo desea— y a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias. Merece especial atención la inclusión del componente cultural/tradicional en este derecho. Igualmente se incorpora la libertad de residencia, en cuanto a “[...] que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir [...]” y no se vea obligada a vivir con quien no desea, tal y como señala el mencionado artículo.

El artículo 9 se refiere a *la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia*, y el 10 a *no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*, acotando la vida sin violencia a especificidades como el abuso financiero o patrimonial, la expulsión de su comunidad, el maltrato, el abandono o negligencia dentro y fuera del ámbito familiar.

El derecho a *la privacidad y a la intimidad* (art. 16) en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, contiene una alusión especial a los actos de higiene, en el sentido de que sea respetada la privacidad de la persona mayor. Además, subraya la tutela de este derecho especialmente en el caso de las personas mayores que reciben cuidados de largo plazo.

Se consagra en el derecho a *la propiedad* (art. 23) la libre disposición por parte de la persona mayor de sus bienes, con el fin de prevenir el abuso y la enajenación ilegal, protegiéndose especialmente a la mujer mayor para que pueda ejercer libremente este derecho.

Son solo dos los artículos dedicados a los derechos políticos de las personas mayores: el 27, que consiste en el derecho a *votar y ser elegido*, para lo cual se especifica no ser discriminado por motivos de edad, tener accesibilidad a las instalaciones y que los materiales sean fáciles de entender; y el 28, que garantiza el derecho a *reunión y asociación*, dirigido al fortalecimiento de las agrupaciones de personas mayores, así como de los liderazgos.

En el grupo de derechos sociales destaca el *derecho a la vivienda* (art. 24), en el que se esboza que deben adaptarse soluciones habitacionales que permitan a la persona mayor residir en su propio domicilio —conforme a su voluntad— y cubrir las necesidades específicas de quienes viven solos. Junto a ello se desarrolla la protección contra desalojos forzosos ilegales, además del derecho a la vivienda y a la tierra, especialmente importante para las personas mayores en el ámbito rural. Es de relevancia fundamental el derecho al crédito, que se incluye en este artículo, dado que es muy frecuente que la edad avanzada sea un motivo de discriminación negativa a la hora de la concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

El derecho a *la salud* (art. 19) está muy desarrollado en la Convención y pueden enfatizarse varios aspectos, a saber: la inclusión de los servicios de salud asequibles y de calidad para el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual en esta población; la contemplación de servicios socio-sanitarios para el tratamiento de enfermedades que generan dependencia como las crónico-degenerativas, las demencias y la enfermedad de Alzheimer, así como “los fiscalizados necesarios para los cuidados paliativos”. Es preciso poner de relieve la acertada inclusión de medidas de apoyo para los cuidadores.

En cuanto al derecho a *la educación* es preciso subrayar la mención de las necesidades de alfabetización y posalfabetización —dirigidas especialmente

a la mujer—, habida cuenta de que las mujeres mayores de hoy en día son el grupo de población que registra las tasas de analfabetismo más altas.

La riqueza del articulado de la Convención aborda prácticamente todos los aspectos esenciales de los derechos humanos de las personas mayores, habiéndose señalado aquí una pequeña selección de los mismos.

Aida Díaz-Tendero

472. DERECHOS HUMANOS DEL CONTRIBUYENTE

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 legítimos 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), reserva 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, Ve-

nezuela), 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

473. 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 acompasar 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

474. 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 indi-

recta”, 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 desprevénidamente 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

475. 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 (Zagrebel'sky).

Luis Espíndola Morales

476. 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 Nationalsocialista 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 *Chapiinsky 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 Espindola Morales

477. 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 (CEPDHLF), 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 CEPDHLE, 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 (*Ždanoka 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; Herriarren 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 *Korestky 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

478. **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

479. DERECHOS POLÍTICOS DE LAS MUJERES (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Un primer antecedente de la regulación internacional de los derechos políticos de las mujeres en América Latina lo constituye, por un lado, la Convención Interamericana sobre Concesión de Derechos Políticos a la Mujer (Bogotá, 1948) y, por el otro, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (Nueva York, 1953). Ambos textos centraban su atención en los derechos a votar y ser votadas, estableciendo que el género no puede ser condicionante de reconocimiento de los mismos, que corresponden a todas las personas que gozan de la ciudadanía. De ahí que las mujeres deben tener el mismo derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, también llamada Pacto de San José), documento que dio pie a la construcción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, fue adoptada por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969 y estableció dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la primera (creada en 1959) reconoce, de manera absoluta, la igualdad entre el hombre y la mujer, y condena cualquier discriminación que atente contra ella en todas sus formas. Tal es el caso de los demás instrumentos básicos de nuestro sistema regional: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará, 1994) y la Carta Democrática Interamericana (2001).

En especial, la CADH establece en su artículo 1.1 que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Asimismo, en el artículo 16.1 precisa que todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines políticos, entre otros.

El artículo 23 de la misma (“Derechos Políticos”) establece puntualmente tales derechos, al estipular que “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: *a)* de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; *b)* de 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, y *c)* de tener acceso, en condiciones generales

de igualdad, a las funciones públicas de su país”, mientras que el artículo 24 preceptúa que todas las personas son iguales ante la ley.

Por su parte, la Convención de Belém do Pará establece en su artículo 4 que “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: [...] f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley [...] y; j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones”.

Finalmente, la Carta Democrática Interamericana establece, en su artículo 28, que los Estados promoverán la plena e igualitaria participación de la mujer en las estructuras políticas de los respectivos países como elemento fundamental para la promoción y ejercicio de la cultura democrática.

Del análisis de las disposiciones que integran el Sistema Interamericano se advierte que este protege con toda su fuerza la igualdad de derechos entre las mujeres y los hombres, y obliga a los Estados a adoptar medidas necesarias (que incluso pueden ser más amplias que las previstas por los instrumentos internacionales) para lograr la igualdad real.

Por último, es necesario señalar que en un número importante de ordenamientos jurídicos de origen nacional en los Estados americanos ha transitado en la vía de constitucionalizar o legalizar un conjunto de acciones positivas con el propósito de fomentar y reforzar la participación de las mujeres en el ámbito político (en la década de 1990, un total de 13 países habían introducido en sus legislaciones medidas para promover la participación política de las mujeres, habida cuenta del reducido número de ellas en los cargos públicos de más alto nivel [Villanueva, 2007]). Los Estados —no solo los latinoamericanos— han optado por la aplicación de una fórmula tripartita a fin de establecer las cuotas de género para ampliar la participación política de las mujeres. La reserva de un número determinado de curules, cuotas partidistas y cuotas legislativas, siendo esta última opción la que puede considerarse determinante en América Latina.

Vale destacar dos asuntos admitidos por la Comisión Interamericana, en los que se hicieron valer presuntas vulneraciones al derecho a la participación política de las mujeres en condiciones de igualdad: *María Merciadri de Morini vs. Argentina*, mediante el Informe 103/01 de 11 de octubre de 2001, y *Janet Espinoza Feria y otras vs. Perú*, mediante Informe 51/02 de 10 de octubre de 2002. Ambos permitieron establecer la competencia de la Comisión para conocer de presuntas violaciones a los derechos políticos de las mujeres ante el incumplimiento de normas sobre cuotas electorales.

En ese contexto, la Corte Interamericana seguramente jugará, en un futuro, un papel de suma importancia en las resoluciones que en su caso pudiese llegar a adoptar sobre estos temas fundamentales (Caballero Ochoa y Rábago Dorbecker, 2014, pp. 574-578).

Janine M. Otálora Malassis

480. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

La noción de derechos reproductivos se acuñó en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y en la Cuarta Conferencia

Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), gracias a un notable cambio de paradigma en el tratamiento de la reproducción humana, que abandonaba el tradicional enfoque centrado en las políticas de control poblacional y pasaba a considerar a la sexualidad y la reproducción como una cuestión inextricablemente unida a la salud y, en el caso de las mujeres, al desarrollo de su autonomía personal.

El Programa de Acción de El Cairo hacía así expresa mención, en su punto 7.3, a los derechos reproductivos, subrayando que “se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas y de cada persona a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva” (Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, 1994).

En los últimos años, distintas iniciativas de Naciones Unidas han subrayado la relación entre la garantía de estos derechos y el desarrollo sostenible. Así, dos de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, fijados por la Asamblea General de las Naciones Unidas para ser alcanzados en 2015, estaban directamente relacionados con los derechos sexuales y reproductivos, al centrarse en la salud materna y la lucha contra el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) (Declaración del Milenio, 2000). En la misma línea, los Objetivos de Desarrollo Sostenible, adoptados en la Cumbre de Desarrollo Sostenible (Nueva York, 2015), vuelven a hacer hincapié en esa conexión. El “Objetivo 3: Salud y Bienestar” hace referencia expresa a la salud materna y la lucha contra el VIH, mientras que el “Objetivo 5: Igualdad de género” subraya la dimensión de género de los derechos sexuales y reproductivos, al incluir entre sus metas la garantía de estos derechos (Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 2015).

A partir de este reconocimiento internacional, la doctrina más generosa ha llegado a identificar hasta 12 derechos sexuales y reproductivos, que incluirían los derechos a: no morir por causas evitables relacionadas con el parto y el embarazo; a la salud reproductiva; a estar libre de explotación sexual y de violencia basada en el sexo y el género; a decidir sobre el número y el intervalo de los hijos; a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias sobre las funciones reproductivas; a no ser discriminado en la esfera de la vida y la salud reproductiva; al matrimonio y a fundar una familia; al empleo y a la seguridad social, incluyendo un derecho a la protección legal de la maternidad en el ámbito laboral, a disfrutar de un ambiente laboral libre de acoso sexual, a no ser discriminada por razón de embarazo o maternidad y a no ser despedida por causa de embarazo; a la educación en materia sexual y reproductiva; a recibir información sobre los derechos y las responsabilidades en materia de sexualidad y reproducción; a no sufrir costumbres que perjudican la salud reproductiva; y, finalmente, a disfrutar del progreso científico en el ámbito de la reproducción humana (Gebhard y Trimino, 2012).

En la actualidad, ningún instrumento internacional recoge de forma ordenada todos estos derechos sexuales y reproductivos, de modo que la doctrina y distintos tribunales y organismos internacionales los han deducido a partir de derechos más tradicionales. En el marco del sistema de las Naciones Unidas, el reconocimiento de estos derechos se ha ligado al derecho a la vida

(arts. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP— y 6 de la Convención de los Derechos del Niño [CDN]), que incluiría los derechos a: no morir por causas relacionadas con el parto o postparto; a la salud, en su vertiente de salud reproductiva (arts. 10 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC], 12 y 14 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW] y 24 CDN); a la integridad y la libertad y seguridad personales (arts. 7 y 9 PIDCP y 37 CDN); a no sufrir violencia de género (arts. 5 y 6 CEDAW y 19 y 34 CDN); a decidir el número y espaciamiento de los hijos (art. 16 CEDAW); a la vida privada (arts. 17 PIDCP y 16 CDN); a no ser discriminado (arts. 2 PIDCP, 2 PIDESC, 1, 3 y 11 CEDAW y 2 CDN); a contraer matrimonio (arts. 23 PIDCP, 16 PIDESC y 16 CEDAW); a la seguridad social y a la protección de la maternidad en el trabajo (arts. 6 y 7 PIDESC y 11 CEDAW); a no sufrir costumbres que dañen la salud de las mujeres, inclusive la salud sexual y reproductiva (arts. 2 y 5 CEDAW y 24 CDN); a la educación y la información (arts. 13 y 14 PIDESC, 23 y 28 CDN y 10 CEDAW), y a beneficiarse del progreso científico (arts. 7 PIDCP y 15 PIDESC) (para mayor desarrollo véase Gebhard y Trimino).

En el marco de los sistemas regionales, el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África (2003) destaca por su reconocimiento expreso de un importante elenco de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres (art. 5, erradicación de costumbres perjudiciales, como la mutilación genital; art. 6, derecho a la igualdad en el matrimonio y prohibición del matrimonio forzoso e infantil; art. 13, protección en el trabajo; art. 14, derechos sexuales y reproductivos).

En el marco del Sistema Interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace expresa referencia al derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (art. 17) y el Protocolo de San Salvador garantiza la protección de las madres trabajadoras (art. 9) y de la familia (art. 15). Aun sin hacer referencia explícita a los derechos sexuales y reproductivos, la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer debe ser también citada por la trascendencia que tiene el reconocimiento del derecho a no sufrir violencia basada en el sexo o género en relación con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Con las mimbres que les proporcionan estos instrumentos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se han pronunciado sobre determinados derechos sexuales y reproductivos, como el derecho a no sufrir violencia sexual (Corte IDH, caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, núm. 205); el derecho a no sufrir violencia de género a manos de la pareja (CIDH, *María da Penha vs. Brasil*, informe de 16 de abril de 2001); la prohibición de esterilizaciones forzosas (Corte IDH, caso *I. V. vs. Bolivia*, sentencia de 30 de noviembre de 2016, núm. 329); la interrupción voluntaria del embarazo (CIDH, *Ramírez Jacinto vs. México*, informe de 9 de marzo de 2007), o la fecundación asistida (Corte IDH, caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012, núm. 257).

En el marco del Sistema Europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos hace referencia expresa únicamente al derecho al matrimonio y a fundar una familia (art. 12), mientras que la Carta Social Europea revisada

garantiza la especial protección de las madres y mujeres trabajadoras, inclusive frente al acoso sexual en el ámbito laboral (arts. 8, 20, 26 y 27), así como la protección de la familia (art. 16). No obstante, a partir de otros derechos reconocidos en el Convenio, el Tribunal Europeo ha desarrollado una nutrida jurisprudencia en materia de derechos sexuales y reproductivos al pronunciarse sobre violencia y explotación sexual (caso *M.A. vs. Eslovenia*, sentencia de 15 de enero de 2015, núm. 3400/07); asistencia sanitaria durante el parto y el posparto (caso *Dubská y Krejzová vs. República Checa*, sentencia de 11 de diciembre de 2014, núms. 28859/11 y 28473/12); esterilizaciones forzadas (caso *V.C. vs. Eslovaquia*, sentencia de 8 de noviembre de 2011, núm. 18968/07); interrupción voluntaria del embarazo (caso *A, B y C vs. Irlanda*, sentencia de 16 de diciembre de 2010 [Gran Sala], núm. 25579/05), y fecundación asistida (caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia*, sentencia de 24 de enero de 2017 [Gran Sala], núm. 25358/12).

María Díaz Crego

481. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Los derechos sexuales y reproductivos suelen ser nombrados en conjunto, pero sobre ello cabe hacer precisiones, pues el ejercicio de la sexualidad no necesariamente conlleva la reproducción, y aunque esto es una opción y, por ende, se ejerce la autonomía reproductiva, se debe aclarar que el ejercicio del derecho a la reproducción puede realizarse sin ejercer un derecho sexual, como es el caso del acceso a las técnicas de reproducción asistida.

Es decir, mientras que el ejercicio de la sexualidad conlleva el ejercicio de la libertad reproductiva, el ejercicio de la libertad reproductiva puede implicar el ejercicio de la libertad sexual, pero no siempre. En este sentido, es importante entender que aunque su relación es específica e intrínseca, también es posible analizarlos de manera separada.

Los derechos sexuales se refieren a la libertad que tienen todas las personas de ejercer y expresar la sexualidad sin ningún límite arbitrario, obstáculo o discriminación. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido la libertad sexual como “el respeto hacia la sexualidad y las relaciones sexuales, el reconocimiento a la posibilidad de obtener placer y tener experiencias sexuales seguras, libres de coerción, discriminación y violencia”.

Los derechos reproductivos implican la libertad de todas las personas de decidir si desean o no reproducirse, cómo, con quién, en qué momento y en qué circunstancias. En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) se determinó que “los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia, de conformidad con lo establecido en los instrumentos de derechos humanos.

En el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido una serie de sentencias relacionadas con estos

derechos, en las cuales se han desarrollado criterios muy relevantes para la conformación del *ius commune*. Como podrá observarse, el desarrollo ha sido constante y progresivo, fundamentado en la autonomía individual y el principio de dignidad del que parten todos los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Sobre la orientación sexual. En febrero de 2012 se publicó la sentencia del caso *Karen Atala e hijas vs. Chile* en la cual la Corte IDH estableció que la orientación sexual forma parte de las categorías sospechosas que reconoce el artículo 1.1 de la CADH, ello al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” de dicho artículo. Asimismo, se reconoció el derecho a la expresión de la sexualidad, lo que implica el reconocimiento de la autonomía.

En febrero de 2016, la Corte resolvió el caso *Duque vs. Colombia*, en el que reiteró dichos criterios y argumentó que ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, en modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. Este criterio fue reiterado unos meses más tarde, en agosto de 2016, en el caso *Flor Freire vs. Ecuador*, al que además agregó que el derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de homosexual en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas.

Sobre la libertad sexual. En marzo de 2018, la Corte IDH publicó la sentencia del caso *VR.P, VPC. y otros vs. Nicaragua*, en el que resolvió la violación de una menor de edad. Este fallo resulta muy relevante, pues se declara responsable al Estado por no haber garantizado la debida diligencia en las investigaciones del delito de violación sexual, obligación que se desprende de los artículos 8 y 25 de la Convención de Belém do Pará. Si bien no es el primer asunto que refiere los estándares para casos de violencia sexual en contra de mujeres (otros ya han tratado esa cuestión: *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Fernández Ortega y otros vs. México, Espinoza Gonzáles vs. Perú* y *Favela Nova Brasília vs. Brasil*), explica que las medidas especiales de protección que el Estado debe adoptar se basan en el hecho de que las niñas, niños y adolescentes se consideran más vulnerables a violaciones de derechos humanos, por lo que establece criterios reforzados para el cumplimiento del deber de debida diligencia.

En noviembre de 2018 se publicó la sentencia del caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, en el que se encontró al Estado responsable de la violencia sexual sufrida por varias mujeres en el contexto de un enfrentamiento sucedido en la población de Atenco, Estado de México. En el fallo, la Corte IDH reitera sus criterios respecto a casos que involucran alguna forma de violencia sexual y precisa que las violaciones a la integridad personal conllevan la afectación de la vida privada de las personas, protegida por el artículo 11 de la CADH, la cual abarca la vida sexual o sexualidad de las personas, y condena especialmente la violación sexual de una mujer que se encuentra detenida o bajo la custodia de un agente del Estado como un acto especialmente grave y reprochable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente.

Sobre los derechos reproductivos. El caso seminal sobre los derechos reproductivos fue *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. En este, la Corte IDH determina que Costa Rica vulnera los derechos de varias parejas que no han logrado acceder a la técnica de la fertilización *in vitro* para conformar una familia, debido a que

la ha prohibido absolutamente. Se reconoce que el derecho a la vida privada y a la familia, contenidos en la CADH, implican la protección y garantía de la autonomía reproductiva; asimismo, que la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave de la autonomía y la libertad reproductiva.

En *I.V. vs. Bolivia*, la Corte IDH se ocupó de la responsabilidad del Estado en una situación de esterilización forzada y determinó que el derecho a la familia y vida familiar reconocido en la CADH comprende el derecho a fundar una familia e incluye como componente el derecho a procrear. A partir de ello, relaciona estos derechos con el derecho a la intimidad y la autonomía, mismas que a su vez requieren de información suficiente para tomar decisiones. Este asunto hace una relación importante entre la autonomía reproductiva y el derecho al consentimiento informado, pues, se insiste, la ausencia de información implica una barrera para el ejercicio pleno de este derecho y un impedimento para la toma de decisiones de forma libre y plena.

Como puede observarse, la CADH no reconoce los derechos sexuales y reproductivos de manera textual, sino que se han interpretado e integrado pretorianamente a partir del derecho a la vida familiar y a la intimidad, así como del derecho a la salud y, por supuesto, del derecho a la igualdad y no discriminación.

Geraldina González de la Vega

482. DERECHOS SINDICALES

Los derechos sindicales se encuentran íntimamente ligados al derecho de asociación, ya que los sindicatos constituyen una de las posibles asociaciones que las personas tienen derecho a constituir o abandonar libremente, y a las que pueden pertenecer o no, si no se desea. La especificidad de los derechos sindicales consiste en que esta serie de libertades se da en el contexto de una relación laboral.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el artículo 23, que regula el derecho al trabajo y las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, que “toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses” (numeral 4).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en vigor desde el 16 de diciembre de 1966, abarca de manera más extensa el contenido de los derechos sindicales, incluyendo el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección con la finalidad de promover y proteger sus intereses económicos y sociales, con la única limitación de los estatutos del propio sindicato (art. 8.1.a).

Este precepto, además de reconocer el derecho individual de fundar y afiliarse a sindicatos, reconoce derechos colectivos de los propios sindicatos, tales como: “a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de estas a fundar organizacio-

nes sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país”.

Como puede apreciarse de tales preceptos, los derechos sindicales abarcan derechos tanto individuales como colectivos.

Lelia Jiménez Bartlett

483. DERECHOS SOCIALES (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

La jurisprudencia mexicana sobre los derechos sociales avanza en forma convergente para lograr la adjudicación de su contenido como normas constitucionales plasmadas desde 1917 y expandidas con las reformas de 2011, en confluencia con la ampliación de los actos y omisiones justiciables para individuos y grupos mediante la Ley de Amparo de 2013. En su dimensión actual, la jurisprudencia sobre los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) se apoya en la Constitución y también en las normas de los tratados internacionales; las interpretaciones e informes de los comités de la Organización de las Naciones Unidas (p. ej., el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus observaciones generales, el Comité de Derechos Humanos y el Comité de los Derechos del Niño); en las Convenciones de la OIT (particularmente la 169), y en la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para lograr que los derechos sociales tengan el efecto que se espera y cumplan con los fines de la carta magna, todo sistema constitucional tiene un modelo de control para someter a la regularidad constitucional los actos, omisiones y normas generales de los poderes públicos, y ahora de los privados. En este sentido, el sistema mexicano cuenta con un modelo amplio de exigibilidad por medio del juicio de amparo y de las acciones de inconstitucionalidad, que son los mecanismos gracias a los cuales los derechos sociales han vertebrado su fuerza normativa por su origen y contenido material, su obligatoriedad hacia todos los operadores, la proyección multidimensional de la dignidad humana (como objeto del Estado constitucional) y la garantía judicial y política de su protección.

El modelo mexicano de justiciabilidad de los derechos sociales parte de los principios de interdependencia, progresividad y legitimación activa, esta última no solo reconocida a individuos, sino también a grupos, ambos con intereses jurídicos y legítimos que han podido reclamar los DESCAs con nuevas directrices para grupos de consumidores, empleadas domésticas, comunidades indígenas y grupos de la sociedad civil. La agenda mexicana de derechos sociales está creando una “demosprudencia” integrada por las interpretaciones y procesos constitucionales instados por agrupaciones e individuos que buscan orientar las decisiones jurisdiccionales y políticas hacia la justicia social. Esta agenda se halla en construcción y enriquecimiento conceptual mediante la aplicación de la Constitución y los tratados internacionales.

Así, antes de 2011, el enfoque predominante de la exigibilidad de los derechos sociales era supeditarlos a las políticas públicas. Como llanero solitario,

previo a la citada reforma, existió un precedente de amparo que ya anunciaba la cualidad autoritativa del artículo 4 constitucional. Destaca, por ejemplo —desde 2007, tristemente cumplida hasta 2017—, la sentencia del caso *Mini Numa* (comunidad pobre de la sierra de Guerrero) en la que se reconoció el derecho de esta comunidad indígena a contar con servicios médicos elementales en una clínica de salud. Desde aquel entonces se aludió al derecho internacional como norma vinculante, pero el poslitigio dio cuenta de la débil garantía procesal y de las reiteradas evasivas del poder ejecutivo para retrasar el cumplimiento de la sentencia de amparo.

Educación y salud. En materia de control y rendición de cuentas, como muestra de la coyuntura entre derechos sociales y la legitimación colectiva para someter a rendición de cuentas al poder político, un asunto relevante es el amparo indirecto 323/2014. En la sentencia se reconoció la legitimación de una organización de la sociedad civil para reclamar a las autoridades educativas el uso adecuado de ciertas partidas y la fiscalización de los recursos públicos.

En materia de educación, concatenada a la buena alimentación, un asunto novedoso en el que se reafirmó la importancia del derecho a la salud colectiva fue el amparo indirecto 1/2015, en el que la empresa quejosa (Embotelladora del Fuerte-Coca-Cola) impugnó diversos preceptos de la Ley General de Educación, por considerar que su libertad de trabajo fue limitada mediante la prohibición de venta de sus bebidas en las escuelas del sistema nacional de educación.

En el amparo indirecto 750/2015, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), promovido por estudiantes de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (UMSNH), surgieron cuatro importantes criterios de jurisprudencia. La tesis 1a./J. 86/2017 (10a.) de rubro “Principio de progresividad. Es aplicable a todos los derechos humanos y no solo a los llamados económicos, sociales y culturales” reafirma el carácter vinculante del artículo 1 como principio irradiador para todos los derechos sin hacer distinciones conceptuales. La tesis 1a./J. 85/2017 (10a.) fija los alcances del principio de progresividad de los derechos humanos, de tal manera que: “En sentido positivo, del principio de progresividad derivan para el legislador (sea formal o material) la obligación de ampliar el alcance y la tutela de los derechos humanos; y para el aplicador, el deber de interpretar las normas de manera que se amplíen, en lo posible jurídicamente, esos aspectos de los derechos. En sentido negativo, impone una prohibición de regresividad: el legislador tiene prohibido, en principio, emitir actos legislativos que limiten, restrinjan, eliminen o desconozcan el alcance y la tutela que en determinado momento ya se reconocía a los derechos humanos, y el aplicador tiene prohibido interpretar las normas sobre derechos humanos de manera regresiva, esto es, atribuyéndoles un sentido que implique desconocer la extensión de los derechos humanos y su nivel de tutela admitido previamente”. Por su parte, la tesis 1a./J. 84/2017 (10a.) versa sobre la posibilidad de que el “derecho a la educación universitaria se pueda implantar progresivamente de forma gratuita”, pues es bien sabido que el artículo 3 constitucional da autonomía para que las universidades fijen sus parámetros de admisión. Finalmente, el amparo 750/2015 estableció también los límites al principio de progresividad, al señalar en la tesis 1a./J. 87/2017 (10a.) que el “Principio

de progresividad de los derechos humanos. La prohibición que tienen las autoridades del Estado mexicano de adoptar medidas regresivas no es absoluta, pues excepcionalmente estas son admisibles si se justifican plenamente”.

Medioambiente. Un caso reciente que demuestra la posibilidad de controvertir actos de autoridades y particulares en detrimento del medioambiente es el relleno del manglar de Tajamar (Cancún). Gracias a la intervención de grupos de litigio estratégico y del consenso social para proteger los manglares como fuente de vida anfibia, se promovió un amparo que concedió la suspensión provisional de las obras de remoción de vegetación y relleno por el daño irreparable a todo el ecosistema y del derecho colectivo-humano a un medioambiente limpio. En armonía con lo dispuesto por el artículo 4 constitucional, el fundamento para conceder la suspensión surgió de los principios de protección preventiva (*in dubio pro natura*), previstos en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, tal como se desprende del recurso de queja 23/2016 (resolución de 28 de enero de 2016, pp. 30-34). Los argumentos también señalan la importancia de la protección al medioambiente y las especies endémicas de flora y fauna dañadas por la obra.

En el tema de las políticas públicas a favor del medioambiente y la salud, un juez de distrito emitió una sentencia estructural sobre la excesiva contaminación de una zona lacustre y turística de la Ciudad de México. Mediante acción colectiva promovida por pobladores de la zona en el amparo indirecto 267/2014, diversas autoridades locales y federales fueron condenadas por “su omisión de adoptar todas las medidas a su alcance para restaurar ecológicamente y sanear los canales del Barrio de San Miguel producto del daño generado sobre todo por el vertimiento de aguas residuales provenientes del Río Ameca” (sentencia de 21 de octubre de 2016). Este amparo puede ser punta de lanza para condenar a otras autoridades cuyas omisiones permiten el deterioro permanente del medioambiente.

Otro amparo esencial para el futuro de la protección al medioambiente fue el amparo en revisión 307/2016, resuelto por la Primera Sala de la SCJN en contra de los megaproyectos de desarrollo inmobiliario municipal, y de Coca Cola, en las 175 hectáreas de humedales y manglares de la Laguna del Carpintero, en Tampico. Mediante interés legítimo, debido a que habitan en la zona y disfrutaban de los servicios ambientales del manglar de dicha laguna, las quejas demandaron la cancelación de las licencias y permisos de construcción para la realización del “Parque Ecológico Centenario”. La Primera Sala de la SCJN, a través de su razonamiento, expuso las concepciones de la autonomía del medioambiente como un bien jurídico fundamental dentro del cuerpo normativo nacional, internacional e interamericano que, bajo su dimensión colectiva e individual, impone a los Estados deberes positivos de protección. En este sentido, la Sala reconoce el valor del medioambiente —y los servicios que presta a los individuos y la sociedad— como un bien jurídico protegible en sí mismo, de modo que explicita el principio de precaución (*in dubio pro natura*) previsto en el artículo 15 de la Convención de Río sobre el Medio Ambiente, y señaló que opera bajo los subprincipios de anticipación y pauta interpretativa (en relación con la administración pública implica el deber de advertir, regular, controlar, vigilar o restringir ciertas actividades que son riesgosas para el medioambiente) y bajo la línea del concepto de riesgo ambiental, que significa que “una vez identificado el riesgo, la falta de prue-

bas científicas o técnicas no es motivo para no tomar las medidas necesarias para salvaguardar el medio ambiente” (ejecutoria del amparo en revisión 307/2016, de 14 de noviembre de 2018, párrs. 90-104). Los efectos de la sentencia fueron estructurales, pues la Primera Sala ordenó a las autoridades responsables detener la obra y comenzar la recuperación de los servicios ambientales del ecosistema (e incluyó a otras competentes en materia ambiental, con metas a corto y largo plazo). Para tal efecto, ordenó la creación de un proyecto de recuperación del manglar en la Laguna del Carpintero que cuente con metas, cronograma, medidas de participación a favor de las quejas y financiamiento público (párrs. 272-282).

En materia de salud y medioambiente, la jurisprudencia mexicana sigue las tendencias de la Corte Interamericana. A mediano plazo, será interesante visualizar la influencia de la opinión consultiva OC-23/17 dictada por esta, en la que se propone un enfoque progresista al reconocer el derecho a la información ambiental como parte de la política pública y la legislación de los Estados, así como la obligación de prevenir daños transfronterizos, regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción con el objeto de proteger la vida, la salud y la integridad personal.

Derechos colectivos de los consumidores. Otro amparo social en construcción jurisprudencial es el 2244/2014, en el que un grupo de consumidores alegó que la publicidad de una empresa —que vende zapatillas deportivas— no cumplía con los requisitos previstos en el artículo 28 constitucional y en la ley del consumidor relativos a la veracidad, información y comprobación a favor del consumidor y que, contrario a ello, la publicidad era engañosa, falsa e inducía al error al consumidor. La SCJN reconoció que en este tipo de acciones colectivas debe aplicarse el principio *favor debilis* en materia de pruebas a favor de los consumidores (amparo directo en revisión 2244/2014, sentencia de 11 de marzo de 2015, párrs. 138-141).

Otro frente de acciones colectivas indígenas contra actividades agroindustriales lo constituye el amparo 198/2015 (y sus acumulados), en el que un grupo de comunidades mayas pidió la anulación del permiso otorgado a la transnacional Monsanto para sembrar soya genéticamente modificada. El amparo logró que se estudiara la omisión de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados de no considerar un mecanismo de consulta efectivo a favor de los grupos de apicultores mayas afectados por la siembra de soya en un perímetro de 500 hectáreas de terrenos colindantes a los suyos.

Derechos laborales. En el amparo directo en revisión 9/2018 (resuelto por la Segunda Sala de la SCJN), una empleada doméstica reclamaba el pago de todas las prestaciones constitucionales y legales que le correspondían por 50 años de trabajo. La sentencia, cuyos efectos son estructurales, podría beneficiar a todo el universo de empleadas domésticas, pues “la Sala advirtió que en virtud de la falta de acceso a los servicios médicos, de seguridad social, fondo de ahorro, puntaje para vivienda y otras prestaciones laborales se encuentra en aptitud de examinar de manera integral la regulación que atañe a la seguridad social de los trabajadores domésticos; y en consecuencia hizo del conocimiento del IMSS esa situación discriminatoria y ordenar que dentro de un plazo prudente (primer semestre de 2019), implemente un programa piloto que tenga como fin diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar” que tome en cuenta las particularidades del

trabajo y sea obligatorio. Así, la posición que adopta la SCJN cambia totalmente la visión que se tiene del amparo directo como un recurso de casación con efectos *erga omnes*. Es importante mencionar que la acción laboral que dio origen al amparo no fue colectiva, es decir, se trató de un procedimiento individual, por lo que —aparentemente— no se trataba de un grupo con interés jurídico o interés legítimo que compartiera un problema común y que se vieran afectados en sus derechos.

Estos son, en parte, los nuevos casos de justiciabilidad de derechos sociales, cuya jurisprudencia, en la SCJN y en los tribunales federales, se halla en pleno crecimiento y expansión.

Isaac de Paz González

484. DERECHOS SOCIALES (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El modelo europeo de protección de los derechos sociales tiene sus antecedentes en el Consejo de Europa y la Carta Social Europea (CSE) adoptada en 1961 y revisada en 1996. Los principios que guían la acción del Consejo de Europa son la democracia, el imperio del derecho y el respeto a los derechos humanos. La CSE fundó el Comité Europeo de Derechos Sociales (ECSR, por sus siglas en inglés), y tutela los siguientes derechos sociales: educación, vivienda (normas para su acceso, evitar lanzamientos, reducir el número de personas sin hogar), protección social y legal, salud, protección contra la pobreza y exclusión social, libertad de tránsito e inmigración, cuidado de las personas mayores, etc. Los Estados parte establecen, como parte de su política, la creación de medios adecuados en el plano nacional e internacional y las condiciones de acceso a los derechos sociales. En la parte II, la CSE establece qué tipo de obligaciones son vinculantes para los Estados, y señala que son respecto de los derechos laborales colectivos, los derechos de las trabajadoras, la remuneración equitativa del trabajo, los derechos de orientación y formación profesional, las medidas adecuadas para la protección de la salud, la asistencia social, el derecho a ejercer una profesión en el territorio de otros Estados, la igualdad de oportunidades de empleos, el derecho a la mejora de las condiciones de trabajo y el derecho a una vivienda adecuada.

La CSE contempla un procedimiento de reclamaciones colectivas (parte IV) que solo vincula a los Estados que hayan ratificado el Protocolo Adicional a la Carta, de 1995. El sistema de quejas reconoce legitimación activa a organizaciones nacionales e internacionales de empleadores y entidades consultivas reconocidas por el Consejo de Europa para reclamar la aplicación insatisfactoria de la CSE. La reclamación se hace por escrito, precisando la parte de la CSE que ha sido incumplida (art. 4 del Protocolo); el procedimiento de reclamación colectiva es incoado por cualquier organización reconocida por el Consejo de Europa. Las reglas precisas para la tramitación de la queja están dispuestas en la parte VIII del Reglamento del ECSR en los capítulos I a III, que establecen el examen de la admisibilidad de la queja; posteriormente, determina dar vista a las partes (para que remitan sus observaciones por escrito) y llevar a cabo una audiencia en la que se escucha los planteamientos de las partes y, finalmente, llevar a cabo las deliberaciones donde el Comité emitirá la decisión de fondo para reconocer, o no, la violación a los preceptos de la CSE.

Una muestra de la exigibilidad de los estándares vitales (influenciados por las normas internacionales y las directrices de la CSE), que da viabilidad al concepto de “pisos de protección social”, se puede verificar en la decisión del ECSR *Finnish Society of Social Rights vs. Finlandia*. En ella, Finnish Society alegó que Finlandia no tiene un sistema de protección efectivo de salud y de seguridad social: “In the view of current level of basic minimum level of social security the situation in Finland is not in accordance with the Treaty along the opinion of our Association. Several basic minimum benefits on which many Finnish people has to live on are under the level the Treaty presupposes” (núm. 88/2012, 21 de enero de 2013). En su decisión, el Comité resolvió que se actualizan violaciones a los artículos 12.1 y 13.1 de la CSE a causa de la reducción de la pensión a 40% del ingreso medio que no corresponde a las obligaciones ahí previstas, por lo que la reducción impactaba negativamente en los beneficios de vivienda y asistencia social. El caso expuesto ejemplifica que, en la justiciabilidad de los derechos sociales, necesariamente se debe apreciar el contexto y efectividad sistemática de las políticas públicas. El mito de que los organismos regionales no pueden abordar ciertos temas de soberanía estatal es derrotado por la obligatoriedad horizontal de los DESC y por la voluntad política que existe en los Estados para cumplir las normas internacionales. Europa es un ejemplo de sociedad política virtuosa que se preocupa por la seguridad económica de sus habitantes y de la supervivencia en niveles que les permitan afrontar la vida cotidiana. La desventaja del procedimiento colectivo es que pocos Estados que lo han ratificado.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): jurisprudencia convergente a favor de la dimensión social-prestacional de los derechos civiles y políticos. En el sistema regional europeo, la justiciabilidad de los derechos humanos compete al TEDH en razón de la interpretación y aplicación de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). De forma conexas, el Sistema Europeo cuenta con protección ante el TJUE. Esta dualidad surge porque el TEDH es el órgano especializado y el TJUE, al juzgar diversos actos y directivas de la Unión Europea, otorga protección accesoria a los derechos fundamentales. Las líneas de justiciabilidad de los derechos sociales se dan a través de mecanismos no litigiosos, de una interpretación indirecta del derecho a la no discriminación y vida privada, y del hecho de que no existe una línea de protección de los derechos de los pueblos indígenas del Norte de Europa que han reclamado la protección a sus tierras.

El TEDH es un órgano jurisdiccional subsidiario para aplicar los derechos humanos en los casos que sean inobservados por los Estados parte: propone acuerdos amistosos, desarrolla jurisprudencia y opiniones consultivas y proporciona lineamientos para la armonización de la legislación doméstica con el *acquis communautaire*, sobre derechos humanos. Los derechos sociales son protegidos en la jurisdicción regional europea de forma indirecta mediante la interpretación de los derechos previstos en la CDFUE y el CEDH. Esta dimensión extensiva de los derechos civiles refuerza su exégesis como derechos que proyectan la autonomía y la inclusión individual, y así, tales derechos no solo son garantías negativas, sino que contienen ámbitos prestacionales y “obligaciones de hacer” para los Estados.

Los casos resueltos por el TEDH mantienen una relación interpretativa a partir del uso del contenido de los derechos individuales de no discriminación, derecho a la vida e igualdad para, de este modo, proteger los derechos sociales. Esta forma de aplicación hasta ahora ha sido suficiente, aunque es necesario proporcionar un trato independiente a cada uno de los derechos y robustecerlos con los postulados individuales. No obstante, en casos de derechos sociales, se ha optado por extender la dimensión protectora del derecho al debido proceso y la prohibición de discriminación (arts. 6.1 y 14 CEDH) en relación con la protección efectiva a la seguridad social.

Es necesario mencionar que el CEDH es el instrumento más usado para la justiciabilidad de los derechos sociales. Su modificación más reciente data de 2010, y su exigibilidad es la fuente de la fuerza normativa en los asuntos que ha resuelto el TEDH, ya que sus disposiciones son las que pueden ser aplicadas directamente por el referido órgano. Así, las formulas empleadas por dicho Tribunal no contienen un estudio autónomo de los derechos de medioambiente o salud, ya que los incluyen como parte del derecho a la vida o a la privacidad. Por ejemplo, en el caso *López Ostra vs. España*, el TEDH aplicó la protección indirecta del derecho a la salud y al ambiente a la luz del derecho a la vida privada; mediante la interpretación del contenido del artículo 8 de la CDFUE, que protege el derecho a la familia y los derechos a un medioambiente sano en la vida comunitaria. El TEDH argumentó la falibilidad del Estado para regular la contaminación industrial que causó daños a los quejosos.

El artículo 14 del CEDH contiene una provisión que ha tenido profundas consecuencias en el reconocimiento y la protección de los derechos sociales y económicos, pues establece la regla general que prohíbe el trato discriminatorio: “Prohibición de discriminación: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Mediante este precepto, el TEDH extiende la aplicación del Convenio más allá del aspecto sustantivo, proporcionando protección ante el tratamiento discriminatorio, e indirectamente aplica los derechos sociales para suplir las limitaciones normativas de dicho instrumento. En *Yordanova y otros vs. Bulgaria* (2012), el TEDH determinó la existencia de violaciones al artículo 8 del CEDH, que reconoce el derecho a la vida privada y protección del domicilio. En la sentencia, innovadora en el sentido de que se aludió a la necesidad de armonizar las leyes domésticas de Bulgaria con dicho instrumento y el principio de proporcionalidad, se ordenó la revocación de la orden de desalojo y la suspensión de sus efectos, hasta que se cumplieran los objetivos y las medidas para asegurar la protección a los derechos de los reclamantes. Esta sentencia puede considerarse como una forma de protección instrumental del derecho a la vivienda y su interdependencia con otros derechos, y cobra especial relevancia por la protección de las personas, y demuestra que se requirieron esfuerzos interinstitucionales coordinados para reducir la exclusión educativa, laboral, violencia y tráfico de personas que afronta este grupo social en diversos países de Europa.

Otro caso importante es *Demir y Baykara vs. Turquía* (2008), que demuestra la protección al derecho laboral mediante diversos cuerpos jurídicos que se

interpretan en torno al derecho de asociación de los sindicatos conforme al artículo 11 del Convenio. La explicación del TEDH alude al derecho constitucional de Turquía, a los derechos humanos previstos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención de la Organización Internacional del Trabajo, y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como a los instrumentos europeos como la CSE y el CEDH. Este asunto expone una línea interpretativa que armoniza todos los cuerpos normativos de la materia a favor del contenido esencial (en este caso, de los derechos laborales). La solución también promueve el principio de igualdad formal y material para el derecho colectivo con intereses comunes.

En torno a los derechos ambientales y el calentamiento global, el marco europeo que dibuja la justiciabilidad de los programas, la política pública y las omisiones para mitigar efectivamente el incremento global de las temperaturas parte de una exigencia de cuidado del medioambiente en su dimensión individual, pero también global. En *Carvalho y otros vs. European Parliament and Council*, el TJUE estudió los actos reclamados por los demandantes en dos vertientes: la actividad positiva de los entes reguladores europeos y la actividad negativa que tiene que ver con la prevención de interferencias en los derechos. Estos, desde luego, implican una regulación de intervinientes privados que generan gases de efecto invernadero. Antes de este asunto, el TJUE no tenía una definición clara a favor de la protección de la salud pública ni había vinculado jurídicamente a los Estados a cumplir sus compromisos en materia ambiental. En el asunto del *Bosque Białowieża vs. Polonia* (TJUE, C-441/17) hizo hincapié en que Polonia había emitido directrices de conservación sin el análisis y justificaciones pertinentes para cuidar diversas especies de árboles y conservar a todos los habitantes del Parque Białowieża. Además, estableció que Polonia violó las prohibiciones para destruir hábitats de diversas especies establecidas en la citada directiva. En el diverso asunto TJUE C-57/16 (Gran Sala) determinó que la información ambiental para el desarrollo, tanto de políticas públicas como del proceso decisorio, contiene elementos de interés público que justifican su divulgación; y que ese interés no debe descartarse, pues “no es suficiente para demostrar el riesgo de perjuicio grave para el proceso de toma de decisiones de la Comisión” (TJUE, C-57/16 [Gran Sala], sentencia de 4 de septiembre de 2018).

Finalmente, en el asunto 142/2016, el TJUE optó por una decisión ambigua al señalar que deben respetarse integralmente las evaluaciones y el impacto ambiental, ello a pesar de que los Estados nieguen categóricamente que exista un impacto significativo. En la sentencia, el TJUE resaltó la protección de la flora y fauna silvestres en áreas naturales, y resolvió que Alemania transgredió diversas disposiciones ambientales al autorizar la construcción de una central eléctrica de carbón en Moorburg, cerca de Hamburgo, sin realizar una evaluación adecuada del impacto que causaría y de las implicaciones en la zona del río Elba, por lo que la República Federal de Alemania no cumplió sus obligaciones derivadas del artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva 92/43/ CEE del Consejo (existente desde 1992) relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (TJUE, C142/16, sentencia de 27 de abril de 2017).

Isaac de Paz González

485. DERECHOS SOCIALES (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el ámbito de los derechos sociales ha aumentado en las últimas tres décadas. En sus 41 años de jurisdicción contenciosa, la Corte ha sido consistente en aplicar y adjudicar, de manera indirecta, a través de sus medidas de reparación los derechos sociales y, de manera directa, a partir de 2017 cuando se declaró la violación al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En general, y a pesar de ser un órgano regional subsidiario de justiciabilidad, la jurisprudencia interamericana ha permitido dar nuevas formas y materializar las obligaciones estatales de los derechos sociales como derechos plenamente exigibles y justiciables en los Estados miembros de la CADH. Desde sus primeras sentencias, la Corte IDH ha estimulado positivamente cambios estructurales en la forma de atender el cumplimiento de los derechos sociales; sus sentencias contienen mandatos expresos para la adopción de políticas públicas de los Estados y la declaración de responsabilidad, a efecto de que no solo reparen los daños a las víctimas, sino que modifiquen sus ordenamientos internos; se supriman o adapten leyes domésticas de acuerdo con los cánones de la CADH y otras normas de derecho internacional de los derechos sociales, y se elaboren programas concretos de política pública en favor de los grupos afectados por los actos y omisiones del Estado.

La jurisprudencia interamericana sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) tiene cinco líneas conceptuales que se pueden identificar también cronológicamente. La primera es la justiciabilidad implícita (que no aludía al art. 26 de la CADH) de los derechos sociales a través de los civiles y políticos, tales como el derecho a la integridad personal, a la vida y al acceso a la justicia. Esta línea se desarrolló desde el caso “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala* (2001), y comprende también los casos *Ximenes Lopes vs. Brasil* (2003), *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (2002), *Contreras y otros vs. El Salvador* (2011), *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006), *Acevedo Buendía vs. Perú* (2009) y *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (2012). En ellos, la Corte realizó una protección de los derechos sociales a la luz de las medidas de reparación. Especialmente en el caso “*Niños de la Calle*” cobró relevancia el concepto de vida digna más allá del respeto a la integridad física. De este modo, “los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico” y se dijo que la vida digna comprende tanto los estándares de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales (Reparaciones, votos concurrentes de los jueces Abreu Burelly y Cançado Trindade, 2001).

La segunda línea conceptual de justiciabilidad interamericana corresponde a la expansión del artículo 21 de la CADH para favorecer los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en relación con su identidad y posesión; el acceso a la justicia; su integridad física, y su derecho a una vida digna. Esta línea se ha construido para la protección de los derechos colectivos de comunidades indígenas, cuya identidad, bienes y valor cultural han sido reivindicados ante las represiones estatales. Esta proyección del Sistema Interamericano permite a los grupos minoritarios contar con fuentes jurídicas de protección

directa ante los abusos del Estado y de agentes particulares mediante el derecho internacional como mecanismo contestatario, que ha favorecido el respeto a la autonomía y derechos grupales. La Corte IDH reiteró los criterios de protección a los territorios ancestrales de grupos minoritarios vinculados a la protección de sus bienes y derechos individuales. De esta manera, en los primeros casos de pueblos indígenas y grupos étnicos, y a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia, la Corte IDH sí les ha dado entrada a los reclamos y adjudicado sus derechos. Por primera vez una corte internacional reconocía la eficacia de las normas internacionales que protegen a los grupos indígenas, étnicos y tribales en dimensiones colectivas y con una cosmovisión distinta a la de la propiedad occidental, sobre todo porque la Corte IDH toma en cuenta la visión integral de los grupos indígenas con su territorio como nexo indisoluble. Los primeros casos de pueblos indígenas fueron: la decisión que fue un hito global, *Awas Tigni vs. Nicaragua* (2001); la trilogía de casos de comunidades indígenas contra Paraguay, *Yakye Axa vs. Paraguay* (2005), *Comunidad Moiwana vs. Surinam* (2005), *Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006); *Saramaka vs. Surinam* (2007); *Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Comunidades Afrodescendientes del Río Cacarica vs. Colombia* (2013); *Norín Catriman y otros (líderes del pueblo mapuche) vs. Chile* (2014); *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras* (2015); *Cominidades Kuna y Embera vs. Panamá* (2014), y *Pueblo Xucurú vs. Brasil* (2018).

En esta serie de fallos, con un enfoque procesal, la Corte subraya la importancia de la propiedad indígena como bien jurídico que posibilita el acceso a otros derechos sociales (salud, condiciones normales de vida comunitaria, tales como la pesca, la caza y la recolección de frutos, la preservación del medioambiente y sus creencias religiosas). Sobre todo, resulta relevante que, al proteger a las comunidades, las regiones en las que habitan son valoradas como su espacio vital. En este sentido, la propiedad según los pueblos indígenas se aparta de la noción individual de apropiación, dominio exclusivo y comercialización. Así, la Corte establece una interpretación expansiva del artículo 21 de la CADH, al señalar que la propiedad —en la cosmovisión indígena— tiene la función de mantener el espacio vital comunitario como un todo y, al ser el fundamento de la subsistencia material y la identidad cultural, constituye el bien jurídico primario de protección a los derechos individuales y del grupo.

Otro aspecto fundamental es el reconocimiento histórico como valor jurídico y por el mero uso de los territorios ancestrales. Así, la Corte ha concluido que los pueblos indígenas, al ser preexistentes a los Estados americanos, no requieren de un título para instaurar la defensa de los mismos, pues la posesión es suficiente. La administración de la tierra y el uso de los recursos naturales de los pueblos originarios comprende: el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; los asentamientos o cultivos esporádicos; la caza; la pesca, o la recolección. El alcance legal de los derechos de los pueblos indígenas es el uso de las tierras y recursos que actualmente tienen o de los que poseyeron y fueron despojados. Esa delimitación está determinada por pruebas de ocupación y utilización de recursos por miembros de la comunidad desde tiempos ancestrales.

En el caso de las comunidades que fueron privadas de sus tierras en Paraguay, la Corte indicó que el Estado tiene como obligaciones (previstas tanto en

su derecho interno como en el internacional) identificar y demarcar las tierras de los yakye axa, los sawhoymaxa y los xákmok kasek, otorgar el título respectivo, reconocer el carácter histórico de su posesión y otorgarles físicamente las tierras. El punto más importante fue la orden dada a Paraguay para que dotara de servicios públicos y otros bienes a dichas comunidades para garantizar su derecho a la vida, a la salud y a la integridad personal. Por ello la Corte hizo énfasis en que a las comunidades indígenas no se les puede exigir un alto estándar de prueba para que acrediten el peligro del menoscabo del derecho a la vida, pues con el solo hecho de no tener territorios se pone en riesgo su existencia; de lo contrario, se les estaría exigiendo la *probatio diabolica*. Otro aspecto relevante de la trilogía paraguaya es que la Corte precisó que, en caso de pérdida involuntaria de la posesión, las comunidades (p. ej., aquellas que son seminómadas) tienen el derecho de obtener nuevas tierras de igual calidad y extensión.

La jurisprudencia interamericana también ha tenido impacto en la relación de las empresas extractivas, la facultad del Estado para concesionar tierras y propiedades y los territorios de los pueblos indígenas y tribales. El primer caso tuvo que ver con la explotación irracional de los bosques en Surinam, llevada a cabo por compañías madereras. Así, como resultado del caso *del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, en 2007, la Corte usa la regla interpretativa prevista en el artículo 29 d) de la CADH para enlazar los aspectos del derecho a la consulta y a la libre disposición de los recursos naturales previstos a favor de los pueblos indígenas, tanto en el Convenio 169 de la OIT como en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Bajo esta técnica interpretativa, la Corte señaló que cualquier concesión del Estado a favor de un tercero debe cumplir con: a) el consentimiento libre e informado de la comunidad; b) el plan o proyecto debe traer beneficios razonables a la comunidad, y c) que el Estado debe proporcionar estudios de impacto ambiental y social.

En el caso *de la Comunidad Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* (2012), la Corte IDH declaró que Ecuador no obtuvo el consentimiento legítimo y válido de los pueblos para llevar a cabo las actividades y, de esta manera, fijó los estándares del derecho a la consulta: a) el carácter previo e informado sobre el proyecto; b) de buena fe, tras un dialogo horizontal y con la intención genuina de alcanzar acuerdos; c) culturalmente apropiada y con medidas accesibles de acuerdo con la naturaleza de la consulta; d) con suficiente información sobre el impacto ambiental, los riesgos del proyecto en la salud de las comunidades, así como el impacto cultural, en la vida y en su propiedad (párrs. 178 y 205-208).

El caso *Kaliña Lokono vs. Surinam* (2015) también representa un avance significativo en la regulación de actividades mineras, los permisos otorgados por el Estado y el grado de participación política a través de la consulta de los pueblos indígenas en los proyectos extractivos. Nuevamente, la Corte reafirma su jurisprudencia sobre el derecho a la consulta bajo los estándares de libre, previa, informada, tras un dialogo horizontal, de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdos. Destaca en este contexto que la protección otorgada por la Corte reconoce el valor de los territorios indígenas como un factor para la preservación del medioambiente. En este sentido, la Corte asigna un carácter vinculante al *soft law* en materia ambiental: la Convención de la ONU sobre

Diversidad Biológica, la Convención sobre el Patrimonio de la Humanidad y la Convención de la ONU sobre Cambio Climático.

Una sentencia relevante sobre derechos de pueblos indígenas frente a megaproyectos fue la emitida en *Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá* (2014). En esta, la Corte condenó a Panamá por no haber reconocido el derecho de propiedad y no haber demarcado ni titulado las tierras que le otorgaría a estas comunidades, debido a que, desde 1972, se contruyó una hidroeléctrica que inundó sus territorios. No obstante, a pesar de que Panamá fue declarado responsable de violar el derecho a la propiedad, las garantías judiciales y el acceso a un recurso ágil y sencillo, la mayoría de los jueces optó por no declararlo responsable de no otorgar una compensación por las violaciones ocurridas antes de la entrada en vigor de la jurisdicción contenciosa en Panamá; y se declaró procedente la excepción *ratione temporis* (párrs. 30- 33, 60- 67, 81, 91, 102, 117, operativos 4-8). Para el juez Ferrer Mac-Gregor, la falta de pago y el tiempo transcurrido en exceso constituían una violación continuada a los derechos de las comunidades, por lo que la compensación monetaria era fundamental según lo ya interpretado —en los casos *Yakye Axa*, *Sowhayamaxa* y *Xakmok Kasek*— sobre el artículo 21 de la CADH (voto parcialmente disidente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 12-19 y 26).

La tercera es la línea de justiciabilidad indirecta en transición de los derechos sociales, que corresponde al periodo de transición en que la Corte discute los efectos, alcances y posibilidades de interpretación directa del artículo 26 de la CADH. Se hallan en este marco los casos *Cinco pensionistas vs. Perú* (2003); *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006), *Acevedo Buendía vs. Perú* (2009), *Suarez Peralta vs. Ecuador* (2013), *Gonzales Lluy vs. Ecuador* (2015), *Canales Huapaya y otros vs. Perú* (2015), *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* (2016) y *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016). En todos ellos, se puso en tela de juicio la posibilidad de juzgar una medida regresiva (ley que suprimía un sistema de pensiones) como acto del Estado bajo el prisma del artículo 26 de la CADH, pero la Corte estableció que la progresividad “se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas” (caso *Cinco pensionistas vs. Perú*, 2003, párrs. 142-148). En este sentido, no se negó la justiciabilidad para casos futuros, sino que se aludió a un número más amplio de actores y al concepto de equidad social. Tres años más tarde, en *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* (2006), la Corte evadió el debate sobre el artículo 26 de la CADH y le dio mayor peso a la falta de acceso a la justicia y garantías judiciales para hacer valer los derechos laborales (párrs. 133-136); aunque se ocupó de reparar los daños materiales causados por el despido arbitrario. Luego, en 2009, *Acevedo Buendía vs. Perú* tocó el tema de la progresividad de los derechos sociales como obligaciones y deberes generales de los Estados conforme al artículo 26 de la CADH. Esta vez, la Corte adujo que dicho precepto solo contenía metas y medidas políticas que los Estados se habían comprometido a respetar de manera progresiva (párrs. 99, 100, 105 y 106). En este aspecto, a pesar de que la Corte estableció que, cuando se trata de DESC, la regresividad resulta

justiciable (párr. 103), en el caso concreto no se configuraba una violación a dicho principio por la falta del pago a los trabajadores (párr. 106).

En 2012 se presentó la posibilidad de reconocer violaciones al derecho a la salud y a la seguridad social en *Furlan y familiares vs. Argentina*. En su voto concurrente, la juez Margarette May Macaulay sostuvo que debía reconocerse plenamente la intención objetivada de los Estados en la conferencia de San José para actualizar la interpretación del artículo 26 de la CADH. De esta forma, propone que en casos de derechos sociales se debe realizar una interpretación sistemática de ambos tratados, tomando en cuenta su propósito. Además, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados exige una interpretación de buena fe de los términos del artículo 26, tal y como se realizó anteriormente para determinar el alcance de la remisión textual en relación con la Carta de la OEA y los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

En 2013, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor —haciendo un nuevo escrutinio de interpretación normativa— planteó las bases de la justiciabilidad directa en su célebre voto concurrente en *Suarez Peralta vs. Ecuador*, bajo las siguientes directrices: *a)* establecer una relación fuerte y de igual importancia entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales; *b)* obligar a interpretar todos los derechos de manera conjunta —que en algunas ocasiones arrojan contenidos traslapados o superpuestos— y a valorar las implicaciones que tiene el respeto, protección y garantía de unos derechos sobre otros para su implementación efectiva; *c)* otorgar una visión autónoma a los DESC, conforme a su esencia y características propias; *d)* reconocer que pueden ser violados de manera autónoma, lo que podría conducir —como sucede con los derechos civiles y políticos— a declarar violado el deber de garantía de los derechos derivados del artículo 26 de la CADH en relación con las obligaciones generales previstas en los artículos 1 y 2 de la misma; *e)* precisar las obligaciones que deben cumplir los Estados en materia de DESC; *f)* permitir una interpretación evolutiva del *corpus iuris* interamericano y de manera sistemática, especialmente para advertir los alcances del artículo 26 de la CADH con respecto al Protocolo de San Salvador, y *g)* proporcionar un fundamento más para utilizar otros instrumentos e interpretaciones de organismos internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales con el fin de darles contenido (voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor).

Estas directrices se han expandido en los casos subsecuentes y han sido de suma importancia para reconocer las dimensiones de justiciabilidad de los derechos sociales. En particular, porque no solo engloban el *corpus iuris* interamericano, sino todas las directrices del Sistema Universal de Derechos Humanos y de los comités de la ONU. Más tarde, en 2015, en *Gonzales Lluy vs. Ecuador* se llegó a la conclusión de que las violaciones del derecho a la salud de Talía constituían un hecho estructural que había desencadenado otras violaciones, pues el Estado debe prestar los servicios de salud cumpliendo con las características de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad. Sobre la especial situación de Talía como niña en contexto de pobreza, con una enfermedad mortal y sujeta a discriminación, se aludió a la interseccionalidad como una serie de “múltiples factores, sino que derivó en una forma específica

de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente” (párr. 290).

Finalmente, el periodo de transición de la interpretación directa llegó a su fin con el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016), en el que nuevamente se discutió la posibilidad de declarar violado el artículo 26, pero la mayoría optó por el sentido negativo. No obstante, en su voto concurrente, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor y la jueza Elizabeth Odio Benito refrieron la discriminación económica (prevista en el art. 1.1 de la CADH) que padecieron los trabajadores esclavizados en la hacienda, al señalar que “muchas violaciones de derechos humanos traen aparejadas situaciones de exclusión y de marginación por la propia situación de pobreza de las víctimas”. Asimismo, al retomar la línea de *Ximenes Lopes vs. Brasil*, de la trilogía paraguaya, de *Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* y de *Artavia Murillo vs. Chile*, sobre la situación de vulnerabilidad y la extrema pobreza de las víctimas, el voto concurrente reconoció que “es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación” (voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, al que se adhirió la jueza Elizabeth Odio Benito).

La cuarta línea es la de la justiciabilidad directa del artículo 26 de la CADH, iniciada con dos casos sobre estabilidad laboral y derecho al trabajo: *Lagos del Campo vs. Perú* y *Petroperú vs. Perú* (ambos de 2017); y tres casos sobre seguridad social y derecho a la salud como derechos autónomos y justiciables: *Poblete Vilches vs. Chile* (2018) sobre el derecho a la salud de personas de la tercera edad, *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* (2018), en el que se llevó a cabo el análisis sobre el principio de progresividad, y *Muelle Flores vs. Perú* (2019), en cuya sentencia se vertebraron las dimensiones de la seguridad social conforme al *corpus iuris* interamericano.

En los casos *Petroperú* y *Lagos del Campo*, la Corte establece un nuevo modelo interpretativo de los derechos sociales diseñado en el *corpus iuris* interamericano sobre la base de las directrices sustantivas y de interpretación de los artículos 1, 2, 26 y 29.d de la CADH; los derechos sociales previstos en la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También se administró el *corpus iuris* internacional: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 22 a 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; las observaciones generales en materia de educación, salud, vivienda y formas de cumplimiento de los DESC emitidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo. Todo este bagaje normativo (junto con la jurisprudencia de los Estados americanos y sus constituciones) ha permitido a la Corte IDH formular su nueva jurisprudencia en materia de DESCAs, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en normas nacionales. Cabe señalar que la Corte ha seguido una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva conforme a dichos principios.

En el caso *Poblete Vilches vs. Chile*, sobre la salud y derecho a la vida de una persona de edad avanzada, nuevamente se declara violado el artículo 26 de la CADH. En esta línea interpretativa y evolutiva, el mayor logro de la Corte IDH —hasta ahora— es la firme posición sobre el principio de no regresividad y progresividad de las obligaciones estatales en torno a la salud de personas con virus de inmunodeficiencia humana (VIH), como se reconoció en *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*. En *Muelle Flores vs. Perú* (párr. 190), la Corte considera que la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social incluyen aspectos que tienen una exigibilidad inmediata, así como aspectos que tienen un carácter progresivo. Y en relación con las de exigibilidad inmediata, los Estados deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para el derecho a la seguridad social, garantizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, entre otros. Respecto a las obligaciones de carácter progresivo, los Estados parte deben avanzar mediante actos concretos y de manera constante, lo más expedita y eficazmente posible, hacia la plena efectividad de dicho derecho, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Finalmente, la quinta línea de justiciabilidad interamericana protege los derechos ambientales. En la opinión consultiva (OC) 23/17, la Corte elaboró un enfoque integral del medioambiente y su estrecha e interdependiente relación con otros derechos humanos. El punto de partida del razonamiento normativo de la Corte fue el artículo 11 de Protocolo de San Salvador, que se inserta en los derechos protegidos por el artículo 26 de la CADH, tanto en su dimensión individual como colectiva, de las generaciones presentes y futuras. La vinculación directa del derecho al medioambiente en su aspecto individual —y sustantivo— se vincula con los derechos a la salud, la propiedad, la integridad personal y la vida, que son más vulnerables cuando se degrada el medioambiente. En su aspecto procesal, está ligada a los derechos a la información, a la asociación y a participar en las decisiones como remedio efectivo.

La línea de exigibilidad del derecho al medioambiente que la Corte delimita en la OC-23/17 indica que “De acuerdo con los artículos 1 y 2, 13, y 23 (1) (a) de la CADH, los Estados parte tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos del medioambiente”; y que ese respeto comprende un ejercicio de jurisdicción más allá del ámbito territorial, pues hay actividades que rebasan esos límites. De esta manera, los Estados están obligados a que en su territorio no se produzcan actividades que puedan causar daño significativo al medioambiente de otros Estados y, para ello, se debe analizar la conexión entre causa y efecto en los daños transnacionales. En consecuencia, los Estados deberán prevenir este tipo de daños. Un lineamiento trascendental en la OC 23/2017 es que la Corte señaló que el derecho al medioambiente debe articularse como parte de la política pública y la legislación de los Estados, así como la obligación de prevenir daños transfronterizos; regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción con el objeto de proteger la vida, la salud y la integridad personal (párrs. 109-112, 125 y 134-140), en cuyas directrices remarca el papel rector del *soft law* en materia ambiental y, en especial, para prevenir los daños ambientales transnacionales.

Isaac de Paz González

486. 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 priminencia 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.

Carlos González Blanco

487. DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN CONFLICTOS ARMADOS

Todas las niñas y niños pagan un precio muy alto durante la guerra. Se les encarcela, mutila y asesina. Los conflictos armados separan a los miembros de las familias, al tiempo que obligan a miles de niños y niñas a valerse por sí mismos y a hacerse cargo de otras personas. El respeto de las leyes existentes es crucial para evitar que se cometan infracciones y que las niñas y niños sufran más daños (Comité Internacional de la Cruz Roja [CICR], Los niños en tiempos de guerra, mayo de 2019, p. 1).

La protección de las niñas y niños en tiempo de guerra está consagrada en el derecho internacional humanitario. Este confiere protección general a todas las personas afectadas por conflictos armados y contiene disposiciones específicas en relación con las niñas y niños (*idem*).

De esta forma, en el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) se establece que los Estados parte se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño. Además, deben adoptar todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado (arts. 38.1 y 38.4).

En ese sentido, en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993) se puntualizó que deben reforzarse los mecanismos y programas nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños en situaciones de conflicto armado (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], opinión consultiva [OC] 17/2002, párr. 82). Al respecto, en el artículo 77.1 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, se reconoce que los niños son objeto de un respeto especial y se les debe proteger contra cualquier forma de atentado al pudor. Además, se les debe proporcionar los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón.

Esto último es retomado por el CICR al reconocer la particular vulnerabilidad de los niños, quienes requieren un trato privilegiado en relación con el resto de la población civil y que, además, gozan de una protección jurídica específica (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *Comentario del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, 1986, comentario 4544).

Es por esta situación que en el territorio que controlan las autoridades, sean legales o *de facto*, estas tienen la obligación de preservar a los niños de las consecuencias de las hostilidades, prodigándoles la asistencia y los cuidados necesarios, evitándoles lesiones físicas o traumas mentales y garantizándoles un desarrollo normal, tanto como las circunstancias permitan (*ibidem*, comentario 4546).

Por tanto, debido a la complejidad de la situación, no se ha dado una definición precisa del término “niño” en el ámbito del derecho internacional humanitario. Esto debido a que el momento en que el ser humano deja de ser niño para convertirse en adulto no se valora universalmente de la misma manera. Según las culturas, puede variar entre la edad de 15 a 18 años, más o menos (*ibidem*, comentario 4549), debido a que la madurez biológica y psíquica es variable (*ibidem*, comentario 4550).

Por todo lo anterior, se han desarrollado diversos derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de un conflicto armado. Al respecto, hay que recordar la existencia de conflictos de esta naturaleza de carácter internacional y no internacional.

Los primeros, deben ser entendidos como aquellos en los que intervienen dos o más Estados, concepto que cubre los casos de ocupación de todo o parte del territorio de otro Estado, ya sea que dicha ocupación se enfrente o no contra una resistencia militar (Corte Penal Internacional [CPI], caso *Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, núm. ICC-01/04-01/06, Sala de Cuestiones Preliminares I, decisión sobre la confirmación de cargos, 29 de enero de 2007, párr. 209; *Cfr.*, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso *Fiscal vs. Dusko Tadic*, núm. IT-94-1-A, sentencia de apelación, 15 de julio de 1999, párr. 84).

Por otra parte, los segundos, es decir, los de carácter no internacional, son aquellos que se desarrollan de manera prolongada en el territorio de un Estado, entre las autoridades de ese Estado y grupos armados organizados o entre grupos armados organizados (CPI, caso *Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, párr. 209; *Cfr.*, Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, *Fiscal vs. Dusko Tadic*, párr. 70).

Si bien es cierto que la mayoría de los derechos y garantías de niñas y niños en conflictos armados son aplicables independientemente del carácter del conflicto, existen algunos que son particulares dependiendo su carácter internacional, o no internacional.

Derechos y garantías indistintamente del carácter del conflicto

Derecho a la evacuación. De conformidad con los Convenios de Ginebra de 1949, las partes en conflicto harán lo posible por concertar acuerdos locales para la evacuación, desde una zona sitiada o cercada, de los heridos, de los enfermos, de los inválidos, de los ancianos, de los niños y de las parturientas, así como para el paso de ministros de todas las religiones, del personal y del material sanitarios con destino a esa zona (Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, art. 17).

Derecho a la identidad. Se hará todo posible por tomar las medidas oportunas para que todos los niños menores de 12 años puedan ser identificados, mediante una placa de identidad de la que sean portadores, o por cualquier otro medio (*ibidem*, art. 24).

Derecho a la reunificación familiar. Cada parte en conflicto facilitará la búsqueda emprendida por los miembros de familias dispersadas a causa de la guerra para reanudar los contactos entre unos y otros, y para reunirlos, si es posible. Facilitará, en especial, la acción de los organismos dedicados a esa tarea, a condición de que los haya aceptado y que apliquen las medidas de seguridad por ella tomadas (*ibidem*, art. 26). Además, en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, también se reconoce dicho derecho, al estipularse que deben tomarse las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas (art. 4.3.b). Al respecto, las partes en conflicto deben hacer lo posible por restablecer los lazos familiares, es decir, no solo permitir las búsquedas que emprendan los miembros de familias dispersas, sino facilitarlas incluso. Según las circunstancias, pueden resultar útiles otras iniciativas, como la transmisión de mensajes familiares por radio. Lo más importante es que sea ampliamente reconocido

el derecho de las familias a conocer la suerte que han corrido sus parientes, así como a reunirse, y que se faciliten sus gestiones (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4554). Esto es reconocido también por la Corte IDH, al señalar que el Estado debe velar por la protección y supervivencia de niños y niñas separados de sus padres o familiares, así como adoptar medidas en forma prioritaria tendentes a la reunificación familiar (caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, núm. 232, párr. 86; caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, núm. 285, párr. 110).

Prohibición de la pena de muerte. Establecida en el artículo 6 (diligencias penales), párrafo 4, del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, según el cual no se dictará pena de muerte por una infracción relacionada con el conflicto contra una persona menor a 18 años (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4551). Asimismo, dicha prohibición está establecida en el artículo 77.5 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, al señalarse que no se ejecutará la pena de muerte impuesta por una infracción cometida en relación con el conflicto armado a personas que, en el momento de la infracción, fuesen menores de 18 años.

Prohibición al alistamiento y reclutamiento de niños menores de 15 años para hacerlos participar activamente en las hostilidades. Esta prohibición está reconocida en diferentes instrumentos jurídicos aplicables tanto a los conflictos armados internacionales como a los conflictos armados no internacionales, por ejemplo, en el artículo 38 de la CDN, en el 22 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, en los artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.xxi del Estatuto de Roma, en el 3 del Convenio 182 Sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, el 77.2 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales y en el 4.3.c. del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. Sin embargo, hay que reconocer que los textos mencionan a “los niños menores de quince años”, lo que da a entender que puede haber niños mayores a 15 años. Se escogió esta edad por realismo y porque ya se había tomado en consideración en los Convenios para estipular medidas privilegiadas para los niños (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4549). Por tanto, solo se trata de un punto de referencia y no hay que ver en ello una definición (*ibidem*, comentario 4550) o limitación. Tan es así, que en el artículo 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados se amplía el rango de edad, en donde se establece la prohibición de reclutar obligatoriamente en las Fuerzas Armadas a menores de 18 años. La prohibición de utilizar a niños en operaciones militares es un elemento fundamental de su protección. Esta práctica, desafortunadamente, es frecuente y los niños están muy a menudo dispuestos a seguir a los adultos sin medir las consecuencias de sus actos (*ibidem*, comentario 4555). El principio de no reclutamiento comprende igualmente la prohibición de aceptar el alistamiento voluntario. No solamente no pueden ser reclutados ni alistarse, sino que tampoco “se permitirá que participen en las hostilidades”, es decir, que tomen parte en operaciones militares tales como la obtención de informaciones, la transmisión de

órdenes, el transporte de municiones y víveres o también los actos de sabotaje (*ibidem*, comentario 4557).

Protección especial a pesar de haber participado en las hostilidades. Se reconoce el derecho a la protección especial para los niños menores de 15 años, a pesar de haber participado directamente en las hostilidades y haber sido capturados (Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, art. 4.3.d.); o haber caído en poder de la parte adversa, sean o no prisioneros de guerra (Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, art. 77.3). El objeto de esta disposición es garantizar a los niños una protección particular en medio de la confusión de una situación conflictiva (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4559).

Derecho a la reintegración. En caso de reclutamiento o alistamiento, se debe proveer la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica, así como su reintegración social (ONU, Asamblea General, resolución 74/136, 11 de julio de 2019, párr. 66.)

Derechos y garantías en un conflicto armado internacional

Separación de los adultos en caso de detención. Si fueran arrestados, detenidos o internados por razones relacionadas con el conflicto armado, los niños serán mantenidos en lugares distintos de los destinados a los adultos, excepto en los casos de familias alojadas en unidades familiares en la forma prevista en el párrafo 5 del artículo 75 (Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, art. 77.1).

Derechos y garantías en un conflicto armado no internacional

Prohibición de la pena de muerte. Reconocido en el artículo 6 (diligencias penales), párrafo 4, del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, en virtud del cual no se dictará pena de muerte por una infracción relacionada con el conflicto contra una persona menor a 18 años (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4551). En el artículo 4.3 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, se establecen expresamente las garantías fundamentales con las que cuentan las niñas y niños; siendo los siguientes.

Derecho a la educación. Los niños y niñas deben recibir una educación, incluida la religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o, a falta de estos, de las personas que tengan su guarda (art. 4.3.a). Esto responde a la preocupación de garantizar la continuidad de la educación con el fin de que los niños conserven su identidad cultural y un vínculo con su hogar (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4552). Además, esta norma tiene por objeto evitar el riesgo de que los niños a quienes el conflicto ha separado de sus familias queden desarraigados por la iniciación en una cultura, religión o moral que no correspondería a los deseos de sus padres, y que, además, sean utilizados políticamente. La religión y la moral forman parte integrante de la educación, pero se ha considerado preferible puntualizar “incluida la educación religiosa o moral”, para que la palabra “educación” se comprenda en un sentido muy amplio y no se interprete restrictivamente (*idem*).

Derecho a un traslado seguro. Se tomarán medidas, si procede, y siempre que sea posible con el consentimiento de los padres o de las personas que, en virtud de la ley o la costumbre, tengan en primer lugar la guarda de ellos, para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura y para que vayan acompañados de personas que velen por su seguridad y bienestar (art. 4.3.e). El traslado de los niños, tal y como se prevé en este apartado, debe tener un carácter excepcional y temporal (CICR, Sandoz, Swinarski y Zimmermann (coords.), *op. cit.*, comentario 4560). Al respecto, el consentimiento de los padres o de las personas que tienen la guarda de los niños se requiere “siempre que sea posible”, ya que no sería realista exigir obligatoriamente el consentimiento de los padres cuando estos pueden haber desaparecido o no ser alcanzables (*ibidem*, comentario 4561). Lo que debe de entenderse por “las personas que tengan en primer lugar la guarda” cubre no solo los casos en los que se haya confiado jurídicamente la guarda del niño a un tutor (p. ej., huérfanos o padres irresponsables), sino también aquellos en los que una persona se ocupe materialmente de un niño y tenga la responsabilidad de él, se trate de un miembro de su familia o (*ibidem*, comentario 4562).

Netzai Sandoval Ballesteros
Ayesha Borja Domínguez

488. DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Los derechos de las niñas y niños se encuentran recogidos en diversos tratados y han sido desarrollados a través de observaciones, protocolos facultativos, opiniones y múltiples instrumentos de *soft law* internacional. Destaca entre todos ellos la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional que ha sido firmado y ratificado por casi todas las naciones del planeta. Parecería que existe unanimidad en el reconocimiento del deber que tiene la humanidad en la protección de la niñez; sin embargo, había un minúsculo grupo de países que no garantizaban ese estándar mínimo de protección: Somalia, Sudán del Sur y Estados Unidos de América. La situación ha cambiado recientemente, pues Sudán del Sur se adhirió a la Convención en enero de 2015 y Somalia la ratificó en octubre del mismo año, con lo que se ha llegado a un total de 196 Estados parte (Situación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 2).

Esto deja al país más rico del mundo como el único que no está dispuesto a comprometerse con la comunidad internacional en la defensa de los derechos elementales de la niñez.

Algunos de los argumentos y lugares comunes usados en Estados Unidos para justificar la no ratificación de este Tratado se relacionan con la supuesta salvaguarda de una esfera de la vida íntima —concepto usado ampliamente, por otro lado, en el discurso justificatorio de la violencia contra las mujeres— en la que las familias conservarían el derecho de “disciplinar” a sus hijos. Antiguamente, incluso se permitía la pena de muerte en contra de niños, pero a partir de 2005, la Corte Suprema de Estados Unidos consideró que ello resultaba inconstitucional. En realidad no hay ningún impedimento jurídico para que ese país ratifique el tratado internacional que más consenso genera a nivel internacional.

En los contextos de migración existen ciertos derechos más específicos que los ya contemplados expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Permitir el acceso al territorio. Una consecuencia de permitir el acceso al territorio se traduce en poder determinar cuál es el interés superior del niño o niña, realizar una evaluación y decidir, incluso, si necesita medidas de protección especial. El Comité de los Derechos del Niño (CRC, por sus siglas en inglés) señala que se debe hacer una evaluación clara y a fondo de la identidad del niño o niña y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales o lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección (CRC, Observación general 6, párr. 20).

Derecho a la unificación familiar. El Estado está obligado a tomar todas las medidas necesarias para poder identificar a las niñas, niños y adolescentes no acompañados —sobre todo en la frontera—, procurar la localización de su familia y, si es acorde con el interés superior, buscar reunir a la familia lo antes posible (CRC, Observación general 6, párr. 13).

Derecho al alojamiento y a la separación. En cuanto al alojamiento, se requiere que los centros que alberguen a niñas y niños sean de puertas abiertas y permitan su desarrollo de manera integral. Se deberá tomar en cuenta su edad y la diversidad de niñas y niños, así como garantizar la manutención, el reconocimiento médico, el asesoramiento legal, el apoyo educativo y la atención integral. Asimismo, deben poder cubrir las necesidades especiales de niñas y niños, como de aquellos con alguna discapacidad, aquellos que viven con el virus de inmunodeficiencia humana/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/sida), lactantes, niñas y niños de primera infancia, así como aquellas víctimas de trata (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], opinión consultiva [OC] 21/14, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, párr. 182).

Tanto en el caso de niñas y niños acompañados como en el de los no acompañados deberá tomarse en cuenta su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

De acuerdo con el CRC (Observación general 6, párrs. 39-41 y 46), por regla general, no debe privarse de la libertad a niñas, niños y adolescentes. Uno de los derechos de los que gozan es a no ser separados de sus hermanos. Asimismo, se debe permitir que lleguen acompañados de parientes o que permanezca con estos en el país de asilo, a menos que ello sea contrario a su interés superior.

El Estado también está obligado a velar por su salud física y psicológica, debiendo tener acceso al sistema de salud al igual que lo tendría un nacional, y debe otorgarles acceso a la educación y al esparcimiento.

Por otro lado, la Corte IDH ha determinado que los Estados deben garantizar que la niña o niño tenga un lugar adecuado en donde alojarse, priorizando soluciones que apunten a la unificación familiar o a la integración de la comunidad, antes que a la institucionalización.

Otro de los derechos interdependientes del derecho al alojamiento es el que se refiere a la separación de las personas migrantes de las personas acusadas o condenadas por delitos penales, y debe separarse a las niñas y niños de la población adulta. Así, la Corte IDH abunda “[...] el principio de separación adquiere [...] dos dimensiones: (i) si se trata de niñas o niños no acompañados

o separados, deben alojarse en sitios distintos al que corresponde a los adultos, y (ii) si se trata de niñas o niños acompañados, deben alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior de la niña o el niño.” (Corte IDH, OC-21/14, párr. 178)

No devolución. Entre las normas de protección internacional de las personas refugiadas solicitantes de asilo, el principio de no devolución es una medida efectiva que garantiza el ejercicio del derecho a buscar y recibir asilo, además de ser considerada una norma consuetudinaria del derecho internacional.

En cuanto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta señala en su artículo 22.8 la prohibición de expulsión o devolución de cualquier extranjero a otro país, sea o no de origen, en el cual sus derechos a la vida o a la libertad estén en riesgo de violación a causa de su raza, religión, condición social u opiniones políticas.

Del mismo modo, los Estados están obligados a respetar el principio de no devolución, por lo que no deben trasladar al niño o niña a un país en el que haya motivos o temor fundado de que existe un peligro real de daño para ellos (CRC, Observación general 6, párr. 27). Incluso, el Comité ha considerado que otras violaciones graves a los derechos, como la insuficiencia de servicios alimentarios o sanitarios, pueden ser razones suficientes para no devolver, deportar o expulsar a un niño o niña (CRC, Observación general 6, párr. 26).

Acceso al procedimiento para obtener el asilo. Todas las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a interponer una solicitud para obtener el asilo, independientemente de su edad. Si la autoridad correspondiente es sabedora de que este tiene un temor fundado o que puede encontrarse objetivamente en peligro, debe entablar en favor del niño o niña dicho procedimiento y, en su caso, aplicar mecanismos de protección adicionales.

Para ejercer este derecho, todas y todos deben tener acceso gratuito a un representante jurídico especializado. La Corte también sostiene que las niñas y niños solicitantes deben tener la oportunidad de ponerse en contacto con un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) o la entidad que haga sus funciones en caso de no encontrarse en el país (Corte IDH, OC-21/14, párr. 250).

Como parte de las garantías de este derecho, el CRC ha hecho hincapié en que esta decisión sea tomada por una autoridad competente y, en caso de que la edad y madurez del niño o niña lo permita, contar con una entrevista personal con funcionarios competentes, quienes deberán tomar en cuenta las circunstancias especiales de los solicitantes (CRC, Observación general 6, párrs. 68-73).

*Netzai Sandoval Ballesteros
Ayesha Borja Domínguez*

489. 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 Consti-

tución 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

490. DESAPARICIÓN FORZADA (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sistematizado las características especiales de la desaparición forzada de personas considerándola una violación múltiple y compleja de derechos humanos. Las desapariciones constituyen una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de manera integral (Corte IDH, caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de

1989, núm. 5, párr. 158). Debe considerarse la particular gravedad de la desaparición forzada (Corte IDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia de 25 de mayo de 2010, núm. 212, párr. 86). La Corte fue el primer Tribunal Internacional en sostener que su prohibición constituye una norma *erga omnes* (Corte IDH, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, núm. 153, párr. 84).

Al igual que diferentes instrumentos internacionales y otros organismos de derechos humanos, la Corte entiende que los elementos constitutivos de la desaparición forzada son: *a*) la privación de la libertad en cualquier forma; *b*) la participación de agentes estatales o la aquiescencia o cooperación de estos con terceros, y *c*) la negativa de reconocer la privación de la libertad o de revelar la suerte o paradero de la persona (caso *Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009, núm. 209, párr. 140). El análisis de dichas conductas debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos, consecuente con la compleja violación a derechos humanos que esta conlleva, con su carácter permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos (caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, sentencia de 1 de septiembre de 2010, núm. 217, párr. 61).

La desaparición es una violación continua de derechos humanos. Ello implica que esta permanece mientras se desconozca la suerte o el paradero de la persona desaparecida o se identifiquen con certeza sus restos y, mientras dicha situación perdure, los Estados tienen el deber correlativo de investigarla y, eventualmente, sancionar a los responsables (Corte IDH, caso *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, sentencia de 14 de noviembre de 2014, núm. 287, párr. 228).

Dadas las características particulares de este crimen, la Corte IDH ha establecido estándares probatorios especiales con relación a las desapariciones forzadas. Debido a su naturaleza clandestina, el Tribunal exige que el Estado, en virtud de sus obligaciones internacionales, proporcione la información necesaria, pues es quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio; por tanto, es inaceptable poner la carga de la prueba en las víctimas o sus familiares (Corte IDH, caso *Gómez Palomino vs. Perú*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, núm. 136, párr. 106). Por los mismos motivos, la Corte también adopta estándares probatorios particulares y más flexibles en este tipo de casos (Corte IDH, caso *Blake vs. Guatemala*, sentencia de 24 de enero de 1998, núm. 36, párr. 49).

En el caso de las desapariciones forzadas de personas se violan un conjunto de derechos convencionales, que son generalmente: el derecho a la vida, a la libertad personal, a la integridad personal y al reconocimiento de la personalidad. Al mismo tiempo, se considera que se violan los derechos al debido proceso, a la protección judicial y a la integridad física de los familiares de las personas desaparecidas (Corte IDH, caso *Chitay Nech, cit.*).

En el marco de los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los Estados tienen la obligación de que los hechos relativos a la desaparición forzada sean efectivamente investigados por las autoridades estatales (Corte IDH, caso *Radilla Pacheco*, párr. 180). La investigación de dicho crimen tiene características particulares, en especial, como parte del deber de investigar, el Estado debe realizar una búsqueda efectiva del paradero de la víctima (Corte IDH, caso *Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*,

sentencia de 27 de noviembre de 2008, núm. 191, párr. 155). El derecho a la verdad forma parte del derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de esta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos (Corte IDH, caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, sentencia de 20 noviembre de 2012, núm. 253, párr. 301).

La Corte IDH ha desarrollado una importante jurisprudencia en cuanto a medidas de reparación material, inmaterial, de satisfacción y garantías de no repetición que colocan al Tribunal en una posición de vanguardia (caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010, núm. 219, párr. 201). Fundamentalmente, ha determinado que en tales casos las víctimas son tanto la persona desaparecida como sus familiares, presumiendo el daño inmaterial que estos sufren como consecuencia de la desaparición. En cuanto a la reparación del daño material, la Corte ha ordenado, entre otros, la compensación de los gastos en que han incurrido los familiares de los detenidos desaparecidos en su búsqueda y computado los ingresos probables que hubiera percibido la persona desaparecida. De manera trascendente, como medidas de satisfacción y garantías de no repetición, ha dispuesto la atención médica de los familiares y la realización de actos para restituir la dignidad y preservar la memoria de la víctima —tales como la construcción de monumentos, colocación de placas, instauración de becas o nombramiento de escuelas—. Particularmente se ha insistido en la obligación de buscar a la persona desaparecida y, en caso de ser hallada muerta, identificar y entregar los restos mortales. Todo ello constituye una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo (Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 22 de febrero de 2002, núm. 91, párr. 76).

Por último, la Corte siempre ordena la debida investigación, juzgamiento y sanción de las personas responsables de dichos crímenes. Para ello requiere, entre otras cosas, que se tipifique debidamente el delito de desaparición forzada, y considera que se deben dejar sin efecto las leyes de amnistía y medidas similares. Lo anterior en razón de que tales medidas constituyen una dificultad en el orden interno para identificar, juzgar y sancionar a los responsables y, al obstaculizar la investigación, impiden a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente (Corte IDH, caso *Castillo Páez vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 1998, núm. 43, párr. 105). Por los mismos motivos, ha considerado inaplicables las disposiciones sobre prescripción de ese delito (Corte IDH, caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de 12 de agosto de 2008, núm. 186, párr. 207).

En definitiva, la Corte ha sido el órgano que más ha contribuido al desarrollo sustantivo y procedimental en la materia, lo cual ha realizado al responder a la realidad e influencia latinoamericanas.

Ariel Dulitzky

491. DESPLAZAMIENTO INTERNO

Los Principios Rectores de los desplazamientos internos de las Naciones Unidas entienden por dicho fenómeno a “las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violacio-

nes de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”.

De igual manera, dichos Principios Rectores indican que la prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos: *a)* basados en políticas de *apartheid*, limpieza étnica o prácticas similares cuyo objeto o resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada; *b)* en situaciones de conflicto armado, a menos que así lo requiera la seguridad de la población civil afectada o razones militares imperativas; *c)* en casos de proyectos de desarrollo a gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial; *d)* en casos de desastres, a menos que la seguridad y la salud de las personas afectadas requieran su evacuación, y *e)* cuando se utilicen como castigo colectivo.

En cuanto a la categoría de desplazado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, puntualizó que no es el registro formal ante las instituciones del Estado lo que le da la calidad de desplazado a una persona, sino el mero hecho de haberse visto forzado a abandonar el lugar de residencia habitual; sin embargo, sí especificó que es necesario el reconocimiento o identificación de la persona como desplazada para su debida protección.

Asimismo, siguiendo el criterio de la Corte IDH, existen tres escenarios que pueden llevar a un Estado a incurrir en responsabilidad internacional por desplazamientos internos: *a)* las causas; *b)* las condiciones de vida y asistencia durante los mismos, y *c)* las garantías que el Estado haya proporcionado para un retorno seguro. Al respecto, no se violan necesariamente los tres aspectos en una misma situación, sino que puede ser solo alguno de ellos.

En casos de desplazamiento interno, es imprescindible que el Estado lleve a cabo un análisis diferenciado, pues la Corte IDH ha mencionado en repetidas ocasiones que derivado de este hecho en particular existen implicaciones o efectos diferentes si se trata de mujeres, personas mayores, niños, niñas o pueblos indígenas, y particularmente en este último caso, ya que ellos tienen una especial conexión con sus tierras ancestrales.

Por tanto, las obligaciones de los Estados a la luz de los Principios Rectores y el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre desplazamiento interno en el Triángulo Norte de Centroamérica son: *a)* prevenir el problema; *b)* proteger y brindar asistencia a los desplazados durante el desplazamiento; *c)* prestar asistencia humanitaria, y *d)* facilitar el retorno, reasentamiento y reintegración de los desplazados internos en condiciones de seguridad.

Finalmente, Romina Sijniensky describe cuatro obstáculos para el reconocimiento del fenómeno y su abordaje adecuado a nivel global, a saber: normativos, cuantitativos, ideológicos y presupuestarios. Así, desde su perspectiva, estas son las cuestiones que quedan por pensar y que en algunas ocasiones dificultan la adopción de políticas públicas adecuadas para enfrentar la problemática.

En cuanto a la dimensión normativa, aunque existen los Principios citados, que a su vez se adecuan a la normativa internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, representa un obstáculo la falta de un tratado vinculante. En este mismo rubro, hace notar que en la descrip-

ción de desplazamiento interno dada por los Principios se hace un listado que no es exhaustivo o taxativo, sino que se pueden incluir otras situaciones que generan desplazamiento forzado, como el crimen organizado. Por otro lado, esta definición tampoco contempla casos en los que haya fronteras controvertidas o cuestiones de temporalidad, pues se entendería que la calidad de desplazado es por un tiempo determinado, pero en realidad hay comunidades o personas que han pasado años en tal situación sin poder volver a sus lugares de origen.

El aspecto cuantitativo contempla la necesidad de identificación que permita dimensionar la magnitud del fenómeno y las posibilidades de que el Estado deba responder a la situación. Se precisan diagnósticos adecuados para detectar las causas, que a su vez requieren una metodología cuantitativa que sea fiable y permita su visibilización o existencia. Por tanto, es un aspecto que requiere mayor detenimiento y análisis para una mejor operación.

En la dimensión ideológica, la autora explica que se entiende que las personas desplazadas se encuentran dentro de su propio país y eso da por sentado que el Estado no llevó a cabo las medidas necesarias para evitar la situación. En ese contexto, se requiere mayor precisión en cuanto a la respuesta diferenciada de los Estados ante un escenario particular de desplazamiento, pues existen otras poblaciones en condición de vulnerabilidad dentro del propio Estado sin las necesidades básicas satisfechas. Y, por último, se vuelve imprescindible poner atención en las posibles etiquetas, prejuicios y estereotipos hacia los desplazados según los diversos contextos, es decir, no es lo mismo un desplazamiento por catástrofe medioambiental que otro por conflicto armado.

Finalmente, destaca la importancia de tener en cuenta la dimensión presupuestaria, ya que para diseñar una política pública que aborde el problema en comento son necesarios recursos económicos y, para ello, es total identificar las razones del desplazamiento, medir la relación con las políticas públicas generales, y la asignación de recursos en comparación con otros colectivos en situación de vulnerabilidad que también tienen desventaja en el acceso a recursos públicos.

Eréndira Nohemí Ramos Vázquez

492. 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; I.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 hacer 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

493. DETENCIÓN ARBITRARIA

El artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contempla la prohibición de la detención o encarcelamiento arbitrarios. Dicha prohibición, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), constituye la principal garantía de la libertad y la seguridad de la persona (caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, sentencia de 21 de septiembre de 2006, núm. 152, párr. 86).

Al referirse a la arbitrariedad de la detención, la Corte IDH ha establecido que el concepto de *arbitrariedad* no debe equipararse al de *contrario a la ley*, “sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las garantías procesales” (caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre de 2007, núm. 170, párr. 92). Con base en esta consideración, la Corte determina que cualquier detención debe llevarse a cabo no solo de acuerdo con las disposiciones de derecho interno, sino que además resulta necesario que “la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención” (caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, sentencia de 24 de octubre de 2012, núm. 241, párr. 133). En este sentido, la evaluación de si una detención o privación de libertad ha sido arbitraria involucra dos cuestionamientos independientes. Por un lado, determinar si el acto cumple con los requisitos legales, pues en caso contrario, la detención será considerada arbitraria y, por el otro, analizar si la detención cumple con los estándares contenidos en la normativa legal, pues el artículo 7.3 exige una evaluación de dichos estándares a la luz de la CADH.

En particular, los órganos del Sistema Interamericano han interpretado el artículo 7.3 de la CADH a la luz de las razones que pueden justificar la detención. En este sentido, han señalado que para justificar la privación de la libertad de una persona “deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga”; sin embargo, a pesar de que se configure tal supuesto, la detención “no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena”, sino que solo debe fundamentarse en fines procesales, a saber, evitar que la persona acusada no impedirá el desarrollo del procedimiento o impedir que eluda la acción de la justicia (casos *Barreto Leiva vs. Venezuela*, sentencia de 17 de noviembre de 2009, núm. 206, párr. 111; *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, párrs. 101 y 103; *Servellón García y otros*, párr. 90. Véase también CIDH, Informe 53/16, asunto 12.056, Gabriel Oscar Jenkins vs. Argentina, 6 de diciembre de 2016, párr. 114).

Considerando lo anterior, toda decisión que determina la aplicación de la prisión preventiva debe “contener una motivación suficiente e individualizada que permita evaluar si tal detención se ajusta a las condiciones necesarias para su aplicación”. Dichas condiciones consisten en: *a)* la existencia de indicios razonables que vinculen a la persona acusada; *b)* la justificación de fines legítimos; *c)* la aplicación excepcional de la medida, y *d)* el cumplimiento de criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad” (Corte IDH, caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, párr. 93; caso *Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2016, núm. 316, párr. 143. Véase también CIDH, Informe 53/16, *cit.*, párrs. 114 y 115).

A lo largo de su jurisprudencia, tanto la CIDH como la Corte IDH han determinado la arbitrariedad de la privación de la libertad en distintos supuestos. De ellos destaca el relacionado con la falta de fines procesales para justificar la detención, que se caracteriza por tener como base la mera existencia de indicios de responsabilidad (Corte IDH, casos *Herrera Espinoza y otros*, párr. 148 y *Barreto Leiva*, párrs. 115 y 166; CIDH, Informe 61/18, asunto 12.491, Gustavo Sastoque Alfonso vs. Colombia, 8 de mayo de 2018, párr. 86;

Informe 76/11, asunto 11.769 A, J. vs. Perú, 20 de julio de 2011, párr. 232; Informe 53/16, asunto 12.056, Gabriel Oscar Jenkins vs. Argentina, párr. 126).

De igual forma, los órganos del Sistema Interamericano han establecido la violación del artículo 7.3 de la CADH cuando la privación de la libertad se ha basado en las características personales del supuesto autor (Corte IDH, casos *Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador*, párr. 143; *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 106; *López Álvarez vs. Honduras*, sentencia de 1 de febrero de 2006, núm. 141, párr. 69; *García Asto y Ramírez Rojas*, sentencia de 25 de noviembre de 2005, núm. 137, párr. 106; *Acosta Calderón vs. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005, núm. 129, párr. 75; *Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, núm. 114, párr. 180. Véase también, CIDH, Informe 53/16, asunto 12.056, *Gabriel Oscar Jenkins vs. Argentina*, párr. 114), en la gravedad del delito imputado (Corte IDH, casos *López Álvarez vs. Honduras*, párr. 69; *García Asto y Ramírez Rojas*; CIDH, Informe 53/16, asunto 12.056, *Gabriel Oscar Jenkins vs. Argentina*, párr. 114; Informe 76/11, asunto 11.769 A, J. vs. Perú, párr. 230) y en el tipo del delito perseguido penalmente (Corte IDH, caso *Herrera Espinoza y otros*, párr. 149). Asimismo, se ha determinado responsabilidad estatal por la realización de detenciones arbitrarias ante la falta de indicios para suponer la autoría de algún delito (Corte IDH, caso *Tibi vs. Ecuador*, párr. 107), y frente a regulaciones que contemplan la privación de la libertad obligatoria durante la etapa de instrucción del proceso (CIDH, Informe 76/11, asunto 11.769 A, J. vs. Perú, párr. 233).

Sofía Galván Puente
James Cavallaro

494. DETENCIÓN COLECTIVA

De la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se desprende que pueden presentarse dos tipos de detenciones colectivas o masivas, es decir, aquellas que resultan acordes con las protecciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y las que constituyen detenciones legales y arbitrarias (véase Corte IDH, caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, sentencia de 21 de septiembre de 2006, núm. 152, párrs. 91-96).

En este sentido, en relación con el primer tipo de detenciones masivas o colectivas, la Corte ha señalado que estas pueden representar un mecanismo para garantizar la seguridad ciudadana, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: *a*) existencia de elementos para individualizar y separar las conductas de cada una de las personas detenidas; *b*) regulación de causas de detención en normas internas que resulten acordes con la Convención, y *c*) control de las detenciones por parte de la autoridad judicial (*ibidem*, párr. 92).

Por otra parte, la Corte sostiene que una detención masiva constituye una de naturaleza arbitraria e ilegal cuando se configura alguno de los siguientes supuestos: *a*) falta de causa legal; *b*) ausencia de individualización de conductas punibles; *c*) realización bajo la mera “suposición” de que las personas detenidas “podrían representar un riesgo o peligro a la seguridad de los demás” (*ibidem*, párr. 93), y *d*) al carecer —salvo en casos de flagrancia— de control judicial (*ibidem*, párrs. 93 y 96). Por su parte, en el contexto de las detenciones

masivas e indiscriminadas en protestas sociales en Nicaragua durante 2018, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) determinó que “una detención que se base exclusivamente en el acto de participar en una protesta o manifestación pública es en sí misma arbitraria e incompatible con las obligaciones internacionales del Estado” (CIDH, Informe sobre las graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua, 21 de junio de 2018, párr. 182).

Sobre la violación particular de derechos que produce la realización de detenciones masivas en contraposición a estándares en la materia, la Corte ha indicado que este tipo de detenciones vulneran la presunción de inocencia y la libertad personal, además de transformar a la prisión preventiva en un mecanismo discriminatorio (Corte IDH, caso *Servellón García y otros vs. Honduras*, párr. 96 y caso *Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003, núm. 100, párr. 157). Considerando lo anterior, tanto la Corte como la CIDH han llamado a los Estados a abstenerse de incurrir en tales prácticas (Corte IDH, caso *Servellón García y otros*, párr. 96; CIDH, *cit.*, párr. 182; CIDH, Informe Anual 2015, párr. 121).

Sofía Galván Puente
James Cavallaro

495. 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 relacio-

nes entre cortes de un ordenamiento internacional regional (Unión Europea, Consejo de Europa, Pacto de San José) y cortes estatales incluidas en este 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)

496. DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL COEVOLUTIVO

En biología, coevolución es el cambio de uno o más seres vivos provocado por el cambio de otro organismo con el que mantiene 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 *Tyrer 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 in-

teramericana, 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 órdenes 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 recíprocamente, 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

497. DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL 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 este 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 estos 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 esta 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

498. **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 sucesivos 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 esta, a pesar de sus cambios trascendentales, formalmente solo fue una reforma de aquella.

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 aprobado 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 este 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

499. 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 im-

plica, 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 esta, que es el ADN o código genético de aquellos, 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. (1^a) 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 multiéticas 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 que se entienda 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 esta-

do 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 constitucionalidad 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: (1°) 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. (2°) 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. (3°) 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

500. 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, esta 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).

Nuria González Martín

501. DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES BASADA EN CONSIDERACIONES DE GÉNERO (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Las mujeres han sufrido por años estas diversas manifestaciones de desigualdad en función de su pertenencia a este sexo y por la forma de construcción de las instituciones sociales, políticas y jurídicas, que se ha construido sobre la idea de una pretendida abstracción y neutralidad del sujeto y de una visión del mundo en forma de binarios jerarquizados, en las que lo masculino es superior a lo femenino.

Por lo expuesto, desde sus inicios el derecho internacional ha dado especial preocupación a la discriminación a las mujeres. Así dan cuenta los principales tratados internacionales y la aprobación, en 1979, de la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en vigor desde 1981. Este Tratado contiene una definición de discriminación en el artículo 1, que señala: “la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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”. En relación con las esferas en las que puede darse la discriminación, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano de vigilancia de este Tratado, ha sostenido en su recomendación general 12, de 6 de marzo de 1989, que se incluye la esfera familiar y también la laboral, lo cual constituye a la violencia intrafamiliar y las diversas formas que asume (p. ej., violencia sexual) y a los

abusos sexuales ocurridos en el lugar de trabajo como parte de las formas más graves de discriminación contra la mujer.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el principal texto vinculante —la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de 1969 y en vigor desde 1978— contiene una referencia en el artículo 1.1 a propósito de la obligación estatal de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos, así como garantizar su libre y pleno ejercicio “[...] sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, disposición vinculada al artículo 2 y al 24, que establece la igualdad ante la ley.

En 2013, la Organización de los Estados Americanos aprobó dos convenciones que adoptaron una definición de discriminación y conceptualizaron sus diversas formas, además de aumentar considerablemente el listado de motivos prohibidos de discriminación. Una de ellas es la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, la cual define la discriminación como cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados parte. Agrega que la discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Esto no es más que la manifestación en texto positivo y expreso del principio de que los motivos específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la CADH, no constituye un listado taxativo o limitativo, sino meramente enunciativo, y que la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social”, que debe ser interpretada en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo (Corte IDH, caso *Atala Riffó y niñas vs. Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012, núm. 239, párr. 85).

En los desarrollos del Sistema Interamericano en materia de igualdad y no discriminación a favor de las mujeres, un momento importante se da en 2003, a propósito de la opinión consultiva (OC) 18/03, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En dicho instrumento, el órgano jurisdiccional señaló el carácter *ius cogens* de la igualdad entre seres humanos y de la prohibición de la discriminación, pero además introdujo el concepto de “género” en el listado de motivos prohibidos de discriminación, reemplazando a la expresión “sexo” contenida en los textos convencionales (OC-18/03, párrs. 83 y 101). Con este pronunciamiento vino a reforzar la relevancia de la discriminación que el SIDH ya había manifestado en pronunciamientos consultivos anteriores de la misma Corte. (OC-4/84, párrs. 55-59; y OC-17/02, párrs. 43, 55 y 95-98) Tales desarrollos fueron dotando

de contenido a las disposiciones principales en la materia dentro del Sistema Interamericano: los artículos 1, 2 y 24 de la CADH, de los cuales se desprenden obligaciones específicas para los Estados parte del sistema.

En ese contexto normativo y hermenéutico, la Corte IDH ha debido conocer casos de discriminación a mujeres y niñas en diversos contextos, lo cual le ha permitido profundizar más aún sus estándares sobre la prohibición de discriminación en razón del género.

Un criterio relevante en el desarrollo jurisprudencial se da a propósito del caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (sentencia de 16 de noviembre de 2009, núm. 205). Ante los graves hechos de violencia contra mujeres (incluidas niñas), el Tribunal considera que, en el caso, la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación. Declaró que el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la CADH, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la misma, en perjuicio de las tres mujeres agredidas sexualmente y asesinadas. Además, al referirse a la obligación estatal de no discriminar y a la violencia contra la mujer como discriminación, reconoció la existencia una “cultura de discriminación” que influyó los homicidios de las mujeres en Ciudad Juárez, dando así gran relevancia al contexto para valorar los hechos y las pruebas (párrs. 391 y ss.).

En otros casos, también referidos a denuncias de discriminación contra mujeres, ha profundizado sus estándares atendiendo a situaciones determinadas, como la situación de niñas, mujeres lesbianas o los impactos desproporcionados de la discriminación indirecta en razón del género. En *Niñas Yéan y Bosico vs. República Dominicana* (sentencia de 8 de septiembre de 2005, núm. 130), la Corte reforzó la idea de que a las niñas debe concederse una protección especial por su carácter de tal, como derecho adicional y complementario, recordando que son especialmente graves los casos en los que las víctimas son niñas (párrs. 133 y 134).

En *Atala Riffo y niñas*, además de reforzar que el artículo 1.1 de la CADH es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del Tratado (párrs. 78 y 81), la Corte evaluó en forma estricta las razones alegadas por el Estado chileno para justificar la diferencia de trato recibida por Karen Atala por ser lesbiana, en el juicio de tuición respecto de sus hijas. El Tribunal concluyó que si bien se pretendió la protección del interés superior de las hijas de la señora Atala, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que no se comprobó en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja del mismo sexo afectara de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, se utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que esta constituye un trato discriminatorio en contra de la señora Atala (párr. 146).

En *Artavia Murillo y otros (“secundación in vitro”) vs. Costa Rica* (sentencia de 28 de noviembre de 2012, núm. 257), al condenar al Estado en relación con la prohibición de realizar tratamientos de fertilización *in vitro* y la discriminación indirecta de los hechos, la Corte consideró que si bien ello afecta a hombres y mujeres, tal prohibición puede producir impactos desproporcionados diferenciados en razón de estereotipos y prejuicios en la sociedad derivados del género (párrs. 294 y ss.).

Es importante resaltar que en el desarrollo de su jurisprudencia referida a discriminación contra mujeres (y en casos de violencia), la Corte IDH ha introducido el concepto de estereotipos de género, condenando su uso, especialmente por tribunales de justicia. En el caso “*Campo Algodonero*” señaló que se trata de una “pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”.

Ximena A. Gauché Marchetti

502. **DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD (JURISPRUDENCIA
INTERAMERICANA)**

El estudio del tema que abordamos ha estado vinculado al análisis de fondo de la Corte Interamericana sobre los derechos de las personas con discapacidad. Diferentemente de la discapacidad, el concepto de no discriminación está consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que es transversal a la protección de todos los derechos establecidos en el Tratado. Así, el artículo 1.1 del mismo establece que “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” En general, la Corte ha considerado que la discriminación contra personas con discapacidad se enmarca en el dispositivo de “cualquier otra condición social” y está, por tanto, protegida por la Convención.

Además, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad define la discriminación contra las personas con discapacidad como “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 1.2).

Cabe señalar que el primer fallo de la Corte Interamericana en la materia se dio en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (sentencia de 4 de julio de 2006, núm. 149), en el cual un joven con trastornos psiquiátricos estuvo internado en una clínica particular y falleció a consecuencia de malos tratos. En dicha oportunidad, la Corte afirmó que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas necesarias (de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole) para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad (párr. 105). En razón de la vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales y el alto grado de intimidación que caracteriza los tratamientos psiquiátricos, es necesario que los Estados ejerzan una estricta vigilancia sobre los establecimientos públicos o privados, a fin de prevenir actos de tortura u otros tratos crueles y degradantes (párr. 108).

Posteriormente, en *Furlan y familiares vs. Argentina* (sentencia de 31 de agosto de 2012, núm. 246), la Corte reiteró su conclusión sobre el deber de los Estados de adoptar medidas para eliminar la discriminación asociada a la discapacidad e integrar plenamente a esas personas a la sociedad, pero además resaltó que el debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación (párr. 135).

Para la Corte, el derecho a la igualdad y no discriminación abarca una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados (párr. 267). Lo anterior resulta en la necesidad de garantizar que los menores de edad y las personas con discapacidad disfruten de un verdadero acceso a la justicia y que sean beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses (párr. 268).

Al analizar la discriminación indirecta de personas con discapacidad en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (sentencia de 28 de noviembre de 2012, núm. 257), la Corte estableció la diferencia entre “distinciones de trato” (compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas) y discriminación (diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos). A continuación, la Corte definió a la discriminación indirecta como “una norma o práctica aparentemente neutra, [que] tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas”, y precisó que es “posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias prácticas y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba” (párr. 286). En ese sentido, citando al Comité sobre las Personas con Discapacidad y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señaló que “una ley que se aplique con imparcialidad puede tener un efecto discriminatorio si no se toman en consideración las circunstancias particulares de las personas a las que se aplique” y cuando una política general o medida tiene un efecto desproporcionadamente perjudicial en un grupo particular, esta puede ser considerada discriminatoria aun si no fue dirigido específicamente a ese grupo. Al considerar que la barrera impuesta al acceso a la técnica de fertilización *in vitro* (FIV) generaba un impacto diferenciado en las mujeres infértiles, la Corte reiteró la obligación de los Estados de incluir a las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad. En el caso concreto, la Corte concluyó que la prohibición de la FIV tuvo efectos discriminatorios tanto en virtud de la discapacidad de las víctimas, como también por su condición de mujeres y su situación económica.

El caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala* (sentencia de 29 de febrero de 2016, núm. 312) se refiere a una persona con discapacidad privada de la libertad, y la falta de adaptación del local de privación de libertad de acuerdo

con sus necesidades especiales. En lo que atañe a las personas con dificultades de movilidad física, la Corte afirmó el deber de los Estados de identificar los obstáculos y las barreras de acceso y, en consecuencia, proceder a eliminarlos o adecuarlos, asegurando con ello la accesibilidad de dichas personas a las instalaciones o servicios para que gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible (párr. 214). Concretamente, Guatemala tenía la obligación de garantizar accesibilidad a las personas con discapacidad que estuvieran privadas de libertad, de conformidad con el principio de no discriminación y con los elementos interrelacionados de la protección a la salud (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad), incluida la realización de ajustes razonables necesarios en el centro penitenciario, para permitir que pudiera vivir con la mayor independencia posible y en igualdad de condiciones con otras personas en situación de privación de libertad. No hacerlo violaría el principio de no discriminación. Asimismo, la Corte consideró que el Estado debió facilitar que la señora Chinchilla Sandoval pudiera acceder, conforme al principio de equivalencia, a medios a los cuales razonablemente hubiera podido acceder para lograr su rehabilitación si no hubiera estado bajo custodia estatal, así como para prevenir la adquisición de nuevas discapacidades (párr. 216).

El aspecto histórico de la discriminación fue abordado en *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador* (sentencia de 1 de septiembre de 2015, núm. 298), por medio del análisis de los efectos de la discriminación interseccional en razón del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), género y condición social. En primer término, la Corte reconoció que las personas con VIH han sido históricamente discriminadas debido a las diferentes creencias sociales y culturales que han creado un estigma en torno a la enfermedad. De este modo, el hecho que una persona viva con VIH/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), o incluso la sola suposición de que lo tiene, puede crear barreras sociales y actitudinales para que esta acceda en igualdad de condiciones a todos sus derechos. De acuerdo con el modelo social de discapacidad, se consideró que el convivir con el VIH no es *per se* una situación de discapacidad. Sin embargo, en algunas circunstancias, las barreras actitudinales que enfrenta una persona por convivir con el virus generan que las circunstancias de su entorno le coloquen en una situación de discapacidad. Así, la determinación de si alguien puede considerarse una persona con discapacidad depende de su relación con el entorno y no responde únicamente a una lista de diagnósticos. Por tanto, en algunas situaciones, las personas que viven con VIH/sida pueden ser consideradas en situación de discapacidad bajo la conceptualización de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (párr. 238).

En el caso particular, confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía Gonzales Lluy fue ocasionada por múltiples factores y derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de

pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado, teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH, necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja (párr. 290).

Carlos Gaio

503. 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 prác-

tica 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 *disparate 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 Europea 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 impacto 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 clara-

mente este tipo de discriminación fundada en el sexo, ya sea en la jurisdicción social, administrativa o civil.

Nuria González Martín

504. DISCRIMINACIÓN ECONÓMICA

Condición multidimensional que padecen especialmente personas y grupos minoritarios —sobre todo mujeres, niñas y niños, migrantes, ancianos, indígenas y personas en situación de calle— que les impide —en lo personal y en lo colectivo— la proyección autónoma de su dignidad, el disfrute de servicios básicos, su inserción en la sociedad y su florecimiento humano. La consecuencia de la exclusión y el desconocimiento por parte del Estado —y de actores económicos dominantes— de su integridad humana, en diversos planos, les impide satisfacer sus necesidades vitales básicas como alimentación, salud, vivienda digna, educación y empleo.

A largo plazo, este tipo de discriminación propicia la erosión de sus derechos; perpetúa su inmovilidad social, los excluye del acceso a la participación política, la justicia, y genera condiciones para que tanto agentes del Estado como particulares transgredan sus derechos humanos en un clima de impunidad contextualizada. Desde el punto de vista normativo y jurisprudencial (véase el análisis casuístico que explicita el voto razonado del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, sentencia de 20 de octubre de 2016, núm. 318), la prohibición de la discriminación económica está prevista en diversos tratados internacionales (como el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y, en consecuencia, tiene una dimensión subjetiva y objetiva: la primera tiene que ver con la obligación del Estado para prevenir la explotación humana, relacionada con las obligaciones que se han diseñado tanto en materia de derechos económicos, sociales y culturales (especialmente para los pueblos indígenas) como las prohibiciones de trabajo forzado a través de los tipos penales y la legislación laboral. La segunda consiste en las obligaciones positivas del Estado para crear bienestar general en la población a través de políticas fiscales que permitan una justa distribución de la riqueza y la elevación de la dignidad humana como fin último del Estado.

Las normas constitucionales incluyen la prohibición de discriminación económica cuando se refieren a “otro tipo de discriminación” y, en razón de esta cualidad expansiva, junto con los principios de *iura novita curia*, *in favor debilis* y *pro iustitia socialis*, se ha construido un bagaje jurisprudencial autónomo para proteger los derechos de procesados, consumidores, analfabetos, campesinos, indígenas, mujeres en contexto de violencia y derechos de la niñez. Asimismo, la discriminación económica es un factor de peso en el pago de las compensaciones por daños a los derechos humanos. En casos de trabajo forzado, los resultados (reparación, sanción o compensación por daños punitivos) incluirían varias medidas, que pueden ser pagos económicos, enjuiciamiento penal u otros medios de satisfacción por la vía extracontractual. En suma, la condición de discriminación económica puede reivindicarse mediante políticas públicas multidimensionales sustentadas en derechos humanos. Por la vía del litigio, la discriminación se toma en cuenta en casos sobre justicia familiar, como parte de la igualdad ante la ley (derecho penal y debido proceso) y

como parte de la prohibición de explotación entre individuos (prohibición de trabajo esclavo).

Isaac de Paz González

505. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

La discriminación estructural alude a aquellas circunstancias de desigualdad o dominación que ocurren dentro de —y debido a— las dinámicas sociales, y que tienen como resultado la exclusión sistemática de grupos de personas, negándoles el acceso al ejercicio de sus derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos ha identificado con claridad el fenómeno de la discriminación estructural y ha recomendado en diversos instrumentos, o ha hecho obligatorio para los Estados parte, llevar a cabo acciones que trabajen en favor de la desarticulación de estas condiciones sociales que de manera continua afectan el acceso al derecho a la igualdad y no discriminación. Ejemplos claros de lo que señalamos son la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Violencia contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en su artículo 5; el propio Comité CEDAW, en su observación general número 30 y 33; el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, por sus siglas en inglés), en su observación general número 3, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), en su observación general número 20.

Es así que la discriminación estructural puede estar presente tanto en las dinámicas sociales, por ejemplo, las ideas establecidas en los estereotipos o roles de género, como en la legislación, las políticas públicas o en los sistemas de creencias, entre otros.

Un elemento diferenciador de la discriminación estructural es su componente colectivo, en contraposición con el concepto individual de la discriminación y sus consecuencias. Es decir, la discriminación estructural señala mecanismos de exclusión o subordinación que afectan a una población en razón de sus características específicas, como pueden ser: género, preferencias sexuales, raza, situación socioeconómica, edad, condición de salud, entre otras, o sus circunstancias, por ejemplo, personas en situación de migración, en situación de calle, o en razón de las diversas actividades que realizan, como la prestación de servicios sexuales o trabajadores del campo. Ello sin perder de vista que las personas o los grupos sociales se encuentran comúnmente dentro de diversas intersecciones, dando lugar a una infinita variedad de circunstancias que podrían colocarlas en situaciones de desventaja muy complejas y de difícil desarticulación.

La estructura social es la forma que adopta el sistema de las relaciones entre individuos y los vinculan de forma sistemática aun cuando no haya nunca interacción entre ellos. Es un concepto complejo que ha favorecido el entendimiento y la explicación de fenómenos sociales más allá de la valoración de conductas individuales. Así, la discriminación estructural revierte de igual forma la idea de sujeto activo y pasivo en el contexto de desigualdad, incorporando la idea de sujetos colectivos. Esta posición es fundamental en el debate de la lucha en contra de la discriminación, ya que identifica, desde otra perspectiva, la identidad del problema, sus causas, constitución, dimensión, naturaleza, fortalezas y, por tanto, contribuye a identificar con mayor precisión las acciones necesarias para su erradicación, tomando dimensiones

y rumbos muy distintos a aquellos que se tomaron en la concepción individualista de la discriminación y la desigualdad. En este sentido, la discriminación estructural se opone al individualismo, del que resulta el reconocimiento de la igualdad de todas las personas ante la ley o la prohibición de la esclavitud como categoría jurídica, ambas valiosas, sin duda, pero insuficientes.

Las acciones de discriminación, cuando van más allá de actos individuales, únicos e independientes y se convierten en realidades sistémicas, repetitivas, que inclusive establecen un patrón, adquieren la cualidad de estructurales. Para México, un caso emblemático de estas condiciones ha sido *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* (sentencia de 16 de noviembre de 2009, núm. 205), en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos identificó una situación de discriminación reiterada, sistemática, que constituyó un patrón de actuación del Estado, avalado por los estereotipos y creencias sociales a partir de la condición de mujer de las víctimas mortales. Esta sentencia ha resultado un antecedente muy relevante en el análisis de otros hechos semejantes en donde se repiten las características y que dan contenido e identidad a la discriminación estructural.

Los Estados y las sociedades tienen la obligación de identificar y modificar todas aquellas condiciones sociales sistemáticas, permanentes y, en consecuencia, estructurales, que excluyen y sujetan a las personas o los grupos sociales a condiciones de desigualdad y exclusión.

Ángela Quiroga Quiroga

506. DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL

El enfoque interseccional debe sus orígenes a la lucha feminista multirracial promovida en Estados Unidos en la década de los setenta, iniciada con el ánimo de denunciar la opresión que sufrían las mujeres negras en razón de su género y color de piel, oponiéndose a la hegemonía del llamado “feminismo blanco”, entre otros objetivos. Desde esa trinchera fue acuñado el término de la “simultaneidad de opresiones”, que eventualmente daría pie al nacimiento del concepto de “interseccionalidad”, propiamente empleado por la jurista afroamericana Kimberlé Crenshaw en 1989, a fin de visibilizar la situación de marginación y violencia que enfrentaban las trabajadoras negras en su país.

Crenshaw advirtió que las trabajadoras afrodescendientes sufrían de exclusión tanto por motivos raciales como de género, y que ambas categorías de vulnerabilidad convergían y derivaban en una discriminación agravada en su contra, es decir, los motivos de discriminación, interactuando en conjunto, crean una situación especial de opresión. Por ello, según sus propias palabras, se propuso “ilustrar que muchas de las experiencias que enfrentan las mujeres negras no están incluidas dentro de los límites tradicionales de la discriminación racial o de género como se entienden actualmente, y que la intersección del racismo y el sexismo influye en la vida de las mujeres negras en una forma que no puede ser comprendida totalmente si se observan las dimensiones de raza o género de las mujeres por separado” (1991).

De lo anterior se infiere que el fenómeno de interseccionalidad se presenta cuando: *a)* una persona o grupo de personas son discriminados a causa de varios factores de opresión, es decir que en su contra existe una pluralidad de condiciones de vulnerabilidad, y *b)* la convergencia de dichos factores se traduce en una especial situación de vulnerabilidad, en una discriminación es-

pecífica que puede apreciarse únicamente cuando se estudian conjuntamente los elementos que la integran.

En relación con ello, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad explicó que el concepto de “discriminación múltiple” hace referencia a una situación en la que una persona experimenta dos o más motivos de discriminación (lo que conduce a una discriminación compleja o agravada), mientras que la “discriminación interseccional” se refiere a una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo, de forma que son inseparables (Observación general núm. 3, párr. 4).

Ahora bien, es importante tener en cuenta que el concepto de interseccionalidad, tal como lo conocemos hoy, no solo denuncia la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres en razón de su género u origen racial, sino que alerta sobre la exclusión que sufre una gran cantidad de personas, por variadas y múltiples razones. Por ello se ha dicho que la interseccionalidad implica no solo un estudio del género y de las diferencias entre hombres y mujeres, sino el análisis de las relaciones entre las diferentes categorías e identidades socioculturales, con el fin de determinar cómo estas interactúan (Knudsen).

Así, la interseccionalidad permite estudiar la interacción de las distintas condiciones que colocan a los individuos en posiciones de privilegio o vulnerabilidad, según sea el caso. Dichos ejes de libertad/opresión pueden referirse a: género, origen étnico, nacionalidad, preferencia sexual, discapacidad, estado de salud, educación, clase social, posición económica, color de piel, fertilidad, edad, religión, lengua, ideología, apariencia física, entre otras circunstancias. En realidad, si se observa desde esta óptica, puede concluirse que la mayoría de las categorías de vulnerabilidad se remontan al nacimiento mismo de la persona, sin que haya intervenido su voluntad o elección, y que pocas personas en el mundo gozan de una posición de total privilegio.

En este sentido, la perspectiva interseccional subraya precisamente que tales categorías, lejos de ser “naturales” o “biológicas”, son construidas e impuestas socialmente y están interrelacionadas entre sí, lo que supone un cuestionamiento a las relaciones de poder y a cómo se articula el privilegio (Gandarias Goikoetxea).

Para comprender mejor este enfoque, es importante recalcar que “es posible apreciar casos de discriminación denominada múltiple o compuesta, en la que las mismas personas son discriminadas por dos o más factores conjuntamente. Sin embargo, esto, por sí mismo, no constituye interseccionalidad. Este concepto se refiere no solo a la multiplicidad de factores causa de discriminación, sino también al ‘efecto sinérgico’ que va más allá de la suma de factores, enfocándose más bien en su combinación, y muchas veces con resultados en formas únicas de discriminación” (Cornejo Chávez, en Ferrer Mac-Gregor *et al.* (coords.), 2018, p. 253).

Tal como explica el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “La discriminación interseccional se refiere entonces a múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta. [...] La interseccionalidad constituye un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional” (Corte IDH, caso *Gonzales Lluy y otros*

vs. Ecuador, sentencia de 1 de septiembre de 2005, núm. 298, voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párrs. 11 y 12).

Emplear esta perspectiva, teniendo en cuenta las cargas específicas que soportan quienes están sometidos a escenarios de opresión a causa de múltiples y concurrentes factores, permitirá avanzar con mayor certeza en el camino hacia la reivindicación de los grupos históricamente más vulnerables, quienes precisan de una mayor protección por parte de las entidades estatales y, además, de una mayor comprensión por parte de la sociedad en su conjunto.

Carolina Hernández Parra

507. DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL EN RAZÓN DE GÉNERO

La interseccionalidad es un concepto que se desarrolla como una categoría de análisis dentro del pensamiento y praxis feminista. Una vez identificados los componentes de discriminación y violencia por razones de género surgen voces que llaman la atención respecto de la homogeneidad que se pretendía dar al fenómeno —explicándolo solo a partir de la realidad de las mujeres blancas, heterosexuales, católicas y sanas—, dejando totalmente invisibilizada la complejidad que suponen otros procesos estructurales que provocan distintas formas de discriminación y desigualdad social contra las mujeres. Esta nueva perspectiva identifica que la desigualdad social que margina a las mujeres se origina y manifiesta de forma multicausal, dando lugar a intersecciones relacionadas con el sexo, la religión, las preferencias sexuales, las condiciones socioeconómicas o de origen étnico, entre otras.

El enfoque interseccional abre el horizonte para la comprensión de fenómenos socioculturales que deben ser abordados por la ciencia y la acción gubernamental para su atención de manera diferenciada. Asumir esta perspectiva ofrece acercamientos diferenciados, lo que supone mayores y mejores posibilidades de erradicar, de forma transversal, diferentes tipos de sistemas de subordinación, y por tanto, de discriminación por razones de género, pero incorporando otras condiciones que agravan y polarizan aún más las desigualdades y sus efectos discriminatorios.

La interseccionalidad propone un posicionamiento inclusivo en la lucha feminista. Se trata de huir de las generalizaciones y simplificaciones de la realidad para visibilizar las complejas condiciones de desigualdad que viven las mujeres, provocadas, adicionalmente, por motivos de su raza, preferencias sexuales, condiciones socioeconómicas o religión. Estas condiciones interactúan entre sí. No pueden observarse de forma aislada y parcial. El fenómeno discriminatorio y de desigualdad por razones de género se complejiza y potencializa ante diversos cruces derivados de la presencia de otras condiciones constitutivas de la identidad que producen relaciones asimétricas de exclusión y subordinación particulares, incluso frente a otras mujeres.

El concepto adquiere esta categoría a partir del replanteamiento del derecho antidiscriminatorio en Estados Unidos. En este camino se identifican diversas minorías o grupos excluidos por razones que rebasaban la dimensión de género. Las corrientes más representativas que han posicionado esta visión como indispensable en el feminismo contemporáneo son las surgidas de los movimientos feministas afroamericanos y chicanos, alejándose del feminismo hegemónico.

En el desarrollo del concepto se han diferenciado diversas posiciones respecto a la forma de acercamiento e interpretación de los procesos y estructuras de poder excluyentes y de subordinación. Una de ellas se centra en las condiciones particulares de las mujeres, resaltando procesos de discriminación y subordinación microsociales. La otra observa el fenómeno desde una postura amplia y macro a partir de sistemas de poder en los ámbitos económico, social, político e incluso religioso.

Actualmente, un ejemplo de las grandes corrientes que empujan el estudio y desarrollo de la perspectiva pluricausal y diferenciada de los procesos de subordinación y discriminación contra las mujeres es el *black feminism* en Estados Unidos, que surge de la exigencia de incorporar las experiencias de género con la inclusión del componente de raza y clase en la agenda feminista. En Europa prevalece más la vinculación al feminismo posmoderno.

En América Latina ha existido, desde hace tiempo, la clara conciencia de la discriminación por origen étnico y, desde luego, a causa de las condiciones socioeconómicas de las mujeres, recientemente se han fortalecido movimientos importantes que reivindican la situación de las mujeres pertenecientes a la población afrodescendiente, con diversas discapacidades, o de la comunidad lésbica, gay, bisexual, transexual, transgénero, travesti e intersexual (LGBTTTTI).

La interseccionalidad permite visibilizar y particularizar los mecanismos de subordinación y desigualdad a partir de distintas condiciones que ubican a las mujeres en situaciones de desventaja diversas. Desde este enfoque, la discriminación es simultánea y difícilmente podríamos diferenciar si una u otra causa juega un papel más importante, situación que no tendría mucho valor.

Ángela Quiroga Quiroga

508. DISCULPA PÚBLICA POR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS

El Estado, en cuanto forma de organización humana que busca el desarrollo de una vida social, encuentra su justificación —teórica y práctica— en la salvaguarda del interés colectivo de frente a los intereses individuales.

Así lo plantean las teorías del Estado moderno, que buscan darle un sustento axiológico (aunque también metafísico), como producto de un contrato social en el que “el colectivo”, partiendo de condiciones de naturaleza, se renuncia a un coto de libertad que es cedido a un ente supraindividual con la finalidad de que organice las relaciones civiles y resuelva por cauces pacíficos, a través de instituciones jurídicas, los problemas que, de otra forma, hubieran generado ciclos interminables de violencia, así como prevenir la agresión y garantizar bienes, valores, (pre)condiciones y recursos necesarios para que cada una de las personas puedan desarrollar una vida digna, autónoma y libre de violencia; es decir, los derechos humanos (se sugiere consultar a Höffe, 1992, pp. 9-41).

No existe Estado sin personas, sin territorio y sin capacidad de gobernar. Al respecto, Norberto Bobbio afirma que todo Estado requiere para su existencia “que en un territorio determinado haya un poder capaz de tomar decisiones y emitir los mandatos correspondientes, obligatorios para todos los que habitan en ese territorio, y obedecidos efectivamente por la gran mayoría de los destinatarios [...]” (1989, p. 129).

En ese orden de ideas, la maximización del bienestar y la seguridad humana son elementos fundacionales que justifican la existencia del Estado y las instituciones que ejercen su gobierno y, por tanto, legitiman el ejercicio del poder, el cual, siguiendo al filósofo italiano, debe entenderse como “una relación entre dos sujetos de los cuales el primero obtiene del segundo un comportamiento que este, de otra manera, no hubiera realizado” (p. 104). Por esta razón, continúa Bobbio, el Estado requiere del uso de la fuerza, por lo cual “solo el uso exclusivo [es] condición suficiente” (p. 108).

Dicho monopolio de la fuerza pública, pero también de la creación normativa, que construyen una representación (que aspira a ser) justa del mundo (Supiot, 2012, p. 30), y de la coacción ante el incumplimiento de las reglas “socialmente” aprobadas, genera *ipso facto* una relación asimétrica entre quienes detentan el ejercicio del poder público y quienes somos destinatarios de las decisiones que, con base en él, se asuman. En un Estado constitucional y democrático como México, dichas reglas se consideran un producto político en manos de la decisión social (art. 39 constitucional), en atención al verbo *representar*, pilar del juego democrático.

Como señala Otfried Höffe, “todo orden político fundamental es también un orden de dominación”, por tanto, “la justicia política no consiste en la superación, sino en la transformación cualitativa de la dominación” (p. 9).

Estas construcciones teóricas han sido el soporte para que México reconozca, en el primer artículo de su ley fundamental, que son las autoridades del Estado las principales obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Sin embargo, un marco normativo sin un proceso de incorporación cultural de las razones que lo justifican resulta tan vulnerable, que basta la presencia de un conflicto de intereses por parte de los operadores o ejecutores de la norma para desviar los recursos y esfuerzos destinados a las finalidades originales de sus atribuciones y cometer acciones u omisiones que constituyan alguna afectación a la existencia de las personas destinatarias del orden jurídico.

De esta manera, cualquier abuso de poder que transgreda los derechos humanos de una persona constituye una injusticia que produce “un daño existencial” (Bilbeny, 2015, p. 35).

Por ello, la ley fundamental mexicana establece, de forma derivada a las obligaciones de frente a los derechos humanos, la de evitar que se trasgredan y, en consecuencia, que en caso de que así suceda, se investiguen los hechos y reparen los daños de forma integral (respecto de la reparación del daño véase la voz “Reparación del daño por violaciones graves a derechos humanos”, en esta obra).

Esta obligación constitucional, que es también un derecho de las víctimas, tiene su correlativo normativo aplicable en la Ley General de Víctimas, en cuyo artículo 1, párrafo tercero, señala que una “reparación integral” comprende: “las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, *satisfacción* y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica” (cursivas añadidas).

Entre las medidas de satisfacción, el artículo 27, fracción IV, enfatiza que estas buscan “reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas”; por ello, el diverso 73, fracción IV, incluye entre ellas la disculpa pública “de parte del Estado, los autores y otras personas involucradas en el hecho punible o en la violación de los derechos”.

Como se mencionó, toda violación a los derechos humanos implica un daño a la existencia humana. Es por tal razón que, de frente a la investigación de los hechos que la constituyen, la justicia adquiere un “sentido existencial” que empiece por la víctima y por su propio juicio, es decir, que le permita “racionalizar el mal sufrido”. Para ello, es necesario “que se reconozca, [...] que se diga bien a las claras [...] el mal [...] que alguien ha padecido” (Billbeny, p. 36).

En ese tenor, el referido artículo 73 de la Ley General de Víctimas señala que la disculpa pública deberá incluir “el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades”.

La disculpa pública por parte de las autoridades responsables en caso de violaciones a derechos humanos posee una fuerte carga simbólica, entre otras cosas, por el reconocimiento de vulnerabilidad y de fallas endémicas que encierra el modelo gubernamental. En el orden jurídico mexicano, el concepto de autoridad se ha ido ampliando hacia el reconocimiento de otras estructuras y grupos con capacidad de tomar decisiones y ejercer el poder, que no actúan, de forma total, en el núcleo de la vida pública. Un ejemplo de esto es la tesis 1ª. IV/2015 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que establece como medida de reparación, en los casos de discriminación laboral, una disculpa pública por parte de la empresa empleadora.

En esta línea, la disculpa pública comporta, además, una dimensión social ineludible; puesto que el reconocimiento de responsabilidad permite que el “proceso de perdón transaccional”, apoyado en la ley, transforme los “prejuicios causados en aquello que hace que mejore la sociedad” (Nussbaum, 2018, p. 260). Transitar de la ira al perdón, de la venganza a la justicia institucionalizada, a través del reconocimiento y la disculpa.

*Francisco Esquinca Cuevas
Eduardo Alcaraz Mondragón*

509. DISCURSO DE ODIOS

El discurso de odio —o *hate speech*— se sostiene en la intención de provocar una afectación en la dignidad de un grupo de personas por medio de “ofensas”. Dichas manifestaciones suelen referirse a expresiones discriminatorias, racistas, xenófobas, misóginas, homófobas, entre otros.

Las expresiones de odio pueden integrar un argumento basado en razones morales o estéticas, coherentemente formulado, en el que se apela más a la emoción que a la razón al momento de deliberar. Existe un discurso de odio que escapa de todo punto de equilibrio entre las partes que deliberan. En este escenario, con frecuencia se apela a la retórica, la simbología y la redefinición de códigos éticos entre posiciones antagónicas, ideologías de dominio y rivalidad.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en la tesis CL/2013 (10ª), sostuvo que “los discursos del odio son aquellos que incitan a la violencia —física, verbal, psicológica, entre otras— contra los ciudadanos en general, o contra determinados grupos caracterizados por rasgos dominantes históricos, sociológicos, étnicos o religiosos. Tales discursos se caracterizan por expresar una concepción mediante la cual se tiene el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social

[...] En consecuencia, los discursos del odio van más allá de la mera expresión de una idea o una opinión y, por el contrario, resultan una acción expresiva finalista que genera un clima de discriminación y violencia hacia las víctimas entre el público receptor, creando espacios de impunidad para las conductas violentas”.

Desde esta óptica, el discurso de odio puede silenciar o subordinar a ciertos grupos sociales minoritarios o vulnerables, lo que provoca una deconstrucción de la libertad de expresión. Las expresiones subversivas pueden ocasionar afectación emocional intensa, personal o colectiva, provocando dolor, humillación y violencia, dañando la dignidad de las personas contra las que se profieren dichas manifestaciones.

En este sentido, la SCJN ha señalado que existen expresiones que se insertan en una categoría de lenguaje discriminatorio e incluso de discurso de odio. Así lo señaló en la tesis de la Primera Sala CXLVIII/2013 (10ª), en la que afirmó que el discurso homófobo implica una incitación, promoción o justificación de la intolerancia hacia la homosexualidad, ya sea mediante términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas, por lo que debe considerarse como una expresión del discurso de odio.

El *hate speech* suele involucrar acciones variadas basadas en la destrucción del otro, a quien se identificará como “enemigo”. Por tanto, es usual que dicho discurso este desprovisto de todo orden y reglas, y puede provocar una respuesta hostil de sus interlocutores.

La doctrina y la jurisprudencia interamericana han subrayado que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el inciso 5 del artículo 13, dispone que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

El latente peligro de los discursos de odio es que rápidamente pueden detonar la violencia; por ello, la postura mayoritaria ha señalado que las condiciones (peligro real e inminente) son elementos básicos a considerar en el análisis de las expresiones controvertidas.

El ánimo inserto en cada expresión de odio puede lesionar el honor de ciertos colectivos, afectar sensibilidades o remover heridas que parecían ya estar cerradas. Identificar la intencionalidad como elemento clave que descubra las expresiones que afectan ciertos valores sociales y exceden a la protección que brinda la libertad de expresión no es una tarea de fácil despacho.

En suma, la doctrina mayoritaria coincide en que el discurso de odio es nocivo para la democracia; empobrece el debate público, afecta derechos de la personalidad y envilece la deliberación con insultos y ofensas injustificadas.

Yessica Esquivel Alonso

510. 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 electoral, 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 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

511. DIVERSIDAD SEXUAL

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación define ampliamente la diversidad sexual y de género como la “referencia a todas las posibilidades que tienen las personas de asumir, expresar y vivir la sexualidad, así como de asumir expresiones, preferencias u orientaciones, identidades sexuales y de género distintas en cada cultura y persona. Es el reconocimiento de que todos los cuerpos, todas las sensaciones y todos los deseos tienen derecho a existir y manifestarse sin más límites que el respeto a los derechos de las otras personas”.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud se ha pronunciado en el sentido de que “la sexualidad es un aspecto central del ser humano a lo largo de la vida y abarca al sexo, género, identidades y roles, orientación sexual, erotismo, placer, intimidad y reproducción”. De ahí que la diversidad sexual sea una expresión utilizada para hacer referencia a todas y todos aquellos que no obedecen a la norma que considera a la heterosexualidad como la vía única y legítima para ejercer la sexualidad, e inclusive aquellas cuya identidad de género no se identifica con el sexo biológico; es decir, es un concepto que abraza a las personas que no viven en un sistema basado en el binarismo de género y la heteronormatividad.

La realidad sexual del ser humano no se caracteriza por la uniformidad sino, más bien, por la diversidad, por las variadas expresiones afectivas, sexuales y emocionales en un contexto cultural particular, ya sea personas de igual género, distinto género o ambos. Incluso, el entendimiento de la sexualidad es producto de momentos históricos particulares, en los que las sexualidades, el género y la corporalidad no son invariablemente biológicos y estáticos, sino que sufren cambios como consecuencia de la visión de una sociedad en un contexto histórico determinado.

Esta característica amplia y diversa de la sexualidad abre la posibilidad de comprenderla también como un campo de acción política que es permeado por relaciones de poder que tienen injerencia directa en prácticas, normas, relaciones, posibilidades de libertad y de ejercicio de los derechos. Si se toma en cuenta que la sexualidad no es un monolito sin cambios a través del tiempo, se abre un horizonte en el que caben todo tipo de transformaciones. De ahí que las maneras de sentir, pensar y expresar la sexualidad en nuestros días no sean equivalentes a las que se tuvieron en el pasado.

Lamentablemente, la amplia gama de sexualidades no recibe el mismo valor de acuerdo con el constructo social que define lo que es normal, legítimo o saludable. Aunque es entendido que la diversidad sexual y afectiva comprende múltiples formas de expresión, relaciones y prácticas, y que se manifiesta de manera muy particular en cada persona, desde el terreno político es un concepto utilizado para hacer mención a aquellas sexualidades invisibilizadas, discriminadas o estigmatizadas. En otras palabras, aquellas que no se ajustan al patrón heterosexual y la relación entre el sexo dado al momento de nacer y la identidad de género.

En el caso de México, las leyes no hacían mención a la diversidad sexual. Fue hasta 1999 cuando el Código Penal y el Código Civil del Distrito Federal la contemplaron y, posteriormente, el artículo 1 de la Constitución federal sufrió una reforma en 2011, en la que se incluyó la prohibición de la discriminación motivada por el género y las preferencias sexuales. Sin embargo, los retos siguen siendo mayúsculos en términos de igualdad e inclusión.

Eréndira Nohemí Ramos Vásquez

512. 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. Estas 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 aquel. 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. Esta 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 estos lo hacen con los “nuevos poderes”.

Eréndira Salgado Ledesma

513. 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 mantenerse 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 solo 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, aun 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

514. *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

Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional

Tercera edición

1001 voces

Tomo I

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Fabiola Martínez Ramírez

Giovanni A. Figueroa Mejía

Rogelio Flores Pantoja

se terminó de imprimir en enero de 2021,

en Hear Industria Gráfica,

Querétaro, México

su tiraje consta de 2 000 ejemplares.

Esta obra reúne el esfuerzo conjunto de 390 autoras y autores de 26 nacionalidades alrededor del mundo, lo que permite una visión integral de la ciencia del Derecho Procesal Constitucional, desde distintas latitudes. Está dirigida a las nuevas y futuras generaciones de estudiosos de la materia, a las y los estudiantes, profesores, abogados, jueces y, en general, a los operadores jurídicos que a través de su labor coadyuvan a la eficacia de los derechos humanos y al fortalecimiento de la democracia y el Estado constitucional de derecho.

Al encontrarnos en el marco del centenario del Primer Tribunal Constitucional de Austria de 1920, que tuvo una amplia influencia en nuestro continente y que significó un punto de partida científico dentro de la entonces nueva disciplina denominada Derecho Procesal Constitucional, este resulta un momento inmejorable para su publicación, pues nos invita a la discusión progresiva sobre los desafíos que enfrentan actualmente las magistraturas constitucionales especializadas en materia de derechos humanos, así como en su tarea de la defensa de la Constitución, bajo el paradigma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.



QRO
ORGULLO
DE
MX

