



**DICCIONARIO DE  
DERECHO PROCESAL  
CONSTITUCIONAL Y  
CONVENCIONAL**

TERCERA EDICIÓN

**1001 VOCES**

**In Memoriam Dr. Héctor Fix-Zamudio**

TOMO II

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 II**

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 II: 978-607-7822-75-2

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

## E

515. Efectos <i>erga omnes</i> . . . . .	1067
516. Efectos <i>ex nunc</i> . . . . .	1069
517. Efectos <i>ex tunc</i> . . . . .	1071
518. Efectos <i>inter partes</i> . . . . .	1073
519. Eficacia y eficiencia en la impartición de justicia . . . . .	1075
520. Elecciones . . . . .	1077
521. Elecciones (calificación de las). . . . .	1079
522. Elecciones (declaración de validez) . . . . .	1082
523. Empoderamiento. . . . .	1085
524. Enfoque de derechos humanos y envejecimiento . . . . .	1087
525. Enriquecimiento ilícito . . . . .	1088
526. Entrada en vigor . . . . .	1089
527. Enunciados de los precedentes . . . . .	1090
528. Enunciados dogmáticos. . . . .	1092

## CONTENIDO

529. Equidad . . . . .	1095
530. Equidad de género . . . . .	1095
531. Especificidad de las normas de derechos humanos. . . . .	1096
532. Estado (órganos del) . . . . .	1097
533. Estado (potestad tributaria del) . . . . .	1099
534. Estado abierto . . . . .	1101
535. Estado constitucional de derecho . . . . .	1103
536. Estado de excepción . . . . .	1106
537. Estado laico . . . . .	1107
538. Estándar de racionalidad . . . . .	1110
539. Estereotipo. . . . .	1111
540. Esterilización no consentida . . . . .	1113
541. Estratificación social . . . . .	1114
542. Ética judicial . . . . .	1117
543. Eutanasia . . . . .	1119
544. Excepción/cuestión de inconstitucionalidad . . . . .	1120
545. Extranjería. . . . .	1121

## F

546. Federalismo . . . . .	1127
547. Fórmula política . . . . .	1128
548. Frenos y contrapesos ( <i>checks and balances</i> ) . . . . .	1129
549. Fueros aragoneses . . . . .	1131
550. Fundamentación definitoria . . . . .	1133
551. Fundamentación empírica . . . . .	1135
552. Fundamentación racional de la decisión judicial . . . . .	1137

## G

553. Garantía de la seguridad jurídica . . . . .	1143
554. Garantías judiciales (proceso administrativo sancionador) . . . . .	1144
555. Garantías procesales electorales . . . . .	1147

556. Garantismo judicial . . . . .	1148
557. Género. . . . .	1151
558. Globalización . . . . .	1153
559. Gobierno y oposición . . . . .	1155
560. Grupos en situación de vulnerabilidad . . . . .	1157

## H

561. <i>Habeas corpus</i> . . . . .	1161
562. <i>Habeas corpus</i> (Guerrero). . . . .	1165
563. <i>Habeas data</i> . . . . .	1167
564. <i>Habeas data</i> (Latinoamérica). . . . .	1168
565. Hiperactivismo judicial . . . . .	1170
566. <i>Homine libero exhibendo</i> . . . . .	1173
567. <i>Horror vacui</i> . . . . .	1174

## I

568. Identidad constitucional . . . . .	1179
569. Igual protección de la mujer ante la ley . . . . .	1180
570. Igualdad de género . . . . .	1182
571. Imparcialidad judicial . . . . .	1183
572. Imperio de la ley . . . . .	1185
573. Inaplicación de leyes electorales . . . . .	1187
574. Incidente . . . . .	1189
575. Incidente de falsedad de documentos . . . . .	1191
576. Incidente de nulidad de notificaciones . . . . .	1192
577. Incidente de reposición de autos . . . . .	1194
578. Inclusión . . . . .	1196
579. Inconstitucionalidad de la ley . . . . .	1197
580. Inconstitucionalidad por omisión . . . . .	1199
581. Incorporación de los tratados en el derecho interno (Sistema Interamericano de Derechos Humanos). . . . .	1201
582. Inmutabilidad constitucional. . . . .	1203

583. Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales . . . . .	1204
584. Instituto Nacional Electoral . . . . .	1206
585. Interamericanización . . . . .	1208
586. Interculturalismo . . . . .	1209
587. Interés legítimo . . . . .	1210
588. Interés simple . . . . .	1213
589. Interés superior de la niñez . . . . .	1216
590. Interés superior de la niñez (derecho comparado) . . . . .	1217
591. Intereses difusos . . . . .	1220
592. Interpretación . . . . .	1223
593. Interpretación adecuada . . . . .	1225
594. Interpretación comparada . . . . .	1226
595. Interpretación constitucional . . . . .	1228
596. Interpretación constitucional (criterios) . . . . .	1231
597. Interpretación constitucional (directivas de la) . . . . .	1233
598. Interpretación constitucional (elementos sustanciales) . . . . .	1237
599. Interpretación constitucional (evolutividad) . . . . .	1239
600. Interpretación constitucional (factor axiológico) . . . . .	1241
601. Interpretación constitucional (fines) . . . . .	1242
602. Interpretación constitucional (métodos) . . . . .	1244
603. Interpretación constitucional (pluralidad de intérpretes) . . . . .	1247
604. Interpretación constitucional (politicidad) . . . . .	1249
605. Interpretación creativa . . . . .	1251
606. Interpretación docta . . . . .	1252
607. Interpretación doctrinal . . . . .	1252
608. Interpretación doctrinal/judicial/auténtica . . . . .	1254
609. Interpretación evolutiva . . . . .	1257
610. Interpretación evolutiva de la Constitución . . . . .	1259
611. Interpretación exegética . . . . .	1261
612. Interpretación extensiva . . . . .	1262
613. Interpretación genética . . . . .	1264
614. Interpretación gramatical . . . . .	1265

615. Interpretación jurídica . . . . .	1266
616. Interpretación legal . . . . .	1268
617. Interpretación lineal . . . . .	1270
618. Interpretación monológica . . . . .	1272
619. Interpretación oficial . . . . .	1274
620. Interpretación previsoras . . . . .	1277
621. Interpretación principialista . . . . .	1278
622. Interpretación restrictiva . . . . .	1280
623. Interpretación teleológica . . . . .	1281
624. Intérprete indígena . . . . .	1283
625. Intérprete supremo de la Constitución . . . . .	1285
626. Intersexualidad . . . . .	1287
627. Investigación de servidores públicos judiciales . . . . .	1288
628. <i>Ius constitutionale commune</i> en América Latina . . . . .	1289

## J

629. Juez constitucional (perfil) . . . . .	1295
630. Juez constitucional en materia electoral . . . . .	1297
631. Juez contencioso administrativo . . . . .	1299
632. Juez continental . . . . .	1300
633. Juicio de inconformidad en materia electoral . . . . .	1303
634. Juicio de legitimidad constitucional . . . . .	1305
635. Juicio de procedencia (declaración de procedencia o desafuero) . . . . .	1307
636. Juicio de responsabilidad . . . . .	1309
637. Juicio de revisión constitucional electoral . . . . .	1311
638. Juicio de revisión constitucional electoral (demanda) . . . . .	1313
639. Juicio de revisión constitucional electoral (plazos y trámite) . . . . .	1315
640. Juicio de revisión constitucional electoral (requisitos de procedencia) . . . . .	1318
641. Juicio de revisión constitucional electoral (sujetos procesales) . . . . .	1320
642. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano . . . . .	1322
643. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (alcances y efectos de las sentencias) . . . . .	1325

644. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (causales de improcedencia y sobreseimiento) . . . . .	1327
645. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (competencia) . . . . .	1329
646. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (demanda) . . . . .	1331
647. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (plazos y trámite) . . . . .	1333
648. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (requisitos de procedencia) . . . . .	1335
649. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (sujetos procesales) . . . . .	1338
650. Juicio político . . . . .	1340
651. Juicio político (denuncia) . . . . .	1343
652. Juicio sobre conflictos interorgánicos (Europa centro-oriental) . . . . .	1346
653. Juicio sobre la constitucionalidad de los partidos políticos (Europa centro-oriental) . . . . .	1348
654. Junta de conciliación y arbitraje . . . . .	1350
655. Jurisdicción . . . . .	1353
656. Jurisdicción constitucional . . . . .	1356
657. Jurisdicción constitucional (clasificación) . . . . .	1358
658. Jurisdicción constitucional (justificación jurídica) . . . . .	1361
659. Jurisdicción constitucional (justificación política) . . . . .	1363
660. Jurisdicción constitucional (límites) . . . . .	1365
661. Jurisdicción constitucional (material) . . . . .	1369
662. Jurisdicción constitucional (modelos clásicos) . . . . .	1371
663. Jurisdicción constitucional de la libertad . . . . .	1373
664. Jurisdicción constitucional electoral . . . . .	1378
665. Jurisdicción electoral . . . . .	1380
666. Jurisdicción internacional . . . . .	1384
667. Jurisdicción internacional (legitimidad) . . . . .	1389
668. Jurisdicción nomogenética . . . . .	1391
669. Jurisdicción supranacional . . . . .	1394
670. Jurisfirma . . . . .	1396
671. Jurisprudencia (interrupción) . . . . .	1397

672. Jurisprudencia (modificación de la) . . . . .	1399
673. Jurisprudencia (tribunales constitucionales). . . . .	1400
674. Jurisprudencia constitucional . . . . .	1402
675. Jurisprudencia constitucional comparada . . . . .	1404
676. Jurisprudencia electoral. . . . .	1407
677. Jurisprudencia por razón fundada. . . . .	1411
678. Jurisprudencia por reiteración de criterios . . . . .	1412
679. Jurisprudencia por unificación de criterios . . . . .	1414
680. Justicia constitucional electoral . . . . .	1416
681. Justicia constitucional local . . . . .	1418
682. Justicia constitucional (modelos) . . . . .	1421
683. Justicia constitucional (tipología) . . . . .	1422
684. Justicia electoral. . . . .	1424
685. Justicia mayor . . . . .	1426
686. Justicia restaurativa . . . . .	1427
687. Justicia tradicional indígena (usos y costumbres). . . . .	1431
688. Justicia y jurisdicción constitucionales. . . . .	1434
689. Juzgado de distrito. . . . .	1437
690. Juzgar con perspectiva de género . . . . .	1438

## L

691. Legislador negativo . . . . .	1445
692. Legislador positivo. . . . .	1445
693. Legitimación activa . . . . .	1447
694. Legitimación activa en casos de intereses difusos . . . . .	1448
695. Legitimación activa en el control abstracto. . . . .	1451
696. Legitimación activa en el control concreto o incidental de constitucionalidad. . . . .	1452
697. Legitimación activa por acción popular o pública . . . . .	1453
698. Legitimación activa por el poder ejecutivo . . . . .	1454
699. Legitimación activa por el poder legislativo . . . . .	1455
700. Lenguaje jurídico. . . . .	1458

## CONTENIDO

701. Ley.....	1461
702. Ley atípica y orgánica (definición y control de constitucionalidad)	1463
703. Ley autoaplicativa.....	1466
704. Ley constitucional.....	1468
705. Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ..	1469
706. Ley heteroaplicativa.....	1472
707. Ley inconstitucional.....	1473
708. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública.....	1478
709. Ley reforzada.....	1480
710. Libertad de expresión.....	1481
711. Libertad religiosa.....	1483
712. Libertades informativas.....	1485
713. Libertades públicas.....	1487
714. Litigio de interés público.....	1489
715. Litis.....	1490

## M

716. Magistratura constitucional.....	1495
717. Magistratura constitucional local.....	1497
718. Magistratura estatal y consejos de la judicatura.....	1498
719. <i>Magna Carta Libertatum</i> .....	1501
720. Mandamiento de ejecución.....	1501
721. Mandamiento de prohibición.....	1503
722. Manifestación de personas.....	1504
723. Margen de acción.....	1505
724. Margen de apreciación nacional.....	1508
725. Mayoría simple.....	1510
726. Medio de impugnación (materia electoral).....	1510
727. Migración.....	1513
728. Ministerio público.....	1515
729. Ministro ponente, relator.....	1517

730. Minoría etnocultural . . . . .	1519
731. Minoría parlamentaria . . . . .	1521
732. Minorías (derechos de las) . . . . .	1523
733. Modelo de comunicación política . . . . .	1525
734. Modelo legalista decimonónico. . . . .	1527
735. Multiculturalismo . . . . .	1530
736. Mundialización . . . . .	1531
737. Municipio . . . . .	1532
738. Mutación constitucional . . . . .	1534

## N

739. <i>Ne bis in idem</i> . . . . .	1541
740. Neoconstitucionalismo . . . . .	1543
741. Neoconstitucionalismos . . . . .	1546
742. Norma adscrita o subregla jurisprudencial . . . . .	1551
743. Norma autoejecutable ( <i>self-executing right</i> ) . . . . .	1554
744. Norma no autoejecutable ( <i>non-self-executing right</i> ) . . . . .	1556
745. Norma preconstitucional. . . . .	1558
746. Notificación . . . . .	1560
747. Núcleo de la función representativa parlamentaria . . . . .	1561
748. Nuevos derechos constitucionales y convencionales . . . . .	1563
749. Nulidad procesal . . . . .	1565

## O

750. <i>Obiter dictum</i> . . . . .	1571
751. Objeto de control constitucional . . . . .	1571
752. Objeto de control constitucional (disposiciones) . . . . .	1573
753. Objeto de control constitucional (disposiciones y normas) . . . . .	1574
754. Objeto de control constitucional (normas) . . . . .	1577
755. Obligación estatal de garantizar los derechos (jurisprudencia interamericana) . . . . .	1578
756. Obligación estatal de no discriminación . . . . .	1579

757. Obligación estatal de respetar los derechos (jurisprudencia interamericana) . . . . .	1582
758. Obligaciones generales de los Estados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos . . . . .	1583
759. <i>Ombudsman</i> . . . . .	1585
760. <i>Ombudsman</i> universitario . . . . .	1587
761. <i>Ombudsperson</i> . . . . .	1589
762. Omisión inconventional . . . . .	1591
763. Omisión legislativa . . . . .	1594
764. Omisión legislativa absoluta . . . . .	1596
765. Omisión legislativa en materia tributaria . . . . .	1596
766. Omisión legislativa absoluta en competencias de ejercicio obligatorio . . . . .	1599
767. Omisión legislativa absoluta en competencias de ejercicio potestativo . . . . .	1600
768. Omisión legislativa relativa en competencias de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo . . . . .	1602
769. Omisión legislativa relativa o parcial. . . . .	1605
770. Organismo constitucional autónomo . . . . .	1607
771. Órgano de acusación en el juicio político . . . . .	1609
772. <i>Overruling</i> . . . . .	1611

## P

773. Parámetro de constitucionalidad. . . . .	1615
774. Paridad política . . . . .	1617
775. Partido político . . . . .	1619
776. Partido político antisistema . . . . .	1624
777. Partido político (ilegalización) . . . . .	1626
778. Peligro en la demora . . . . .	1628
779. <i>Per saltum</i> . . . . .	1630
780. Perjuicio de los intereses públicos fundamentales o buen despacho . . . . .	1632
781. Persona con discapacidad (acciones para su inclusión en Brasil) . . . . .	1634
782. Persona con discapacidad (institucionalización de la) . . . . .	1636

783. Persona jurídica ante los sistemas internacionales de protección de derechos humanos . . . . .	1638
784. Persona mayor . . . . .	1640
785. Persona mayor (principios en favor de la) . . . . .	1640
786. Perspectiva de género (transversalización de la) . . . . .	1641
787. Plan político social. . . . .	1642
788. Pleno jurisdiccional . . . . .	1645
789. Pleno de circuito . . . . .	1647
790. Pluralismo jurídico . . . . .	1649
791. Poder constituido. . . . .	1651
792. Poder constituyente . . . . .	1654
793. Poder judicial. . . . .	1656
794. <i>Political questions</i> . . . . .	1658
795. Política pública judicial . . . . .	1660
796. Política pública judicial con perspectiva de derechos humanos . . . . .	1662
797. Política pública social . . . . .	1664
798. Ponderación. . . . .	1666
799. Positivización de los derechos . . . . .	1668
800. Potestad normativa de la Administración . . . . .	1670
801. Preámbulo constitucional . . . . .	1672
802. Precedente . . . . .	1674
803. Presidencialismo . . . . .	1676
804. Presunción de constitucionalidad de la ley . . . . .	1678
805. Presunción de inocencia . . . . .	1681
806. Presunción de inocencia (jurisprudencia interamericana) . . . . .	1683
807. Presupuesto procesal de fondo . . . . .	1685
808. Presupuesto procesal de forma . . . . .	1686
809. Pretensión . . . . .	1688
810. Principio de armonización concreta . . . . .	1690
811. Principio de celeridad procesal . . . . .	1690
812. Principio de concordancia práctica. . . . .	1691
813. Principio de conservación de la norma. . . . .	1692
814. Principio de corrección funcional . . . . .	1694

## CONTENIDO

815. Principio de dignidad humana . . . . .	1695
816. Principio de efectividad constitucional . . . . .	1696
817. Principio de eficacia integradora de la Constitución . . . . .	1696
818. Principio de Estoppel . . . . .	1697
819. Principio de interpretación conforme a la Constitución (configuración jurisprudencial) . . . . .	1699
820. Principio de interpretación conforme a la Constitución (contenido del). . . . .	1701
821. Principio de proporcionalidad. . . . .	1702
822. Principio de proporcionalidad (materia fiscal). . . . .	1705
823. Principio de subsidiariedad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos . . . . .	1707
824. Principio democrático . . . . .	1710
825. Principio <i>in dubio pro reo</i> . . . . .	1712
826. Principios generales del derecho . . . . .	1713
827. Principios generales del derecho (argumento de los). . . . .	1714
828. Principios políticos. . . . .	1716
829. Procedimiento especial sancionador (legislación federal electoral)	1718
830. Procesalistas (proceso constitucional) . . . . .	1721
831. Proceso . . . . .	1721
832. Proceso constitucional (alternatividad) . . . . .	1723
833. Proceso constitucional atípico . . . . .	1725
834. Proceso constitucional (función objetiva) . . . . .	1726
835. Proceso constitucional (función subjetiva). . . . .	1727
836. Proceso constitucional (legitimación) . . . . .	1729
837. Proceso constitucional (representación). . . . .	1730
838. Proceso constitucional (subsidiariedad). . . . .	1734
839. Proceso constitucional (tipología) . . . . .	1736
840. Proceso constitucional de la libertad. . . . .	1738
841. Proceso constitucional típico. . . . .	1739
842. Proceso legislativo . . . . .	1741
843. Proceso no constitucional . . . . .	1745
844. Promoción . . . . .	1746
845. Propaganda negativa. . . . .	1747

846. Protección a periodistas y defensores de derechos humanos. . . . .	1749
847. Protección de la honra y de la dignidad . . . . .	1751
848. Protección judicial. . . . .	1753
849. Protocolo de Estambul (Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) . . . . .	1755
850. Prudencia . . . . .	1757
851. Prueba en los procesos constitucionales . . . . .	1758
852. Prueba genética. . . . .	1761
853. Pueblos y comunidades indígenas (México) . . . . .	1763
854. Pueblos y comunidades indígenas (Latinoamérica) . . . . .	1765

## Q

855. Queja ante los organismos de protección de derechos humanos	1771
856. Quórum. . . . .	1773

## R

857. <i>Ratio decidendi</i> . . . . .	1779
858. Recurso administrativo . . . . .	1780
859. Recurso de amparo (Nicaragua) . . . . .	1782
860. Recurso de duda . . . . .	1785
861. Recurso de inconstitucionalidad (Nicaragua) . . . . .	1787
862. Recurso de protección (Chile). . . . .	1788
863. Recurso de queja (acción de inconstitucionalidad) . . . . .	1791
864. Recurso de queja (amparo mexicano). . . . .	1792
865. Recurso de reclamación (acción de inconstitucionalidad). . . . .	1794
866. Recurso de reclamación (amparo mexicano) . . . . .	1795
867. Recurso de revisión (amparo mexicano) . . . . .	1796
868. Recurso de revisión (Ley de Amparo) . . . . .	1798
869. Recurso individual directo . . . . .	1801
870. Recurso “obedézcase pero no se cumpla”. . . . .	1804
871. Reducción al absurdo . . . . .	1806

872. Referéndum . . . . .	1808
873. Reforma constitucional . . . . .	1810
874. Reforma constitucional (entidades federativas) . . . . .	1812
875. Reforma constitucional (límites implícitos) . . . . .	1814
876. Reforma constitucional (límites lógicos) . . . . .	1815
877. Reforma constitucional total . . . . .	1816
878. Reforma en materia de derechos humanos de 2011 . . . . .	1817
879. Reglamento . . . . .	1820
880. Relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad	1822
881. Rendición de cuentas . . . . .	1823
882. Reordenación de la Constitución . . . . .	1825
883. Reparación . . . . .	1826
884. Reparación del daño por violaciones graves a derechos humanos . . . . .	1830
885. Resolución de 2008 sobre Derechos Humanos de los Migrantes, Estándares Internacionales y Directiva Europea sobre Retorno	1835
886. Resolución de 2010 sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género . . . . .	1837
887. Resolutivos de la sentencia . . . . .	1840
888. Responsabilidad constitucional . . . . .	1841
889. Responsabilidad internacional (Sistema Interamericano de Derechos Humanos) . . . . .	1844
890. Responsabilidad patrimonial del Estado . . . . .	1846
891. Responsabilidad penal . . . . .	1847
892. Responsabilidad penal individual a nivel internacional . . . . .	1849
893. Responsabilidad política . . . . .	1851
894. Restricciones a los derechos humanos (jurisprudencia interamericana) . . . . .	1853
895. Restricciones constitucionales a los derechos humanos (identificación e interpretación) . . . . .	1855
896. Resultandos de la sentencia . . . . .	1857
897. Retroactividad de la jurisprudencia . . . . .	1859
898. Revisión judicial en Estados Unidos ( <i>Judicial review</i> ) . . . . .	1860

## S

899. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador . . . . .	1867
900. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua . . . . .	1869
901. Seguridad jurídica . . . . .	1870
902. Sentencia (efectos abrogativos) . . . . .	1872
903. Sentencia (efectos constitutivos) . . . . .	1874
904. Sentencia (efectos declarativos) . . . . .	1875
905. Sentencia (estilo de la) . . . . .	1876
906. Sentencia aditiva . . . . .	1877
907. Sentencia aditiva de principio . . . . .	1879
908. Sentencia aditiva prestacional . . . . .	1881
909. Sentencia armonizadora . . . . .	1882
910. Sentencia constitucional . . . . .	1884
911. Sentencia constitucional (efectos fiscales) . . . . .	1886
912. Sentencia constitucional atípica . . . . .	1888
913. Sentencia de inconstitucionalidad en Italia (efectos temporales) . . . . .	1891
914. Sentencia desestimatoria (efectos) . . . . .	1893
915. Sentencia estimatoria (efectos) . . . . .	1894
916. Sentencia estructural . . . . .	1896
917. Sentencia interpretativa . . . . .	1900
918. Sentencia-ley . . . . .	1903
919. Sentencia manipulativa . . . . .	1906
920. Sentencia moduladora . . . . .	1907
921. Sentencia monitoria . . . . .	1909
922. Sentencia reductora . . . . .	1911
923. Sentencia sustitutiva . . . . .	1912
924. Sentimientos de la Nación . . . . .	1913
925. Sistema convencional de protección de los derechos humanos (Sistema Universal) . . . . .	1918
926. Sistema extraconvencional de protección de los derechos humanos (Sistema Universal) . . . . .	1919

CONTENIDO

927. Sistema Interamericano de Derechos Humanos . . . . .	1922
928. Sistema Interamericano de Derechos Humanos (excepciones preliminares relativas a la falta de agotamiento de recursos internos) . . . . .	1926
929. Sistema Interamericano de Derechos Humanos (impacto transformador) . . . . .	1927
930. Sistema Interamericano de Derechos Humanos (proceso contencioso) . . . . .	1928
931. Sistema no jurisdiccional de protección y promoción de los derechos humanos . . . . .	1930
932. Sistema transnacional de protección judicial de los derechos humanos . . . . .	1932
933. Soberanía parlamentaria (Reino Unido) . . . . .	1934
934. Soborno transnacional . . . . .	1937
935. <i>Stare decisis</i> . . . . .	1938
936. Subsunción . . . . .	1940
937. Supraconstitucionalidad de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (Costa Rica) . . . . .	1942
938. Supraconstitucionalidad e hiperconstitucionalidad . . . . .	1945
939. Suprema Corte de Justicia de la Nación (facultad de atracción). . . . .	1947
940. Suprema Corte de Justicia de la Nación (facultad de investigación) . . . . .	1949
941. Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) . . . . .	1952
942. Suprema Corte de Justicia de la Nación (transición democrática) . . . . .	1954
943. Suprema Corte de Justicia de Uruguay. . . . .	1956
944. Suprema Corte de los Estados Unidos . . . . .	1958
945. Supremacía constitucional . . . . .	1960
946. Supremo Tribunal Federal de Brasil . . . . .	1962
947. Supremo Tribunal Federal de Brasil (composición y atribuciones) . . . . .	1964
948. Suspensión (efectos restitutorios) . . . . .	1966
949. Suspensión de garantías (jurisprudencia interamericana) . . . . .	1968
950. Suspensión ponderativa. . . . .	1970
951. Sustracción internacional parental de menores . . . . .	1972

## T

952.	Teoría constitucional . . . . .	1977
953.	<i>Tertium comparationis</i> . . . . .	1979
954.	Tráfico de migrantes . . . . .	1979
955.	Trata de personas . . . . .	1981
956.	Tratado internacional . . . . .	1982
957.	Tratado internacional (denuncia) . . . . .	1985
958.	Tratado internacional (interpretación) . . . . .	1986
959.	Tratado internacional (ratificación) . . . . .	1988
960.	Tratado internacional (recepción) . . . . .	1989
961.	Tratado internacional (reserva) . . . . .	1991
962.	Tratado internacional en materia de derechos humanos (interpretación) . . . . .	1994
963.	Tribunal . . . . .	1996
964.	Tribunal Constitucional (ampliación de competencias) . . . . .	1999
965.	Tribunal Constitucional (funciones ulteriores) . . . . .	2001
966.	Tribunal Constitucional (límites) . . . . .	2001
967.	Tribunal Constitucional de Austria . . . . .	2004
968.	Tribunal Constitucional de Austria (composición y atribuciones) . . . . .	2006
969.	Tribunal Constitucional de Chile . . . . .	2014
970.	Tribunal Constitucional de Eslovenia . . . . .	2017
971.	Tribunal Constitucional de España . . . . .	2019
972.	Tribunal Constitucional de Perú . . . . .	2023
973.	Tribunal Constitucional en los ordenamientos policéntricos (selección de jueces) . . . . .	2025
974.	Tribunal Constitucional especializado (selección de jueces) . . . . .	2027
975.	Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia . . . . .	2030
976.	Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador de 1945 . . . . .	2033
977.	Tribunal de Garantías Constitucionales de España de 1931 . . . . .	2035
978.	Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú de 1979 . . . . .	2039
979.	Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba de 1940 . . . . .	2045
980.	Tribunal de Justicia Constitucional del Tribunal Superior de Chiapas . . . . .	2047

## CONTENIDO

981. Tribunal de Justicia de la Unión Europea . . . . .	2050
982. Tribunal de Justicia del Caribe . . . . .	2051
983. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación . . . . .	2054
984. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Sala Regional Especializada) . . . . .	2056
985. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Sala Superior) . . . . .	2058
986. Tribunal Europeo de Derechos Humanos . . . . .	2061
987. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (causas de inadmisión de la demanda) . . . . .	2063
988. Tribunal General de la Unión Europea . . . . .	2066
989. Tribunal (Sala) Constitucional de Venezuela . . . . .	2068
990. Tribunal Supremo (selección de jueces) . . . . .	2069

## U

991. Unión Europea . . . . .	2075
992. Unión Europea (sistema judicial) . . . . .	2076

## V

993. Valor jurídico . . . . .	2083
994. Víctima . . . . .	2084
995. Violación del voto público . . . . .	2087
996. Violencia contra las mujeres como forma de tortura (jurisprudencia interamericana) . . . . .	2089
997. Violencia de género . . . . .	2092
998. Violencia política . . . . .	2094
999. Violencia política en razón de género . . . . .	2095
1000. Visitaduría en la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal . . . . .	2098

## W

1001. <i>Writ of Certiorari</i> (auto de avocación ante la Corte Suprema de los Estados Unidos) . . . . .	2103
--	------

## 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;<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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.<sup>3</sup> 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-

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

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

<sup>3</sup> 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  
Amezcu 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 Vizarreta, 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

der · Cristina Blanco Vizarréta · Armin von Bogdandy  
Andrés Bordalí Salamanca · José Ramón Cossío Díaz ·  
Color Vargas · Ayesha Borja Domínguez · Camilo Err  
va · Carlos Chinchilla Sandí · Carlo Emilio Arenas B  
nco · María Aguilar Morales · Caterina Drigo · César  
s Cuauhtémoc Manuel de Dienne · Barriguete · Cyr  
z Toledo · Daniel Francisco Cabeza de Vaca Hernánc  
rdo Alcaraz Mondragón · Eduardo José Castellano  
Asante · Enrique Cáceres Nieto · Francisco Vázquez  
García Vitoria · Israel Santos Flores · José Julio Fernán  
osimo Lautaro Ríos Álvarez · Luis Espíndola Morales  
ncisco del Rosario Rodríguez · María de la Concepció  
res · Pablo González Domínguez · Valeriano Pérez M  
os Morales · José Ugaz · Aída Díaz-Tendero · Enrico A  
a · Héctor Fix-Fierro · José Luis Soberanes Fernández ·  
sco · José Ma. Serna de la Garza · Francisco Javier Ca  
os · Juan Luis González Alcántara Carrancá · Gumesi  
to · María del Carmen Alanís Figueroa · Jesús Ángel  
es de la Torre · Mariela Morales Antoniazzi · Jorge Ac  
zález Galván · Robert Alexy · Osvaldo A. Gozaíni · Jo  
ntonio · Karina Ansolabehere · Pedro Salazar Ugarte ·  
strada Marún · Silvia Bagni · Javier García Roca · Jos  
arín Castillo · Juan Manuel Acuña · José Ricardo Car  
a Estévez · Ricardo Alonso García · Juan Manuel Arr  
ontreras Bustamante · Geraldina González de la Vega  
lo Córdova · Carlos Ayala Corao · María Díaz Crego  
e Luiz Alberto David Araujo · Arturo Bárcena Zubietta  
nzález Oropeza · Francisco Javier Díaz Revorio · Mar  
Martínez · Marycarmen Color Vargas · Mauro Roderi  
gel Aguilar López · Christina Binder · Víctor Bazán ·  
yk Rumak · Nuria González Martín · Catalina Botero



515. EFECTOS *ERGA OMNES*

Las sentencias constitucionales suelen tener efectos *erga omnes*, que quiere decir que alcanza a todos. Esa generalidad contrae profundas implicancias, y provoca efectos jurídicos y políticos. Los primeros son comprensibles; los otros suelen quedar cuestionados porque convierte a la sentencia en un formato legislativo.

El efecto jurídico tiene estas características:

a) *Son retroactivas (ex tunc)*. Es decir, que actúan hacia el pasado, permitiéndose suprimir las situaciones creadas al amparo de la norma que se declara inconstitucional, con algunas pocas excepciones. Debido a esta característica algunos autores pretenden desvincularlo del efecto propio de la cosa juzgada, donde es más relevante atender el resultado de los recursos que se articulen contra la sentencia constitucional. Por eso se tiene al efecto *erga omnes* como un valor, un criterio axiológico que obliga a la revisión de las situaciones pasadas como una manifestación de justicia intrínseca del fallo.

La influencia de Kelsen en esta cuestión ha sido muy clara. Sostenía el mentor de estos tribunales constitucionales que la decisión de la autoridad constitucional significa la casación del acto, y la decisión opera con efecto retroactivo al tiempo en que el mismo fue realizado. “Esta interpretación se impone porque la decisión es el resultado de un pronunciamiento que tiene por objeto la nulidad del acto —que es en principio, simplemente afirmada por el interesado— y que, por tanto, la nulidad no puede ser considerada, de ninguna manera, como adquirida antes de la terminación del procedimiento, pudiendo este conducir a una decisión en que se niegue; porque la decisión debe necesariamente tener un carácter constitutivo, incluso si, conforme su texto, se enuncia que el acto era nulo. Desde el punto de vista del derecho positivo, esto es, de la autoridad que decide el susodicho acto nulo, no existe más que anulabilidad, y en este sentido es que puede presentarse la nulidad como un caso límite de la anulación con efecto retroactivo” (Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución «La justicia constitucional»*).

b) *Afectan derechos consolidados*. La norma que se declara inconstitucional deja de tener vigencia, y como la decisión es retroactiva alcanza a todas las relaciones jurídicas nacidas en orden al problema que se resuelve. En Italia, donde la actuación del Tribunal Constitucional es incidental (es decir, que se origina la cuestión constitucional por un planteo entre partes), la inconstitucionalidad afecta no solo al proceso donde se proclama, sino también a todas los derechos que la norma derogada alcance.

Ello significa que la ley se expulsa inmediatamente del ordenamiento jurídico sin darle posibilidad al legislador de revisar el texto cuestionado, o de sancionar otra en su lugar; menos aún se puede circunscribir el tema al caso resuelto. Por tanto, la propia sentencia adquiere un valor normativo o “fuerza de ley”, como dice el Tribunal Constitucional alemán.

c) *Tienen efectos derogatorios o anulatorios*. Las sentencias derogan la ley, norma o reglamento interpretado. Esta anulación inmediata marca una diferencia muy importante a la hora de trazar distancias con otros modelos y con las implicancias que ello significa.

En primer lugar aparece el problema del efecto temporal, porque la abrogación es consecuencia directa, de manera que produce una laguna legislativa que no es de fácil resolución.

En Europa, señalados los inconvenientes de esta eficacia inmediata del fallo constitucional, llevaron a reglamentar puntualmente el problema. Alemania, en el art. 78 de la ley que regula al Tribunal Constitucional, estableció la doble eficacia de las sentencias, en el sentido de declarar la incompatibilidad con la norma fundamental y la nulidad subsiguiente; sin embargo, cuando la decisión genera “situaciones jurídicas insoportables”, muestra cierto nivel de discreción y solo declara la inconstitucionalidad aplicable en el caso, sin resolver la nulidad normativa.

En Austria no se quieren correr riesgos y las sentencias tienen efectos *ex nunc* (hacia el futuro), aunque obliga al canciller federal o al gobernador regional competente a publicar sin demora la derogación. El art. 140.7 reglamentario determina: “anulada una ley como inconstitucional o pronunciada sentencia por el Tribunal constitucional, quedarán vinculados a dicho fallo cualesquiera tribunales y órganos administrativos. Sin embargo, se seguirá aplicando la ley en cuestión a las situaciones de hecho consumadas antes de la anulación, excepto aquella que haya dado origen al fallo, si el Tribunal Constitucional no hubiere dispuesto otra cosa en su fallo derogatorio. Si el Tribunal Constitucional hubiese fijado en dicho fallo un plazo conforme a lo previsto en el párrafo 5, la ley se aplicará a todos los hechos que se consumen antes a que expire el plazo, con excepción precisamente del caso que dio origen a la sentencia”.

El segundo orden de planteos se suscita con el tipo de sentencia emitida. Puede exhortar al Parlamento para que considere los fundamentos del fallo y adopte el temperamento correspondiente; podrá fijar una fecha o tiempo para que se cubra el vacío normativo; hasta puede actuar como legislador y crear el derecho desde la fundamentación de la sentencia, entre otras de las tantas actitudes que puede adoptar conforme se clasifiquen los tipos de sentencias constitucionales.

*d) La sentencia cobra fuerza normativa (propriamente, es casi una ley).* La duda constitucional puede ser resuelta, a grandes rasgos, con dos tipos de sentencias: las denominadas *estimatorias*, que declaran la inconstitucionalidad, y las *desestimatorias*, que rechazan total o parcialmente la cuestión constitucional. Las primeras tienen varios tipos, y son las que adquieren carácter vinculante y fuerza legal propia.

Las sentencias constitucionales trascienden la doctrina legal, que es la característica de las sentencias pronunciadas por jueces del sistema difuso.

La llamada legislación negativa propia del pronunciamiento anulatorio de la ley, en los hechos, ha cambiado con el tiempo y la evolución de los tribunales constitucionales. Hoy podría decirse que son creadores de normas jurídicas.

*e) La sentencia constitucional hace cosa juzgada en la parte dispositiva y en los fundamentos acordados.* La cosa juzgada constitucional difiere de la *res judicata* ordinaria (procesos comunes). Mientras la primera tiene efectos materiales y permanentes solamente cuando la sentencia es estimatoria (en caso contrario, la cosa juzgada es formal y admite cuantos replanteos se formulen); la segunda se extiende y proyecta a todas las cuestiones de hecho y de derecho que hubieran sido debatidas.

Además, la construcción de la cosa juzgada constitucional involucra los fundamentos de la sentencia, mientras que los fallos del sistema difuso la *res judicata* únicamente está en la parte dispositiva.

Por otra parte, la cosa juzgada constitucional no es jurisprudencia propiamente dicha, sino doctrina constitucional que expone, desde la decisión y sus fundamentos, la más pura y genuina interpretación de la norma fundamental del Estado.

En el sistema americano, la revisión judicial de la legislación adquiere, desde la doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) y el efecto *erga omnes*, un alcance aproximado, que no tiene nuestro país, al tener únicamente los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación un valor ejemplificativo.

f) *Actúa como una casación constitucional*. Finalmente, las sentencias de los tribunales constitucionales actúan como una verdadera casación. Llevan la impronta de la naturaleza jurídica de estas actuaciones, sea como depuración y uniformidad en los criterios de interpretación, o como reaseguro del principio de igualdad y seguridad jurídica.

Este es el sentido de la eficacia *erga omnes*, y al mismo tiempo refleja la creación del derecho desde la interpretación constitucional.

Quizá esta singularidad sea el meollo principal de las actividades que concretan los tribunales constitucionales. Las reservas de otrora que afincaban en observar su actuación como un “legislador negativo” han cambiado para advertir la tarea de recreación y armonía que celebran permitiendo la aplicación efectiva y concreta de las disposiciones constitucionales.

Por eso en los modelos de sentencias es preciso reconocer la dinámica que llevan sus decisiones (interpretativas, aditivas, manipulativas, sustitutivas, constructivas, apelativas, etcétera) que los configuran como legislador positivo, porque la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que incorpora una norma nueva al ordenamiento. Con esta lectura, hasta las propias fuentes del derecho se trastocan.

**Oswaldo A. Gozáini**

## 516. EFECTOS EX NUNC

La expresión “efectos *ex nunc*” (palabra latina que significa “efectos desde ahora”) alude a los efectos no retroactivos de una normativa o acto jurídico. Así las cosas, la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia adelante en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma o la de su publicación. Las situaciones nacidas con anterioridad a tal fecha se regirán por la normativa o acto vigente en el momento de ese nacimiento.

En el ámbito del derecho procesal constitucional, sobre todo en los sistemas de control sucesivo, una cuestión de la máxima relevancia es la eficacia temporal de las decisiones, sobre todo de las sentencias. Dicha eficacia temporal se traduce técnicamente en efectos *ex nunc*, si la sentencia es irretroactiva, o efectos *ex tunc*, si la misma es retroactiva. Esta cuestión ha sido debatida doctrinalmente, sin llegar a una postura común, como lo demuestra el derecho comparado, en el que hay ejemplos diversos de ambos efectos. Sin embargo, como reflejamos en el comentario de la voz de los efectos *ex tunc*, entendemos que técnicamente la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe tener efectos retroactivos, los propios de la nulidad.

De cualquier forma, Kelsen defendió un esquema en el que los efectos eran *ex nunc*, o sea, irretroactivos. La razón de ello era la configuración del tribunal constitucional como legislador negativo, configuración superada en la actualidad.

Para este autor, el tribunal constitucional, que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes, no es realmente un tribunal ya que no aplica normas a hechos concretos, sino un legislador negativo, porque analiza la compatibilidad lógica entre dos normas abstractas (Constitución y ley), y cuya actividad está absolutamente determinada por la carta magna. El juez constitucional actúa sobre la ley misma y no sobre su aplicación en un litigio determinado. A él le corresponde eliminar la ley incompatible con la Constitución, y al hacerlo pone de manifiesto la incompetencia en la que ha incurrido el legislador al intentar ocupar el lugar del poder constituyente. El tribunal constitucional es un “guardagujas” que indica que la vía correcta que debía haberse seguido para introducir la norma era la constitucional y no la legislativa, o sea, que debía haberse procedido a una reforma de la Constitución para incorporar esa norma al ordenamiento.

La eliminación de la ley inconstitucional tiene, en Kelsen, efectos *ex nunc* (irretroactivos) y *erga omnes* (frente a todos), que son los propios de la actuación del legislador y de la abrogación. En este sentido, dicho jurista afirmaba que “la anulación de la ley tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, no siendo más que la elaboración con signo negativo” (Kelsen, 1928). Por lo tanto, la ley inconstitucional recibe la sanción de anulabilidad, que es irretroactiva, en consecuencia lógica con la naturaleza de legislador negativo. Y la derogación opera, como es sabido, *ad futurum*. Todos los proyectos, de Kelsen, de Constitución para la Austria de la Primera posguerra, que serán la base el proyecto oficial, prevén estos efectos *ex nunc* para las declaraciones de inconstitucionalidad. La sentencia que declara la inconstitucionalidad será, por ello, constitutiva. De esta forma, trataba de huir de los riesgos de un gobierno de jueces, que en la época del jurista austríaco podía venir favorecido por ciertos postulados en boga en algunos ambientes como los de la Escuela de Derecho Libre, que trataban de relajar el sometimiento de los jueces a la ley.

Estos planteamientos se plasmarán en la Constitución austríaca de 1920 y en la checoslovaca del mismo año, gracias a las cuales la construcción teórica señalada encontrará, casi de inmediato, aportaciones de la práctica. Asimismo, la influencia en la configuración del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931 también es evidente.

A pesar de que, superado Kelsen y, como ya dijimos, lo más correcto desde un punto de vista técnico es el efecto retroactivo para la declaración de inconstitucionalidad, no existe unanimidad en este sentido. De esta forma, en diversos ordenamientos el efecto general de esta declaración es la irretroactividad. En Europa nos referimos a Albania, Austria, Chipre, Croacia, Eslovenia, Grecia, Macedonia, Moldavia, Polonia y Rumania (en este caso, tanto para las sentencias estimatorias como desestimatorias). No obstante, en Grecia, el art. 51 de la ley que regula el Tribunal Especial Superior habilita a este a dotar de retroactividad su decisión de inconstitucionalidad, al tiempo que permite la introducción de demandas destinadas a revisar sentencias firmes. Además, la administración está obligada a retirar los actos administrativos tomados con base en la ley ilegítima. De igual forma, los arts. 139.6 y 140.7 de la Constitución austríaca también posibilitan a su Tribunal Constitucional a decretar la retroactividad. Asimismo, el art. 132.2 de la carta magna albanesa permite al Tribunal Constitucional fijar la fecha en la que la decisión de inconstitucionalidad adquirirá fuerza.

Incluso, en América la opción más generalizada es la de los efectos *ex nunc*. Así, en Guatemala, ante la declaración de inconstitucionalidad, la norma afectada dejará de surtir efecto desde el día siguiente a la publicación del fallo en el *Diario Oficial* (art. 140 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad). En Honduras también hay que interpretar este efecto ya que se habla de la derogación de la ley inconstitucional (art. 185 de su Constitución). En México, la declaración de invalidez en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad “no tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal” (art. 105 de la Constitución mexicana). En Perú, la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma legal “no tiene efecto retroactivo” (arts. 204 de la Constitución peruana y 81 de su Código Procesal Constitucional). En fin, en la República Dominicana, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma produce efectos “para el porvenir”, aunque el Tribunal Constitucional puede “reconocer y graduar excepcionalmente, de modo retroactivo, los efectos de sus decisiones” (art. 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales).

*José Julio Fernández Rodríguez*

#### 517. EFECTOS *EX TUNC*

La expresión “efectos *ex tunc*” (locución latina que significa “efectos desde entonces”) alude a los efectos retroactivos de una normativa o acto jurídico. Así las cosas, la decisión que posea esos efectos se aplicará hacia atrás en el tiempo, tomando como referencia la fecha de la misma. Las situaciones nacidas con anterioridad a esa fecha y todavía no cerradas se regirán por esa disposición o acto retroactivo, y no por la disposición o acto vigente en el momento de ese nacimiento.

Como dijimos en la voz anterior, en el ámbito del derecho procesal constitucional, una cuestión de la máxima relevancia es la eficacia temporal de las decisiones, sobre todo de las sentencias. Dicha eficacia temporal se traduce técnicamente en efectos *ex nunc*, si la sentencia es irretroactiva, o efectos *ex tunc*, si la misma es retroactiva. Se trata de una cuestión en la que la doctrina se ha mostrado discrepante, y el derecho comparado también, dado que acoge ejemplos diversos de ambas opciones.

De todos modos, a nuestro entender y desde un punto de vista teórico, en el control de constitucionalidad de la ley por parte de un tribunal constitucional parece que la solución más acertada respecto de la decisión estimatoria de la inconstitucionalidad son los efectos *ex tunc* o retroactivos. La sanción de nulidad de la norma contraria a la carta magna entraña la expulsión de esa disposición con efectos retroactivos (si los efectos fueran irretroactivos habría que hablar más bien de anulabilidad, no de nulidad). La ley inconstitucional incurre en un vicio sumamente grave, el mayor vicio que puede contener una norma: ser contraria a la *lex superior* que objetiva la soberanía del pueblo. Por ello, el vicio de inconstitucionalidad debe ser castigado con la mayor sanción posible, la nulidad y sus consiguientes efectos retroactivos. Es necesario eliminar, desde su nacimiento, la propia norma y los vestigios que ha dejado, con las lógicas limitaciones, según veremos más abajo, que impone la seguridad jurídica.

La naturaleza de la sentencia que contiene la declaración de nulidad de la norma inconstitucional es declarativa, no constitutiva, al limitarse a reconocer una situación ya existente de por sí (la nulidad de la ley inconstitucional).

A pesar de defender que el efecto de la declaración de inconstitucionalidad de una ley debe ser retroactivo, en el esquema de Kelsen, sin embargo, los efectos eran *ex nunc*, o sea, irretroactivos, tal y como vimos en el comentario a la voz sobre dicho efecto. La razón de ello era la configuración del tribunal constitucional como legislador negativo, configuración superada en la actualidad.

La nulidad es un régimen de ineficacia indisponible que viene exigido por la efectividad de la ley imperativa (en este caso la Constitución) en interés de los valores que esta trata de salvaguardar. La Constitución, al ser fundamento de validez de la norma en causa, debe prevalecer incondicionalmente desde el momento en que esta entra en vigor. No obstante a lo dicho, no se puede aplicar en todos sus términos la construcción de la nulidad de la teoría general del derecho. En efecto, la nulidad, como categoría general, consiste en una ineficacia automática, originaria, estructural, absoluta e insanable. A la que se deriva de la acción de inconstitucionalidad se le pueden aplicar los caracteres de automática (el pronunciamiento judicial es declarativo), originaria e insanable, pero no resulta estructural (no está originada por un defecto que afecta a alguno de los elementos estructurales de un contrato) ni absoluta (no puede ser hecha valer por cualquiera que tenga un interés legítimo, incluso de oficio por el juez). El carácter objetivo de la acción elimina la necesidad del interés del actor y de la actualidad de dicho interés. Por lo tanto, estamos ante una nulidad sometida a las peculiaridades propias del derecho procesal constitucional.

En este orden de cosas, el art. 78 de la Ley del Tribunal Constitucional alemán obliga a declarar la nulidad de la ley considerada inconstitucional. En la misma línea se expresan los arts. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español y 282 de la Constitución portuguesa. La retroactividad de esta declaración está clara en Bélgica, España (interpretando *a contrario sensu* el art. 40 de la Ley del Tribunal Constitucional) y Portugal (aunque el párrafo cuarto del art. de la Constitución lusa acabado de citar permite al Tribunal dar un alcance más restrictivo a la inconstitucionalidad en razón de la seguridad jurídica, la equidad o el interés público). Por su parte, los arts. 136 de la Constitución italiana y 30 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional italiano no resultan tan nítidos al indicar, el primero, que la declaración de ilegitimidad constitucional de una disposición legislativa o de un acto que tenga fuerza de ley supone que esa disposición cesa de estar en vigor desde el día siguiente de la publicación de la decisión, y, el segundo, que no puede recibir aplicación a partir de la misma fecha. No obstante, la jurisprudencia italiana (al igual que, entre otras, la alemana y española) confirma lo dicho sobre el carácter retroactivo de los pronunciamientos de inconstitucionalidad.

En América también encontramos ejemplos de efectos hacia atrás en el tiempo, aunque menos numerosos que los efectos *ex nunc*. En Costa Rica, la declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto retroactivo “a la fecha de vigencia del acto o de la norma” (art. 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), aunque la sentencia podrá graduar en el tiempo dicho efecto.

La virtualidad retroactiva que hemos atribuido al pronunciamiento de inconstitucionalidad no es absoluta sino que se salvan distintas situaciones. No cabe duda de que la lógica de la nulidad de la ley inconstitucional no debe ser llevada hasta sus últimas consecuencias, destruyendo así relaciones ya consolidadas y de efectos fenecidos. El principio de seguridad jurídica exige tal limitación, dando lugar, en general, a que se mantengan las decisiones judiciales y los actos administrativos fundados en la disposición anulada y que ya no son susceptibles de recurso alguno, o sea, que ya poseen la fuerza de cosa juzgada. Ello no tiene lugar cuando resulta de aplicación el principio de retroactividad de la ley penal más favorable (ejemplos de ello son Alemania, España, Italia, Portugal, Costa Rica o México). En efecto, el art. 40.1 de la Ley del Tribunal Constitucional español prevé la revisión de los casos penales o contencioso-administrativos en que la nulidad de la norma aplicada beneficie al castigado (reducción de la pena o de la sanción, exención o limitación de la responsabilidad). Ello no es óbice para entender corregida la línea jurisprudencial relativa a esos preceptos anulados, según el art. 40.2 de la misma ley. Por su parte, el art. 105 de la Constitución mexicana da efectos retroactivos a las declaraciones de invalidez en materia penal que se producen en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad, siendo la regla general la irretroactividad (se supone que esta retroactividad en materia penal solo se produce en sentido favorable).

La tentativa de eliminar los efectos que ha dejado la ley inconstitucional, por mor de la sanción de nulidad que técnicamente debe aplicarse, tendría que dar lugar a que las normas derogadas por la ley inválida vuelvan a entrar en vigor. Así lo establecen los arts. 282.1 de la Constitución portuguesa y 140.6 de la Constitución austríaca (salvo que en el fallo se disponga otra cosa), y ello a pesar de que en el país centroeuropeo la sanción es de anulabilidad. Esta es una solución poco extendida porque, al margen de otras consideraciones, resulta demasiado agresiva con la seguridad jurídica. En este sentido se expresa el art. 83 del Código Procesal Constitucional del Perú, donde se establece que por la declaración de inconstitucionalidad no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado.

La construcción explicada en los párrafos anteriores puede verse alterada cuando un tribunal constitucional dicta una sentencia atípica (del estilo de una recomendación al legislador, que no incluye nulidad), precisamente, a lo mejor, para huir de la rigidez del binomio inconstitucionalidad-nulidad y poder adaptarse mejor a la realidad que debe resolver.

**José Julio Fernández Rodríguez**

## 518. EFECTOS INTER PARTES

Este tipo de efectos, en sentido jurídico, significa que la decisión que los posee se aplicará solo a las partes que han intervenido en el procedimiento o proceso que acaba con tal decisión (traducido literalmente del latín significaría “efectos entre la partes”). La categoría contraria a esta serían los efectos *erga omnes*, que originan que la decisión se aplique a todos y no solo a los que han intervenido en el procedimiento o proceso (la traducción literal del latín sería “efectos frente a todos”).

La lógica de una decisión jurisdiccional ordinaria lleva a que su eficacia se limite a quienes han sido partes en el proceso. En cambio, la lógica del dere-

cho procesal constitucional puede imponer una visión diferente. En efecto, en este ámbito del derecho procesal constitucional, en función del sistema en el que estemos y del tipo de proceso, los efectos serán unos u otros.

En sistemas difusos de control de constitucionalidad, la sentencia del juez ordinario que efectúa tal control tendrá efectos entre las partes de su proceso. Lo que hace dicho juez es inaplicar la norma inconstitucional al caso. El control en un sistema difuso es un control concreto, en la medida en que se ejerce con ocasión de un litigio determinado, y sus decisiones tienen una autoridad de cosa juzgada relativa, en el sentido de que la inconstitucionalidad solo valdrá para el asunto y las partes del litigio que se está sustanciando.

Los recursos superiores o la selección de casos deberían permitir al tribunal supremo, en un sistema difuso, unificar decisiones discrepantes y dotar de un trasunto de efectos generales a través de la vinculación que genera la jurisprudencia del órgano que encabeza el Poder Judicial. En concreto, en Estados Unidos, el sistema del precedente y el principio del *stare decisis* hace que los tribunales inferiores estén vinculados por las decisiones de los superiores. Esto da lugar a que el efecto final de una declaración de inconstitucionalidad sea equivalente a una anulación por la generalidad que en la práctica adquiere. La colocación del tribunal supremo de este país en la cima de la jerarquía judicial da unidad al sistema. Tal tribunal, desde 1925, ostenta un poder discrecional de selección de asuntos (el privilegio del *certiorari*) que le permite escoger los casos sobre los que va a llevar a cabo un control de constitucionalidad.

En cambio, en un sistema concentrado, la declaración de inconstitucionalidad efectuada por un tribunal constitucional u órgano equivalente debe tener efectos generales o *erga omnes*. Ello también es predicable en un sistema mixto cuando actúa el órgano de jurisdicción constitucional. La decisión de inconstitucionalidad de la norma parece tener así una fuerza similar a la de la ley eliminada. Si la sentencia no elimina una norma o un acto de carácter general debe carecer de este efecto frente a todos limitándose a una eficacia *inter partes*. Así, en Costa Rica el art. 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional indica que las resoluciones que denieguen la acción de inconstitucionalidad “únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto”.

Ya en Kelsen la eliminación de la ley inconstitucional tiene efectos *ex nunc* y *erga omnes*, que son los propios de la actuación del legislador y de la abrogación. Recordemos que para dicho autor el tribunal constitucional, que monopoliza el control de constitucionalidad de las leyes, no es realmente un tribunal, al no aplicar normas a hechos concretos, sino un legislador negativo que analiza la compatibilidad lógica entre dos normas abstractas (Constitución y ley).

A pesar de que parte de las posiciones de Kelsen están superadas, los sistemas concentrados o mixtos mantienen esta característica de los efectos generales ante la declaración de inconstitucionalidad de la ley por parte del tribunal constitucional o equivalente (Alemania, Brasil, España).

Sin embargo, hay algún caso en un sistema concentrado o mixto en el que la declaración de inconstitucional tiene efectos *inter partes*, a pesar de ser dictada por un órgano especializado en la jurisdicción constitucional. Ello resulta criticable por las exigencias de la naturaleza de tal declaración. En este sentido, podemos citar a Paraguay, donde el fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema declarando el carácter contrario a la Constitución de cier-

tas disposiciones “solo tendrá efecto” en relación con cada caso concreto (art. 260.1 de la carta magna paraguaya). Por esa razón se habla de declaración de inaplicabilidad, no de nulidad ni anulabilidad. También en Uruguay el fallo de la Suprema Corte de Justicia “se referirá exclusivamente al caso concreto y solo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado” (art. 259 de la Constitución uruguaya).

Al margen del tema del control de constitucionalidad de la ley, las acciones protectoras de derechos también suponen una importante competencia de la jurisdicción constitucional. Si estamos ante las acciones protectoras de derechos, sea en un sistema difuso o concentrado, desde el punto de vista técnico, el efecto debe limitarse a quienes hayan sido parte en el proceso.

El efecto *inter partes* refuerza el sentido subjetivo de una acción. Ello es especialmente patente en las acciones de tutela de derechos, en las cuales se protege al individuo frente a las vulneraciones o amenazas que sufre uno de sus derechos, normalmente, en su configuración tradicional, llevadas a cabo por el poder público. De todos modos, no hay que olvidar la doble dimensión de estos procesos de tutela de derechos, pues al lado de la citada vertiente subjetiva, de protección de las personas en situaciones concretas, existe una dimensión objetiva, de interpretación y defensa del ordenamiento constitucional.

*José Julio Fernández Rodríguez*

#### 519. EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

Al dirimir conflictos y controversias, es función de los jueces y tribunales “impartir justicia”; si bien existe gran discusión sobre qué significa la justicia en este contexto, es decir, si se limita a la aplicación de la ley o si puede y debe ir más allá de esta. Sin embargo, la impartición o administración de justicia, en tanto se atribuye a un conjunto organizado de instituciones del Estado, debe atender a otros valores y criterios, como los de “eficacia” y “eficiencia”. Así se advierte, por ejemplo, de lo dispuesto por el art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que *estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...*”. El mismo art. prevé la creación de *mecanismos alternativos de solución* de conflictos, así como la necesidad de garantizar la *plena ejecución de las resoluciones* de los tribunales. Los conceptos subrayados aluden claramente a cuestiones de eficacia y eficiencia en la justicia.

Los conceptos de “eficacia” y “eficiencia” pueden definirse de manera sencilla. “Eficacia” significa el *logro de los objetivos* para los cuales ha sido establecida una institución o se ha creado un procedimiento. ¿Cuáles son los objetivos de la impartición de justicia? Podemos atribuirle los mismos que Vincenzo Ferrari (*Funciones del derecho*, 1989) considera que son las funciones últimas del derecho: la orientación de las conductas, el tratamiento de los conflictos declarados y la legitimación del poder. En el caso de la impartición de justicia, tiene prioridad lógica el tratamiento de los conflictos, por ser la puerta de entrada a la función jurisdiccional. Ferrari no habla de “solución” de los conflictos, porque no siempre estos se resuelven, sino que a veces persisten y se agudizan después de un juicio. Adicionalmente, hay que considerar que no todos los asuntos que llegan a los tribunales son, estrictamente hablando,

verdaderos conflictos, sino que en ocasiones su intervención se debe a requerimientos de tipo “administrativo” o “notarial”. Por ello, es preferible hablar de que la justicia resuelve *controversias jurídicas*. Los tribunales serán eficaces entonces si logran dar respuesta adecuada a esas controversias, contribuyendo de ese modo a orientar el comportamiento no solo de las partes en el juicio sino de los terceros, que de ese modo saben a qué atenerse en situaciones similares (“seguridad jurídica”), así como a legitimar al Estado en la medida en que los ciudadanos hagan uso de una vía institucional y se abstengan de “hacer justicia” por propia mano. Un aspecto problemático de la eficacia de la impartición de justicia es el *cumplimiento* de las resoluciones judiciales, pues este tiene que enfrentar con frecuencia la natural resistencia de la parte perdedora y de su entorno inmediato, pero en ocasiones también la de grupos sociales más amplios.

Dentro del marco de la eficacia de la impartición de justicia, las sociedades contemporáneas esperan también que dicha función se realice con *eficiencia*, la cual es un concepto de origen económico que implica el mejor uso posible de los recursos. En un contexto que, por definición, es de escasez, los recursos tienen siempre usos alternativos; por tanto, serán eficientes aquellos usos que logren los mayores beneficios con los menores costos posibles. En relación con la impartición de justicia podremos hablar de eficiencia en tres sentidos, a los cuales denominaremos “eficiencia institucional”, “eficiencia organizacional” y “eficiencia instancial”.

Los dos primeros conceptos han sido tomados de Douglass C. North (*Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, 1993). La impartición de justicia es eficiente desde el punto de vista de su función institucional cuando logra contribuir a la *reducción de los costos de transacción*, es decir, los costos (sobre todo de información) que hay que afrontar para poder realizar operaciones de intercambio de bienes y servicios (por ejemplo, los costos de valuación). Al proteger efectivamente los derechos de propiedad y hacer cumplir los contratos, los tribunales contribuyen a reducir los costos de transacción en una sociedad, esto es, facilitan o abaratan el intercambio económico, lo cual se traduce en condiciones favorables para la inversión y el crecimiento.

La *eficiencia organizacional* se refiere a la capacidad de procesamiento que tienen los tribunales en cuanto organización. Una organización consiste en un conjunto de roles o funciones especializados que se interrelacionan para el logro de un objetivo común, en este caso, la producción de resoluciones judiciales. Este producto puede lograrse de manera eficiente aumentando, mediante diversas intervenciones, la capacidad de procesamiento de la organización. En primer lugar, pueden acelerarse los *procedimientos* reduciendo los plazos para su conclusión, o especializando el procedimiento mismo para que se ajuste de mejor manera al tipo de conflicto o controversia que maneja el tribunal. Esta opción incluye la posibilidad de introducir *mecanismos de solución alternativa de conflictos* dentro de la organización de un tribunal (conciliación, arbitraje). En segundo lugar, también puede aumentarse la capacidad de procesamiento modificando la *división del trabajo*, mediante la implementación de distintos modelos internos de organización o a través de la creación de funciones de gestión y administración especializadas (*court management*).

Por *eficiencia instancial* entenderemos la regulación de la *oferta y demanda* de servicios judiciales ante los tribunales. Idealmente, la justicia será eficiente si

logra un equilibrio entre la oferta y la demanda de tales servicios, para lo cual requiere operar de manera selectiva. *Selectividad* significa que, en principio, solamente sean atendidos por la justicia los asuntos aptos para su tratamiento judicial.

La selectividad tiene dos aspectos: uno *vertical* y otro *horizontal*. Desde el punto de vista vertical, la selectividad exige que en cada instancia del aparato judicial se procesen solamente aquellas controversias que lo ameriten de algún modo. Por ejemplo, sería ineficiente que todos los asuntos resueltos en una primera instancia se revisaran en apelación; sería eficiente, en cambio, que solamente se apelaran aquellos asuntos en que exista una probabilidad cierta de error. Para regular este tipo de eficiencia resultan de gran relevancia, por un lado, las normas competenciales y su interpretación por los tribunales mismos y, por el otro, el número y la distribución territorial de los órganos jurisdiccionales.

Desde el punto de vista horizontal, la selectividad implica la existencia de alternativas o filtros externos para el procesamiento de los conflictos, como los despachos de abogados y otras instancias profesionales, los mecanismos alternativos de solución de conflictos (conciliación, mediación, arbitraje) y los llamados mecanismos de estabilización sistémica, como los seguros, las fianzas y las hipotecas, que permiten prevenir y resolver los conflictos de manera institucional y con baja probabilidad de recurso al litigio judicial.

En resumen, en las sociedades contemporáneas, los ciudadanos esperan no solo que los jueces y tribunales “hagan justicia”, es decir, que dicten resoluciones que sean aceptables desde el punto de vista de los valores sociales, sino que también sean eficaces, esto es, que tengan efectos reales y eficientes, entendiendo por tales aquellas que hagan o promuevan el mejor uso posible de los recursos sociales. Solamente la justicia que satisface estas expectativas cumple también con los requisitos que dispone la Constitución.

*Héctor Fix-Fierro*

## 520. ELECCIONES

La voz “elecciones” se relaciona con el instrumento, mecanismo, vía o método civilizatorio que posibilita la designación de los titulares del poder público o la toma de decisiones. Las elecciones son herramientas de la democracia a partir de las cuales se adoptan principios, libertades, directrices, procedimientos y reglas preestablecidas, claras y conocidas por todos, de tal manera que aseguren equidad entre los participantes. Kelsen señala que una elección “es un método específico de selección de dirigentes entre la comunidad de los dirigidos” (IIDH, 2017). Las elecciones representan uno de los fenómenos políticos de más amplia difusión en los Estados modernos. En todo sistema democrático, el carácter competitivo de las elecciones constituye una *conditio sine qua non* (Dieter, Zovatto, Orozco, Thompson). Además, cimentan la certeza de que la representación política corresponde a la voluntad política del electorado expresada a través del voto; en igual medida, este derecho se convierte en un instrumento técnico-jurídico para garantizar la democracia (Nohlen).

Tanto en el ámbito constitucional como en el universal y regional, la garantía de elecciones conlleva considerar el cumplimiento de diversos principios, entre ellos, que estas se caractericen por ser *libres, auténticas, periódicas*, que se desarrollen a través del *sufragio universal e igual* y por *voto secreto u otro*

*procedimiento equivalente* que garantice su *libre ejercicio* (Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH], art. 21.3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP], art. 25; Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 13.1).

Respecto al principio de *periodicidad*, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales prevé el compromiso de las partes para la realización de elecciones en *intervalos razonables*. La Carta Democrática Interamericana incluye el término de elecciones *justas* (arts. 3 y 25). Asimismo, el Código de buenas prácticas en materia electoral establece que estas no pueden considerarse democráticas sin el *respeto de los derechos humanos*.

El adecuado desarrollo de las elecciones exige tanto *neutralidad* de las autoridades públicas como *imparcialidad e independencia* de las instituciones a quienes les está encomendada su organización o justiciaabilidad. Además, están estrechamente relacionadas con la *integridad electoral*, la cual implica un *comportamiento ético* y predica la existencia de un sistema legal que “exige una conducta honesta para todos los participantes, así como la generación de cauces legales e institucionales adecuados, precisos y transparentes, que la garanticen plenamente” (Electoral Integrity Project). Dichos principios están reconocidos en las elecciones de los Estados constitucionales del orbe como un mínimo exigible e indicativo de la calidad y madurez de todo sistema democrático.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (CCPR, por sus siglas en inglés) ha sostenido que el libre ejercicio de los derechos en las elecciones debe garantizar la participación directa de los ciudadanos en las asambleas para adoptar decisiones locales o sobre asuntos de determinada localidad (Observación general 25).

En el ámbito europeo, en su oportunidad, la entonces Comisión de Derechos Humanos determinó que la obligación de asegurar elecciones libres en intervalos razonables *requiere la presencia constante de un cuerpo legislativo*, ya que su inexistencia viola el artículo 3 del Convenio Europeo (caso *golpe de Estado de los coroneles 1967; Países Bajos y otros vs. Grecia*). Dicha jurisprudencia evolucionó hasta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoció a las elecciones no como un compromiso o deber de los Estados parte sino como un derecho humano vinculado con los de votar y ser electo (TEDH, caso *Mathieu-Mohin y Clerfayt I*).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el contexto de las elecciones en la región, ha señalado que la intervención efectiva de personas, grupos, organizaciones, observadores y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados (caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*; caso *López Mendoza vs. Venezuela*; caso *Cepeda Vargas vs. Colombia*). Por ello, el derecho a ser elegido debe asegurar y permitir, en igualdad de circunstancias, la participación y la representación popular, no siendo admisibles distinciones discriminatorias. Para lograrlo, la Corte IDH reitera que los Estados pueden establecer estándares mínimos para regularlas, siempre y cuando sean razonables de acuerdo con los principios de la democracia representativa (caso *Yátama vs. Nicaragua*).

Las elecciones generalmente se relacionan con la renovación periódica de los poderes públicos a través del voto popular; sin embargo, dicho término

también está vinculado a la toma de decisiones de especial trascendencia para la sociedad. En este sentido, se enlazan con los instrumentos de democracia directa (arts. 21 DUDH; 23 CADH, y 25 PIDCP), por ejemplo, entre otros, el *plebiscito*, el *referéndum*, la *consulta popular*, el *presupuesto participativo* y la *iniciativa ciudadana*. En su realización, todos los Estados están obligados a aplicar el principio de *no discriminación* y de *no imposición de restricciones excesivas* en toda situación en que se haya establecido una modalidad de participación directa de los ciudadanos (CCPR, Observación general 25).

Asimismo, las elecciones también implican el compromiso, por parte de los Estados, de desarrollar estrategias con visión intercultural encaminadas al reconocimiento y garantía a los pueblos o comunidades indígenas, de su autonomía, autodeterminación, sus instituciones y procedimientos para seleccionar a sus gobernantes en el marco de sus sistemas normativos, usos, costumbres, prácticas tradicionales o ancestrales (Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo). Lo anterior también conlleva el correlativo deber de los Estados de no obstaculizar o impedir, en igualdad de condiciones, a través de medidas discriminatorias, el desarrollo político de los grupos o comunidades indígenas o tribales (Corte IDH, caso *Yátama vs. Nicaragua*).

De igual forma, los Estados deben garantizar el desarrollo de elecciones a partir de la *inclusión* de grupos minoritarios y de aquellos históricamente discriminados con base en la adopción de medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral, estructural o de cualquiera otra índole, encaminadas a eliminar distinciones y propiciar su plena integración.

**Luis Espíndola Morales**

## 521. ELECCIONES (CALIFICACIÓN DE LAS)

La *calificación*, desde el punto de vista estrictamente gramatical, se refiere a la acción y efecto de apreciar o determinar las calidades o circunstancias de una persona o cosa.

De acuerdo con la tradición francesa, se ha denominado a la calificación de las elecciones también como *verificación de poderes* o *certificación de actas*, lo que consiste en la facultad de resolver sobre la legalidad y validez de cada una de las etapas de una elección, así como de sus resultados. Como es posible deducir, la calificación de las elecciones presupone la existencia de un régimen político construido sobre el postulado democrático, lo cual, a su vez, implica que la renovación periódica de los integrantes de los poderes públicos será a través de elecciones libres, periódicas y auténticas, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo o indirecto.

Por tanto, la calificación de las elecciones constituye el acto jurídico a través del cual la autoridad determina si en las etapas de una contienda electoral se respetaron los principios constitucionales y legales que deben imperar en una elección democrática o si, por el contrario, se cometieron irregularidades que afectaron los bienes jurídicos y valores que las rigen, mismas que en caso de resultar determinantes afectan su validez.

Cualquier elección dentro de un Estado constitucional de derecho debe efectuarse siguiendo diferentes principios y reglas. Pronunciarse en torno a ellos implica analizar y declarar si los actos que en su conjunto rodearon a la elección y sus resultados, se ajustaron a aquellos. Dentro de los requisitos más comunes que deben respetarse se encuentran: los de elecciones libres, auténticas,

ticas y periódicas; el sufragio universal y secreto; la equidad en la contienda, entre otros.

Tales directrices son el mínimo de condiciones que deben imperar en una elección que tiende a cumplir con el principio fundamental de que los poderes públicos se renueven a través del sufragio universal y libre, en donde la legitimidad de los que integran los poderes públicos derive de la propia voluntad ciudadana expresada en las urnas. Una contienda sin estas condiciones genera que se pongan en duda la credibilidad y la legitimidad de los comicios, de suerte que los resultados alcanzados no puedan considerarse aptos para renovar los cargos de elección popular.

Tales condiciones de validez se desprenden de los arts. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XX y XXXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 3o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando esencialmente coinciden en señalar que los ciudadanos deben gozar de los derechos de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, de votar y ser elegidos en elecciones periódicas y auténticas, realizadas por sufragio universal y secreto, y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, especialmente en los cuerpos legislativos.

La *calificación de las elecciones* tiene que ver, precisamente, con la facultad de constatar que tales procedimientos se ajustan a las condiciones y requisitos para los cuales fueron creados según las convicciones que nutren a un régimen democrático, como son, entre otras, que las elecciones sean libres y competitivas, así como que la representación política se configura a partir de que los electos pueden ocupar esos cargos, así como que cuentan, efectiva, válida y legítimamente, con el respaldo mayoritario en una contienda electoral equitativa. Esto es, en donde las distintas opciones políticas tienen, sin simulaciones, una verdadera posibilidad de acceder al poder público.

I. SISTEMAS DE CALIFICACIÓN DE LAS ELECCIONES. Pueden distinguirse sistemas de autocalificación, heterocalificación, mixto y jurisdiccional.

La autocalificación se confiere esencialmente a los colegios electorales de los órganos legislativos para calificar la elección de sus integrantes con plena autonomía de los otros poderes públicos, pues se construye sobre los principios de autonomía y separación de poderes, siendo su nota esencial que se trata de un proceso político y no jurídico.

Con relación a la heterocalificación, dicha facultad se deposita en un órgano ajeno al poder público correspondiente, que puede ser un órgano de carácter administrativo-electoral o un tribunal.

Respecto al sistema mixto, combina el ejercicio consecutivo de esa función, ya que la resolución de un tribunal sobre la calificación de una elección podría ser modificada posteriormente por el respectivo órgano legislativo, con lo cual se advierte el predominio del órgano político sobre la decisión jurisdiccional.

Por su parte, el sistema jurisdiccional se construye sobre la supremacía de los principios de constitucionalidad y legalidad, de suerte que todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales pueden ser impugnados, incluyendo, desde luego, los relativos a la *calificación de las elecciones*.

Otro modo de clasificar los sistemas de calificación de las elecciones, que tiene evidentes puntos de contacto con la anteriormente explicada, identifica la de carácter no contencioso. Es decir, que puede ejercerse de oficio por la autoridad competente sin que medie juicio o recurso alguno, y la de carácter contencioso, que implica la existencia de una resolución que recae ante la presentación de un medio de impugnación por presuntas irregularidades en la elección respectiva.

La calificación contenciosa puede, a su vez, dividirse en contenciosa política y contenciosa jurisdiccional.

Contenciosa política, de manera similar a la autocalificación, se edifica a partir del principio de “división de poderes”, manteniendo la independencia y autonomía de cada poder público frente a los otros. Busca evitar que el Judicial, a quien le corresponde resolver los litigios que se le planteen con exclusiva sujeción a la técnica jurídica, se contamine de las luchas político-partidistas. Por consiguiente, en esta modalidad cada poder público conoce de la elección de sus miembros.

La de carácter contencioso jurisdiccional se construye sobre la base de que la acción de juzgar, en este caso, sobre la calificación de las elecciones materialmente tiene una naturaleza jurisdiccional que necesariamente debe corresponder a un órgano de ese tipo. Ello porque, al evitar que el poder respectivo se convierta en juez y parte, es posible garantizar la autenticidad y regularidad de las elecciones y sus resultados. También evita que la mayoría predeterminada resuelva la calificación de las elecciones, obedeciendo a intereses político-partidistas, subyugando consideraciones de tipo jurídico.

La calificación contenciosa jurisdiccional es factible diferenciarla según el tipo de tribunal en que se deposita, a saber: la jurisdicción ordinaria; la jurisdicción especializada; la jurisdicción constitucional; o una mixta de las anteriores. En este ámbito es posible diferenciar, a su vez, si la materia electoral es atribuida a órganos jurisdiccionales pertenecientes al Poder Judicial o a tribunales autónomos, pues este último diseño institucional pretende salvaguardar al Poder Judicial de las presiones partidistas.

II. BREVE PANORAMA DE LOS SISTEMAS DE CALIFICACIÓN EN AMÉRICA, EUROPA Y OCEANÍA. Una revisión comparada permite advertir el siguiente panorama:

Alemania encarga esa función en la *Bundestag* (Cámara del Parlamento). España la deposita en las juntas electorales. Francia encomienda esa función a su Consejo Constitucional. Italia hace recaer esa facultad en las respectivas cámaras legislativas. Reino Unido la deposita en una comisión cuyos miembros son designados por la reina.

Argentina encomienda la calificación de la elección del Ejecutivo en una Junta Nacional Electoral, mientras que lo relativo a las elecciones de legisladores corresponde a las cámaras legislativas federales. Brasil y Ecuador tienen un sistema de calificación inicialmente depositado en la autoridad que organiza las elecciones, cuya decisión puede ser revisada por un tribunal en la materia. Chile y Uruguay depositan la facultad de calificar las elecciones directamente en un órgano jurisdiccional. Colombia y Venezuela la hacen recaer en un órgano cuya naturaleza no es esencialmente jurisdiccional. Costa Rica encomienda la organización y calificación de sus elecciones al Tribunal Supremo de Elecciones. Estados Unidos presenta un sistema mixto de calificación político-jurisdiccional de las elecciones federales para la integración de las cámaras

de Representantes y de Senadores, así como para los cargos de presidente y vicepresidente. Cada una de las cámaras (de Representantes y de Senadores) será el juez de las elecciones, designaciones y calificaciones de sus miembros.

Un caso extraordinario es Australia, cuyo Poder Ejecutivo es encabezado por el Reino Unido, quien designa a un gobernador general para que la represente en las tareas de gobierno, mientras que las elecciones son supervisadas por un órgano de carácter administrativo.

Finalmente, México presenta un sistema de calificación que puede ser calificado *sui generis* respecto de su elección presidencial. Esta se deposita directamente en la máxima autoridad jurisdiccional electoral del país, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Dicho Tribunal primero resuelve las impugnaciones enderezadas contra la referida elección que es organizada por el Instituto Federal Electoral. Posteriormente, ese órgano judicial realiza el cómputo final de la elección. A continuación, y en su caso, emite la declaración de validez de la elección (si se cumplen las formalidades del proceso comicial), y de ser procedente, y para terminar, emite la declaración de presidente electo (una vez analizado si el candidato que obtuvo el mayor número de votos es elegible).

*María del Carmen Alanís Figueroa*

## 522. ELECCIONES (DECLARACIÓN DE VALIDEZ)

La calificación y declaración de validez de las elecciones en México se ha realizado por medio de dos modelos, en un inicio el *político* a través de un colegio electoral, y los que se encuentran vigentes el *administrativo* y *jurisdiccional* realizado por el Instituto Electoral y el Tribunal Electoral, según la elección de que se trate, federal o estatal, como se explica a continuación.

*Antecedentes.* La historia constitucional mexicana enseña que la calificación de las elecciones y la entrega de las constancias de acreditación eran realizadas por los propios miembros que integraban los órganos de elección popular.

La Constitución de 1917 optó por continuar con esa tradición del siglo XIX, al consagrar que cada Cámara del Congreso de la Unión (diputados y senadores) debía calificar las elecciones de sus miembros a través del colegio electoral respectivo, reconociendo de este modo el sistema de autocalificación electoral.

El colegio electoral de la Cámara de Diputados, conformado para este efecto, también calificaba la elección de presidente de la República, dando lugar al sistema de heterocalificación electoral.

Ese diseño constitucional perduró aproximadamente 77 años. El decreto de reforma al art. 60 de la Constitución, publicado en el *DOF* el 3 de septiembre de 1993, marcó la tendencia de desaparecer ese sistema de tipo político.

La reforma eliminó la base constitucional de los colegios electorales de las cámaras de Diputados y Senadores para calificar las elecciones de sus miembros y trasladó esta atribución a los consejos del Instituto Federal Electoral, pero dejó subsistente el entonces contenido del art. 74, frac. I, de la Constitución, el cual otorgaba facultad a la Cámara de Diputados para erigirse en colegio electoral a fin de calificar la elección presidencial, por lo que al amparo de esta disposición, en 1994 aún se constituyó para ese objeto.

El decreto de reformas a la Constitución, publicado en el *DOF* el 22 de agosto de 1996, puso fin a ese sistema de calificación de las elecciones, dando lugar a uno nuevo, que es el que rige actualmente.

*Fundamento.* El desarrollo del proceso electoral federal transcurre en diversas etapas, a saber: 1. La de preparación de la elección; 2. La de jornada electoral; 3. La de resultados y declaración de validez de las elecciones, y 4. La de dictamen y declaración de validez de la elección y de presidente electo.

El fundamento orgánico, sustantivo y procesal del sistema actual de declaración de validez de las elecciones federales se sustenta en los arts. 41, base V, párrafo noveno; 54, 56, 60, y 99, frac. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 12 al 18, 109, 118, inciso q), 210, 293 a 312, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; 49 al 70, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; y 186, 187, 189, 195, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como en la jurisprudencia electoral.

*Declaración de validez de la elección.* El proceso electoral federal comprende la elección del titular del Poder Ejecutivo, de diputados y senadores al Congreso de la Unión; en todos los casos las elecciones son objeto de declaración de validez, atribución que se encuentra encomendada tanto a un órgano administrativo (Instituto Federal Electoral) o jurisdiccional (Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación), según la elección que corresponda.

La declaración de validez de la elección es un acto formal de la autoridad electoral, una vez concluido el cómputo distrital, calificada la elección como legal y constatado, los requisitos de elegibilidad del candidato que obtuvo la mayoría de votos. Se concreta con la entrega de la constancia respectiva.

La etapa de resultados y declaración de validez de la elección inicia con el envío de la documentación y expedientes electorales a los consejos distritales, y concluye con los cómputos y declaraciones que realicen los consejos del Instituto Federal Electoral. El cómputo distrital atiende ordinariamente el procedimiento siguiente: 1. Se abren los paquetes electorales de la elección que no tengan muestras de alteración; 2. Si los resultados de las actas no coinciden o muestran alteraciones evidentes y no existiera acta alguna de escrutinio y cómputo, se procederá a realizar un nuevo escrutinio y cómputo, o bien el recuento de votos en la totalidad de las casillas si existiera una diferencia entre el primer y segundo lugar igual o menor a un punto porcentual, levantándose el acta circunstanciada conducente; 3. Se suman los votos emitidos a favor de partidos políticos y coaliciones; 4. Se verifica el cumplimiento de los requisitos formales de la elección y de elegibilidad de los candidatos de la fórmula con mayor votación, y 5. Se emite y expide la constancia de mayoría y validez a favor de la fórmula ganadora, salvo que los integrantes de esta fueran inelegibles. Así culmina esta etapa.

*Dictamen y declaración de validez de la elección presidencial.* A la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación le corresponde emitir exclusivamente el dictamen y la declaración de validez de la elección y de presidente electo de los Estados Unidos Mexicanos, una vez resuelto el último de los juicios de inconformidad o cuando se tenga constancia de que no se presentó alguno y hecha la sumatoria final de la elección. Esta instancia, en su caso, puede declarar la nulidad de la elección.

En este tipo de elección la etapa concluye al aprobar la Sala Superior el documento que contiene una perspectiva de conjunto, en principio, las situaciones de hecho y de derecho relacionados con lo siguiente: 1. La etapa preparatoria de la elección; 2. La jornada electoral; 3. Los resultados preliminares y de los cómputos distritales, así como resoluciones de juicios de inconformidad, y 4. El dictamen y declaraciones de validez de la elección y de presidente electo; este último se sostiene en el cómputo final de la elección y en el candidato que obtuvo más votos, la validación de la elección al desestimarse la pretensión de invalidez y en la elegibilidad del candidato que obtuvo más sufragios.

Esa declaración se notifica al candidato ganador; a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, por conducto del presidente de la mesa directiva, a fin de que expida y publique el bando solemne para dar a conocer a toda la República a la persona que ha sido declarado presidente electo; al presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; al Consejo General del Instituto Federal Electoral, así como su publicación en diversos medios electrónicos y en el *DOF*.

La declaración de validez de la elección presidencial, así como la emisión del dictamen, en estricto sentido, no es una determinación judicial ni puede considerarse como jurisdiccional, debido a que no dirime un litigio o pretensiones contradictorias; es un acto o resolución que se materializa en un momento posterior a la decisión de los juicios de inconformidad, cuyas sentencias pueden confirmar y modificar el resultado del cómputo distrital y dar lugar a una recomposición de votos.

El dictamen y la declaración, por sí solos, no se pueden considerar formalmente como jurisdiccionales, porque no son el resultado concatenado de un litigio o proceso judicial, aunque materialmente sí lo es, al encontrarse emitidos por un órgano judicial, al margen de que lo hace un órgano máximo especializado en la materia.

Al ejercer esa atribución, la Sala Superior deberá sesionar con la presencia de por lo menos seis de sus siete integrantes, a más tardar el seis de septiembre del año de la elección.

El sistema introducido en 1996 ha permitido a la Sala del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aprobar por unanimidad de votos el cómputo definitivo, declarar la validez de la elección y emitir el dictamen correspondiente de la elección presidencial de los años 2000, 2006 y 2013, en las fechas 2 de agosto, 5 de septiembre y 31 de agosto, respectivamente, de esos años.

*Declaración de validez de la elección de diputados y senadores por el principio de mayoría relativa.* A los consejos distritales del Instituto Federal Electoral les corresponde realizar los cómputos distritales de la elección de diputados por el principio de mayoría relativa conforme al procedimiento antes aludido, declarar la elegibilidad de los candidatos de la fórmula que hubiera obtenido la mayoría de votos y emitir la declaración de validez de la elección; agotada esta fase, el presidente del consejo distrital expide la constancia de mayoría y validez, debiendo remitir copia certificada de la constancia respectiva a la Oficialía Mayor de la Cámara de Diputados.

Por otra parte, los consejos locales del Instituto, hecho el cómputo de entidad federativa correspondiente a la elección de senadores por el principio

de mayoría relativa y de la fórmula registrada en primer lugar por el partido político que por sí mismo hubiera logrado obtener el segundo lugar en la votación, además, cumplan con los requisitos de elegibilidad, procederán a declarar la validez de la elección, así como entregar las constancias de mayoría y validez a las fórmulas que hubieran obtenido el triunfo; en el caso también se deberá enviar copia certificada de la constancia conducente a la Oficialía Mayor de la Cámara de Senadores.

*Declaración de validez de la elección de diputados y senadores por el principio de representación proporcional.* El Consejo General del Instituto Federal Electoral, en ejercicio de sus atribuciones, determina el cómputo total de la elección de diputados y senadores por el principio de representación proporcional, declara válida la elección de diputados electos bajo ese principio en las cinco circunscripciones plurinominales en que se encuentra dividido el territorio mexicano y el de senadores electos con base en la circunscripción plurinominal nacional, acto seguido, procede a asignar a los partidos políticos los diputados y senadores que constitucional y legalmente les corresponde. El presidente del Consejo expide a cada partido político las constancias de asignación proporcional, de lo que informará a la Oficialía Mayor de las cámaras de Diputados y Senadores, respectivamente.

*Impugnación.* Las determinaciones de los consejos distritales y locales del Instituto Federal Electoral relacionados con el cómputo definitivo, la elegibilidad de la fórmula ganadora, la declaración de validez de la elección y la entrega de la constancia respectiva de diputados y senadores por el principio de mayoría relativa son impugnables ante las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Las sentencias que estas emitan podrán ser revisadas solo por la Sala Superior vía recurso de reconsideración; además, las asignaciones de representación proporcional hechas por el Consejo General de ese Instituto se podrán impugnar ante la Sala citada, instancia que resolverá en única instancia.

El sistema federal de declaración de validez de las elecciones se encuentra armonizado con las legislaciones estatales relacionadas con las elecciones de gobernador, diputados y ayuntamientos, lo que fortalece de modo integral el avance democrático en México.

*Valeriano Pérez Maldonado*

### 523. EMPODERAMIENTO

Las primeras acepciones en torno al empoderamiento hacen su aparición en lengua inglesa en textos datados del siglo XVII. En ellas, *empowerment* es sinónimo de capacidad e impulso (León, 2001). Más recientemente, la década de los sesenta fue la base para la reflexión y acción de un movimiento social importante llevado a cabo en Estados Unidos de América. Las reivindicaciones y los análisis teóricos desarrollados en torno al movimiento *Black Power* o *Black Empowerment*, a la vez que precursores, son indispensables para llevar a cabo cualquier reflexión crítica en torno al poder y al cambio en las estructuras sociales.

Por otro lado, en lo referente a las mujeres, relaciona los primeros usos del término *empowerment* a las investigaciones de Mujeres en Desarrollo (*women in development*). Su procedencia, concretamente, se sitúa en el texto que Sen y Grown prepararon para la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer,

celebrada en Nairobi en 1985. Dicho escrito se publicó en 1987 y se tradujo al español como *Desarrollo, crisis y enfoques alternativos: perspectivas de la mujer en el tercer mundo*. En el citado contexto, el concepto se determinó como estrategia impulsada por las mujeres del Sur.

El concepto siguió su andadura en la Cuarta Conferencia sobre la Mujer, celebrada en 1995 en Beijing. En dicha ocasión, por primera vez, se relacionó el impulso de las mujeres con la construcción social, sin condiciones y sin poner en tela de juicio sus capacidades. De este modo se reforzó la participación social de las mujeres. De esta cita en adelante, el concepto de empoderamiento, o *empowerment*, junto con el de transversalidad o *mainstreaming* fueron dos estrategias esenciales recomendadas a los gobiernos para el trabajo que tiene como objetivo la igualdad entre mujeres y hombres.

Si entre los diferentes autores se difunde el uso de término después de la Cuarta Conferencia sobre la Mujer de Beijing (1995), en lo que se refiere a los movimientos feministas, este empieza a emplearse paulatinamente en la década de los sesenta. Las autoras Maxine Molyneux, Carolyn Moser y Kate Young, entre otras, trabajaron en torno al empoderamiento haciendo una diferenciación entre intereses y necesidades prácticas y estratégicas. De esta manera, señalan que los diferentes tipos de necesidades que tienen las mujeres están relacionadas directamente con el estatus que ocupan en la sociedad (Rowlands, 1997). Las necesidades prácticas suelen ser inmediatas y urgentes, y hacen referencia a las necesidades materiales y primarias; en la mayoría de las veces están relacionadas con la supervivencia. Las necesidades estratégicas, en cambio, son respondidas a largo plazo y posibilitan cambios indispensables en las relaciones de poder entre mujeres y hombres (León, 2001). Las necesidades prácticas las sufren algunas mujeres; las estratégicas, en cambio, todas las mujeres. La diferenciación entre ambas no siempre es evidente, dado que muchas de las veces podemos responder a las condiciones estratégicas de las mujeres una vez dando respuesta a las necesidades prácticas. De tal manera, trabajar en solucionar las estratégicas necesariamente toma en cuenta a las prácticas (León, 2001).

Desde el punto de vista analítico, existen al menos dos dimensiones diferentes de empoderamiento: el individual y el colectivo.

El empoderamiento individual o personal se puede definir de la siguiente manera: es un proceso personal en el cual cada mujer desarrolla instrumentos que la refuerzan y le brindan la posibilidad de defenderse y hacer frente a la opresión dejando de estar sometida (Lagarde, 2000). Se abre la posibilidad de que haga cosas por sí sola (León, 2001), y más aún, que sea capaz de deshacerse las consecuencias de la opresión sufrida (Rowlands, 2005), al mismo tiempo que desarrolla la confianza en sí misma. Muchas de las veces, las actividades que posibilitan el empoderamiento de las mujeres, aquellas que son impulsadas por diferentes instituciones, se desarrollan en términos individuales, identificando y poniendo el valor la autoconfianza personal antes que la cooperación, la cual pone en duda las estructuras de poder que oprimen a las mujeres (Oxaal y Baden, 1997).

Por otro lado, el empoderamiento colectivo se lleva a cabo cuando las personas consiguen de manera conjunta más efectividad de lo que lograrían de manera individual (Rowlands, 2005). Hay quien hace referencia a la idea de que en confianza y en alianza se hace frente al orden social antiguo y a la

capacidad colectiva de construir la cotidianidad mediante modos de convivencia social, económica, política y cultural (Lagarde, 2000).

Los puntos de vista que se limitan al empoderamiento individual han recibido muchas críticas. Estos no reconocen la relación entre las estructuras de poder y las prácticas en la cotidianidad del colectivo y el individuo. Además, desconecta a las personas del contexto sociopolítico e histórico, de la solidaridad que presenta el empoderamiento, alejándose del significado de preocuparse por el prójimo (León, 2001).

Mientras que algunos autores defienden que el empoderamiento solamente puede darse a nivel individual, otros autores sostienen que es un primer paso esencial para lograr el empoderamiento colectivo, a pesar de que limitar el empoderamiento a ese ámbito no es suficiente (Rowlands, 2005). En general, si no se lleva a cabo el empoderamiento en un contexto donde haya ilusión, y si el proceso político no está relacionado con acciones colectivas, es muy difícil que tenga éxito, puesto que no se puede limitar el empoderamiento a sus acciones y olvidarnos del contexto histórico y político donde se quiere implementar. El empoderamiento incluye el cambio y las acciones colectivas (León, 2001).

*Maidier Zilbeti Pérez*

#### 524. ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS Y ENVEJECIMIENTO

El tema es relativamente reciente en el amplio abanico de disciplinas y perspectivas que se han interesado en el fenómeno del envejecimiento.

Tradicionalmente, la concepción predominante ha sido la construcción de la vejez como una etapa de carencias y vulnerabilidades. El enfoque de derechos humanos no ignora estas realidades, pero va más allá de las mismas, eliminando las asociaciones forzosas entre vejez-carencias, vejez-vulnerabilidades, vejez-dependencia y vejez-enfermedad.

El enfoque de derechos conlleva un cambio paradigmático, pues promueve el empoderamiento de las personas mayores como sujetos de derecho, que disfrutan de garantías y tienen responsabilidades.

La perspectiva de derechos humanos integra también las múltiples vejezes, dado que la experiencia de envejecer y de ser persona mayor varía según la clase social o ingreso, el género, el grupo étnico de pertenencia, el tipo de localidad (rural/urbana), o la región, independientemente de otras características que condicionan la vejez, como la salud física y psicológica, las redes y los medioambientes — físicos o sociales — más o menos favorables que, por lo demás, también están relacionadas con las diferencias de clase, género, tipo de localidad y raza/etnia.

La multiplicidad de vejezes trae aparejada la conciliación de principios, por ejemplo, los de autonomía y de protección. Tan importante es la autonomía de la persona mayor en el ejercicio de sus derechos como la protección de las personas mayores, en especial de las más vulnerables.

Dicho de otro modo, ser persona mayor no equivale a ser vulnerable o frágil, pero dentro del grupo de las personas mayores existen las que son vulnerables y/o frágiles, condición que las hace sujetos susceptibles de especial protección.

En este tenor, es preciso completar la protección jurídica hacia las personas mayores, sobre todo hacia aquellas que por obvias razones constituyen

grupos denominados “frágiles”, en el sentido de que son más vulnerables y pueden ejercer con menor facilidad, por diferentes razones, acciones de auto-defensa de sus intereses o derechos lesionados.

El enfoque de derechos humanos implica que el derecho internacional sea el marco conceptual aceptado y capaz de obtener un sistema coherente de principios y reglas que guíen la doctrina y la jurisprudencia, así como las políticas públicas, tanto en el diseño como en la implementación y evaluación de las mismas. La supremacía del derecho internacional está relacionada con —o es impulsada por— el movimiento transnacional, que en los últimos años apoya consistentemente —desde los organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales, así como desde sectores académicos y asociaciones nacionales e internacionales de la sociedad civil y, principalmente, desde el orden jurisdiccional— la justiciabilidad de los derechos humanos.

*Aída Díaz-Tendero*

## 525. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

*Definición.* Al igual que los actos de soborno transnacional, el enriquecimiento ilícito es uno de los actos de corrupción expresamente tipificado en la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC).

De conformidad con el artículo VII de este Convenio, los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) deben adoptar las medidas para tipificar el delito de enriquecimiento ilícito, entendido como “el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”. Por su parte, el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés) prevé esta obligación en los mismos términos.

Ante la dificultad de probar los delitos de corrupción de funcionarios públicos, se ha recurrido a la creación del delito de enriquecimiento ilícito, que se configura cuando se demuestra un incremento significativo de los ingresos de un funcionario público respecto a sus ingresos legítimos, sin que este incremento pueda ser razonablemente justificado por él.

Al igual que ocurre con los demás delitos de corrupción, la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito busca proteger la integridad de la Administración pública y su correcto y normal funcionamiento como un bien jurídico esencial para la existencia y buen funcionamiento del Estado (Ugaz Sánchez-Moreno, José y Ugaz Heudebert, Francisco, *Delitos económicos, contra la Administración pública y criminalidad organizada*, 2017, p. 130).

Este delito puede ser calificado como subsidiario, ya que solo será imputado ante la ausencia de prueba de la comisión de los delitos que han generado ese incremento de patrimonio (*ibidem*, p. 129), lo que ha provocado no poca controversia dogmática a su alrededor.

*Debate doctrinal.* El delito de enriquecimiento ilícito es el único caso en la legislación penal occidental en el que se discute la posibilidad de invertir la carga de la prueba. Atendiendo a diversas garantías del derecho penal, quien debe probar la existencia de un delito y la responsabilidad de su autor es el ministerio público, en cuanto titular de la acción penal.

En el caso del referido delito, se establece, por el contrario, que corresponde al funcionario público justificar el incremento significativo de su patrimo-

nio, debiendo probar que este se produjo de manera lícita y que, por tanto, su mayor fortuna no proviene de la comisión de delito alguno.

Desde diversos sectores de la doctrina penal se ha sostenido que la descripción típica del delito de enriquecimiento ilícito establece una presunción de comisión del delito, lo que resulta contrario a un principio tan esencial de un sistema penal garantista como el de la presunción de inocencia. Por otra parte, hay quienes sostienen que el deber impuesto de explicar el origen del patrimonio del agente público vulneraría otro derecho fundamental, como es el derecho a guardar silencio o a la no autoincriminación; sin embargo, numerosos autores niegan esta tesis.

En ese sentido, Carlos Creus, penalista argentino —entre otros— considera que “la acción [sancionada] no es la de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia del enriquecimiento, con lo cual la ley no está consagrando una presunción, sino imponiendo un deber y sancionando un incumplimiento” (Creus, Carlos, 1996, t. II, p. 325). Dicho deber se fundamenta en la obligación legal que tienen los funcionarios, en la mayoría de los Estados, de presentar sus declaraciones juradas de patrimonio cuando inician y finalizan el ejercicio de la función pública.

Estas controversias sobre la conformidad del delito de enriquecimiento ilícito a los derechos humanos y a los principios que inspiran el proceso penal fueron igualmente objeto de debate entre las representaciones de los Estados, en los años noventa, en el marco de las discusiones sobre la futura CICC, contando con la particular objeción de Estados Unidos y Canadá. Como respuesta a la necesidad de incrementar la eficiencia en la lucha contra la corrupción, el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos fue finalmente consagrado, primero, por la CICC, y luego, en la UNCAC, e incorporado progresivamente en las legislaciones penales de América Latina, al igual que en otras partes del mundo.

No obstante, el artículo VII de la CICC (y 20 de la UNCAC) establece un límite. En efecto, la disposición señala que el delito de enriquecimiento ilícito será integrado en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico” (*El delito de enriquecimiento jurídico ilícito de funcionarios*, p. 197). El autor considera que las objeciones, especialmente de Estados Unidos y Canadá, condujeron que se impusiera este límite a las obligaciones fijadas por la CICC. Además, “Ambos países han ratificado la Convención con declaraciones expresas en el sentido de que no incorporarán a su ordenamiento interno un delito que conculca la presunción de inocencia”.

Pese a dicha salvedad, gran parte de los países latinoamericanos han procedido a incorporar el delito en sus sistemas penales. Al respecto, es necesario señalar que ni la Convención de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Corrupción (1997) ni la Convención del Consejo de Europa sobre Derecho Penal en Materia de Corrupción (1999) contienen un tipo penal semejante.

*José Ugaz*

## 526. ENTRADA EN VIGOR

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, la locución “vigor” (del latín *vigor*, *-ōris*) significa, para los efectos que aquí importan, “viveza o eficacia de

las acciones en la ejecución de las cosas”, o bien, “fuerza de obligar en las leyes u ordenanzas”. Por su parte, la locución «entrada» hace referencia a la “acción de entrar” y, a su vez, la locución “entrar” (del latín *intrāre*) significa “empezar o tener principio”, “formar parte de la composición de ciertas cosas”, o bien, “dar principio a la acción de algo”, por lo que hablar de la *entrada en vigor* de cualquier norma jurídica significa apelar al *principio a partir del cual una norma comienza a formar parte del orden jurídico adquiriendo fuerza para obligar a sus destinatarios y produciendo los efectos jurídicos a los que está llamada*.

Por lo que hace al derecho procesal constitucional —concretamente desde el punto de vista del juicio de amparo—, toma especial importancia este concepto debido a que, por regla general, cuando se promueve un amparo en contra de normas jurídicas autoaplicativas, es decir, normas que por su sola *entrada en vigor* comienzan a generar afectaciones a los derechos de los particulares aun sin existir actos de aplicación de las mismas, será la fecha de *entrada en vigor* el momento en que comience a computar el plazo para su impugnación.

Así, por ejemplo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de México ha establecido que “el juicio... contra una ley autoaplicativa puede interponerse... dentro de los treinta días hábiles contados desde que entra en vigor [por lo que] el cómputo del plazo señalado inicia desde el día de su vigencia a las cero horas, porque resultaría incongruente que si la ley de esta naturaleza causa un perjuicio desde la misma fecha en que su observancia es obligatoria, el plazo para promover el juicio empezara a contar hasta el día siguiente...” (Tesis: 2a./J. 26/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, mayo de 1998, p. 461).

Criterio diverso debe aplicarse en tratándose de la impugnación de normas generales vía acción de inconstitucionalidad, toda vez que, por regla general, la también denominada acción abstracta de inconstitucionalidad debe interponerse en el plazo que establezca la norma procesal correspondiente, computando dicho plazo a partir de la fecha de publicación de la norma objeto de impugnación. Lo anterior es así debido a que en la acción abstracta, a diferencia de lo que acontece en el amparo, no resulta trascendente que la norma impugnada produzca ya los efectos jurídicos a los que está llamada, afectando derechos de los particulares, sino que lo que importa es que la norma ya haya sido promulgada de acuerdo con las normas sobre la producción jurídica, es decir, con las normas que establecen los procedimientos de creación, modificación y reforma de las normas jurídicas que componen un sistema normativo.

**Francisco Vázquez Gómez Bisogno**

## 527. ENUNCIADOS DE LOS PRECEDENTES

El célebre lingüista Ferdinand de Saussure expone en su *Curso de lingüística general* (1916) el concepto de “signo lingüístico”, constituido por dos elementos: el significante y el significado.

El significante corresponde al elemento empíricamente perceptible (grafema o fonema) que se lee o escucha. En general, y sin entrar en detalles técnicos, se puede decir que el significado corresponde al sentido que tiene el significante en una lengua determinada. La relación entre un significante y su significado no es necesaria, sino contingente, de lo cual da cuenta la multipli-

cidad de significantes que pueden expresar el mismo significado. Por ejemplo: “casa”, *house* (inglés) y *maison* (francés), son significantes diferentes que expresan el mismo significado.

De la misma manera que sucede con las letras (que aisladamente consideradas carecen de significado pero que al organizarse en significantes producen significados), los signos lingüísticos pueden organizarse en estructuras a una escala superior que producen nuevas unidades de significado. Al conjunto de significantes dispuestos secuencialmente conforme a las reglas sintácticas de una lengua determinada se les denota con la expresión “enunciado” y juegan un papel equivalente al significante de las palabras, en tanto que son empíricamente perceptibles. Al igual que ocurre con la dicotomía “significante-significado” a nivel de las palabras, los enunciados tienen un elemento de significación que es denotado por la expresión “proposición”. Una diferencia importante entre ambas dicotomías es que mientras los elementos constitutivos de los significantes (las letras) carecen de significado, los significantes, elementos constitutivos de los enunciados, sí poseen un significado que en algún sentido determina el significado o significados del enunciado en cuestión, es decir, a la o las proposiciones a él asociadas.

Como es ampliamente conocido, algunas palabras son polisémicas, es decir, tienen más de un significado. Por ejemplo, en el discurso jurídico, el significante “acción” puede tener como significados: *a)* el primer acto procesal por virtud del cual se inicia un proceso jurisdiccional (derecho procesal) o *b)* clase de título valor (derecho mercantil).

A pesar de que no exista una expresión equivalente a “sinonimia” a nivel de los enunciados, estos presentan la misma propiedad que las palabras en el sentido de que un mismo enunciado puede tener asociadas varias proposiciones. Por ejemplo, el enunciado: “Juan fue detenido con un ladrillo” puede significar: 1. A Juan se le propinó un ladrillazo; 2. A Juan (trabajador de la construcción) se le impidió seguir su camino cuando portaba un ladrillo (material de construcción), y 3. A Juan se le aprendió cuando llevaba un paquete de droga (significado que tiene “ladrillo” en el argot del crimen organizado). Como se puede observar, las propiedades semánticas de las palabras determinan el significado de las proposiciones. En el ejemplo anterior, tanto la polisemia de “ladrillo” como la de “detener” juegan un papel importante en las distintas proposiciones asociadas al mismo enunciado.

De igual manera que sucede con la dimensión multinivel que va de significantes a enunciados y de significados a proposiciones, los enunciados pueden organizarse en estructuras de nivel superior y constituir sistemas de enunciados. Por ejemplo, una novela es un sistema de enunciados con identidad propia. “Harry Potter” y “El Señor de los Anillos” son totalmente independientes, al igual que lo son el código civil y el código penal.

La dicotomía “empíricamente perceptible-significación” se repite en este nivel y es así que el mismo cuento de Harry Potter puede encontrarse traducido en diferentes idiomas. El elemento empírico puede ser denotado por la palabra “texto”, mientras que el de significación con “discurso”.

Con base en lo anterior es posible definir la expresión “argumentación” como un sistema de enunciados cuya propiedad distintiva respecto de otros sistemas de enunciados es que las proposiciones asociadas a los mismos juegan el papel de premisas de las que se sigue una conclusión.

También en este nivel se repite la dicotomía “empíricamente perceptible-significación”, como se pone de manifiesto cuando una sentencia judicial es traducida en diferentes idiomas. En este caso, el elemento empírico es denotado con la expresión “argumentación”, mientras que el de significación con el término “argumento”.

No todos los argumentos dentro del dominio jurisdiccional cumplen la misma función institucional. Si bien es cierto que toda decisión jurisdiccional resuelve un conflicto jurídico, algunas decisiones y los argumentos por los que se justifican tienen efectos más allá de la resolución del caso concreto y son vinculantes para otros órganos de impartición de justicia. Normalmente son emitidas por órganos de la más alta jerarquía, facultados para producir este tipo de argumentos. Llamaremos a estos “argumentos institucionalmente vinculantes”, los cuales están presentes tanto en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, como en el sistema anglosajón, con matices funcionales importantes. Mientras en el sistema romano-germánico el razonamiento parte de la interpretación de las normas para la resolución de un caso y, por tanto, para la producción de argumentos institucionalmente vinculantes, en el sistema anglosajón, el razonamiento parte de los hechos y busca fundamentar sus decisiones en argumentos institucionalmente vinculantes previamente emitidos. A pesar de sus aparentes diferencias, ambos sistemas toman en cuenta dos tipos de elementos para fundar sus decisiones, pero atribuyéndoles pesos distintos como soportes de fundamentación. En el sistema romano-germánico se acentúa el peso de la ley, sus argumentos institucionalmente vinculantes, contenidos en la jurisprudencia, tienen un papel relativamente secundario en tanto son interpretación de la legislación. En el sistema anglosajón, el peso de fundamentación principal se encuentra en sus argumentos institucionalmente vinculantes denominados “precedentes”, y el derecho estatutario, equivalente a la legislación, tiene una importancia menor.

Con respecto a la dinámica de ambos sistemas, mientras el primero está condicionado a los cambios en la legislación, el segundo implica la adaptación de precedentes a casos nuevos o, en su caso, justificar las razones por las cuales en un caso específico existen hechos relevantes que hacen inaplicable un precedente, a pesar de las semejanzas del caso con los considerados en los precedentes. También es posible que ciertos precedentes sean declarados inaplicables al ser sustituidos por otros más acordes a la evolución social (*overruling*).

De lo anterior se desprende que el término “enunciados de los precedentes” denota a cada uno de los elementos constitutivos de una argumentación que contiene un argumento institucionalmente vinculante dentro de la tradición del derecho anglosajón. La determinación de su aplicación para casos posteriores al que les dio origen estará determinada, en buena medida, por las propiedades semánticas que se les atribuyan al determinar una proposición como su contenido semántico y la relación del mismo con las propiedades fácticas del caso en cuestión.

*Enrique Cáceres Nieto*

## 528. ENUNCIADOS DOGMÁTICOS

En la segunda edición de la *Teoría pura del derecho*, Hans Kelsen (1960) sostiene que las oraciones de la ciencia jurídica deben distinguirse, en cuanto *enunciados*

*jurídicos*, de las *normas* jurídicas producidas por los órganos de derecho. Las *normas* jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado de conocimiento.

Como resulta evidente, el célebre profesor vienés marca una clara distinción entre dos tipos de discurso: *a)* el derecho positivo y *b)* el de la ciencia del derecho o dogmática jurídica. La descripción del primero constituye el objeto de estudio del segundo.

No obstante su indudable importancia en la historia de la filosofía jurídica, muchos avances han ocurrido en el campo de la metodología de la filosofía del derecho desde la fecha en que se escribió la paradigmática teoría pura. A continuación trataré de proporcionar una versión actualizada del pensamiento kelseniano, incorporando elementos de la filosofía analítica contemporánea.

Desde el lenguaje hablamos del mundo que nos rodea, para lo cual empleamos, de manera fundamental, enunciados mediante los que se expresan proposiciones descriptivas, cuya propiedad definitoria más relevante es poder ser determinadas como verdaderas o falsas (sobre la diferencia entre “enunciado” y “proposición” (véase enunciados de los precedentes). Al respecto, y en defensa de una teoría de la verdad por correspondencia, Tarsky establece que una proposición “*p*” es verdadera, sí y solo si *p*. Por ejemplo, la proposición “la nieve es blanca” será verdadera sí y solo si es el caso que efectivamente la nieve es blanca.

Sin embargo, a través del lenguaje no solo podemos hablar del mundo natural, sino también del lenguaje mismo en un nivel diferente. Para referirnos al lenguaje *desde el cual se habla* de otro lenguaje empleamos la expresión “metalenguaje”, mientras que para el lenguaje *del cual se habla*, la expresión utilizada es “lenguaje objeto”. Una vez conscientes de esta diferencia, nuestra percepción discursiva del derecho, en una dimensión plana en la que todo es simplemente discurso, se revela como una dimensión multinivel. Desde esta nueva visión es posible ver distintos niveles de lenguaje en las más diversas manifestaciones jurídicas: la cita del pensamiento de un autor es metalingüística respecto de lo que el autor citado dijo; lo que se predica como la interpretación correcta de un artículo legal es metalingüístico respecto del precepto legal que es su lenguaje objeto; un contra-argumento, por definición, es una entidad metalingüística cuyo lenguaje objeto es el argumento refutado, etcétera.

Lenguaje objeto y metalenguaje pueden pertenecer a la misma clase lógica de proposiciones lingüísticas, pero no necesariamente. Por ejemplo, la descripción de un reporte de investigación constituye un metalenguaje descriptivo cuyo lenguaje objeto es también de índole descriptiva. En el caso del derecho, buena parte de lo que denotamos con la expresión “dogmática jurídica” es un metalenguaje descriptivo, cuyo lenguaje objeto es de un tipo lógico distinto: el derecho positivo, en tanto está constituido por normas, es fundamentalmente prescriptivo.

Con base en lo anterior, resulta claro que al menos parte del discurso de la dogmática, precisamente al que se refiere Kelsen cuando habla de proposiciones de la ciencia del derecho, constituye un metalenguaje cuyo lenguaje objeto es el derecho positivo. Si este es el caso, en congruencia con lo dicho precedentemente, las proposiciones que describen al sistema normativo están sujetas a ser evaluadas como verdaderas o falsas.

El problema de las condiciones de verdad de dichas proposiciones es un tema complejo que no puede ser abordado en poco espacio, sin embargo, algunas reflexiones generales pueden ser esclarecedoras. Para algunos autores, como Alexy (1983), el criterio de evaluación de las proposiciones de la dogmática, a diferencia de las del discurso científico, no puede ser considerar si son verdaderas o falsas, sino correctas o incorrectas. No obstante las buenas razones que subyacen a esta propuesta y sin poder fundamentarlo más detalladamente, en este texto asumiré que las proposiciones de la dogmática pueden ser evaluadas como verdaderas o falsas, y que una teoría consensual de la verdad, como la defendida por Alexy, permite reconducir los criterios de correcto-incorrecto a verdadero-falso. Por otra parte, el uso de estos términos es más congruente con la calificación de “ciencia” estipulada para la dogmática jurídica.

Otro problema que se nos presenta es el de las condiciones de verdad de las proposiciones dogmáticas, sobre todo si se pretende adoptar una teoría de la verdad por correspondencia. En el caso de “la nieve es blanca”, la contrastación de la proposición se hace directamente con el mundo natural. Sin embargo ¿cuál sería el mundo de los hechos con el cual confrontar a las proposiciones de la dogmática, si las normas no son hechos, o al menos no el mismo sentido que la nieve, sino entidades lingüísticas? La respuesta es que las condiciones de verdad de las meta proposiciones dogmáticas son dadas por su relación con el lenguaje objeto, es decir, con el derecho positivo.

Por ejemplo, una norma jurídica que establezca: “a quien cometa el delito de robo se le sancionará con una pena de 10 años de prisión” tendrá un estatus lógico de proposición prescriptiva. El mismo enunciado encontrado en un libro de dogmática jurídica penal al decir: “en el sistema jurídico S se establece que: «a quien cometa el delito de robo se le sancionará con una pena de 10 años de prisión»”, contendrá una proposición descriptiva, que en este ejemplo sería verdadera. La diferencia funcional de las distintas proposiciones expresadas por el mismo enunciado en diferentes niveles de lenguaje se pone de manifiesto si imaginamos que ha ocurrido una reforma legislativa por la que la sanción por robo se ha incrementado de 15 a 20 años y el autor del tratado de dogmática no ha tenido tiempo de actualizar su obra en una nueva edición. En este supuesto, la proposición que era verdadera antes de la reforma, habrá pasado a ser falsa.

Desde luego que las proposiciones de la dogmática no se limitan a parafrasear al derecho positivo, sino que lo reelaboran y sistematizan mediante las reglas de procesamiento cognitivo propias de la profesión. Por otra parte, el discurso de la dogmática no se agota en proposiciones sino que incluye otros elementos, como son definiciones, redes semánticas y, en ocasiones, proposiciones prescriptivas (opiniones) que en estricto sentido no son parte de un discurso “científico”. Otra parte importante son las teorías conceptuales abstractas, no metalingüísticas respecto de ningún derecho positivo, como es el caso, por ejemplo, de la teoría general del delito.

Con base en lo anterior, el término “enunciados dogmáticos” denota a la forma en que se expresan las proposiciones descriptivas en el metalenguaje de la dogmática jurídica y que son susceptibles de ser evaluadas como verdaderas o falsas (o si se prefiere correctas o incorrectas) a partir de lo establecido en el lenguaje objeto del derecho positivo.

*Enrique Cáceres Nieto*

## 529. EQUIDAD

El término equidad (del latín *aequitas*, de *aequus*, “igual”; del griego *επιεικεία*, virtud de la justicia del caso en concreto) puede definirse como la “bondadosa templanza habitual”, la propensión a dejarse guiar por el deber o por la conciencia, más que por la justicia o por la ley escrita, o como la justicia natural, opuesta a la ley escrita. Este ideal está íntimamente enlazado con el precepto jurídico de Ulpiano en sus *Tria Praecepta Iuris* (tres principios del derecho), el *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo).

En el derecho civil, el recurso a la equidad es excepcional y al margen, pero coetáneo con un derecho formal y riguroso, hoy diríamos positivo, que cumple una función muy importante pero que sigue siendo en esencia la misma: amoldar el derecho a las circunstancias concretas de cada caso.

La legislación suiza recurre a la equidad de manera supletoria, aunque depende de los tribunales en ausencia de leyes aplicables para decidir “de acuerdo a las mismas normas que se tomarían si tuviera que actuar como legislador”.

En las leyes de matriz francesa e italiana, la equidad cumple varias funciones: criterio de valoración; criterio para juzgar en la resolución de controversias; criterio para la integración o interpretación del contrato.

En la Constitución colombiana de 1991 se consagró la equidad como criterio auxiliar de interpretación de la ley o, mejor, del derecho, acto constituyente con el que elevó a categoría de canon constitucional la facultad del juez de aplicar la ley para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra varias veces la palabra “equidad”, como en el art. 2o. que establece: “...garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones...”.

Resulta importante señalar que en el léxico jurídico inglés, el término *equity* no indica la equidad o la *aequitas*, sino un conjunto de reglas jurisprudenciales que históricamente se unen a las del derecho común (es decir, aquellas que encuentran su fuente original en las decisiones de las cortes de Westminster). De esta manera el término *equity* representa una particular fuente del derecho, inicialmente de carácter discrecional, que se desarrolla para compensar las deficiencias que han surgido en la administración de justicia por los tribunales de derecho común como resultado de las restricciones introducidas en el siglo XIII, los *writs* y el sistema de las *forms of actions*.

Fundada como un tribunal dependiente de la ideología del *Chancellor*, inspirada en las normas del derecho canónico y marcada por un procedimiento que no implicaba la participación del jurado, la equidad después de 1616 (cuando Jaime I le reconoció la primacía sobre el *Common Law*) comenzó a endurecerse también en los precedentes, situándose como un sistema de casos judiciales complementarios al mismo *Common Law*.

*María de la Concepción Vallarta Vázquez*

## 530. EQUIDAD DE GÉNERO

La equidad es un principio de justicia relacionado con la idea de igualdad sustantiva y el reconocimiento de las diferencias sociales. Ambas dimensiones se conjugan para dar origen a un concepto que define la “equidad” como “una

igualdad en las diferencias”, entrelazando la referencia a los imperativos éticos que obligan a una sociedad a ocuparse de las circunstancias y los contextos que provocan la desigualdad con el reconocimiento de la diversidad social, de tal forma que las personas puedan realizarse en sus propósitos de vida según sus diferencias (véase equidad).

Género, por su parte, se refiere a la construcción cultural basada en las diferencias biológicas entre los sexos. En 1955 el sexólogo John Money introdujo el término *gender* en inglés, diferenciando sexo biológico de “género”, como una construcción cultural basada en una época y un lugar. Sin embargo, fue hasta 1968 que Robert Stoller la desarrolló a través de una investigación empírica en la que demostró que lo que determina la identidad y el comportamiento masculino o femenino no es el sexo biológico, sino las expectativas sociales, ritos, costumbres y experiencias que se ciernen sobre el hecho de haber nacido mujeres u hombres. Esta observación permitió concluir que la asignación y adquisición del género es una construcción sociocultural con la que se desnaturalizan las relaciones sociales entre los sexos. En los años setentas el movimiento feminista retomó esta teoría, y la desarrolló basándose en la frase célebre de Simone de Beauvoir: “una no nace mujer, se hace mujer”.

En otras palabras, se refiere al conjunto de ideas, creencias y atribuciones sociales, construidas en cada cultura y momento histórico, tomando como base la diferencia sexual. A partir de ello se construyen los conceptos de “masculinidad” y “feminidad”, los cuales determinan el comportamiento, las funciones, oportunidades, valoración y las relaciones entre mujeres y hombres.

Se refiere a los atributos y oportunidades sociales vinculadas con el hecho de ser hombre o mujer y las relaciones entre mujeres y hombres, y niñas y niños, así como a las relaciones entre mujeres y entre hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones se construyen socialmente y se aprenden mediante procesos de socialización. Dependen del contexto y el momento, y pueden cambiar. El género determina qué se espera, permite y valora en una mujer o un hombre en un contexto específico. En la mayoría de las sociedades hay diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres en cuanto a las responsabilidades que se les asignan, las actividades que realizan, el acceso a los recursos y el control de estos, así como las oportunidades de adopción de decisiones.

La equidad de género se refiere a la eliminación de la carga de valor desigual que se asigna a los roles culturales asignados de manera diferenciada a cada sexo (véase igualdad de género).

*María de la Concepción Vallarta Vázquez*

### 531. ESPECIFICIDAD DE LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS

El derecho internacional público se sustenta sobre una serie de reglas y principios que dan un enorme peso a la soberanía de los Estados. La mayoría de las normas de derecho internacional buscan proteger y maximizar los intereses de los Estados en sus relaciones internacionales; sin embargo, existen materias del derecho internacional que se relacionan con cuestiones que son de orden público, pues regulan la actuación de los Estados teniendo como punto de referencia la protección de los individuos y la consecución del bien común —y no la maximización de los intereses estatales como soberanos—. Estas materias fueron desarrolladas sobre todo a partir de la segunda mitad del

siglo xx, en parte, como respuesta a los graves atentados contra la dignidad que ocurrieron a manos de algunos Estados. Los ejemplos paradigmáticos de estas materias son el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

Algunas de las normas y principios que se desprenden de estas materias generan obligaciones *erga omnes* y algunas incluso constituyen normas de *ius cogens*. La motivación detrás de este desarrollo parece ser clara: la comunidad internacional ha considerado que ciertos principios y reglas establecidos en tratados tienen un valor distintivo (específico), pues protegen valores tan importantes para el orden público que el deber de protegerlos trasciende ciertos límites impuestos por la soberanía. En este punto cabe recordar el criterio de la Corte Internacional de Justicia en su Opinión consultiva relativa a las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, donde estableció que en cierto tipo de tratados los Estados no tienen un interés propio, sino solo un interés común que está inspirado en la realización de fines superiores (p. 12). Esta aproximación ha sido seguida en la adopción e interpretación de las normas y principios del DIDH.

La especificidad en materia de DIDH se sustenta en el presupuesto de que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo). En la génesis de las declaraciones y tratados en materia de derechos humanos existe un entendimiento ontológico de que todos los seres humanos gozan de una dignidad intrínseca, la cual implica el reconocimiento y la protección estatal de todos los derechos que se derivan de ese estatus sin discriminación. Este entendimiento permite sostener que los tratados de derechos humanos prescriben obligaciones de carácter esencialmente objetivo que deben ser garantizadas como una consideración de interés general, lo cual se refleja en la teoría y práctica en materia de DIDH.

Las consecuencias normativas de la especificidad del DIDH se pueden observar en la existencia de principios estructurales propios de la materia, mismos que permiten interpretar y definir el alcance de las obligaciones de los Estados de manera diferenciada al resto de las materias (p. ej., en materia comercial). Estos principios incluyen los siguientes: pro persona, solidaridad, subsidiariedad, soberanía, igualdad y proporcionalidad. También se entiende que, en virtud de los instrumentos internacionales en materia de DIDH, los Estados contraen obligaciones que requieren que todo el aparato estatal cumpla con la protección a los derechos que son reconocidos en fuente internacional. Esto incluye el deber de garantizar que todas las autoridades del Estado cumplan con estas obligaciones y que se adapte el derecho interno y las políticas públicas para esos efectos. Ambas cuestiones —la existencia de principios estructurales propios del DIDH y el carácter autoejecutable de sus normas— se sustenta en el carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos humanos.

**Pablo González Domínguez**

### 532. ESTADO (ÓRGANOS DEL)

La definición de “Estado” es sumamente problemática. Como individuos, percibimos a diario actos que identificamos como provenientes del “Estado”,

como multas, reglamentos, leyes, sanciones de diversa índole, beneficios materiales como construcción de obras, servicios públicos, servicios de salud y educativos, pero no podemos ver una personificación, una entidad material que sea “el Estado”. Esta circunstancia ha llevado a una diversidad de autores a desarrollar distintas definiciones, algunos tratando de darle un carácter corporal o material, otros despojándolo de ese tipo de materialidad y asignándole más bien un carácter o una realidad ideal.

Las teorías realistas pretenden definir al Estado tomando como base algún elemento empíricamente observable. Sin embargo, las teorías formalistas (entre ellas de manera destacada la de Hans Kelsen), sostienen que el Estado no es una acción ni suma de acciones; ni tampoco es un ser humano o un conjunto de seres humanos (todo esto, en alusión a las teorías realistas). Para Kelsen, como bien se sabe, el Estado es el orden de la conducta humana que llamamos orden jurídico. El Estado es el orden jurídico. Estado = derecho.

El Estado no es, entonces, un cuerpo visible o tangible. Pero ¿cómo se manifiesta en la vida social? Kelsen nos dice que ciertos actos de seres humanos individuales son considerados como acciones del Estado. ¿En qué condiciones atribuimos al Estado una acción humana? No todo individuo es capaz de realizar actos que tengan carácter de actos del Estado, y no toda acción de una persona capaz de realizar actos estatales tienen tal carácter. ¿Cómo distinguir las acciones humanas que son actos del Estado de aquellas otras que no lo son? El concepto clave para responder a esta pregunta, según Kelsen, es el concepto de “imputación”. El juicio por el cual referimos al Estado, como persona invisible, una acción, constituye la imputación, al propio Estado, de un acto humano. El problema del Estado es un problema de imputación. El Estado es un punto común de imputación de diferentes acciones humanas. Los individuos cuyas acciones se atribuyen o imputan al Estado son los llamados “órganos” del Estado.

Ahora bien, ¿cuál es el criterio en que tal imputación se basa? Imputamos al Estado una acción humana cuando corresponde en una forma específica a un orden jurídico supuesto de antemano. La imputación de una acción humana al Estado solo es posible en su vinculación con el orden jurídico. Se dice que un delincuente es castigado por el Estado, cuando el castigo es establecido por el orden jurídico. El Estado impone una multa a un contribuyente moroso, en cuanto la multa es señalada por el ordenamiento jurídico. El Estado crea nuevas normas jurídicas a través de la acción de ciertos órganos facultados para tal efecto por el propio orden jurídico.

El Estado es el orden jurídico, pero se ha personificado. Esta personificación ha derivado del hecho de que para reconocer un acto como “acto de Estado” se tiene que realizar la operación que llamamos “imputación”. Un acto se imputa a un órgano del Estado, y al hacerlo se imputa también al Estado mismo como si fuera una persona, pero esa persona, como ya explicó Kelsen, no existe materialmente, porque el Estado es el orden jurídico.

Ahora bien, la teoría de Kelsen es útil porque da un criterio formal para identificar cuándo estamos ante un órgano del Estado. Ello no obstante, se queda corta en el sentido de que toma en cuenta nada más la realidad normativa del Estado (el derecho), y no toma en cuenta la su realidad fáctica: la eficacia y los instrumentos de la eficacia (coacción y legitimidad). Esto es precisamente lo que hace Reinhold Zippelius, cuando nos dice que la co-

munidad estatal se distingue de otros tipos de comunidades (familia, escuela, asociación civil, sociedad anónima, club, etcétera) por dos factores: *a)* tiene un poder último de regulación (supremacía de competencias) y *b)* otorga a ciertos individuos la facultad de regular obligatoriamente la conducta en esa comunidad y forzar la conducta prescrita con los medios del poder, en caso extremo, con el empleo de la fuerza física. Estos individuos son los que conforman los órganos del Estado.

En el Estado constitucional y democrático de derecho, el derecho constitucional sienta las bases normativas más generales que se refieren a la estructura de órganos del Estado, a sus ámbitos competenciales, a las relaciones entre los órganos estatales y sus límites frente a los gobernados. Pero el desarrollo de esas bases normativas generales se da a través de leyes. Por ejemplo, en relación con los órganos del Poder Ejecutivo, la Constitución solamente establece las bases principales de su organización, pero no llega al detalle de la misma. El Ejecutivo (y también los Poderes Legislativo y Judicial) requiere para su funcionamiento de una multiplicidad de órganos secundarios, entre los que necesariamente deben existir las relaciones indispensables para conservar la unidad del poder del que forman parte. Así, el derecho administrativo es derivado del constitucional. Pero entre ellos hay diferencias importantes, si bien son más cuantitativas que cualitativas. Finalmente, como indica Fraga, las leyes que regulan en detalle la organización de las autoridades administrativas (y también las legislativas y judiciales), han de tomar como base los principios constitucionales respectivos (Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 26a. ed., México, Porrúa, 1987, pp. 94-96).

*José Ma. Serna de la Garza*

### 533. ESTADO (POTESTAD TRIBUTARIA DEL)

La potestad tributaria puede entenderse, en una noción general, como la manifestación de poder del Estado para la creación y el cobro de tributos. En sede académica, este concepto ha tenido un profuso tratamiento por la escuela italiana y española del derecho tributario, cuya recepción ha tenido un impacto notable en la mayoría de los países de Iberoamérica.

A mayor abundamiento, algunos autores definen a la potestad tributaria como la facultad o la posibilidad jurídica del Estado de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción (Giuliani Fonrouge: 2003); la facultad propia del Estado para crear tributos (Sáinz De Bujanda: 1979); la facultad del Estado por virtud de la cual puede imponer a los particulares la obligación de aportar una parte de su riqueza para el ejercicio de las atribuciones que le están encomendadas (De la Garza: 1993); el poder jurídico del Estado para establecer las contribuciones forzadas, recaudarlas y destinarlas a expensar los gastos públicos (Rodríguez Lobato: 2002); la posibilidad jurídica del Estado de establecer y exigir contribuciones (Venegas Álvarez: 2011); la posibilidad de imponer mandatos que resulten en la obligación de pagar contribuciones al Estado (Álvarez Alcalá: 2010); y la capacidad del Poder Legislativo para establecer tributos (Ríos Granados: 2007).

En una primera aproximación, la potestad tributaria encuentra su fundamento teórico y político en el concepto de soberanía, en el entendido de que la imposición de contribuciones deriva del poder del Estado

para ejercer derechos de dominio sobre las cosas y personas que en él se encuentran, mediante el establecimiento de preceptos coactivos y actos de administración. Bajo esta tónica, la potestad tributaria —o poder de imperio— es un ejercicio directo de soberanía.

Esta concepción de potestad tributaria vinculada a la idea de soberanía fiscal se modifica a la par del constitucionalismo y la consolidación de la idea de Estado democrático de derecho, que pone en crisis el concepto mismo de soberanía y hace replantear el fundamento del poder de imperio del Estado para la imposición de tributos.

En el Estado moderno de derecho el fundamento jurídico de la potestad tributaria deriva directamente de la Constitución, la cual dispone, a la sazón de diversos principios materiales de justicia tributaria (reserva de ley, capacidad contributiva, igualdad tributaria, destino al gasto público, generalidad, no confiscatoriedad, etcétera), la forma en que los órganos del poder público detentan y ejercen la función de crear y cobrar contribuciones. Así, la noción de potestad tributaria deja de ser un ejercicio de la supremacía del Estado para convertirse en una facultad constitucional de corte democrático. Tan es así que actualmente la mayoría de los textos constitucionales (Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Nicaragua, México, Perú, Venezuela, por mencionar algunos) disponen de forma expresa que no puede haber tributo que no esté contenido en ley.

Por lo anterior conviene distinguir entre la potestad normativa tributaria y la potestad tributaria. En el primer caso, se hace referencia a la facultad que tiene la función legislativa de establecer contribuciones a través de un proceso de creación de leyes formal y materialmente hablando; mientras que en el segundo se hace alusión a las facultades del Poder Ejecutivo, en especial de la administración tributaria, para la gestión y el cobro de tributos.

En este sentido, la *potestad normativa tributaria* es el acto concreto de confección del tributo a cargo del legislador, que se expresa con el aforismo *nullum tributum sine lege* (no hay tributo sin ley). Además, un aspecto de vital trascendencia es que el proceso legislativo para la imposición de tributos inicia en la cámara baja o cámara de diputados, derivado del principio básico habitualmente conocido con el aforismo anglosajón *no taxation without representation* (no hay tributo sin representación), inspirado en la representación del pueblo en el quehacer legislativo, el cual reafirma la razón política de la ley tributaria como expresión de la voluntad general.

Por su parte, la *potestad tributaria* se puede entender como el conjunto de facultades que por ministerio de ley detentan determinados órganos de la administración para determinar, liquidar, recaudar y gestionar los tributos, así como para comprobar el cumplimiento de las obligaciones tributarias del contribuyente.

En otras palabras este tipo de potestad tributaria implica que las autoridades de la Administración Tributaria, con ayuda de la ley, pueden exigir a los sujetos que se encuentren dentro de los supuestos de hecho establecidos en esta, el cobro de las contribuciones que le son debidas. Para ello, debe comprobar si en realidad se han producido los hechos que generan la obligación tributaria, señalar la cuantía del crédito fiscal y/o verificar si las prestaciones realizadas por el contribuyente se encuentran ajustadas a la ley.

*Israel Santos Flores*

## 534. ESTADO ABIERTO

El término de “estatalidad abierta”, vinculado al concepto jurídico-institucional de típico cuño germánico de estatalidad (*Staatlichkeit*), emerge hace cincuenta años, cuando Klaus Vogel lo utiliza para describir la apertura de la esfera de competencias del derecho interno del Estado. En este sentido, se refiere a la permeabilidad del ordenamiento jurídico nacional, como lo afirmara después Karl-Peter Sommermann. Este concepto alemán de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*) tiene como contexto la atribución de una especial connotación a la decisión constitucional a favor de la apertura en tanto comprende una faz pasiva y una faz activa. Los padres fundadores de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*) se pronunciaron favorablemente hacia el Estado abierto, tanto en el sentido de la cooperación internacional en los planos universal y regional como en el posicionamiento del Estado en la comunidad internacional y su subordinación al orden normativo emanado de ella, bajo el credo de la dignidad humana y el respeto de los derechos humanos. Más recientemente, Mattias Wendel define a la permeabilidad constitucional como la cualidad de un ordenamiento jurídico de permitir la incorporación de principios y contenidos normativos provenientes de otro régimen jurídico, lo que en definitiva representa un mecanismo de entrelazamiento normativo.

En el ámbito latinoamericano es necesario introducir el concepto del Estado abierto en el sentido de examinar la construcción convergente y progresiva del constitucionalismo garantista de los derechos humanos y de la integración regional bajo una concepción multinivel. Gracias a la democratización, la permeabilidad constitucional fue la opción consciente y deliberada de los constituyentes nacionales en las cartas fundamentales de los últimos años del siglo XX y los primeros del siglo XXI, así como en las reformas constitucionales. Dicha opción constitucional abarca una doble vía: primera, para incorporar al derecho constitucional los atributos y garantías de los derechos establecidos en el derecho internacional convencional de los derechos humanos como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales, y, segunda, para regular la participación en la integración. Ambos constituyen elementos comunes en el derecho constitucional latinoamericano, en las palabras de Jorge Carpizo.

La estatalidad abierta tiene sus rasgos característicos. Entre ellos cabe destacar que el proceso de apertura del Estado en América Latina se distingue por dos cambios de paradigma, como son el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo y la internacionalización entendida como humanización. El primero tiene implicaciones directas en la transformación del concepto clásico de soberanía, la superación de la concepción de un Estado cerrado y su consiguiente pérdida del carácter omnicompreensivo en el ámbito del derecho constitucional. El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a los nuevos tiempos. Es un proceso vinculado a la globalización, signado por la concurrencia de la democratización, junto a la internacionalización, a la constitucionalización y a la judicialización. Del mismo modo, el Estado abierto se conecta con la creciente interacción entre el derecho internacional, el derecho supranacional y el derecho constitucional. La Constitución no es la norma suprema única. En la doctrina se emplean distintos términos para describir la reconfiguración de

la relación entre en el derecho internacional y el derecho interno (acoplamiento por Armin von Bogdandy, trapezio en lugar de pirámide normativa por Flávia Piovesan, coordinación entre sistemas, por César Landa). La premisa válida es la ausencia de una relación de jerarquía entre las normas constitucionales y las normas de fuente externa, ya que dicha relación se rige más bien por principios de complementariedad, de interconexión y de convergencia. Asimismo, el proceso de humanización se vincula con el rango constitucional que se le asigna a los tratados de derechos humanos, que tienen primacía sobre el derecho interno, incluso sobre el derecho constitucional, mediante las cláusulas de prevalencia, así como por la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz de ese derecho internacional de los derechos humanos.

El concepto de estatalidad se diferencia de otros. En la doctrina se ha abordado el fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional bajo la perspectiva de las cláusulas de apertura (también llamadas cláusulas de reenvío) y más bien limitado al campo de los derechos humanos. Hasta ahora, un sector de la doctrina se ha apoyado en la noción háberliana de “Estado constitucional cooperativo” para explicar que el Estado ya no está centrado en torno a sí mismo, sino estrechamente vinculado con otros Estados constitucionales miembros de una comunidad, en la que adquieren gran relevancia los derechos humanos y fundamentales. Recientemente se sostiene que el neoconstitucionalismo sirve de marco al fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional en América Latina ocurrido con las transformaciones constitucionales, sustentadas en los postulados doctrinarios emergidos en Italia y gracias a los aportes sobre la interpretación constitucional provenientes de Dworkin, Alexy, Zagrebelsky y Nino. Pero la noción de Estado abierto implica la decisión constitucional de permitir que penetren otros órdenes en el orden interno, que no se limita a las cláusulas de apertura, sino que abarca también otras fórmulas de recepción constitucional.

Ampliamente conocidas son las estructuras constitucionales permeables reguladas en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), que traducen la vocación de los Estados nacionales de abrir su ordenamiento jurídico al influjo del derecho inter y supranacional, configurando la condición *sine qua non* para la estabilidad y funcionalidad de la Unión Europea y del espacio jurídico europeo. Distintas denominaciones han sido utilizadas, tales como “bisagra”, “cláusula europea” o *bridging mechanism*.

En América Latina hoy en día es incuestionable la recepción cada vez más potente del derecho internacional en el derecho interno. La noción del Estado abierto tiene un particular potencial e impacto si se le comprende como una condición esencial de la protección internacional y supranacional, sin menoscabo del orden constitucional, sino producto del mismo. El ejercicio del poder público se desplaza hacia esferas más allá del Estado. Cada vez más, las normas y políticas públicas que se aplican y desarrollan a nivel interno son gestadas en foros supra e internacionales. Por tanto, las categorías conceptuales construidas sobre la base del Estado-nación difícilmente pueden dar cuenta de la nueva realidad, y debe recurrirse a nuevas aproximaciones doctrinales. El concepto de estatalidad abierta o Estado abierto adquiere un particular potencial bajo la perspectiva del *ius constitutionale commune*, por cuanto representa uno de sus objetivos. El Estado constitucional contemporáneo

solo puede entenderse como un Estado situado internacionalmente, lo cual implica limitaciones, particularmente en materia de derechos humanos, pero también en el ámbito de la integración económica regional.

*Mariela Morales Antoniazzi*

### 535. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El Estado constitucional de derecho es una categoría teórica de viejo cuño adoptada en el ambiente jurídico alemán decimonónico que en la actualidad ha adquirido nuevos significados. Suele ser identificado como un eslabón más en la evolución de la categoría Estado de derecho, de la cual sería una de sus manifestaciones —quizá la más elaborada— por su capacidad para conjugar las aportaciones del constitucionalismo como movimiento histórico y agregativo en pos de los derechos y su protección más eficaz, y sintetizar las diversas tradiciones y experiencias constitucionales desarrolladas a partir de las revoluciones francesa y americana.

El Estado de derecho, como concepto desprovisto de adjetivos, ha sido sometido a un constante proceso de perfeccionamiento. En sus orígenes, con esta categoría se intentaron plasmar los postulados racionalistas kantianos en el ámbito de la teoría del Estado y del derecho (Bockenforde, 2000). Surge en el marco de la teoría del Estado del liberalismo alemán, como contrapunto a otras formas de Estado, específicamente contra el Estado absoluto y el Estado de policía. Su postulado esencial consistió en la eliminación de la arbitrariedad del Estado en sus relaciones con los ciudadanos (Zagrebelsky, 1995). El Estado de derecho, entendido de tal manera, es tributario de la tradición constitucional liberal más conspicua; sin embargo, su escueta denotación inicial, sobre todo en lo referente a los contenidos a los que deberían sujetarse los actos del Estado, determinó, en opinión de Zagrebelsky, que tal denominación pudiera ser aplicada a cualquier forma de Estado en la que, en principio, estuviera excluida la arbitrariedad, vía la determinación de su actividad mediante ley, cualquiera que fuera el contenido de la misma. Esta idea de Estado de derecho coincide con el modelo que Ferrajoli denomina “Estado formal de derecho” consistente en “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y los procedimientos legales establecidos” o “aquellos ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más anti liberales, en los que los poderes tienen una fuente y una forma legal” (Ferrajoli, 2001). Con el tiempo, el Estado formal de derecho se materializó bajo la forma de Estado legislativo de derecho, que operó bajo el imperio del principio de legalidad como criterio exclusivo de existencia y validez del derecho. El papel central de la ley en este modelo de Estado generaría, como lógica consecuencia, la reducción del derecho a la ley y la prevalencia de la ley por sobre las restantes fuentes del derecho. En cuanto a la relación entre ley y Constitución en el modelo descrito, la Constitución se asemejaría más a una carta de navegación o a un programa político cuyas concreciones normativas deberían ser realizables a través de la inexcusable intermediación legislativa. De esta forma se negó a la Constitución toda fuerza normativa y, en definitiva, su carácter de norma suprema. El modelo cercenó la fuerza *jurígena* de la Constitución y le restó entonces capacidad como parámetro de control sobre los contenidos legislativos. Ferrajoli sintetiza este proceso con contundencia: en el Estado legislativo de derecho se produjo *la afirmación del*

*principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo.* El modelo en cuestión, centrado entonces en el principio de legalidad, se decantó, en lo que a la labor judicial se refiere, en la justiciabilidad de la administración y en el control de la legalidad de sus actos, lo que implicó, naturalmente, que el parámetro de control para dicha actuación fuera la ley.

Los trágicos sucesos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial evidenciaron las insuficiencias del modelo descrito asentado, por un lado, en criterios formales de validez del derecho y, por el otro, en una idea de democracia también formal o unidimensional. Los diseños institucionales europeos de la Segunda posguerra fueron concebidos y diseñados para robustecer los límites a las decisiones mayoritarias a través de diversas vías; por un lado, la asunción de un nuevo entendimiento de la Constitución como receptáculo de derechos que deberían operar como límites sustanciales a las decisiones mayoritarias; por otro lado, que tales Constituciones sean rígidas, es decir, inmutables a las reformas por medios ordinarios y, por último, el establecimiento de mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad, mediante los cuales se escrutaría ya no solo los aspectos formales del proceso de producción de las leyes, sino además el contenido de las mismas. En este escenario, la ley, como parámetro de control, cede su espacio a la Constitución y se subordina a las formas y contenidos establecidos en ella. Ferrajoli sintetiza los principales cambios en el tránsito del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho. Primero, cambian las condiciones de validez de las leyes, pues esta ya no se colma con cumplir los requerimientos de producción; en el nuevo modelo es preciso, además, la adecuación entre contenidos constitucionales y legales. En segundo lugar, transforma las finalidades de la ciencia jurídica, pues las divergencias entre Constitución y ley obligan al jurista no ya solo a desempeñar un papel meramente explicativo sino además, crítico. En tercer lugar, se modifica sustancialmente el rol del juez, quien en el nuevo modelo asume un papel central consistente en aplicar las normas que superen el escrutinio constitucional y en desaplicar o invalidar aquellas que no lo logren. Por último, nos dice Ferrajoli, se produce una profunda transformación en la naturaleza de la democracia, pues la subordinación de la ley a la Constitución a través de límites formales, pero sobre todo sustanciales, implica la introducción de la dimensión sustancial de la democracia; para el modelo ya no solo es importante quién decide y cómo se decide, sino además qué se decide. En el Estado constitucional de derecho se actualiza la pérdida de centralidad del principio de legalidad y su reemplazo por el principio de constitucionalidad.

El Estado constitucional de derecho implicaría entonces asumir ciertas ideas respecto a la Constitución y cómo debe ser preservada. En cuanto a lo primero, la Constitución se asume como suprema, es decir, como cúspide del ordenamiento jurídico; en segundo lugar, posee carácter normativo, es decir, fuerza normativa, y deja así de ser entendida como un programa político; asimismo, goza de aplicabilidad directa, lo que implica asumir, parafraseando a Sagüés, que la Constitución ya no regirá con el permiso del legislador; establece derechos, civiles, políticos, pero también sociales, a esto se refiere Prieto Sanchís cuando apunta que las Constituciones del Estado constitucional se caracterizan por un *denso contenido normativo*; debe estar excluida del ámbito de las decisiones políticas ordinarias, es decir, debe estar dotada de algún grado

de rigidez. Por último, el sistema debe establecer garantías judiciales para mantener la indemnidad de la Constitución. Esta última nota, es decir, la incorporación de la garantía jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y actos, es determinante para la conformación del modelo Estado constitucional de derecho. En tal sentido, García Pelayo sostiene que el Estado constitucional de Derecho adquiere forma y entidad en varios países europeos de la Segunda posguerra con el establecimiento de tribunales constitucionales, es decir, con el desarrollo de una jurisdicción contencioso-constitucional que permitiera hacer operativos los postulados constitucionales (García Pelayo, *Obras completas*). Sintetizando lo dicho hasta el momento, en el Estado legal de derecho operó bajo el principio de legalidad que implicó la prevalencia de la ley por sobre los restantes actos estatales que debían adecuarse a sus contenidos. Esta adecuación sería garantizada por tribunales cuya función sería entonces garantizar la legalidad de los actos de la administración. En el Estado constitucional de derecho opera el principio de constitucionalidad, caracterizado por la primacía de la Constitución por sobre incluso la propia ley y por el funcionamiento de una jurisdicción constitucional que velaría por la conformidad de todos los actos del Estado, incluida la propia ley, con la Constitución (García Pelayo, 1991).

Así, la justicia constitucional es un elemento constituyente del Estado constitucional de derecho. Sentadas estas ideas, es necesario aclarar que el modelo aquí descrito, no tiene por preferido un modelo específico de justicia o jurisdicción constitucional, es decir, no establece que el modelo que mejor cumple con esta garantía es el europeo, caracterizado por la existencia de tribunales constitucionales o el llamado americano, caracterizado por la inexistencia de la nota de concentración y por la facultad de todos los jueces de realizar dicha labor. Una hojeada a los diversos sistemas jurídicos que han desarrollado mecanismos de garantía jurisdiccional nos permite apreciar la diversidad de sistemas y mecanismos de control existentes, aunque todos compartan la misma finalidad. García Pelayo ofrece una nómina de las diversas formas de articular la jurisdicción constitucional y los órganos encargados de ejercerla: 1. Jurisdicción constitucional descentralizada y no especializada: cualquier juez puede realizar el control de constitucionalidad; 2. Jurisdicción descentralizada y especializada: solo un órgano especializado puede juzgar la adecuación de los actos con la Constitución federal, y otros tribunales superiores locales pueden ejercer el control en relación con las Constituciones que rigen en sus ámbitos, como es el caso de Alemania; 3. Jurisdicción centralizada y no especializada: solo un tribunal no especializado entiende en la materia de constitucionalidad; 4. Jurisdicción centralizada y relativamente especializada: este modelo se presenta cuando el control de constitucionalidad es encomendado a una sala de una corte o tribunal supremo, y 5. Jurisdicción especializada y centralizada, se presenta cuando un tribunal ejerce el control constitucional de manera única y para todo el país (García Pelayo, 1991). La categorización realizada por García Pelayo, así como la distinción entre modelos europeo y americano, ha perdido algo de su fuerza explicativa, pues el desarrollo de los diseños originarios y la expansión de la justicia constitucional han generado que las notas primigenias u originarias de cada modelo se combinen, generando modelos mixtos más complejos y por tanto de difícil clasificación. Más allá de los diseños y clasificaciones, lo esencial es comprender que la garantía

jurisdiccional de la Constitución es una nota entitativa del modelo llamado Estado constitucional de derecho, pues permite actualizar el principio de constitucionalidad bajo el cual opera.

En la actualidad, nuestro modelo de Estado enfrenta colosales desafíos. El debilitamiento de la soberanía estatal se manifiesta en diversos frentes. Por un lado, la pérdida de eficacia de los contenidos constitucionales generada por el influjo de la política y la economía ha motivado, en opinión de Ferrajoli, la necesidad de pensar en términos constitucionales pero fuera del marco del Estado-nación. El camino parece ser el de la generación de un constitucionalismo regional o mundial. En esta senda, los sistemas regionales de protección de derechos humanos que establecen un *corpus iuris* en la materia y jurisdicciones transnacionales establecen límites para la actuación estatal, al tiempo que potencian los contenidos sustantivos del Estado constitucional.

*Juan Manuel Acuña*

### 536. ESTADO DE EXCEPCIÓN

El estado de excepción (EE) es la declaración solemne que formulan las autoridades competentes, en la forma y oportunidad previstas por la Constitución, al suscitarse situaciones de crisis que afecten la subsistencia o la seguridad del Estado o de su población para otorgar al ejecutivo facultades extraordinarias con la finalidad de resolverla, pudiendo estas afectar el ejercicio de determinados derechos fundamentales de los habitantes del territorio concernido, mientras subsista la crisis, sin perjuicio de la responsabilidad de sus agentes por el correcto uso de sus facultades.

Son requisitos esenciales del EE: *a)* que se declare a causa de una situación de crisis real y descrita en la norma constitucional habilitante; *b)* su declaración por el o los órganos competentes, con las formalidades prescritas para su dictación; *c)* que se enuncien los derechos cuyo ejercicio puede suspenderse o restringirse según el EE que se declare; *d)* el lapso por el que se decreta su vigencia, el cual debe estar dentro de los límites permitidos; *e)* el ejercicio de las potestades que otorgan debe dirigirse a subsanar la crisis, no pudiendo afectar la competencia ni las inmunidades de los demás órganos del Estado, y *f)* debe darse publicidad a su declaración.

Son principios universalmente aceptados que: *a)* el EE no puede subsistir una vez subsanada la crisis que lo motivó; *b)* puede decretarse más de un EE, siempre que cada uno de ellos corresponda a la existencia de la causal que lo motiva; *c)* el EE puede afectar a todo el territorio o solo a la parte de este afectada por la crisis; *d)* las situaciones de crisis no obligan a decretar un EE si la autoridad es capaz de resolverla con sus facultades ordinarias; *e)* las medidas que se adopten contra las personas deben ser motivadas, y *f)* tales medidas son impugnables ante la justicia ordinaria.

La regulación moderna de los estados de excepción pretende establecer una razonable ecuación entre la necesidad de proteger la seguridad del Estado —esto es, su subsistencia, su integridad y la seguridad de sus habitantes— y la vigencia imprescindible de la dignidad humana que emerge con fuerza en el derecho público a partir de la Carta de las Naciones Unidas suscrita en San Francisco por 50 Estados, y que entró en vigor al término de la Segunda Guerra Mundial, el 24 de octubre de 1945; siendo precedida, con el mismo énfasis, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hom-

bre, de mayo de 1948, y la Declaración Universal los Derechos Humanos, de diciembre del mismo año.

No obstante, quienquiera que intente emprender un vuelo retrospectivo para indagar el origen de los llamados “estados de crisis”, “regímenes de emergencia” o “estados de excepción constitucional”, terminará aterrizando en la institución de la dictadura de la Roma republicana.

Lo anterior no solo porque los llamados “poderes de crisis” hayan tenido lugar en Roma (aunque también hubo dictadores cuando estuvo amenazada la seguridad o la subsistencia del Estado en Esparta, bajo el nombre de *Harmost*; en Salónica, donde se les llamó *Aesymmet*; en Malta, donde se les conoció como *Archus*, o en Florencia, donde se les denominó *Balia*), sino porque la mejor descripción de los episodios de crisis y de los poderes desplegados para conjurarlos quedó estampada con rasgos indelebles en la fascinante historia de la Roma republicana e imperial.

Sobre la dictadura romana escribieron, entre otros, Tito Livio, Tácito, Plutarco, Dionisio de Halicarnaso, Suetonio y Cicerón y —entre los clásicos del Renacimiento— Maquiavelo, en *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*; Bodino, en *Los seis libros de la República* (1992) y, en el siglo xx, Carl Schmitt, en su monografía *La dictadura* (1985).

Ahora bien, en aquella época lo único importante para el Gobierno era resolver —a cualquier costo— la situación apremiante que exigía el nombramiento de un dictador, sin que este pudiera ver limitados sus poderes por consideración a los derechos, la fortuna, e inclusive la vida de quienes pudieran resultar afectados por sus acciones.

Tres caracteres emparentan a la dictadura republicana de la antigua Roma con los modernos estados de excepción: *a*) ambos proceden solo en situaciones de grave riesgo para la vida o la salud del Estado (en Roma, según Bodino, procedía en casos de guerra, sedición, sublevaciones o reforma del Estado [1992, lib. I, cap. VIII, p. 267 y ss.]); *b*) ambos tienen, por lo mismo, una duración limitada, generalmente a seis meses, sin perjuicio de caducar anticipadamente si el peligro ha sido subsanado (ejemplar es el caso de Lucio Quincio Cincinato [419 a.C.] quien, nombrado por el Senado para liberar un destacamento romano atrapado por los ecuos, los venció en 15 días y, al punto, se despojó de su poder ante el Senado [Grimberg, *Historia universal*, t. V, pp. 31 y 32]), y *c*) ambos poseen una regimentación jurídico-política: la entrega al dictador de un poder individual, absoluto e inapelable —en el caso de Roma— y la atribución al Gobierno de facultades excepcionales, pero sujetas a control —en el derecho constitucional que hoy nos rige—. Para Maquiavelo, “la dictadura no es algo así como una forma de dominación absoluta, sino un medio peculiar de la Constitución republicana (de Roma) para preservar la libertad [...] Por ello la dictadura es una institución constitucional de la República [...]” (Schmitt, 1985).

*Lautaro Ríos Álvarez*

### 537. ESTADO LAICO

La característica principal de esta forma de organización estatal —indispensable para la existencia de la democracia— se sintetiza en la siguiente idea: separar el Estado de la Iglesia, o el poder político del poder religioso. Se trata de una separación que en los hechos puede adquirir diversas modalidades.

des pero que solo se verifica cuando ambas esferas mantienen una recíproca autonomía. En el plano teórico son útiles algunas tesis de John Locke para entender el sentido de esta emancipación simultánea: es menester “distinguir el interés de la sociedad civil y de la religión y (deben) establecerse las fronteras que separan a la Iglesia y al Estado” porque “si esta separación no se lleva a cabo, es imposible resolver los conflictos entre las personas que desean, o que fingen desear, la salvación del alma y la del Estado”.

La separación es sana para las dos entidades involucradas: el Estado, separado de la Iglesia, cuenta con la autonomía necesaria para fundar sus mandatos en fuentes de legitimidad políticas; la Iglesia, separadas del Estado, siempre que respete los derechos de las personas y las normas de interés público, puede delinear las reglas que moldean las conductas de sus fieles en un ámbito de autonomía. Desde esta perspectiva, el principio de la separación entre el estado (el poder político) y la Iglesia (el poder religioso) es valioso en las dos direcciones y debería ser salvaguardado por ambas instancias. Además, en contextos de pluralidad religiosa —en los que existen diversas religiones y/o iglesias— la separación es condición de no discriminación porque otorga legitimidad a todas las manifestaciones religiosas en igualdad de condiciones, e impone al Estado el deber de velar por su convivencia pacífica. En un Estado laico, entonces, ninguna iglesia o religión debe tener una posición privilegiada ni recibir un trato especial.

Los ejes cardinales del Estado laico pueden, entonces, sintetizarse de la siguiente manera: el Estado no debe discriminar ni privilegiar a ninguna expresión religiosa, sino que debe generar las condiciones de coexistencia pacífica entre todas las religiones e Iglesia; ninguna religión o Iglesia debe recibir un trato privilegiado; ninguna religión o Iglesia debe imponer sus dogmas o normas a la colectividad política (pecado y delito deben distinguirse, decía Beccaria); todas las religiones y la Iglesia deben someterse a las normas constitucionales y legales vigentes; el Estado debe contener las pulsiones hegemónicas de esta o aquella religión o Iglesia en donde las mismas existan.

Pierluigi Chiassoni ofrece una puntualización de estas premisas partiendo de la tesis de que en un Estado laico las asociaciones religiosas deben ser consideradas asociaciones privadas como cualquier otra. Esto se traduce en los siguientes principios propios del Estado laico:

1. Principio de la neutralidad negativa del Estado (principio de no-intervención negativa) que implica que, salvo algunos casos extremos, el Estado no debe prohibir actos de culto, individuales o de grupo, en aras de garantizar la libertad religiosa de las personas; 2. Principio de la neutralidad positiva del Estado (principio de no-intervención positiva) que “impone al Estado omitir cualquier ayuda o subvención, directa o indirecta a favor de las religiones y sus organizaciones”;

3. Principio de la libertad de apostasía que “establece la igual dignidad jurídica del ateísmo”;

4. Principio de neutralidad de las leyes civiles frente a las normas morales religiosas que “impone la separación entre derecho y normas éticas normativas religiosas”.

Teóricamente resulta atinado afirmar que cuando estos cuatro principios se encuentran debidamente garantizados estamos ante un Estado laico en sentido pleno. Un Estado que no prohíbe ni persigue a las religiones (garanti-

zando así el derecho fundamental a la libertad religiosa); que no subvenciona ni ofrece tratos preferenciales a las iglesias (entiéndase: a ninguna de ellas); que respeta, en igualdad de condiciones, a los creyentes de las diferentes religiones y a los no creyentes (agnósticos, ateos, apostatas, etcétera) y que garantiza la laicidad del derecho, es un Estado laico. Sin embargo, como suele suceder con todos los modelos teóricos, la distancia entre los principios teóricos y la realidad práctica es inevitable, por lo que existen Estados modernos, constitucionales y más o menos democráticos que no observan todos los principios a cabalidad.

Esto es interesante si miramos, por ejemplo, a los Estados latinoamericanos porque existen importantes diferencias en la manera en que las Constituciones de los países de la región regulan las relaciones entre el Estado y las Iglesias o religiones. El art. 2o. de la Constitución argentina, por ejemplo, señala que “El Gobierno Federal sostiene el culto católico, apostólico, romano.” Algo similar sucede en Perú, en donde la Constitución fue promulgada “invocando a Dios Todopoderoso”, y también otorga un lugar especial a la religión católica en su art. 50: “Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración”. Sin embargo, lo cierto es que ambas Constituciones reconocen legitimidad a otras religiones y respetan la libertad de conciencia y religión.

Estas normas contrastan de manera significativa con lo que señala la Constitución mexicana en su art. 40: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal...”. Esta disposición debe leerse de manera complementaria con el art. 24 que garantiza la “libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión”; con el art. 3o. que garantiza la laicidad de la educación pública, y con el art. 130 que establece las reglas y límites que materializan el “principio histórico de la separación del Estado y las iglesias” en México. El arreglo mexicano se encuentra más próximo al colombiano, en donde, según el art. 19 constitucional, “se garantiza la libertad de cultos”; “toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva” y “todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.” El Tribunal Constitucional de ese país ha ofrecido una clasificación de los Estados en esta materia útil e interesante:

1. Estados confesionales sin tolerancia religiosa son aquellos que establecen una religión oficial, cuyos contenidos son jurídicamente obligatorios. Prohíben o discriminan las religiones diferentes a la oficial, como son los Estados cristianos medievales, las Monarquías absolutas y algunos países musulmanes.

2. Estados confesionales con tolerancia o libertad religiosas, en los cuales existe una religión oficial pero no se rechazan las demás religiones. La existencia de una religión oficial no implica que sus contenidos normativos se vuelvan mandatos jurídicos obligatorios para todos. Existen dos variantes: *a)* las religiones diversas a la oficial son toleradas sin plena libertad de ejercicio, como el Estatuto Albertino Italiano de 1870 establecía que la religión católica era “la única religión del Estado. Los demás cultos ahora existentes son tolerados conforme a las leyes” y *b)* el carácter oficial de una religión coexiste con una plena libertad religiosa y ausencia de discriminación, como en Inglaterra la

religión anglicana tiene carácter oficial pero hay plena libertad religiosa. Israel es una nación religiosa tolerante, pues si bien el judaísmo es su religión oficial, en principio se protege la libertad religiosa de todas las confesiones.

3. Estados de orientación confesional o de protección de una religión determinada en los cuales si bien el Estado no necesariamente establece una religión oficial, procura un régimen jurídico que reconozca el hecho social e histórico del carácter mayoritario de una o más confesiones religiosas a las cuales les confiere cierta preeminencia, como ejemplos tenemos los actuales ordenamientos constitucionales en España e Italia, pues aunque hay plena libertad religiosa y no se establece una religión oficial, se reconocen prerrogativas al catolicismo.

4. Estados laicos con plena libertad religiosa. No hay una religión oficial y los sistemas jurídicos no tienen influjo alguno de instituciones propias de alguna confesión. Existe entonces una estricta separación entre la Iglesia y el Estado porque la propia consagración de la normativa constitucional de naturaleza axiológica y principialista establece la igualdad entre todas las confesiones religiosas. Se reconoce el hecho religioso y se protege la libertad religiosa, pero desde un principio de neutralidad positiva y negativa por parte del Estado, por ejemplo, Estados Unidos, Francia y Turquía.

5. Estados ateos que toleran las prácticas religiosas que no se oponen con las seculares u oficiales, pero no garantizan jurídicamente la libertad religiosa ni la libertad de cultos. Se pueden presentar diversos grados de hostilidad hacia los fenómenos religiosos.

Como puede observarse, solo la modalidad del “Estado laico” reúne los principios teóricos propuestos por Chiassoni, y es el único arreglo que ofrece de manera simultánea: *a)* libertad de conciencia y libertad religiosa; *b)* reconocimiento igualitario a todas las confesiones religiosas; *c)* por lo mismo, garantías de no discriminación por motivos de creencias, y *d)* laicidad del derecho. Se trata del arreglo idóneo para reconocer carta de identidad a la diversidad y a la pluralidad características de nuestras sociedades y para asentar las instituciones que permiten la convivencia pacífica. Por lo mismo, se dice que la laicidad es una condición necesaria —que no suficiente— para la existencia de una verdadera democracia.

*Pedro Salazar Ugarte*

### 538. ESTÁNDAR DE RACIONALIDAD

La expresión estándar de racionalidad significa la existencia de un parámetro objetivo para determinar la constitucionalidad de una ley o acto que es sometido a la valoración de un órgano jurisdiccional o un juez.

No debe confundirse con el término ponderación, pues mientras que este se refiere al balance de normas para llegar a una *conclusión correcta*, estándar de racionalidad hace referencia al nivel de deferencia o acatamiento que se utilizará para advertir la validez de una norma. Al utilizar un estándar de racionalidad se asume, *a priori*, una posición con respecto a la constitucionalidad de una norma.

En revisión constitucional existen dos posiciones o metodologías jurídicas extremas: el examen de racionalidad (*rational basis test*) y el escrutinio estricto (*strict scrutiny*). El examen de racionalidad surgió originalmente como un examen de medios-fines, utilizado por primera vez por la Suprema Corte de

los Estados Unidos en el caso *McCulloch vs. Maryland* en 1819. No obstante, la actual forma del examen de racionalidad apareció en 1938 en el caso *United States vs. Calonene products CO.*, en el que el examen de racionalidad se separó del escrutinio estricto.

El examen de racionalidad (*rational basis test*) es, en el ámbito constitucional, el más bajo de los tres niveles de escrutinio aplicado por las cortes al considerar asuntos de constitucionalidad, incluyendo el debido proceso y la igual protección garantizados por la Cuarta Enmienda y la Quinta Enmienda. Cuando un tribunal concluye que no está en riesgo una libertad fundamental, se presume que la ley es constitucional, a menos que no pase el examen de racionalidad básica. Bajo este examen, el órgano jurisdiccional confirmará la decisión si está relacionada racionalmente a un propósito legítimo del gobierno. Es decir, la decisión en cuestión está racionalmente ligada a una razón gubernamental legítima que lo justifica. Quien controvierta la constitucionalidad del estatuto tiene la carga de probar que no existe un propósito legítimo, creíble o que la ley no se relaciona con este. Tal examen o estándar es el más deferencial, o menos riguroso, de revisión en el análisis del debido proceso o de igual protección, y solo necesita un mínimo de escrutinio judicial. Por ejemplo, los tribunales aplican un examen de racionalidad para analizar la constitucionalidad de disposiciones que involucren discriminación por edad, por discapacidad o la regulación del Congreso sobre los extranjeros.

El escrutinio estricto (*strict scrutiny*) se refiere al nivel más riguroso de revisión legal y constitucional. Con esta metodología, para determinar si una decisión aprueba el examen, esta se considera inválida a menos que el gobierno pueda demostrar un interés obligado (necesario o ineludible) que le justifique. De pasar este examen es porque el órgano jurisdiccional considera que el gobierno tiene un interés legítimo para tomar o aplicar una decisión, aun cuando se crea que dicha decisión fue creada específicamente para alcanzar los objetivos del gobierno y que existen menos coercitivos para alcanzarlos. En la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, la naturaleza del interés en juego determina el nivel de escrutinio aplicado. Cuando los tribunales emplean el examen de racionalidad, solo las decisiones más atroces —aquellas que no se relacionan racionalmente con el interés legítimo del gobierno— son echadas abajo.

*Marcos Francisco del Rosario Rodríguez*

### 539. ESTEREOTIPO

Un estereotipo es la manera en la que nos explicamos el mundo al entrar en él. Es una pre-concepción. Los estereotipos prejuzgan. Dicen Simone Cusak y Rebeca Cook (2009) que estereotipar “es la forma en que categorizamos a las personas, con frecuencia inconscientemente, en grupos o tipos particulares, en parte para simplificar el mundo que nos rodea. Es el proceso de atribuirle a un individuo, características o roles únicamente en razón de su aparente membresía a un grupo particular.” Un estereotipo es una visión generalizada o preconcepción de actitudes o características poseídas por los miembros de un grupo social particular (p. ej., las mujeres, las lesbianas o las indígenas) o los roles que realizan o debe realizar.

En sí, esta práctica no tendría problemas si no fuese porque a veces los estereotipos no se quedan en un plano previo y puramente descriptivo, sino que

adquieren matices normativos. Los estereotipos normativos son aquellos que se convierten en prescripciones y que delimitan e imponen comportamientos y roles. Al hacerlo, se convierten en obstáculos para el acceso a los derechos.

Ahora bien, los estereotipos de género prescriben formas de ser a los hombres y a las mujeres y sus comportamientos son juzgados conforme a ellos. Cuando una autoridad o una persona juzgadora es quien valora los comportamientos de las personas utilizando como medida estereotipos prescriptivos de género, no solamente discrimina a las personas, dándoles un trato diferente no justificado, sino que puede vulnerar su acceso a la justicia.

Sobre esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado desde 2009 en su sentencia del caso *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, en la que, por primera vez en su jurisprudencia, lo define y usa para encontrar responsable al Estado, pues en este caso, las autoridades del Estado mexicano catalogaron a las mujeres desaparecidas con base en estereotipos y por ello faltaron al deber de diligencia para realizar las investigaciones pertinentes para proteger su vida e integridad. La Corte IDH define el concepto de estereotipo de género como “una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente” y reconoce que “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.”

A partir de ello, la Corte IDH ha continuado valorando el actuar de los Estados desde este punto de vista, toda vez que se ha advertido que es común que se deniegue el acceso a la justicia, sobre todo en casos relacionados con la violencia de género, por preconcepciones relacionadas con el “ser mujer”. Así, tenemos por ejemplo los casos *Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala e I.V. vs. Bolivia*. En el caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú* resulta además muy relevante mencionar que la Corte IDH abunda sobre la prohibición de utilizar estereotipos de género en la valoración de la prueba, cuestión que deviene de suma importancia para apuntalar el derecho de acceso a la justicia.

En *Artavia Murillo vs. Costa Rica* concluye que los estereotipos con los que se juzga la posibilidad de reproducción de las mujeres produce un impacto fuerte en sus vidas.

Los casos más recientes —*López Soto y otros vs. Venezuela y Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*— dan muestra de cómo los estereotipos operan para obstaculizar el acceso a la justicia. En *López Soto*, las denuncias de la violencia sufrida por la víctima no fueron procesadas porque se pensó que se trataba de violencia de pareja, la cual, se consideró, debía quedar exenta de intervención estatal. En el caso *Mujeres de Atenco*, la Corte IDH refiere la violencia verbal y estereotipada de que fueron objeto todas las víctimas en los hechos analizados, tanto por parte de los agentes que las agredieron como de las autoridades ante quienes se denunciaron los hechos de violencia sufridos. En su fallo, la Corte IDH caracteriza la investigación conducida por el Estado mexicano como estereotipante y revictimizante.

La autoridad debe evitar el uso de estereotipos para cumplir con su obligación de promover, proteger y garantizar el acceso a derechos. Para ello, la perspectiva de género es una herramienta indispensable.

*Geraldina González de la Vega*

#### 540. ESTERILIZACIÓN NO CONSENTIDA

La justicia reproductiva responde tanto a las cuestiones sobre la familia como a cuestiones de justicia social. Hablar de los derechos reproductivos no implica hablar solamente del aborto y el derecho a elegir, sino también del derecho a ser —o no— madre o padre, el derecho a elegir cuándo y cómo serlo y en qué circunstancias. Asimismo, la justicia reproductiva se refiere al derecho a la salud reproductiva y al acceso a la justicia sin prejuicios cuando existen violaciones a los derechos reproductivos. Además, las cuestiones sobre justicia reproductiva deben ser entendidas a través de la perspectiva interseccional, es decir, a través del entendimiento de que no es posible homogeneizar ni esencializar las identidades.

La esterilización se refiere al procedimiento de cesación de la capacidad biológica de reproducción de manera irreversible. Se habla de esterilización no consentida o forzosa cuando este procedimiento se realiza sin justificación en el marco de un tratamiento clínico o médico y se lleva a cabo sin el consentimiento informado de el o la paciente, o mediante un engaño.

La frecuencia de este tipo de prácticas en contextos de guerra o conflicto social ha llevado a su clasificación como crimen de lesa humanidad o crimen de guerra según el Estatuto de Roma. En muchas ocasiones es una práctica asociada al genocidio. Asimismo, es frecuente este tipo de prácticas en poblaciones históricamente discriminadas y subordinadas. Lo anterior, porque tiene como finalidad evitar la reproducción de grupos específicos de población para castigarles o eliminarles por considerarles inferiores con motivo de su origen, etnia, nacionalidad, religión, tonalidad de piel, estado de salud, discapacidad, entre otras. En algunos países se ha utilizado con finalidades de control de la natalidad; no obstante, es común que se realicen procedimientos de esterilización no voluntarios en niñas, adolescentes y mujeres en situación de vulnerabilidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) resolvió en el caso *I.V. vs. Bolivia* una cuestión de esterilización no consentida en el que a la señora I.V. —después de habersele realizado una cesárea y al haberse verificado la presencia de múltiples adherencias a nivel del segmento inferior del útero— se le realizó una “ligadura de las trompas de Falopio”. Ambos procedimientos quirúrgicos fueron realizados encontrándose la paciente bajo anestesia epidural. Se sostuvo que la señora I.V. nunca fue consultada de manera previa, libre e informada respecto de la esterilización, sino que se enteró al día siguiente de practicada, que había perdido su capacidad reproductiva permanentemente.

En esta resolución, la Corte IDH declaró responsable internacionalmente al Estado Plurinacional de Bolivia por la violación de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, de acceso a la información y a fundar una familia, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los mismos y de no discriminar, todos de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Asimismo, determinó que se violentaron las obligaciones que se desprenden de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de la señora I.V. en relación con su derecho a no ser discriminada.

La Corte determinó que el consentimiento informado de la paciente es una condición *sine qua non* para la práctica médica, y que este se basa en el

respeto a su autonomía y libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. En otras palabras, “el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona”.

El consentimiento informado consiste “en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir, sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo”.

La cuestión de las esterilizaciones forzadas afecta de manera desproporcionada a las mujeres, dado que estereotípicamente se asigna a estas la función reproductiva y de planificación familiar. Al tratarse de procedimientos invasivos, violentos y sin consentimiento, la afectación es, además, mucho mayor en mujeres en situaciones de vulnerabilidad, a quienes no les son respetados sus derechos reproductivos o les son violentados con motivos criminales asociados a conflictos bélicos o sociales y, por ello, las esterilizaciones forzadas deben ser entendidas desde una perspectiva interseccional que tome en cuenta la especial situación de vulnerabilidad.

Al respecto, en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, la Corte IDH dijo que “[...] toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos [pues] no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino 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”.

Por lo anterior, resulta relevante relacionar el concepto principal de la sentencia del caso *I.V. vs. Bolivia* sobre el consentimiento informado con el concepto de justicia reproductiva, toda vez que, en palabras de la propia Corte IDH, “al poner fin de forma permanente a la capacidad reproductiva de la mujer, causando infertilidad e imponiendo un cambio físico grave y duradero sin su consentimiento, la esterilización no consentida o involuntaria puede causar un sufrimiento grave, tanto mental como físico”. Y en este sentido, es deber del Estado asegurarse no solo de no realizar esterilizaciones no consentidas, sino de que sea respetado y garantizado el derecho a expresar el consentimiento informado de cualquier paciente, en especial de las mujeres en situación de vulnerabilidad, y con ello, garantizar su derecho reproductivo asociado a la maternidad.

*Geraldina González de la Vega*

#### 541. ESTRATIFICACIÓN SOCIAL

De especial relevancia para el jurista, la interseccionalidad —cada vez más presente en las sentencias emanadas de los diferentes órdenes de justicia de los distintos países de América Latina y el Caribe, así como de los órganos del Sistema Interamericano— consiste en la superposición de desventajas o

de criterios de discriminación que potencian la vulnerabilidad de diferentes sujetos de derecho.

El concepto de interseccionalidad, en estricto sentido, describe microprocesos respecto de la forma en que cada individuo y grupo ocupa una posición en la estructura social, razón por la cual deben considerarse conjuntamente las dimensiones y relaciones de clase, género y raza/etnia (raza alude a las características fenotípicas, mientras que etnia se refiere a las características culturales). Las posibilidades de discriminación se potencian de manera considerable cuando, por ejemplo, se une a la pobreza (dimensión de clase) ser mujer (dimensión de género) y pertenecer a una minoría étnica (dimensión de raza/etnia).

En las teorías de estratificación social, tres dimensiones han sido identificadas como elementos clave a la hora de explicar la desigualdad, fenómeno connatural a las sociedades humanas. Así, Giddens define la estratificación como “las desigualdades estructuradas entre diferentes agrupamientos de individuos”. La dimensión de la estratificación más estudiada por las diferentes corrientes teóricas sociológicas en Europa ha sido la clase —de manera principalísima—, a la que se han agregado muchas décadas después dimensiones como el género y la raza/etnia.

En materia de clase, la vigencia de Karl Marx (segunda mitad del siglo XIX) se debe a una serie de factores. En primer lugar, la ocupación sigue siendo el criterio de estratificación más importante y, por ende, el concepto de clase tiene mucho que aportar en el siglo XXI. Conceptos como el de explotación, propiedad, control de los medios de producción, relaciones de producción y relaciones de clase siguen siendo útiles para explicar numerosos aspectos de las estructuras sociales y económicas actuales, si bien el panorama se ha complejizado de manera importante. La ampliación de consideraciones más allá de la clase fue iniciada por Max Weber (a inicios del siglo XX), quien se desmarca de la visión estrictamente economicista de la estratificación social. Amplía su análisis a los órdenes político (los partidos), económico (las clases) y social (los estamentos). Para este autor no hay una separación entre estas dimensiones, pero tampoco dependen unas de otras de manera absoluta. Habrá que esperar más de 50 años para que el género entre como dimensión de estudio. Las corrientes feministas suponen una gran aportación a la concepción multidimensional de la estratificación. La premisa fundamental es que desvincular los efectos de la clase y el género es erróneo, puesto que la estructura ocupacional tiene un sesgo de género. En un segundo momento se añade la dimensión de raza/etnia. Y actualmente se han agregado algunas más, como la edad, la preferencia sexual, entre otras.

La doctrina latinoamericana en materia de estratificación abordó en sus diversas corrientes y etapas todas las dimensiones de la estratificación; sin embargo, la clase no es la dimensión inicial del pensamiento social latinoamericano. La dimensión que articula buena parte de las ideologías predominantes en las repúblicas independientes del siglo XIX es el factor “raza”, en el sentido de que se achaca el subdesarrollo y rezago en comparación a los países europeos (a lo largo de todo el siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX) a la composición étnico/racial de la población. Es la conocida como ideología y/o doctrina racista, que impregnó los nuevos estados independientes. Habrá que esperar a los años cincuenta para una primera consideración de la etnia

—asociada con la clase— como dimensión de estudio de la estratificación por parte de los teóricos de la dependencia.

En cuanto al concepto de clase como dimensión prioritaria, el socialismo había permeado lentamente en ciertos grupos intelectuales en el siglo XIX y en las primeras dos décadas del XX. Si bien el primer marxismo que puede denominarse latinoamericano nace en Perú, en la década de los veinte de la mano de Mariátegui, desaparece del panorama intelectual a partir de 1930, hasta su resurgimiento con la Revolución cubana. Los teóricos de la dependencia consideraron que el sistema de clases latinoamericano era segmento del sistema de clases mundial. En dicho segmento convivían estructuras y formas sociales de diversos estadios de evolución económica, razón por la cual no podía definirse la estructura ocupacional en términos de clases sociales. En esa misma línea y añadiendo la dimensión de raza/etnia, la teoría del colonialismo interno (años setenta del siglo pasado) consideraba que las distintas clases sociales explotaban en muy diversas y combinadas formas (feudalismo, capitalismo, esclavismo) a la población indígena en un contexto de yuxtaposición de modos de producción correspondientes a tiempos históricos diferentes dentro del marco global del capitalismo dependiente y de la situación de subdesarrollo. Por su parte, el marginalismo (años setenta del siglo pasado) dividía a la sociedad en un componente dominante (español, criollo o ladino) y en otro dominado (nativo, indio, indígena) a través de la explotación de unos grupos culturales por otros. La marginalidad se concebía de forma multidimensional y entre los factores que la constituyen figuran los de tipo económico-social, como la situación de dependencia estructural (elaborada por la teoría del mismo nombre); los factores de tipo político-social, como el sistema de estratificación y las discriminaciones étnico-culturales; los pertenecientes al orden cultural, como la asimetría entre las zonas rurales y las urbanas (dimensión de tipo de localidad), y entre las regiones atrasadas y desarrolladas (dimensión regional) dentro de un mismo país; y otros tipos. Este tipo de dominación era muy diferente —en la visión del marginalismo— a las desigualdades de una sociedad de clases étnicamente homogénea.

La doctrina contemporánea latinoamericana en materia de estratificación no se ha prologado en estudiar desde el análisis de clase a las sociedades contemporáneas, aunque sí se ha abordado el género, adecuadamente articulado con la clase y la raza/etnia, desde finales de los años ochenta. Para los diferentes teóricos de la estratificación social latinoamericana actual, las diferencias étnicas y raciales en el pretérito contexto colonial constituyeron la médula de la organización social latinoamericana. La persistencia de estos significados y valores en las relaciones de clases, géneros y grupos étnicos en el continente dan cuenta de Estados y sociedades neocoloniales y de colonialismos internos renovados que se han revitalizado durante las últimas décadas por procesos de reordenamiento, liberalización y globalización de las economías de mercado.

Si bien la multiplicidad de actores y factores que complejizan la estratificación social en nuestros días obliga a valoraciones menos radicales, conocer estas dimensiones generadoras de desigualdades —o *cleavages*, para usar la denominación anglosajona— es esencial para la comprensión del fenómeno de la interseccionalidad, presente más que nunca en las sentencias nacionales e internacionales.

*Aída Díaz-Tendero*

## 542. ÉTICA JUDICIAL

*Introducción.* La ética aplicada a la práctica judicial es tan antigua como la acción de decir el derecho entre partes contendientes; sin embargo, la ética judicial —como toda ética aplicada— tiene vida, se mueve y evoluciona al compás de los sistemas políticos y sociales, sobre todo desde que el poder judicial es considerado como un auténtico poder del Estado.

Ahora bien, la ética judicial no es ajena a los valores de la ética clásica, pues virtudes como justicia, equidad, prudencia, responsabilidad, honestidad, excelencia, cortesía, etc., son retomadas en la profesión judicial, al resultar imperativos en la función jurisdiccional, tanto que estos valores se han ido formalizando en reglamentos, códigos o estatutos; contemplándose en la mayoría, si no es que en todos los códigos de ética judicial (Díaz Romero, 2015).

El propio Código de Ética del Poder Judicial de la Federación (2014) señala que todo juzgador debe desarrollar las siguientes virtudes judiciales: humanismo, justicia, prudencia, responsabilidad, fortaleza, patriotismo, compromiso social, lealtad, orden, respeto, decoro, laboriosidad, perseverancia, humildad, sencillez, sobriedad y honestidad.

De ahí que, si tomamos en cuenta que son los juzgadores en quienes primordialmente recae el ejercicio de la ética judicial, también debemos reflexionar lo que se considerará como *necesario* para que puedan emitir resoluciones éticas, ya que, independientemente de las cualidades que debe tener todo juzgador, pensamos que un punto de partida común es el conocimiento de ideas filosóficas embebidas en principios constitucionales tan importantes como la igualdad o libertad y, sobre todo, que sepan la base de los principios de los derechos humanos que tienen todos los justiciables.

*Punto de partida.* Ronald Dworkin (2010), a partir de una simple reflexión —¿los jueces deben ser filósofos?—, sostuvo que, dada la complejidad de temas como el aborto, la eutanasia o la libertad de expresión, si bien no es imperativo que los impartidores de justicia expresaran ideas filosóficas en sus resoluciones, sí es necesario que sepan lo *suficiente* en temas filosóficos, pues cada vez son más frecuentes los casos con temas que involucran una moralidad, más cuando se toma en cuenta que nuestra Constitución descansa sobre *principios*, y lo más importante: el reconocimiento de que las personas *tienen derechos humanos* y que deben ser protegidos acorde a ellos.

Así, toda persona que imparta justicia no solo debe de contar y tener presente los derechos humanos, sino regirse, al salvaguardarlos, por las virtudes que deben tener los juzgadores, pues es precisamente la racionalización y conciencia de dichos derechos y virtudes lo que determinará una buena actuación judicial.

*La ética judicial desde una dimensión intersubjetiva.* La ética judicial se ha estudiado primordialmente desde la perspectiva del juzgador, procurando enaltecer las virtudes que este debe tener, así como los principios de actuación que debe seguir. Sin embargo, se ha dejado de lado la relación intersubjetiva que se constituye mediante un proceso de comunicación entre juez y justiciables, siendo precisamente esta donde se materializa la ética judicial.

El referido proceso de comunicación puede considerarse como la transmisión de un contenido subjetivo del emisor al receptor. La comunicación aparece ahora como una consecuencia de que emisor y receptor comparten

y comprenden un conjunto de reglas que poseen una objetividad social. La relación “sujeto-sujeto” es configurada por el sistema de reglas que define una “forma de vida” y que hace posible la integración de las acciones. Este complejo sistema de reglas es lo que se denomina “intersubjetividad” (Serrano, 1998).

De esta forma, a partir de una dimensión subjetiva de la ética judicial, donde se tome en cuenta que las personas tienen fines e intereses y son centros independientes de elecciones y decisiones, los jueces, procurando la observancia de las virtudes, verán a los justiciables desde una perspectiva de igualdad en sus resoluciones y, con ello, se enaltecerá la propia función ética.

*Otra forma de ver la ética en la labor judicial.* Es importante destacar que, en México, por lo menos en lo que a la ética judicial se refiere, se ha impulsado la consolidación y creación de normas en diversos tribunales que contemplen los principios rectores éticos y básicos del actuar de los juzgadores y formas de sancionar su incumplimiento. Esto debido a que los jueces están obligados a respetar escrupulosamente los derechos de todas las personas que se presenten ante los tribunales (Rothman, 2007).

De esta forma, valdría la pena hacernos una pregunta: ¿cuál es el fin de una sociedad? Precisamente mejorar las condiciones de la vida humana o el de procurar el bien común de la multitud, de tal manera que cada persona concreta —no solo una clase privilegiada— pueda alcanzar esa medida de independencia, que es propia de la vida civilizada y que es proporcionada, al mismo tiempo, por las garantías económicas del trabajo y de la propiedad, por los derechos políticos, las virtudes civiles y el cultivo del espíritu. Estas consideraciones deben ser tomadas en cuenta por todo juzgador (Maritian, 1983).

Para conocer a fondo los derechos y deberes que nacen de la organización social y cómo deben regularizarse en ella los que son independientes de la misma, conviene tener presente que la sociedad no es para bien de uno ni de pocos, sino de todos y, por consiguiente, el poder público que la gobierna no debe ni puede encaminarse al bien de un solo individuo (Balmes, 1941).

De la misma manera en que no se deben perder los principios de la profesión jurídica vista desde el litigio pensándola con fines de lucro y como algo comercial (sir Fred Phillips, 2004), tampoco los jueces deben perder los principios en su labor judicial. La ética judicial se basa en el reconocimiento de la dignidad humana que como personas compartimos, la cual consiste en la búsqueda de un camino a la trascendencia, pues esta existe antes que nuestra voluntad, cuyo fin último es la felicidad. Así, dicha trascendencia se lleva a cabo mediante el reconocimiento de que somos seres dignos y debemos respetar a nuestros semejantes, comenzando por nosotros mismos (Betanzos Torres, 2012). Cuando el presupuesto de dignidad está ausente o es desproporcionado, la igualdad puede ser equilibrada por el juez.

*Para concluir.* Los juzgadores deben ser conscientes de que los principios sobre los que recae la base de los derechos humanos de las personas son la autonomía, la dignidad y la igualdad. La ética judicial clásica se centra en los atributos y conductas que debe tener todo impartidor de justicia, mientras que —como se expuso— la ética judicial debe, a su vez, tomar en cuenta los principios de los derechos humanos que tiene todo justiciable.

*Juan Luis González Alcántara Carrancá*

## 543. EUTANASIA

Comencemos que el concepto de eutanasia es un neologismo. Se encuentra por primera vez en la historia en la obra de Francis Bacon, titulada: *Historia vita et mortis* (Serrano Ruiz-Calderón, J. M., *Eutanasia y vida dependiente*). El filósofo inglés la utilizó para referirse al homicidio compasivo, asistido médicamente, de los pacientes que sufrían gravemente. En nuestra lengua, la entrada del vocablo es bastante reciente. Data, según Juan Corominas (*Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*), de 1925.

Es bien conocida la etimología griega de este término: *eu*, que significa bueno, y *thanatos*, que significa muerte. Sin embargo, su significado es sumamente equívoco porque se encuentra ideologizado. Para los antiguos, la “buena muerte” por antonomasia era la de Sócrates, quien sacrifica su vida por un bien superior: la verdad. Para los medievales, por otra parte, una muerte digna es la que corona una vida de logros. El medieval no quería morir repentinamente; antes bien, quería ir preparando su muerte en el continuo sacrificio por los ideales, lo que constituía un auténtico *ars mortis* (o arte de morir). Para nuestra cultura, en cambio, la muerte se ha convertido en un tabú, mientras menos se hable de ella, mejor. La reflexión sobre el propio fenecimiento se ha vuelto incómoda. “Así, por ejemplo, y respecto a la conciencia en el momento de la muerte, mientras que el ideal medieval fue la muerte consciente y el horror estaba representado por la muerte súbita, en el presente el ideal es la muerte indolora y, a ser posible, sin enterarse” (Corominas, Juan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*). La mejor muerte para nuestra cultura es la que llega repentinamente y de forma definitiva.

La “buena muerte”, en su acepción contemporánea, tiene que ver mucho con el concepto moderno de libertad. Si el único derecho absoluto es la libre voluntad, entonces, debe existir un derecho a decidir sobre la propia muerte en caso de necesidad. Es decir, la base fundamental de la eutanasia es el poder irrestricto de disponer de la propia vida. De ahí que algunos autores sustituyan el término eutanasia por el de “suicidio asistido” o “suicidio pusilánime”.

La actual utilización del término eutanasia es muy reducida. Es curioso que en ninguna de sus modernas acepciones “se remita a la culminación de la vida, a la imagen que el hombre deja en la memoria de los hombres, o incluso a la coherencia con algún valor libremente asumido” (EVD). Todo esto podría verse en la idea de buena muerte clásica, pero difícilmente en una eutanasia del presente.

Es difícil encontrar una definición contemporánea de eutanasia, debido a que se la ha intentado definir desde diversas ciencias, lo que trae como consecuencia un acento en tal o cual aspecto parcial. Analizaremos algunas definiciones que, a nuestro modo de ver, reúnen los elementos necesarios para una definición integral de la eutanasia.

La primera es la que da el profesor Jesús Ballesteros: “muerte provocada de modo activo o pasivo para evitar los sufrimientos del enfermo” (*Ortotanasia: El carácter inalienable del derecho a la vida*). Enrique Sánchez nos dice que eutanasia son “aquellas intervenciones —mediante acciones u omisiones— que en consideración a una persona, buscan causarle la muerte para evitar una situación de sufrimiento, bien a petición de este, bien al considerar que su vida carece de la calidad mínima para que merezca el calificativo de digna” (*La eutanasia ante la*

*moral y el derecho*). Ana María Marcos del Cano, por su parte, define la eutanasia como “la acción u omisión que provoca la muerte de una forma indolora a quien, sufriendo de una enfermedad terminal de carácter irreversible y muy dolorosa, la solicita para poner fin a sus sufrimientos”. Mencionaremos, por último, la definición de Edmund D. Pellegrino, quien acentúa el lado activo de la eutanasia y la inclusión expresa del personal médico: “la muerte intencional de un paciente por un médico, con el consentimiento del paciente, sin el consentimiento por ser este imposible, o cuando el consentimiento es posible pero no se solicita” (*Doctor must not kill, The Journal of Clinical Ethics*).

Sergio Cotta, en su artículo *Aborto ed Eutanasia: un confronto*, exige de una definición de eutanasia cuatro condiciones: 1. Que sea decidida voluntariamente por el sujeto; 2. Que sea reclamada de un tercero; 3. Que no sea configurable como el rechazo de medios curativos extraordinarios o inciertos respecto a su capacidad curativa, y 4. Que no sea configurable como eutanasia lenitiva, es decir, consecuencia del uso de fármacos con funciones puramente antiodoríficas y no curativas (*Diritto e corporeità*).

Destaca de este bloque de definiciones, por un lado, el carácter voluntario de la eutanasia y, por otro, su carácter de pasiva o activa. En el caso de la voluntariedad, esta puede ser bien la de la propia persona que sufre o la del un tercero, normalmente un pariente cercano, para el caso de que el propio afectado no pueda ejercerla. Hay, como se ve, una sustitución de la voluntad. De ahí que también se distinga entre la eutanasia voluntaria e involuntaria. En el caso de la actividad o pasividad del homicidio compasivo se hace referencia a los actos positivos que el personal médico realiza para acarrear la muerte, o las omisiones, causándole igualmente la muerte.

De lo anterior podemos deducir cuatro tipos de eutanasia: la activa voluntaria, la activa involuntaria, la pasiva voluntaria y la pasiva involuntaria.

**José Luis Soberanes Fernández**

#### 544. EXCEPCIÓN/CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Cuando en el curso de un proceso, el juez, de oficio o a petición de parte, duda de la constitucionalidad (o estima inconstitucional de conformidad con el ordenamiento) de una norma aplicable al caso pendiente (y/o de cuya validez dependa la resolución final y/o dependa la definición del proceso) podrá suspender el juicio y proponer la correspondiente excepción/cuestión de inconstitucionalidad a la corte o al tribunal constitucional. Técnicamente, por tanto, el juez *ad quo* individualiza una cuestión prejudicial (de constitucionalidad) que no puede resolver *incidenter tantum*, por lo que se encuentra obligado a la suspensión del procedimiento en espera de la resolución del juez competente, en este caso, de la corte o del tribunal constitucional. Consecuentemente, en primera instancia, la excepción/cuestión de inconstitucionalidad se identifica como una vía de acceso a aquellos órganos de justicia constitucional establecidos *ad hoc*, en contraposición a la vía directa a través del recurso interpuesto por órganos específicamente establecidos por la ley o la Constitución. Mientras estos últimos impugnan una disposición “sobre la carta” (en los Estados Unidos se diría *on its face*), la ocasión para promover la cuestión de inconstitucionalidad se encuentra en la aplicabilidad de la norma al interior de un proceso ordinario dirigido a la solución de un caso concreto.

Para la doctrina, este sistema representa un verdadero y propio modelo híbrido de control de constitucionalidad, definido como incidental, que vincula el elemento de la concentración del control con el de la difusión de la iniciativa. El *nomen* elegido, no obstante, puede generar desconcierto sobre la clasificación de los ordenamientos. De hecho, el carácter incidental se ha reconocido inicialmente a los sistemas de control difuso, como el estadounidense, en donde el juez es técnicamente competente para resolver la cuestión *incidenter tantum* (Calamandrei). Al interior de esta modalidad se encuentran las experiencias italiana, alemana y española, a las que se han agregado recientemente casi todos los países de Europa del este y muchos de América Latina, hasta acabar con la reforma constitucional francesa de 2008, que ha introducido la cuestión incidental en el contexto de violaciones a los derechos y libertades constitucionales elevadas por la casación y el Consejo de Estado. Empero, la doctrina comparada se muestra crítica respecto a los modelos tradicionales, ya que, de hecho, tiende a descubrir en el funcionamiento real de los sistemas incidentales un elemento distintivo adicional respecto a las diferentes vías de acceso, que no puede caracterizar en sí mismo un modelo autónomo en función de que ningún ordenamiento con control concentrado lo prevé como el único instrumento de acceso al órgano de justicia constitucional.

*Silvia Bagni*

*(traducción de César Astudillo)*

#### 545. EXTRANJERÍA

La delimitación de los derechos y obligaciones de los extranjeros por parte del legislador nacional aparece condicionada por las normas constitucionales y por los sistemas americano y europeo de derechos humanos. Limitaciones que se suman a las obligaciones que establece el derecho internacional, como las que se encuentran en la Convención de Ginebra relativa al Estatuto de los Refugiados, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura o la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Migrantes Trabajadores y sus Familias. Sería necesario incorporar al análisis el derecho de la Unión Europea y sus interacciones con el Convenio Europeo para completar el marco constitucional de la extranjería en los Estados miembros de esta organización.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado el tema de la extranjería en dos opiniones consultivas; la primera, sobre el derecho a la información acerca de la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (OC 16/99, del 1 de octubre de 1999), y la segunda sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados (OC 18/03, del 17 de septiembre de 2003). En vía contenciosa, podemos destacar la sentencia Vélez Loor contra Panamá, del 23 de noviembre de 2010, en la que se analizan las obligaciones que se derivan del Convenio Americano respecto de la privación de libertad de las personas en situación migratoria irregular. En las reparaciones de esta sentencia se incluyen medidas generales, siguiendo la práctica habitual de la Corte Interamericana. La Corte obliga a Panamá a disponer de establecimientos no penitenciarios con capacidad suficiente para alojar a las personas que son detenidas por cuestiones migratorias. En la sentencia se recuerda asimismo la obligación del

Estado de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales y el deber de los órganos jurisdiccionales de controlar la convencionalidad de las normas internas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado una amplia jurisprudencia en materia de extranjería, que va más allá de las disposiciones del Convenio Europeo sobre la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo 4) y las garantías de procedimiento en caso de expulsión (artículo 1 del Protocolo 7). El Tribunal de Estrasburgo ha deducido del artículo 3 del Convenio (prohibición de tortura) prohibiciones a la expulsión respecto de personas que pueden sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes en su país de origen (pueden citarse como muestra de algunos de los problemas que plantea esta jurisprudencia las sentencias H. L. R. contra Francia, del 29 de abril de 1997, y Saadi contra Italia, del 28 de febrero de 2008), o que padecen una enfermedad grave (sentencia D. contra el Reino Unido, del 2 de mayo de 1997). También ha fijado a partir del artículo 8 del Convenio (vida privada y familiar) límites a la expulsión de quienes tienen fuertes vínculos personales y familiares en el país de acogida (sentencia Boultif contra Suiza, del 2 de agosto de 2001). Asimismo, hay jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) en relación con las condiciones que deben cumplir las privaciones de libertad en el ámbito de la política migratoria (sentencia Chahal contra el Reino Unido, del 15 de noviembre de 1996). El Tribunal Europeo ha aplicado el artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo) en varios casos relacionados con la extranjería (a título de ejemplo pueden citarse las sentencias Gebremedhin contra Francia, del 26 de abril de 2007, y Hirsi Jamaa contra Italia, del 23 de febrero de 2012). Por el contrario, el Tribunal Europeo ha rechazado, de forma controvertida, la aplicación del artículo 6 del Convenio (derecho a un proceso equitativo) a los procedimientos migratorios (sentencia Maaouia contra Francia, del 5 de octubre de 2000).

En el plano más procesal, puede destacarse que el Tribunal Europeo ha dictado medidas cautelares en relación con el principio de no devolución, ha incluido medidas generales en la parte resolutive de algunas sentencias, señalando al Estado infractor la necesidad de reformas legislativas o cambios en la práctica administrativa (Aaad contra Bulgaria, del 11 de octubre de 2011), y ha comenzado a emplear la técnica de los casos piloto (Kurić y otros contra Eslovenia, del 26 de junio de 2012, en relación con la concesión de permisos de residencia en el contexto de descomposición de la antigua República de Yugoslavia).

Las Constituciones incorporan disposiciones relacionadas con la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de nacionales de otros Estados. En algunos casos son simples referencias puntuales, mientras que otras veces se dedican capítulos o preceptos específicos a los derechos y obligaciones de los extranjeros. Las cláusulas más habituales en las Constituciones latinoamericanas son las relacionadas con el reconocimiento del derecho de asilo, la equiparación con los nacionales en la garantía de algunos derechos básicos (vida, prohibición de tortura y de tratos inhumanos o degradantes, libertades de pensamiento y expresión, intimidad) y la configuración legislativa del ejercicio de la libertad de circulación y residencia. El desarrollo normativo de las condiciones de entrada, estancia, residencia y salida puede

ser objeto de reserva de ley y, en el caso de Estados centralizados, habrá que tener en cuenta las normas de distribución de competencias.

Hay discrepancia entre los textos constitucionales en materia de participación política. En algunas Constituciones se habilita a los extranjeros para ejercer el derecho de sufragio, concretando en algunos casos los requisitos exigibles (cinco años de residencia legal en Ecuador, radicación definitiva en Paraguay, diez años de residencia en Venezuela, residencia habitual de quince años en Uruguay, reciprocidad en la Constitución española) y el tipo de elecciones en el que pueden participar los extranjeros (las Constituciones española y paraguaya limitan, por ejemplo, la participación a las elecciones municipales, mientras que la venezolana lo amplía a las parroquiales y estatales). En otras Constituciones, por el contrario, se establecen cláusulas que prohíben la participación política de los extranjeros (Constituciones de Brasil, México o Nicaragua).

Puede ser preciso acudir a la jurisprudencia para completar el régimen constitucional de la extranjería respecto de cuestiones que no suelen ser expresamente reguladas. Como ejemplo de los temas que las Constituciones no aclaran y sobre los que se han pronunciado algunos tribunales constitucionales o supremos podemos citar los relacionados con los límites en el ejercicio por parte de los extranjeros en situación irregular de algunos derechos (reunión, asociación o sindicación, asistencia jurídica gratuita, educación y asistencia sanitaria) o con las garantías de procedimiento que deben regir la expulsión (presupuestos y límites temporales a la detención y al internamiento, audiencia del interesado en el procedimiento de expulsión —que aparece exigida expresamente en la Constitución mexicana— y sistema de recursos).

*Ignacio García Vitoria*



pez Sáenz · Juana María Ibáñez Rivas · Pietro de Jesús  
na Ramos · Ma. Carmen Macías Vázquez · José Mig  
el Guzmán Ruiz · Daniel Márquez · Víctor M. Mart  
artínez Vázquez · Leonardo Marín · Felipe de la M  
Benítez · Ana Giacomette Ferrer · María de Jesús Me  
Mejía Garza · Miguel Óscar Sabido Santana · Isidro M  
rza · Yasmín Esquivel Mossa · Hernández Toledo · Da  
amudio · Hiram Raúl Piña Libien · José Fernando Fr  
rcía Jaramillo · María Dolores Madrid Cruz · Carlos E  
udero · Javier García Roca · Enrique Cáceres Nieto · A  
ado Ledesma · Ignacio López Vergara Newton · Mór  
rique Ruiz Torres · Osvaldo A. Gozaíni · Humberto J  
María Amparo Hernández Chong Cuy · Miguel Án  
era García · Juan Carlos Hitters · Carla Huerta Ochoa  
rozco Solano · Amelia Gascón Cervantes · Emma Me  
ter Guerrero · César Landa Arroyo · Dulce María Mi  
pe Molina Covarrubias · José Ma. Serna de la Garza  
Prieto Godoy · Marina Gascón Abellán · Jorge Meza  
Mónica González Contró · Luis Felipe Nava Gomar  
nchez · Héctor Fix-Zamudio · Claudia Viviana Muñet  
z Díaz · César Nava Escudero · Salvador O. Nava Go  
Márquez · Juan Luis González Alcántara Carrancá ·  
ñez · Henríquez · Leonardo García Jaramillo · Ana Pa  
z Flores · Javier García Roca · Alfonso Herrera García  
Esteban Penagos López · Sara Pennicino · María Pérez  
Edward Pérez · José Fernando Franco González Salas ·  
rova Georgieva · Hermógenes Acosta de los Santos · I  
Martha Prieto Valdés · Sergio García Ramírez · Júpiter  
oga Quiroga · Marina Gascón Abellán · Eréndira Noh  
Hernández · Manuel Eduardo Góngora-Mera · Erne  
Reyna Ochoa · Diego García Ricci · Lautaro Ríos Álva



## 546. FEDERALISMO

El tema del federalismo, como una forma que puede adoptar el Estado, ha sido objeto de incontables estudios. Desde los bien conocidos documentos de *El Federalista*, escritos por Hamilton, Madison y Jay, hasta la fecha se ha producido gran cantidad de trabajos que, desde diversas perspectivas y teniendo en mente distintos objetivos, han tratado de dar luz acerca de la naturaleza y el funcionamiento de dicha forma estatal, bajo la cual viven en la actualidad por lo menos 25 países.

Sin embargo, a pesar de la abundancia de los trabajos sobre este tema, no existe en la literatura una definición de federalismo que a todos satisfaga y que a la experiencia de todos los sistemas federales corresponda. Algunas definiciones, por ejemplo, se han desarrollado en un terreno estrictamente institucional. Tal sería el caso de la definición de K. C. Wheare, para quien hablar de una Federación significa aludir a un tipo de organización política en el cual dos niveles de gobierno, el federal y el regional, son independientes uno del otro pero operan de manera coordinada. En esa misma perspectiva podríamos ubicar a Preston King, para quien una Federación es un Estado soberano que se distingue de otros Estados por el solo hecho de que su gobierno central incorpora, a nivel constitucional, a unidades regionales dentro de su proceso de toma de decisiones. Por su parte, Carl Friedrich estima que solamente es posible hablar de federalismo cuando un conjunto de agrupaciones políticas coexisten e interactúan como entidades autónomas, unidas en un orden común que también tiene su propia autonomía.

Otros autores, como W. S. Livingston, han intentado enfatizar la base social o material del federalismo como una variable básica de la que depende cierto tipo de estructura institucional. Así, para este autor, “la esencia del federalismo” se encuentra no en la estructura institucional o constitucional, sino en la sociedad misma. Una organización de tipo federal es un instrumento por medio del cual las cualidades federales de una sociedad son articuladas y protegidas. A su vez —según King— una sociedad tiene la calidad de federal cuando la diversidad (económica, religiosa, racial, histórica) de la población están agrupadas territorialmente.

No pretendemos en este comentario resolver la cuestión relativa a la definición de lo que es el federalismo. Los problemas semánticos de tal definición, que por lo demás son bastante comunes en la definición de los conceptos básicos de las ciencias sociales, ya han sido ampliamente expuestos por King. Sin embargo, podemos intentar construir un concepto de federalismo que nos permita apreciar una lógica común, compartida por ciertos Estados, que a la vez sirva para distinguirlos de otras formas de organización política.

Para delimitar el concepto de federalismo, en primer lugar, hemos de decir que no vamos a aludir a una connotación ideológica o filosófica, es decir, como una serie de principios cuya adopción se recomienda y prescribe como la forma ideal de organizar políticamente a una sociedad. Tampoco hemos de adoptar una noción sociológica de federalismo que, como la de Livingston, ponga el acento en la diversidad social como la variable independiente. Al desechar estas dos perspectivas no queremos negar su importancia para explicar el surgimiento, el funcionamiento y la conservación de un Estado federal.

En cambio, en el presente comentario nos limitamos a afirmar que, desde una perspectiva político-institucional y como forma que puede adoptar

un Estado, el federalismo se puede caracterizar a través de las siguientes notas:

- a) La existencia de órganos de poder federales (o centrales) y órganos de poder locales (o regionales) con autonomía garantizada por la Constitución.
- b) La división constitucional de competencias entre los órganos centrales y los órganos locales.
- c) La existencia de alguna forma de representación de las entidades locales en el gobierno federal y de participación en la formación de la voluntad federal.

*José Ma. Serna de la Garza*

#### 547. FÓRMULA POLÍTICA

De acuerdo con el profesor Lucas Verdú, la fórmula política se define como “la expresión ideológica jurídicamente organizada en una estructura social” (1974, vol. II). Asimismo, sostiene que la fórmula política constituye un dato preconstitucional que se complementa y plasma mediante la ley fundamental, elaborada conforme a la misma. Esto se resume en el tipo de Estado, la forma política, los valores inspiradores del orden jurídico y el principio de soberanía.

En este contexto, la fórmula política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra plasmada en el artículo 40 constitucional, que señala: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.

Como refiere el profesor José Ramón Cossío Díaz, el contenido del artículo 40 de la Constitución es determinante para la composición del orden jurídico mexicano, ya que contiene sus conceptos calificativos. Esto es, conceptos que incluyen una fuerte carga política, ideológica e histórica. Por otro lado, Cossío Díaz explica que los conceptos del referido artículo no suelen ser inmediatamente operativos, es decir, no son armas argumentativas directamente utilizables al crear unas normas o directamente oponibles al impugnar la validez de otros, sino que el precepto opera como referente uniformador de lo que habrá de ser, debería ser o quisiéramos que fuese el orden jurídico nacional (2017).

En este contexto, y a modo de síntesis, pueden señalarse las siguientes explicaciones de la fórmula política mexicana:

*República*, en cuanto que nuestros gobernantes son y deben ser elegidos por medio del sufragio (voto) libremente por los ciudadanos. La república es lo contrario a la monarquía. “*Res*” = cosa; “*publicum*” = público/a; República = “la cosa de todos”.

En este contexto, algunos países, en sus nombres oficiales, se refieren a su fórmula política (p. ej., la República Francesa o el Reino de España).

*Representativa*, pues el poder político en nuestro país se ejerce por medio de los representantes que son elegidos libremente por el pueblo, para gobernar por y para el pueblo. Ahora bien, un Gobierno representativo no necesariamente es democrático. Por ello es importante la siguiente categoría o principio de nuestra fórmula política.

*Democrática*, que hace referencia al poder o gobierno del pueblo; sin embargo, existen diversos tipos de democracia: a) *representativa o indirecta*, aquella

en la que el pueblo gobierna por medio de sus representantes, libremente electos por medio del voto; *b) directa o de la identidad*, que hace referencia a la toma de decisiones de gobierno por todo el pueblo sin necesidad de representantes. Piénsese en la antigua Grecia, en la que el pueblo se reunía en el ágora para decidir sobre su destino político; *c) sustantiva*, que se refiere a los principios y valores que obran como precondiciones para el funcionamiento de la misma democracia. Estos son la vida, la libertad, la igualdad y la dignidad, así como el resto de los derechos humanos; *d) adjetiva o procedimental*, referente al conjunto de normas y procesos que tienen como objetivo garantizar la democracia sustantiva, por ejemplo, los procesos electorales y las instituciones que los garantizan; *e) laica*, porque es un país independiente de cualquier organización o confesión religiosa. El Estado laico garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa, como se señala en el artículo 24 constitucional; mientras que el 130 del mismo ordenamiento establece la separación entre Iglesia y Estado, y *f) federal*, ya que México tiene un sistema político descentralizado en el cual las funciones del Gobierno están repartidas entre un grupo de estados asociados y que unidos forman un Gobierno central o “federación”.

En la creación de este sistema político, los constituyentes de Estados Unidos de América (particularmente Hamilton, Washington y Madison) argumentaron que el federalismo traía consigo tres ventajas principales frente al modelo de un Estado central, siendo estas: *i)* que se podía evitar aún más la tiranía al descentralizar el poder; *ii)* que permitiría más participación del pueblo en la política, y *iii)* que las diferentes entidades federativas podrían usarse como “laboratorios” para nuevas ideas y políticas públicas.

*Luis Felipe Nava Gomar*

#### 548. FRENOS Y CONTRAPESOS (*CHECKS AND BALANCES*)

En toda democracia existen poderosas razones que sustentan la profunda convicción y necesidad de proteger la libertad de los hombres, a través de la creación de nuevos órganos de naturaleza constitucional, frente a las autoridades pertenecientes tanto a los tres clásicos poderes del Estado como a los poderes privados, hoy tan o más poderosos que los poderes públicos. De ahí que el ejercicio por parte del Tribunal Constitucional de la función de control de las normas legales y resoluciones judiciales, así como de los actos particulares que afectan los derechos fundamentales, haya conllevado a replantear la clásica idea tripartita de la división de poderes.

En los orígenes del constitucionalismo moderno, la experiencia norteamericana fue un espacio fecundo para las deliberaciones sobre el sistema de control entre poderes que debía adoptarse en la Constitución por el nuevo gobierno de los Estados Unidos. En ese sentido, la Constitución se concibió como un pacto que buscaba el equilibrio entre los poderes públicos para el logro de los objetivos de la nación y el resguardo de las libertades ciudadanas. De este modo, la integración del poder —en tanto orden jurídico supremo— y la libertad —entendida como derechos fundamentales— cimentaría las bases del quehacer del derecho constitucional y de los procesos constitucionales contemporáneos.

Sin embargo, aun cuando la división del poder como garantía de libertad sea constitutiva del Estado democrático moderno, no se puede afirmar que actualmente el poder solo pueda ser racionalizado en tres funciones —legis-

lativa, ejecutiva y judicial—. Antes bien, este sistema de división tripartita del poder que se originó por razones históricas y políticas concretas ha ido evolucionando en función de nuevos desafíos y alternativas, como las que originaron, más de un siglo después del establecimiento del Estado de derecho, la tardía creación de los tribunales constitucionales en el contexto del juego contemporáneo de la independencia y de la cooperación entre los poderes, así como en la búsqueda de la unidad constitucional sobre la base de respetar la diversidad política.

Asimismo, la legitimidad judicial del Tribunal Constitucional solo es posible de alcanzar en el proceso de control constitucional de los diversos actos y decisiones de los poderes públicos y privados en aras de tutelar los derechos fundamentales. En una democracia, el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial no son organismos constitucionales dóciles a las decisiones de la justicia constitucional. Por el contrario, presentan a menudo conflictos de diferente envergadura que ponen de manifiesto la difícil tarea que debe desempeñar dicho Tribunal para ocupar un lugar en el sistema político tripartito de división de poderes.

Ahora bien, no es precisamente la tarea de control judicial de las leyes y de las resoluciones de los poderes públicos y actos privados la causante de conflictos institucionales. Por ello, son los peligros fundados contra la libertad, provenientes de las propias autoridades, los que ocasionan dichos conflictos que han tenido incluso, en no pocas oportunidades, profundas repercusiones políticas.

A este respecto, la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales del Congreso o del Poder Ejecutivo no busca sustituir la división del poder, pero sí procura mediante el control jurisdiccional asegurar el balance y la cooperación entre los poderes. Ello es posible a partir de entender que, en primer lugar, el Congreso no es más el antiguo poder absoluto, lo que significa que los actos parlamentarios son justificables; y en segundo lugar, que la justicia constitucional, en cuanto resuelve conforme a la Constitución, no cuestiona el balance de poderes, sino que lo afirma, aun cuando ello no sea óbice para que se presente el peligro del gobierno de los jueces.

En relación con lo anterior, aun cuando siempre existe el peligro de hacer política con la justicia (lo que supone terminar politizando la justicia), debe tenerse presente que en las sociedades avanzadas no existen conflictos contrasistémicos entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos o privados. Por el contrario, la actuación judicial, unas veces moderada y otras veces *activista*, se ha visto acompañada de contundentes y nuevos argumentos jurídicos que hacen, en todo caso, discutible su obra, pero nunca desconocida por la autoridad, lográndose así la afirmación de su legitimidad constitucional gracias a su juego flexible con el poder y con el soporte o crítica de la opinión pública.

En las sociedades integradas y homogéneas, la incorporación del Tribunal Constitucional al Estado de derecho ha logrado desempeñar un rol institucional de balance de los poderes políticos en los modernos regímenes democráticos, sin perjuicio de que se hayan presentado algunos problemas institucionales durante el establecimiento de la justicia constitucional en el sistema político. Pero este proceso no es asimilable a otras realidades, si se parte de concebir que la democracia no debe ser entendida como un concepto uniforme.

En cambio, en sociedades heterogéneas, complejas y desintegradas se encuentran básicamente dos formas distintas de comprender dicha incorporación. Así, se tiene una posición dogmática que incide en el rol y la posición que ocupa la justicia constitucional en el sistema político, basada en un absolutismo de la mayoría numérica parlamentaria, y otra posición relativista para la cual la defensa de los valores de la libertad mediante la justicia constitucional es consustancial al sistema político. En el primer caso es fácil entender que tanto la democracia como el Tribunal Constitucional sean solo instrumentos de sus fines y objetivos. Mientras que, para el segundo caso, el rol de la justicia constitucional se entiende como una obra abierta y en movimiento, orientada a limpiar de impurezas la construcción del camino democrático del Estado constitucional.

En el actual proceso democrático, la posición del Tribunal Constitucional no puede ser analizada desde una perspectiva dogmática o neutral frente a la democracia, sino desde una perspectiva de defensa y desarrollo de las relaciones integradoras del gobierno y la oposición. Para ello, la legitimidad constitucional se convierte en el concepto clave, por cuanto permite entender el rol de la jurisdicción constitucional en el marco del sistema democrático y de las posibilidades y/o límites dentro del régimen político del presidencialismo, así como el papel de sus relaciones con el Poder Ejecutivo, el Congreso y el Poder Judicial.

Desde dicho enfoque, es necesario que el Tribunal Constitucional construya legítimamente un espacio propio de competencias, como árbitro final, no dentro del clásico modelo de división de poderes, sino dentro del modelo de control y balance de poderes (*check and balances*). Esto último requiere del reajuste permanente de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los poderes públicos, tarea que no es pacífica dado que pone en tensión las relaciones entre el derecho y la política.

*César Landa Arroyo*

#### 549. FUEROS ARAGONESES

El derecho de la Alta Edad Media en los reinos de la Península ibérica fue recogido parcialmente en textos que reciben la genérica denominación de *Fueros*. La palabra romance “fuero” deriva de latín *forum*, que significa foro y hace referencia al compilado de normas que implican privilegios y exenciones otorgados a una población, mismos que representan, en general, mayor beneficio respecto de otras localidades o respecto de las leyes generales del reino, y tienen su origen en la costumbre o en las decisiones judiciales. Regularmente dichas exenciones son de naturaleza fiscal o militar, y los privilegios se relacionan con condiciones de autogobierno, condición privada de los vecinos o con privilegios para regular la materia criminal y procesal. Los fueros aragoneses reflejan esencialmente una garantía de libertad de la población frente a la autoridad regia, y son fruto de la actividad que en conjunto realizaron el rey y los estamentos representados en las Cortes.

Desde el punto de vista del desarrollo del ordenamiento foral en la península, podemos hablar de tres etapas, es decir, la *formación* de fueros “breves” (siglos X y XII); la *difusión* de fueros que da lugar al fenómeno de las “familias de fueros”, periodo que, a su vez, marca la etapa de plenitud del ordenamiento foral (siglos XI y XII), y finalmente el fenómeno de *recolección* por escrito de

los fueros (aunque existen algunos fueros breves escritos), dando espacio a los llamados “fueros extensos” (siglo XIII), que se distinguen de los breves no solo por la extensión, sino porque intentan agotar toda la problemática jurídica de una localidad al regular no solo las cuestiones de gobierno y administración de la localidad, sino también de todas aquellas relativas al derecho privado, criminal y procesal.

Desde el punto de vista de los contenidos esenciales de los fueros en el derecho alto medieval aragonés (siguiendo la propuesta del historiador del derecho español Sánchez-Arcilla Bernal) se pueden clasificar en los *fueros nobiliarios* (Fueros de Sobrarbe y Buenos Fueros de los infanzones de Aragón), los *fueros burgueses* (como el Fuero de Jaca de 1603 o 1604, que es uno de los más emblemáticos y trascendentes fueros del reino de Aragón, y que será base importante de los Fueros de Aragón de 1247), y los *fueros de frontera* (Fuero de Zaragoza).

Atendiendo a los grandes fenómenos históricos, podemos relacionar los fueros, por una parte, con la *reconquista* (expulsión de los musulmanes de los reinos peninsulares), pues tras ella, y con la respectiva misión de *repoblación* de los territorios recuperados, los fueros concedidos a la población que habría de habitar esos territorios (junto con las Cartas de población) se convirtieron en uno de los principales instrumentos normativos de la época. Por otra parte, la historia de los fueros guarda estrecha relación con el fenómeno histórico-jurídico de la *recepción del derecho romano justiniano*, que de fondo implicaba la necesidad de evitar la dispersión del derecho y con ello facilitar la labor jurisdiccional. En esta última etapa es donde ubicamos a los Fueros de Aragón, conocidos también como Código de Huesca o Compilación de Huesca, por ser promulgados solemnemente en una curia celebrada en Huesca el 6 de enero de 1247.

Dichos Fueros de Aragón de 1247 son el resultado de la labor recopiladora y de sistematización desarrollada por el obispo de Huesca, Vidal de Canellas, por encomienda de Jaime I, esto con la intención de terminar con el grado de inseguridad jurídica que había provocado la labor de los prácticos del derecho que, desde inicios de siglo XIII, habían realizado sus prácticas con base en colecciones privadas que contenían ese derecho foral aragonés dispersos de los siglos anteriores y sobre las que se hacían interpretaciones conforme a las necesidades de la época. Debido a este problema de seguridad jurídica se solicitó la intervención del rey para que se procediera a ordenar en texto oficial el derecho del reino, dejando sin valor oficial al resto de las colecciones privadas una vez promulgados dichos Fueros de Aragón. Aunque no hay unanimidad entre los historiadores del derecho español a la hora de reconocer la autoría de dichos fueros, no se niega como trascendente la labor de Vidal de Canellas al proyectar el fuero a la luz de formación romanista para la práctica, como queda demostrado en la obra que el obispo redactó como complemento y aclaración de los Fueros de Aragón, conocida como *Vidal Mayor*, facilitando con ello la penetración, indirecta, del *ius commune* en Aragón (de ahí deriva la idea de acudir al sentido natural o la equidad para resolver los pleitos en caso de que en el derecho recogido no se encontrara respuesta). Sobre esta obra tampoco existe unanimidad doctrinal a la hora de reconocer el grado de reconocimiento oficial que ha tenido.

Los Fueros de Aragón se redactaron originalmente en latín y fueron organizados en ocho tomos que abarcan principalmente temas de derecho priva-

do, penal y procesal, tomando como modelo para su estructura una *summa* del Código de Justiniano. Sin embargo, tras su promulgación, se fueron agregando nuevos libros que contenían “fueros” derivados de la actividad conjunta del rey y del reino reunidos en Cortes (de ahí la característica de “paccionados”), de esta forma se incrementó hasta 12 tomos.

Esa actividad conjunta (del rey y los estamentos) pronto se identificó como una pugna que derivó en grandes limitaciones impuestas al poder regio. En ello jugó un papel fundamental la figura del “Justicia Mayor”, una institución en principio creada para resolver los pleitos entre el rey y los nobles o entre estos, era un juez privativo, nobiliario. Su naturaleza cambió con las Cortes de Zaragoza de 1283 al comenzar a conocer de los pleitos de los habitantes de las ciudades, representando los intereses del reino contra los abusos de la Monarquía. Su fuerza radicaba en su independencia judicial, la cual estaba basada en su inamovilidad. Por otra parte (como señala, entre otros, el historiador del derecho español, Gacto Fernández), ejercía “la función de juez de contrafueros, con facultades para juzgar los agravios al derecho tradicional aragonés del que era su más potente instrumento defensivo”. El trabajo de reflexión y argumentación del Justicia Mayor o de sus lugartenientes para aclarar el sentido real de los fueros se refleja en las llamadas *Observancias*, las que se han considerado trascendentes no solo por la misión de protección foral, sino porque a través de ellas se completa el derecho tradicional (contenido en los fueros) con el derecho común, lo que constituye, en opinión de muchos historiadores, otra manera indirecta de romanizar el derecho aragonés, concluyendo (como señala Sánchez-Arcilla Bernal) que “a partir del siglo xv la vida jurídica aragonesa se puede decir que se encuentra totalmente romanizada”. Este control ejercido por el Justicia Mayor fue eficaz hasta finales del siglo xvi en que dicha institución quedó bajo el control del rey (Felipe II), quien adquiere el derecho de nombrar al titular de dicha función. En el siglo xviii fue suprimida esta institución por Felipe V, sin embargo, se recupera en 1982, estando vigente hasta nuestros días a través del Estatuto de Autonomía de Aragón y reconocida por la propia Constitución Española de 1978.

En este contexto, los Fueros Aragoneses contienen un derecho que, de alguna manera, es un símbolo de identidad de la comunidad aragonesa desde la Alta Edad Media hasta nuestros días, pues en la actualidad el derecho civil aragonés mantiene raíces en los Fueros, lo cual implica una continuidad histórica, avalada no solo por la Compilación de Derecho Civil especial de Aragón, promulgada en 1967, sino por la propia Constitución Española de 1978, que ampara y respeta los derechos históricos de los territorios federales.

*Amelia Gascón Cervantes*  
*María Dolores Madrid Cruz*

## 550. FUNDAMENTACIÓN DEFINITORIA

Según Robert Alexy (1983), la expresión “fundamentación definitoria” denota a una de las cuatro vías que posibilitan encontrar reglas del discurso que eviten lo que Albert (1968) ha designado como el “trilema de Münchhausen” (véase fundamentación empírica). Las otras vías son la fundamentación técnica, la fundamentación empírica y la fundamentación pragmático-trascendental o pragmático-universal.

La fundamentación definatoria se basa en el concepto de “juego de lenguaje” desarrollado por Wittgenstein en sus *Investigaciones filosóficas* (1953).

La influencia de este concepto wittgensteiniano en el pensamiento de Alexy es de gran trascendencia, lo que reconoce expresamente el autor en un epígrafe dedicado al tema en su *Teoría de la argumentación jurídica* (1983).

Con respecto a este concepto cabe decir que para (el segundo) Wittgenstein, el significado de una proposición es determinado por su uso dentro de cierto contexto, el cual es un reflejo de la forma de vida de los hablantes, es decir, de la manera en que se representan el mundo. A estos contextos, que constituyen una praxis vital común, es a lo que este filósofo se refiere con la expresión “juego de lenguaje”.

Los juegos de lenguaje son múltiples y no existe entre ellos una propiedad o conjunto de propiedades comunes que los caracterice, sino que más bien están relacionados como por “un aire de familia”. Algunos ejemplos de esta diversidad de juegos, citados por el propio Alexy, son: “ordenar y actuar según ordenes”, “describir un objeto”, “relatar un suceso”, etcétera.

Una propiedad relevante del concepto de juego de lenguaje es que no se restringe a los intercambios meramente lingüísticos o proposicionales, sino que se refiere a la totalidad de las actividades realizadas por los hablantes al momento de participar en el juego. Es decir, que hablar y actuar están estrechamente unidos.

Del hecho de que los juegos de lenguaje estén guiados por reglas no se sigue que dichas reglas determinen todo lo que puede ocurrir durante la actividad que tiene lugar durante el juego. Siempre hay espacios que deben llenar los jugadores durante el juego mismo. Por ejemplo, cuando una norma jurídica autoriza a la policía a irrumpir en un sitio donde podría estarse cometiendo un crimen no indica la fuerza con la que se deberá golpear la puerta para derribarla. En algún sentido, el juego se juega respetando las reglas, pero también haciendo camino al andar.

Para que cierto tipo de reglas y las razones que con base en ellas se puedan esgrimir tengan sentido es necesario considerarlas dentro del contexto natural al que pertenecen. Descontextualizar una regla es privarla de su sentido.

En conexión directa con el concepto de juego se encuentra el concepto de regla, y aquí, al igual que sucede con los juegos de lenguaje, no es posible encontrar un rasgo común y necesario que defina a todas las reglas, sino también una relación “de aire de un familia”. Por ejemplo, entre las reglas de la sintaxis, las reglas del ajedrez, las reglas de la política y las reglas jurídicas.

Del concepto de juego de lenguaje, Alexy destaca cuatro puntos fundamentales para su teoría del discurso práctico racional, del cual la argumentación jurídica es un caso:

1. El uso descriptivo característico de las ciencias no es el único juego de lenguaje posible, lo que excluye que para considerar racional al lenguaje normativo deba reducirse a lenguaje descriptivo. En este sentido, ambos juegos tienen el mismo nivel de importancia.

2. La lógica de los juegos del lenguaje solo puede ser comprendida si al lado de la dimensión estrictamente lingüística se considera a la totalidad de las actividades que despliegan los hablantes durante el juego (por ejemplo, la comunicación no verbal), es decir, concibe que el juego es una acción comunicativa a la manera de Habermas.

3. En tanto juegos del lenguaje, tanto el discurso moral como el jurídico son guiados por reglas.

4. Las representaciones del mundo y formas de vida en que se basan los juegos de lenguaje no son fundamentables, ni criticables, simplemente son.

Según Alexy, lo único importante en la fundamentación definitoria es que la presentación explícita de las reglas que definen al juego sea la motivación para las decisiones tomadas por parte de “los jugadores”. Esta propiedad hace que no sea excluyente de los demás modos de fundamentación, como sucede, por ejemplo, con la fundamentación empírica que implica que el juego sea efectivamente jugado en los hechos.

Con respecto a las debilidades de la fundamentación definitoria, señala Alexy, podría criticarse su estatus de fundamentación, toda vez que no implica aducir razones en favor del juego de lenguaje, sino que simplemente se limita a explicarlo y presentarlo. En este sentido, pareciera que encierra cierto grado de arbitrariedad, lo cual es opuesto a la razón.

Sin embargo, y en defensa de este modo de fundamentación, Alexy señala que el hecho de presentar de manera completa y explícita al sistema de reglas que caracteriza a un juego de lenguaje constituye una base para la decisión acerca de si seguir el juego o no.

Por otra parte, la fundamentación definitoria tiene la ventaja de hacer posible la construcción de sistemas de reglas totalmente nuevos, propiedad fundamental del juego de lenguaje que es el derecho.

Como sucede con los demás modos de fundamentación dirigidos a evitar el trilema de Münchhausen, la fundamentación definitoria es parte de los elementos constitutivos de la teoría del discurso racional que sirve de base para la teoría de la argumentación jurídica de Alexy.

*Enrique Cáceres Nieto*

### 551. FUNDAMENTACIÓN EMPÍRICA

Según Robert Alexy (1983), la expresión “fundamentación empírica” denota a una de las cuatro vías que posibilitan encontrar reglas del discurso que eviten lo que Albert (1968) ha designado como el “trilema de Münchhausen”. Las otras vías son la fundamentación técnica, la fundamentación definitoria y la fundamentación pragmático-trascendental o pragmático-universal:

El contexto problemático y teórico en que se expone dicho concepto es el siguiente:

Inspirado en las teorías de ética analítica de Hare, Toulmin, Baier, así como en la teoría de la deliberación de la escuela de *Erlangen*, la teoría de la argumentación de Perelman, pero sobre todo en la teoría consensual de la verdad de Habermas, Alexy desarrolla una teoría de la argumentación jurídica como un caso del discurso práctico general, es decir, del discurso moral.

Junto con Habermas suscribe la tesis de que al igual que los problemas teóricos, los problemas prácticos (los problemas morales) también pueden decidirse de manera racional. Sin embargo, para que ello sea posible es necesario contar con un criterio de validez diferente al del discurso teórico. Mientras que para este es la verdad, el criterio de validez de la razón práctica es el de corrección: todo argumento práctico se esgrime con la pretensión de ser correcto.

Inspirado en el concepto de acción comunicativa de Habermas, Alexy conceptualiza a la “argumentación” no como un sistema de proposiciones lin-

güísticas, sino como a un proceso de interacción comunicativa entre entes racionales.

Una propiedad esencial de la argumentación entendida como proceso racional estriba en la necesidad de la fundamentación de sus proposiciones normativas, entendiendo por tales a aquellas que expresan juicios de valor o de deber tales como: “A ha obrado mal”.

Inspirado en Hare y Toulmin, Alexy considera que quien aduce a favor de una proposición normativa N (“A ha actuado mal”), una razón G (por ejemplo, “A ha insultado a B”), presupone una regla R (por ejemplo, “es malo atentar contra la dignidad de los demás”), de la que, conjuntamente con G, se infiere lógicamente N. En este caso, N queda fundamentada en G y R.

Sin embargo, una de las propiedades del discurso racional es que ninguna fundamentación tiene garantías absolutas y siempre está abierta a debate, lo que significa que cualquier fundamentación puede ser objetada.

Cuando una fundamentación es objetada, quien desee defender su argumento original se verá obligado a presentar una fundamentación de segundo nivel con respecto a la primera fundamentación. En congruencia con lo dicho, esta segunda fundamentación también podrá ser objetada, lo que implicará la necesidad de una nueva fundamentación, y así sucesivamente. Esta situación parece llevar a un indeseable callejón sin salida en el que: *a)* se cae en un regreso al infinito; *b)* hay que abandonar la fundamentación para adoptar una decisión sin fundamento, o *c)* se incurre en una circularidad. A este aparente callejón sin salida es a lo que Alexy, citando a Albert, se refiere como el “trilema de Münchhausen”.

Para Alexy, la aparente paradoja que el trilema implica puede evitarse si se encuentran reglas del discurso, es decir, reglas que, a diferencia de la lógica, no se dirijan únicamente a las proposiciones lingüísticas, sino a reglas sobre la actividad de fundamentación, es decir, sobre el comportamiento de los hablantes. Según este autor, para la posibilidad de encontrar dichas reglas se ofrecen cuatro vías: 1. Considerar a las reglas del discurso como reglas técnicas, es decir, orientadas a fines; 2. Como reglas que definen un juego de lenguaje; 3. Como reglas de fundamentación pragmático-trascendental que determinan las condiciones de posibilidad de la comunicación lingüística y, finalmente, 4. Como reglas de fundamentación empírica.

Cada una de estas vías presenta diferentes inconvenientes y ventajas que finalmente Alexy termina integrando en una versión de fundamentación pragmático-trascendental.

La fundamentación empírica consiste en considerar a las reglas del discurso como aquellas que efectivamente se siguen en los hechos por parte de una comunidad lingüística, como consecuencia de seguir convicciones normativas realmente existentes.

El problema de esta vía es que del hecho de que en una determinada comunidad se sigan ciertas prácticas lingüísticas, no significa necesariamente que dichas prácticas sean racionales.

Por otra parte, en favor de esta vía se encuentra la presunción de una mínima racionalidad de las prácticas comunicativas por el hecho de haber persistido en la comunidad. Por otra parte, el análisis empírico de dichas prácticas puede revelar contradicciones e incompatibilidades entre las convenciones normativas que las soportan, lo que puede llevar a que ciertas prácticas

sean abandonadas después de un ejercicio de fundamentación que las haga ver como irracionales.

En este sentido, dice Alexy, una fundamentación empírica es siempre provisional y depende de las correcciones que tengan lugar mediante otros modos de fundamentación dentro de la propia comunidad.

*Enrique Cáceres Nieto*

## 552. FUNDAMENTACIÓN RACIONAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL

*Importancia de la justificación.* La decisión judicial es el resultado de un ejercicio de poder. Sea en la resolución de cuestiones jurídicas o interpretativas, o bien, en la determinación de los hechos probados, el juez es el depositario de un poder que se ejerce con cierta anchura y del que, por tanto, debe rendir cuentas mostrando que hace un uso *racional* del mismo. La aceptación de la decisión judicial no puede basarse en una simple apelación a la autoridad, sino que exige *razones*; singularmente en el marco del Estado de derecho.

Naturalmente, la afirmación de que el juez debe rendir cuentas del poder que ejerce es válida siempre que no se mantenga una concepción de la jurisdicción de corte rígidamente formalista o racionalista, o bien, de signo marcadamente antiformalista o escéptico.

La primera concepción niega, en el fondo, el poder del juez. Los jueces —se sostiene— desempeñan una labor técnica, mecánica o puramente aplicativa que ejercen sin proyectar en ella su ideología, intereses o pasiones; son “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, en la célebre expresión de Montesquieu. La jurisdicción se concibe como el espacio de lo estrictamente reglado, de manera que la decisión judicial se presenta como racional u objetiva y, por consiguiente, el juez queda liberado de cualquier responsabilidad y exonerado de la carga de justificarla.

La segunda concepción, en cambio, destaca el poder del juez, pero se muestra escéptica sobre la posibilidad de un ejercicio racional del mismo. Su tesis principal es que la decisión judicial está fuertemente influida por factores sociológicos, psicológicos, económicos o políticos, o se resiente de las opciones valorativas del juez, habiendo concepciones más radicales, como la de Frank, según la cual no es la razón jurídica lo que está detrás de la decisión, sino las pasiones del juez. La jurisdicción —dicho brevemente— aparece como una tarea constructiva, creativa o, en todo caso, valorativa, y por ello mismo poco susceptible de control racional.

Ambas concepciones ofrecen solo una visión extrema y exagerada de la jurisdicción, por lo que no resultan satisfactorias. Como afirma Hart, “la verdad, tal vez trivial, es que los jueces unas veces hacen una cosa y otras veces la otra”. Los jueces no se comportan como legisladores, sino que —incluso ante los casos más difíciles e indeterminados— obtienen del derecho las pautas fundamentales para adoptar sus decisiones. Pero tampoco desarrollan siempre una labor puramente técnica o aplicativa sino que, con mucha frecuencia, ejercen un *poder discrecional*. Por lo demás, es evidente que en el Estado constitucional el poder del juez se ha visto reforzado. La presencia de constituciones normativas (que obligan a tener presente a la Constitución en todos los asuntos importantes), pero materiales y abiertas (donde no siempre resultan claras las respuestas constitucionalmente permitidas o exigidas), ha

convertido a los jueces en los nuevos “señores del derecho”. Sus poderes discrecionales se han acentuado y, en consecuencia, también se ha intensificado la necesidad de controlar la racionalidad de su ejercicio, de hecho, la necesidad de que los jueces justifiquen sus decisiones se ha convertido hoy en un punto incontestable.

*El objeto de la justificación.* Técnicamente, la justificación (o fundamentación racional) de la decisión judicial se expresa en la *motivación*, que no en vano ha sido descrita como el signo más importante y típico de “racionalización” de la función judicial (Calamandrei). Y puesto que esa decisión suele reconstruirse como la conclusión de un silogismo práctico realizado a partir de una *premisa jurídica o normativa* (que expresa lo que establece el derecho para el tipo de casos planteado) y una *premisa fáctica* (que expresa la relación de hechos probados relevantes para resolver el caso concreto), la justificación de la decisión comprende necesariamente la motivación de ambos aspectos.

*La motivación de la premisa jurídica.* La premisa jurídica es el resultado de interpretar una o varias disposiciones normativas y, por consiguiente, los problemas que pueden plantearse en relación con su justificación son, en esencia, *problemas interpretativos*: ya sea por las propias características del lenguaje legislativo (ambigüedad de las expresiones o imprecisión de su significado) o por la necesidad de acomodar las leyes a las nuevas circunstancias en las que han de ser aplicadas, puede resultar dudoso cuál es el significado que cabe atribuirles. Incluso la presencia de lagunas o contradicciones (que, en rigor, suscitan dudas sobre cuál sea la norma relevante para el caso) se resuelve, en el fondo, en el plano de la interpretación.

En la práctica jurisdiccional se han ido decantando algunos *argumentos* para justificar las interpretaciones en que se basa la decisión normativa de la sentencia. El respeto a las definiciones legislativas y leyes interpretativas, los “cánones” de interpretación, los argumentos de la dogmática y el recurso a los precedentes son los argumentos principales pero, naturalmente, no son los únicos. La ponderación, por ejemplo, expresión del principio de proporcionalidad, constituye también una herramienta argumentativa para justificar la decisión cuando existe un conflicto entre principios constitucionales. Las teorías de la argumentación (desde las clásicas, como la tópica y la retórica, hasta las más modernas, como la de Alexy y Maccormick) han ido perfilando esos argumentos y han identificado asimismo las *exigencias de racionalidad* que toda decisión debe cumplir: *a) consistencia*, que expresa la exigencia de que la decisión sea lógicamente compatible con otras normas del sistema; *b) coherencia*, o exigencia de que *la decisión* sea conforme con el resto de principios y valores del sistema; *c) universalidad*, o exigencia de que la decisión sea universalizable, y *d) consecuencias* (o exigencia de que las consecuencias que deriven de la decisión no pongan en peligro bienes o estados de cosas considerados valiosos. Unos y otros (los argumentos de la interpretación y los criterios de racionalidad de la decisión) conforman, pues, los elementos para evaluar la racionalidad de la decisión.

En atención a lo dicho, motivar, justificar o fundamentar racionalmente la decisión normativa de la sentencia consiste en expresar los argumentos que apoyan sus tesis interpretativas, pues tales argumentos constituyen razones a favor de esas interpretaciones frente a otras posibles. En los casos fáciles no habrá gran problema y la justificación podrá estar basada en unos pocos

argumentos o incluso en uno solo. En los difíciles, lo normal será que la justificación se sirva de una combinación de argumentos que se refuerzan unos a otros.

*La motivación de la premisa fáctica.* La premisa fáctica del silogismo judicial establece la relación de *hechos probados* relevantes para resolver el conflicto, y justificarla consiste en aportar las razones que acreditan su corrección. Y puesto que la *valoración de la prueba* es el núcleo del proceso decisorio que conduce a esa declaración, las razones que constituyen esa justificación son las que están detrás de un proceso de valoración racional.

Frente a la extendida concepción subjetivista del principio de libre valoración (la que entiende por esta la *convicción íntima* o en *conciencia*: un inescrutable espacio de apreciaciones subjetivas, intuiciones y corazonadas que, en rigor, no pueden ser justificadas), *valorar libre y racionalmente* la prueba es incuestionablemente una actividad *cognoscitiva* que se dirige a comprobar, mediante razonamientos e inferencias realizados a partir de las pruebas e informaciones disponibles, si las aserciones sobre los hechos controvertidos pueden aceptarse como verdaderas. Ahora bien, tales razonamientos son prevalentemente inductivos, pues las leyes causales en las que se fundan (por lo común “máximas de experiencia”) expresan solo relaciones de probabilidad y, por consiguiente, sus resultados también han de leerse en términos de simple *probabilidad*, por más alta que esta pueda ser. En consecuencia, justificar la declaración de hechos probados de la sentencia consiste en acreditar que el grado de probabilidad con que podemos afirmar las aserciones sobre hechos que contiene es suficiente para aceptar tales aserciones como verdaderas. Con mayor precisión, consiste en acreditar, por un lado, el *grado de probabilidad* de esas aserciones y, por el otro, que esa probabilidad cumple con lo exigido por el *estándar de prueba* vigente.

Los estudios epistemológicos sobre la prueba han ensayado diversos *criterios para “medir” el grado de probabilidad* de los enunciados fácticos probados en el proceso, y han establecido también algunas *exigencias (de estilo y forma)* que toda motivación rigurosa debería cumplir. Pero lo relevante, en todo caso, es la conciencia de que la prueba se desarrolla en un espacio de esencial incertidumbre y que sus resultados, además, pueden estar irremediabilmente influidos por elementos emotivos o no racionales, por lo que pueden conducir a error. Es precisamente la conciencia de que el juicio sobre los hechos es tan problemático —o más que el juicio de derecho— lo que hace *necesaria* su justificación. Una decisión judicial que no justifique (también) la declaración de hechos probados en que la se basa no estará racionalmente fundada.

**Marina Gascón Abellán**



José Gamas Torruco · Edwin Noé García Baeza · Gr  
es García Ruiz · Yasmín Esquivel Mossa · Amelia Ga  
archetti · Carina X. Gómez Fröde · Andy Gómez Go  
dro Gabriel González Avilés · Alejandro Sergio Gonz  
a · Eréndira Nohemí Ramos Vázquez · Juan Manuel  
· Jesús Ángel Cadena Alcalá · Luis González Placenc  
Ma. Macarita Elizondo Gaspe · Víctor Julio Ortecl  
ánchez · Enrico Andreoli Luis Fernando Angulo Jacob  
r · Alfonso Herrera García · Carla Huerta Ochoa · B  
ana de Jesús Ávalos Vázquez · César Landa Arroyo · A  
os Báez Silva · Geraldina González de la Vega · Leticia  
tino · Juan N. Silva Meza · Riccardo Guastini · Joaquín  
ón Betanzos · Ana María Ibarra Olguín · Daniel Fran  
é Miguel Cabrales Lucio · Héctor Fix-Zamudio · Jorge  
dimba · Wendy Jarquín Orozco · Héctor Guillermo C  
ntes de la Torre · Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena · Lu  
a Cano Padilla · Eduardo Ferrer Mac-Gregor · Miguel  
Ramírez · Hermógenes Acosta de los Santos · José R  
Casarín León · Sergio García Ramírez · Alejandro Cas  
os Hernández · José Fernando Franco González Salas  
sto Castillo Sánchez · Diego García Ricci · Mauro Ro  
ut Esperón · Javier García Roca · Juan Carlos Hitters  
d Cienfuegos Salgado · Ana Giacomette Ferrer · Mar  
Collí Ek · Marina Gascón Abellán · Eloisa Denia Cos  
Martínez · Manuel Eduardo Góngora-Mera · Juan Ca  
Juan Luis González Alcántara Carrancá · Ábrego · E  
rruz · Mónica González Contró · Armando Díaz Lópe  
Barrigueté · Osvaldo A. Gozaíni · Mariana Durán M  
les · Rubén Hernández Valle · Pedro Antonio Enríqu  
Escobar Fornos · Geraldina González de la Vega · Fran  
Alonso · María Amparo Hernández Chong Cuy · Ra



## 553. GARANTÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica significa la estabilidad del ordenamiento jurídico que rige un Estado, la cual debe contener normas que tengan permanencia y que garanticen el equilibrio en las relaciones entre los órganos del Estado y los ciudadanos.

I. *Elementos.* a) La certeza jurídica: significa la existencia de un conocimiento seguro, claro y evidente de las normas jurídicas existentes; b) la eficacia del derecho: significa que las normas jurídicas tengan la capacidad de producir un buen efecto, y c) la ausencia de arbitrariedad: significa que al aplicar las normas jurídicas prevalezca la justicia.

II. *La seguridad jurídica como principio, como valor y como derecho fundamental.* a) Como principio. Es un derecho universalmente reconocido y que se entiende como certeza práctica del derecho; b) como valor. Es un valor ético, desde dos vertientes, vinculados al valor de la justicia y al valor de la dignidad personal, y c) como derecho fundamental. Si bien la seguridad jurídica no es un derecho fundamental, tiene la calidad de derecho humano y, en cada país, de derecho constitucional.

III. *Titulares activos del derecho a la seguridad jurídica.* a) Los ciudadanos. En la realidad, los ciudadanos son los más inseguros, dada la inestabilidad jurídica (normas promulgadas por sorpresa y en función de la conveniencia de grupos de interés, de presión y de poder). Por consiguiente, los ciudadanos son los primeros titulares del derecho en exigir la seguridad jurídica, ya sea en forma individual o en forma colectiva, haciendo para ello uso del derecho de petición, libertad de expresión y opinión, o de los derechos de reunión, manifestación y de protesta; b) los partidos políticos. Si en un país existen verdaderos partidos políticos, estos garantizan un adecuado funcionamiento de la democracia, por consiguiente, garantizar no solamente su existencia sino también su participación política. Lastimosamente, en el caso de Perú y algunos países sudamericanos, actualmente no existen verdaderos partidos, sino simplemente agrupaciones y alianzas electoreras, y c) las organizaciones de la sociedad civil. En la llamada sociedad civil se ubican las organizaciones sindicales, universidades, colegios profesionales, ONG, etcétera. Ellas requieren, de seguridad jurídica en el caso de sus actuaciones, reclamos, etcétera.

IV. *Quiénes deben dar seguridad jurídica.* Están obligados a dar seguridad jurídica: a) el Poder Legislativo. Este organismo llamado al realizar su función legisferante debe garantizar que las normas legales que elabore y apruebe sean con pleno respeto de las normas constitucionales. Lastimosamente esto no ocurre en el Perú, entre otras razones, porque desde hace veinte años viene funcionando un sistema unicameral. El Poder Legislativo tiene también la obligación de dar seguridad jurídica en su tarea de fiscalización de los otros poderes y demás órganos del Estado; b) el Poder Ejecutivo. Está obligado a dar seguridad jurídica, tanto al momento de promulgar las leyes provenientes del Legislativo, así como en su tarea legislativa de expedir decretos legislativos y decretos de urgencia, y c) el Poder Judicial, al realizar su labor jurisdiccional, en las diferentes especialidades y en todas sus instancias, al administrar justicia, debe aplicar correctamente las normas y valorar adecuadamente las pruebas ofrecidas por las partes litigantes. Por cierto que no solamente se le puede exigir seguridad jurídica a los órganos centrales del Estado y a los órganos descentralizados (gobiernos regionales y municipales

), sino también a los denominados órganos constitucionales (Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Ministerio Público, Jurado Electoral, etcétera).

V. *La seguridad jurídica en el derecho comparado*. Es sabido que la mayor parte de las Constituciones europeas tienen consignado en sus normas constitucionales la garantía de la seguridad jurídica, pero en particular debemos señalar el caso de España, que en su art. 9o., inciso 3, establece como un derecho específico la seguridad jurídica. Y en el caso de Suecia, en la teoría y en la práctica, funciona el siguiente lema: “Aquí la ley se cumple y se la respeta”.

Nuestra necesaria reflexión es la siguiente: la seguridad jurídica es la base para la seguridad democrática.

VI. La seguridad democrática. Como todo tipo de seguridad, debemos entender que la seguridad jurídica implica riesgos especiales y de mayor nivel que cualquier otro tipo de seguridad.

a) Elementos de la seguridad democrática. Los podemos extraer de los primeros arts. de la Carta Democrática Interamericana que fue suscrita el 11 de septiembre de 2001 en Lima, y contiene los siguientes principios:

— Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

— La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los países de América.

— El ejercicio efectivo de la democracia representativa es base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales.

— Se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética responsable de la ciudadanía.

b) Titulares del derecho a la seguridad democrática. Son los siguientes:

1. La región interamericana.

2. Los Estados.

3. Las regiones nacionales, los Estados federados, las provincias y los pueblos.

4. Los partidos y organizaciones políticas de oposición.

5. Las organizaciones sindicales.

6. Las etnias y las comunidades campesinas.

7. La ciudadanía.

*Victor Julio Ortecho Villena*

#### 554. GARANTÍAS JUDICIALES (PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR)

A efecto de poder abordar el desarrollo de las garantías judiciales en los procesos administrativos sancionadores, es necesario traer a contexto el contenido de los artículos 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sobre los cuales descansa la base de protección del “debido proceso legal”, respecto del cual es importante indicar que no permea únicamente en cuanto a la materia penal, sino también en las diversas civil, laboral o incluso fiscal, tal como lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (sentencia del 2 de febrero de 2001, núm. 72, párr. 124).

La Corte IDH ha resaltado que tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente juris-

diccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la CADH, lo que genera un *mutatis mutandis*, como lo ha apreciado en el mismo contexto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*inter alia*, *Albert y Le Compte vs. Bélgica*, sentencia de 10 de febrero de 1983, Serie A, núm. 58).

Por tanto, la protección del debido proceso debe observarse en todas las instancias procesales, con el elemento teleológico que buscan los procesos administrativos, en la protección del derecho a defenderse.

Otro de los pilares de los procedimientos administrativos sancionadores es el respeto al principio de presunción de inocencia, entendido *lato sensu* como un ente expansivo en cualquier materia, que tiende a demostrar precisamente la inocencia de la persona hasta en tanto se establezca una acusación debidamente fundada y motivada, que permita llegar, sobre la base de un criterio de razonabilidad, a una conclusión justificada y no arbitraria.

Ahora bien, partiendo de esos dos elementos indispensables en la custodia de procesos administrativos sancionadores, óptimos, eficaces y convencionales, debe decirse que la integración de sus elementos en el estándar interamericano de garantías judiciales —visión extensiva—, son los siguientes: 1) límites a la discrecional estatal; 2) comunicación o notificación previa y derecho a la defensa adecuada; 3) deber de motivación y la protección del principio de legalidad —relacionado con el principio de presunción de inocencia—; 4) derecho a la emisión de una resolución en un plazo razonable, y 5) derecho a recurrir el fallo.

Los límites que permean la actuación estatal nacen precisamente del respeto a los derechos humanos comprendidos en el Sistema Interamericano, cuya base protectora parte del contenido del artículo 1.1 de la CADH; por ello, estos derechos no están sujetos a la arbitrariedad de los Estados parte, sino, en cambio, se imponen como límites o barreras sustantivas para evitar que la autoridad estatal genere violaciones que puedan trascender de tal manera que el ejercicio de alguno de ellos se vea mermado o imposibilitado.

Al respecto, la Corte IDH sostuvo en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* que, en cualquier materia, la discrecionalidad de la Administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto a los derechos humanos, sin importar la materia en la que se desarrolle el actuar administrativo. Explorando una visión integral de salvaguarda de derechos, como elementos primigenios en la protección de la persona, que nacen de un principio rector —que es la dignidad humana—, mientras la lesión sea más grave o se acerque en mayor medida al núcleo duro del derecho, mucho mayor será la vulneración al principio de dignidad de la persona y, por tanto, de mayor intensidad la reparación del bien convencionalmente reconocido.

Por otro lado, el derecho a contar con una comunicación previa y detallada constituye un elemento para que la persona imputada tenga conocimiento, mediante una descripción clara, pormenorizada y precisa, de los hechos que se le imputan, tal como lo ha interpretado la Corte IDH.

Por su parte, la defensa adecuada parte del conocimiento previo de lo imputado, para estar en aptitud de ofrecer pruebas que desvirtúen esa situación. Es por ello que una parte de la premisa interpretativa del artículo 8.2 de la CADH prevé la obligación de acatar un estándar mínimo en la descripción de la conducta atribuida o imputada, para efecto de que, una vez que se tenga

el primer acercamiento —comunicación previa—, se esté en posibilidad de defenderse. Así lo indicó la propia Corte IDH en el caso *Maldonado Ordoñez vs. Guatemala* (sentencia de 3 de mayo de 2016, núm. 311, párr. 83).

Respecto del deber de motivación y la protección del principio de legalidad, la Corte IDH ha señalado que las determinaciones que adopten los Estados que puedan tener como consecuencia la lesión a un derecho humano, siempre deben colmar el requisito de esta adecuada fundamentación y, por ende, de motivación.

Así, al resolver el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, indicó que las garantías contenidas en el artículo 8.1 de la CADH, entre las que destaca la de adecuada fundamentación de los actos, deben observarse en todos los procedimientos en los que los órganos estatales adopten decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que con ello se garantiza el debido proceso y la defensa adecuada, aunado a que evita las determinaciones arbitrarias (sentencia de 19 de septiembre de 2006, núm. 151, párrs. 115-118).

En cuanto a la emisión de la resolución o decisión jurídica en un plazo razonable, la jurisprudencia interamericana ha señalado que debe apreciarse en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse (caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentencia de 12 de noviembre de 1997, núm. 35, párr. 71, y caso *Luna López vs. Honduras*, párr. 188).

De esta manera, el propio Tribunal regional de protección de derechos humanos ha sostenido que son cuatro los aspectos que deben observarse para determinar el cumplimiento cabal del principio de plazo razonable, a saber: *i*) la complejidad del asunto; *ii*) la conducta de las autoridades; *iii*) la actividad procesal del interesado, y *iv*) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Así, quedaron formalmente acotados los elementos que deben seguir los Estados para no vulnerar este principio dentro del debido proceso legal, y que se garantice la certeza de tener una decisión jurídica en un tiempo razonable.

Finalmente, por lo que hace al derecho interamericano de recurrir el fallo (establecido en el art. 8.2.h CADH), la Corte IDH ha indicado que supone una garantía de protección de suma importancia que se debe respetar en el debido proceso legal, sosteniendo que, al permitir que una sentencia o resolución sea revisada por un órgano judicial, se busca proteger el derecho de defensa y, con ello, atender a que un tribunal o juez de mayor jerarquía corrija los errores o vicios que sean contrarios a derecho.

Lo propio expresa la obligación de establecer un mecanismo idóneo para que la decisión jurídica combatida sea modificada, revocada o confirmada, ya que, de no contar con ese derecho, se tornaría ilusorio y nugatorio ese medio de defensa e implícitamente traería aparejada la ausencia de protección de garantías en el debido proceso legal (caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, núm. 107, párr. 158).

Por tanto, el derecho a recurrir el fallo conlleva la presencia de un recurso ordinario accesible, idóneo y eficaz, es decir, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho, cuyas formalidades de admisión deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver las cuestiones hechas valer por la

parte inconforme, y cuya validez radica en la corrección de una condena o sanción errónea.

*Jesús Ángel Cadena Alcalá*

#### 555. GARANTÍAS PROCESALES ELECTORALES

Todos los procesos de control constitucional deben de cubrir diversos requisitos indispensables que constituyen formalidades esenciales, de tal manera que den protección a los intereses adjetivos de las partes. En sentido estricto, se considera que solo los procesos jurisdiccionales forman parte del derecho procesal electoral, sin embargo, no podemos soslayar los procedimientos formalmente administrativos pero materialmente jurisdiccionales, donde conoce de las mismas la autoridad administrativa electoral y no la jurisdiccional.

En materia electoral se distinguen las garantías constitucionales electorales referidas a los derechos sustantivos y las relativas a los derechos procesales. Las Constituciones, de forma general, regulan como derechos sustantivos las diversas modalidades y características del voto o sufragio; las formas de participación directa o semidirecta; los derechos y deberes políticos; el régimen de los partidos políticos, incluido su financiamiento; así como los requisitos y modalidades para ejercer los cargos públicos.

El estudio de los medios de impugnación es analizado en una disciplina que se ha dado en llamar derecho procesal electoral, que cada vez adquiere mayor autonomía respecto del derecho sustantivo. Asimismo, es de advertir que cada vez aumenta la tendencia hacia la judicialización de las controversias electorales, por ello es relevante el análisis de los elementos mínimos para garantizar un acceso a la justicia electoral y a la tutela judicial efectiva.

Dentro de las garantías procesales electorales encontramos la regulación de las diferentes formas para impugnar o inconformarse con diversos actos vinculados con la materia electoral, dentro de los cuales se podrían considerar, como requisitos mínimos, los siguientes:

1. La existencia de un medio de impugnación para resolver una controversia en materia electoral, bien sea relacionado con el desarrollo de un proceso electoral o con los derechos políticos de un sujeto que se considere afectado. La existencia de medios eficaces de garantía de los derechos constitucionales vinculados a la materia electoral, que incluso algunos forman parte de los derechos humanos. Parte de la premisa de que todo acto es impugnabile salvo cuando la misma ley expresamente refiera lo contrario, lo cual, esto último, siempre será la excepción.

2. Publicidad del proceso. Este requisito consiste en que las partes, así como los terceros interesados, puedan tener acceso a las actuaciones judiciales para procurar una mejor defensa de sus derechos. Cada una de las actuaciones en el proceso son hechas no solo del conocimiento de las partes que intervienen, sino del público en general, se enlistan y fijan en los correspondientes estrados del acceso al público.

3. Celeridad en el proceso, es decir, que este se lleve a cabo sin dilaciones. Dada la naturaleza de la materia electoral, y atendiendo a que los procesos electorales tienen fechas establecidas, es necesario que exista una celeridad en la resolución de los conflictos que pudieran suscitarse. Asimismo, antes de que la reparación solicitada sea material y jurídicamente imposible dentro de los plazos electorales o antes de la fecha constitucional o legalmente fijada

para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos, por lo que los plazos para resolver son fatales sin dilación alguna y sin que exista suspensión de alguna naturaleza.

4. El proceso se inicia a instancia de parte. El juzgador en materia electoral, aun frente a una ley, acto o resolución flagrantemente inconstitucional, nunca podrá oficiosamente pronunciarse. Para que se inicie la función jurisdiccional forzosamente debe existir el ejercicio de la correspondiente acción, a cargo de los sujetos legitimados por la misma Constitución y las leyes secundarias aplicables. Es importante prever en la legislación quiénes son los sujetos legitimados para promover los distintos medios de impugnación, ya sean los ciudadanos cumpliendo determinados requisitos, los partidos y otras organizaciones políticas, candidatos.

5. Derecho a presentar pruebas y a la valoración de las mismas. Determinar los medios de prueba que pueden ofrecer las partes y, en su caso, la facultad del respectivo órgano electoral para ordenar la diligenciación de pruebas para mejor proveer los sistemas de valoración de pruebas, ya se trate del libre, tasado o mixto,

6. Garantía de audiencia. En materia electoral no puede pasar inadvertida esta garantía constitucional, plasmada en la mayoría de las Constituciones de los países para garantizar la defensa adecuada, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio que se siga *se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento*. Esta garantía incluye el derecho a conciliarse en temas que así lo permitan y no afecten el interés público, por lo que la justicia alternativa electoral (mediación, conciliación y arbitraje) debe estar presente en todo momento dentro o fuera (previo) del procedimiento contencioso.

En otras palabras, es la protección constitucional con que cuentan las partes para ser oídos y expresar o hacer valer sus razones, ya sea de manera verbal o por escrito.

7. La existencia de un tercero imparcial e independiente, establecido con anterioridad a la controversia que resuelva la misma, ya se trate de un órgano de control de naturaleza jurisdiccional, administrativa o política, o mixto.

8. La definición de la suplencia en la deficiencia de la queja o en la argumentación del respectivo medio de impugnación, cuando se trate de determinados supuestos, por ejemplo, de grupos vulnerables, por cuestiones de género, por tratarse de derechos ciudadanos, derechos comunitarios, etcétera.

9. Derecho a una resolución en plenitud de jurisdicción, implica la definición final y ulterior de una posible cadena impugnativa con la que concluya la controversia en forma definitiva y firme sin reenvío para efectos.

10. Derecho a la ejecución del fallo o sentencia, sin necesidad de implementar procedimientos ilegales posteriores al dictado de la sentencia favorable que hagan nugatorio el ejercicio del derecho.

*Ma. Macarita Elizondo Gasperín*

## 556. GARANTISMO JUDICIAL

El término garantismo judicial ha sido acuñado principalmente por Luigi Ferrajoli. Al impartir una conferencia en México, en el marco del Congreso *Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado*, Ferrajoli sostuvo: “garantismo es una palabra nueva que se ha ido introduciendo poco a poco. Yo

la utilicé por primera vez hace 30 o 40 años y ha permeado al léxico jurídico y político, primero en el idioma italiano, ahora también en el español”.

El vocablo “garantismo” se refiere “a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales”. El concepto garantista fue desarrollado dentro de la materia penal, por lo que inicialmente se desarrolla el concepto de “garantismo penal”. Este surgió en Italia en la segunda mitad de los años setenta como respuesta al estado de emergencia nacional que propició la reducción del sistema de garantías procesales. En este sentido, el concepto de garantismo se asocia a la tutela del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personales, frente al poder punitivo del Estado.

Al respecto, Adrián Rentería Díaz considera que el garantismo “...tiene su raíz en la preocupación de Ferrajoli por esclarecer algunos conceptos de la teoría del derecho, y del derecho penal en modo particular, y sentar las bases normativas para el funcionamiento de un sistema penal caracterizado por la tutela de los individuos involucrados, como inculpados, en un proceso penal. Podríamos referirnos a este tipo de garantismo, sin incurrir en excesos analíticos, como el garantismo penal ferrajoliano”.

En un sentido más amplio, Ferrajoli sostiene que el garantismo *no es más* que la otra cara del constitucionalismo y el fundamento del régimen democrático. Además, el mismo autor reconoce cuatro dimensiones del concepto: la dimensión política, civil, liberal y social; y cada una de ellas depende de la clase de derechos garantizados.

En *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ferrajoli distingue tres acepciones aplicables al término.

a) *Designa un modelo normativo de derecho*. Precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad” propio del *Estado de derecho*, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es “garantista” todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

b) *Teoría del derecho y crítica del derecho*. Designa una *teoría jurídica* de la “validez” y de la “efectividad” como categorías distintas no solo entre sí, sino también respecto de la “existencia” o “vigencia” de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el “ser” y el “deber ser” en el derecho.

c) *Filosofía del derecho y crítica de la política*. Designa una *filosofía política* que impone al derecho y al Estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido, el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre “ser” y “deber ser” del derecho.

Ferrajoli acota que si bien estas tres acepciones tienen una connotación penal, asimismo, tienen un alcance teórico y filosófico general. Así, esos elementos valen también en los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fun-

damentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad —de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral— estructuralmente análogos al penal.

Con respecto a la *triple acepción*, Gascón Abellán sostiene que la teoría general del garantismo puede ser mejor comprendida si es presentada como la conjunción de una cierta *tesis metodológica* en el análisis metajurídico y jurídico, y una cierta *doctrina de filosofía política*. La tesis metodológica es la que mantiene la separación entre el ser y el deber ser. La doctrina de filosofía política es la que entiende al Estado y al derecho como artificios o instrumentos para la tutela y garantía de los derechos naturales (vitales) de los individuos.

En *Epistemología jurídica y garantismo*, Ferrajoli distingue dos implicaciones del modelo garantista de juicio penal que siembran la semilla de lo que podría ser concebido como el *garantismo judicial*:

a) La primera implicación es que el nexa postulado por él, entre verdad, validez y justicia de los actos jurisdiccionales, representa el principal fundamento teórico de la división de poderes y de la independencia del Poder Judicial en el moderno Estado representativo de derecho.

b) La segunda implicación hace referencia a la legitimación del juicio y, consiguientemente, del Poder Judicial. Esta legitimación se funda sobre la aceptabilidad de las motivaciones de los jueces y depende enteramente de las garantías penales y procesales que son, ante todo, garantías de verdad.

Así, en *Democracia y garantismo*, el autor de este “neologismo” advierte que la fuente de legitimación del Poder Judicial se identifica completamente con el sistema de garantías, es decir, de los límites y de los vínculos —primero entre todos el de estricta legalidad penal— dirigidos a reducir al máximo el arbitrio de los jueces para así tutelar los derechos de los ciudadanos.

La universalidad de los derechos fundamentales y su carácter democrático consiste en el hecho de *garantizar a todos*, y no en el hecho de que sean *aceptados por todos*. Son establecidos precisamente porque no todos aceptan su carácter democrático y su rol de garantía de todos los seres humanos. En este sentido —sostiene Ferrajoli en *Garantismo y derecho penal*—, los derechos fundamentales son la base de la igualdad, y al reconocer que el garantismo puede designar las técnicas a través de las cuales se puede lograr el máximo de efectividad en la *implementación* del edificio constitucional, es plausible afirmar que el garantismo es una doctrina filosófico-política de justificación del derecho penal y, a la vez, una teoría jurídica normativa de las garantías penales y procesales. Es una filosofía acerca de los fines y los fundamentos del derecho penal y al mismo tiempo una teoría del derecho penal mínimo. Una y otra sobre el deber ser y no el ser del derecho, que en gran parte reproduce los principios de justicia incorporados en las Constituciones.

Dentro del ordenamiento jurídico mexicano, la teoría garantista de Ferrajoli se materializa en la instauración de los *jueces de control* dentro de la reforma que dio vida al nuevo sistema de justicia penal acusatorio. Dicha reforma fue publicada el 18 de junio de 2008 en el *Diario Oficial de la Federación* en el decreto por el que se reforman los arts. 16 a 22; las fracs. XXI y XXIII del art. 73; la frac. VII del art. 115, y la frac. XIII del apartado B del art. 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La figura de los *jueces de control* se estimó necesaria para la vigilancia de las actuaciones ministeriales y policíacas durante la investigación de los delitos y para resolver las medidas

provisionales que específicamente requieran de control judicial, sin detrimento de que sigue siendo responsabilidad del Ministerio Público la retención de los detenidos hasta que sean presentados ante el juez de la causa con motivo de la acusación. Así, en consonancia con los derechos de toda persona imputada y los de la víctima o del ofendido que enuncia el art. 20 constitucional, corresponderá a los jueces de control vigilar, controlar, avalar y, en su caso, descalificar las acciones llevadas a cabo en la etapa de investigación a fin de que se sujeten a reglas más exigentes desde el punto de vista jurídico, lógico y de respeto a los derechos humanos. Esto es de suma importancia porque el contenido, interpretación y alcances de la reforma constitucional en materia penal no pueden ser disociados, en absoluto, de otras dos reformas constitucionales, promulgadas en junio de 2011 en materia de amparo y derechos humanos. Gracias a la reforma a los arts. 94, 103 y 107 constitucionales publicadas el 6 de junio de 2011, el juicio de amparo se actualizará, siendo más ágil y accesible para los individuos, y esto le permitirá recobrar su esencia, es decir, evitar los abusos de poder y garantizar el régimen de libertades. Del mismo modo, y estrechamente ligada con la anterior, es la reforma que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos arts. constitucionales, y que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

En conclusión, el garantismo judicial está fincado en la exigencia del respaldo argumentativo de las decisiones judiciales propio de un Estado constitucional y democrático de derecho, en donde todas las autoridades están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, tomando en cuenta los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El garantismo judicial coadyuva a que la ley fundamental se interprete de acuerdo con los principios constitucionales de libertad y de justicia, de tal manera que nada esté por encima de la protección a los derechos humanos.

*Juan N. Silva Meza*

## 557. GÉNERO

El género se distingue del sexo, por cuanto el segundo es la descripción biológica de los cuerpos. A partir de diversos caracteres hormonales, cromosómicos y genitales, se determina si una persona es varón o mujer, y aunque hoy en día se ha reconocido que la cuestión de la definición sexual no es tampoco binaria, en este espacio no nos ocuparemos de la gradación en que se ubica el sexo. Basta con mencionar que la intersexualidad, es decir, la ambigüedad en las características sexuales, no permite identificar plenamente a la persona como un varón o una mujer.

El género, por otro lado, es una construcción social. Se refiere más bien a la construcción histórico-cultural que se desarrolla a partir de los sexos y que moldea roles sobre los comportamientos, actividades y atributos que una sociedad dada considera como apropiados para los hombres y las mujeres. Se refiere a lo que es propiamente *masculino* y a lo que es *femenino*.

Como construcción cultural, el género se presenta como la manifestación de lo que socialmente se ha definido perteneciente al ser mujer o al ser hombre y, en este sentido, opera como un prejuicio o un estereotipo.

Resulta muy relevante destacar que la desigualdad de género es el resultado de esta construcción en la cual se jerarquizan formas de ser que se esen-

cian al sexo biológico y con ello se distribuye el poder. De esa forma, culturalmente, el “ser mujer” se valora de manera diferente del “ser hombre” y esa distribución inequitativa de valor se reproduce en la desigualdad estructural arraigada socialmente y que impacta en el acceso y disfrute de derechos de las mujeres, pero también en las personas que no se adecuen a la expectativa cultural-social del sexo con el que nacieron.

Los estudios de género han avanzado en la medida en que se plantea que la identidad o expresión del género debe ser definida a partir de cada persona, es decir, no impuesta cultural o socialmente, sino que cada persona puede entenderse desde su propia identidad y, en este sentido, expresarla. Así, se ha reconocido que del derecho a la autodeterminación y del principio de dignidad pende el derecho a la identidad dentro del cual se ubica el derecho a la identidad de género y a su libre expresión.

La orientación sexual se refiere al deseo o atracción sexuales y puede ser principalmente heterosexual, homosexual o bisexual (existen otras clasificaciones más); mientras que la identidad y expresión de género se refieren a cómo se entiende una persona y cómo lo expresa en su forma de ser y de relacionarse con el mundo. El género, pues, no es binario, cada persona es libre de definir su identidad como parte de su derecho a la autodeterminación.

En 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) publicó la opinión consultiva 24/17 sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Esta opinión se construye en la misma línea que los casos *Karen Atala e Hijas vs. Chile*, *Duque vs. Colombia* y *Flor Freire vs. Ecuador* y reitera sus criterios con respecto a la protección de la orientación sexual como categoría sospechosa consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la prohibición de cualquier diferenciación o limitación arbitraria a los derechos de las personas basado en su orientación sexual. Asimismo, refuerza el reconocimiento del derecho a la familia y vida familiar de las parejas del mismo sexo, así como su derecho a que sus vínculos sean protegidos. Lo novedoso de esta opinión radica en el reconocimiento de la identidad y expresión de género como categorías sospechosas protegidas, también, por el artículo 1.1 de la CADH.

Se contempla el derecho a la identidad como uno que se desarrolla a partir del principio de dignidad humana y del que parte el derecho a la vida privada. Asume que la exteriorización del modo de ser de acuerdo con las más íntimas convicciones, como uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas, es precisamente la identidad de género y sexual. En este sentido, se entiende que la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas que se encuentra protegido por la CADH en sus artículos 7 y 11.2.

En razón de lo anterior, protege el derecho a adecuar los datos de identidad de conformidad con la identidad de género autopercibida, para lo cual establece criterios en función de los diversos contextos. La Corte IDH establece que el reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans.

*Geraldina González de la Vega*

## 558. GLOBALIZACIÓN

Desde finales del siglo xx y principios del xxi, la discusión en torno a la globalización ha representado un terreno problemático. En la década de los ochenta, “globalización” fue un concepto seductor que ilustraba la ansiedad por el advenimiento de una era tendente a la consolidación de intereses genuinos, compartidos a escala mundial; sin embargo, hoy día el término está ligado a un proceso inevitablemente relacionado con el desarrollo del capitalismo tardío y de la imposición de la matriz neoliberal en el seno de las sociedades contemporáneas. Su sentido ha sido, al mismo tiempo, consecuencia y condición de posibilidad de la expansión del mercado y de la conformación de un nuevo orden económico y social, con actores políticos y consecuencias jurídicas también nuevas.

Aun cuando el proceso de integración del mundo puede rastrearse hasta los inicios de la modernidad y a las discusiones que desde el siglo xix han dado forma al liberalismo, fue después de la Segunda Guerra Mundial cuando un conjunto de tendencias claramente integradoras a escala mundial se ha hecho notar, entre las que destacan las siguientes:

a) la aparición de una economía de mercado global, caracterizada por la conformación de bloques comerciales formados sobre la base de criterios geopolíticos, de transnacionalización de capitales, de integración financiera internacional, de una gran movilidad de bienes y trabajadores, así como el paulatino desarrollo de las ciudades como centros de consumo pensados para “consumidores universales”;

b) los crecientes discursos sobre problemas “transnacionales”, tales como la contaminación ambiental, el desastre ecológico, la amenaza nuclear y las enfermedades epidémicas, así como los problemas de crimen a gran escala, como el terrorismo, el narcotráfico y el tráfico de personas y de armas;

c) la intensificación de los flujos de personas, bienes, dinero, ideas e imágenes que se diseminan por todo el globo;

d) la construcción de un nivel de relaciones jurídicas supranacionales, conformado por normas, instituciones y procedimientos tendentes a colocar límites al poder de los Estados —como ha ocurrido con el desarrollo de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y sus instituciones garantes o la justicia penal internacional— y a expandir las posibilidades para el crecimiento del mercado, a favor del desarrollo de una nueva *lex mercatoria*, y

e) el desarrollo de tecnologías que han redefinido las nociones tradicionales de espacio y tiempo, que crean reales comunidades ilimitadas de comunicación a través de las redes sociales y que diseminan mensajes en tiempo real a escala mundial.

Sin embargo, no puede obviarse que estos procesos integradores han carecido ciertamente de una razón democrática, generando, más bien, una lógica de uniformización que tiende a imponer una mirada única sobre el modo en el que las relaciones humanas deben estructurarse, alrededor de una psicología común, básicamente orientada hacia el mercado —de bienes, de ideologías, de estilos de vida, todos considerados mercancías—, donde la diversidad humana ha sido aprovechada para perfilar ciertos hábitos de consumo y proscribir otros. En consecuencia, la globalización enfrenta constantemente obstáculos importantes que, desde lo local, han buscado resistir a la

uniformización mediante la globalifobia, que no es otra cosa que una actitud que se opone a los dictados de un mercado que no reconoce límites, de un Estado que no sabe imponerlos y de una sociedad que se ha incrustado, aun sin saberlo, en el gran *stock* de mercancías que supone el supermercado mundial.

Por ello, cuando se habla de globalización no debe perderse de vista que, más que de un proceso, se trata de un entramado de tendencias que, ciertamente, hoy se viven a escala mundial pero que, aparentemente, solo discurren por senderos pacíficos y convergentes. Más bien, es necesario tener en cuenta que la globalización está caracterizada por fuertes tensiones, entre las cuales vale la pena señalar las siguientes:

*i)* aun cuando puede ser estimada como uno de los últimos signos de la modernidad, la globalización encierra nuevas formas de colonialismo basadas en nociones espaciales de poder concentrado en soberanos supraestatales: monopolios globales, empresas transnacionales, paneles comerciales y países hegemónicos que continúan extrayendo, como en el pasado, bienes primarios de los países menos desarrollados;

*ii)* si bien la condición global se desarrolla en el seno de una red mundial de comunicaciones, el elevado desarrollo de los medios masivos y la telemática no ha significado realmente el mejoramiento de la comunicación entre los seres humanos; por el contrario, la información ha constituido un arma poderosa que permite predecir y también moldear, con elevados niveles de certeza, el comportamiento de los mercados en todo el mundo, la situación de las divisas, la especulación sobre bienes y servicios, así como el comportamiento electoral y las reacciones sociales en torno a temas de interés estratégico;

*iii)* aun cuando una sensación de ubicuidad se hace posible gracias a los satélites, los celulares y las redes sociales, de igual forma, estar conectado con todo el mundo ha podido significar estarlo realmente con nadie, en una soledad electrónicamente acompañada, que ha propiciado el aislamiento, la virtualización del espacio público, la desconstrucción de colectividades y, en ese sentido, no solo ha facilitado el individualismo, sino que incluso ha sido plataforma para la trata de personas, los intercambios de mercancías ilegales y una nueva gama de relaciones clandestinas que ocurren en el fondo de la Internet;

*iv)* mientras las modernas redes de transporte han hecho posible la movilidad internacional de empresarios, intelectuales, turistas, diplomáticos y militares, la relación inversamente proporcional que existe entre el desarrollo de los polos metropolitanos centrales y la pauperización de los países periféricos han motivado el incremento de la migración indocumentada que, a riesgo de ser criminalizados y victimizados, buscan en el éxodo condiciones para sobrevivir;

*v)* al tiempo que existe un creciente llamado por el respeto de los derechos humanos y la democracia, las nuevas formas de regionalismo, nacionalismo y fundamentalismo han mostrado la brutalidad de la capacidad de destrucción humana. De hecho, la aparición de estos particularismos atrae la atención hacia la disgregación del ideal universalista en nuevas formas de partición cultural. Occidente vive la intolerancia de los movimientos en contra de los inmigrantes y los refugiados y el *revival* del racismo. En Europa, por ejemplo, la búsqueda de integración que incluye, como en ninguna otra parte del mundo, economía, política y cultura, contrasta con las sombras de la intolerancia y el segregacionismo que han dado paso a procesos internos y externos de fragmentación

regional. De este lado del Atlántico, la contención de inmigrantes centro y sudamericanos es una de las más importantes preocupaciones para Estados Unidos, ello además de la aparición de sectas y de grupos paramilitares de ultraderecha. En Asia, el surgimiento de los fundamentalismos en Medio Oriente está provocando tensiones que constantemente amenazan la débil paz en el mundo, y

vi) en el camino hacia un momento en el que la robotización promete avances notables, que harán posible el desempeño de actividades que hoy son de alta especialización, mediante rutinas automatizadas que probablemente harán prescindibles a médicos, abogados e ingenieros, las nuevas relaciones laborales se aproximan peligrosamente a callejones sin salida que, mediante modelos de negocios que hacen obsoleto el antes necesario vínculo entre trabajadores y patrones —como es el caso del llamado modelo Uber— visibilizan nuevas formas de servidumbre.

En síntesis, la globalización es el conjunto de tendencias, contradicciones y tensiones que, en el contexto de un mundo hipercomunicado, plantean una cierta relación dialéctica entre lo local y lo universal, que se despliega como una espiral que asciende y desciende siempre desde y hacia Occidente. Globalización es, por tanto y al mismo tiempo, la condición que bien puede imputarse al desarrollo tecnológico que ha vivido el planeta en el último medio siglo, pero también, y no menos que eso, un giro más, el más reciente, del añejo anhelo de occidentalización del mundo.

*Luis González Placencia*

## 559. GOBIERNO Y OPOSICIÓN

El rasgo básico del funcionamiento de todo Estado contemporáneo se funda en las relaciones entre el gobierno y la oposición. El nexo de integración o de conflicto en una sociedad democrática no solamente se encuentra en el poder de la autoridad, sino también en el grado de legitimidad que se le otorga a la oposición, lo que ha permitido que los poderes constituidos históricamente se transformen en instituciones tolerantes y pluralistas.

Dicho proceso, iniciado en Europa a partir del siglo xv con la formación del Estado moderno, incorporó a la oposición política en el Parlamento a través de la instauración del Estado democrático-constitucional en el siglo xviii, que asumió los valores de libertad e igualdad. En ese sentido, la oposición constituye la base que legitima a todo sistema que se precie de ser democrático, a pesar de que en el lenguaje político cotidiano y en los análisis políticos sobre coyunturas solamente se le ubique como el conjunto de fuerzas políticas y sociales externas al gobierno.

Por otra parte, la oposición política ha sido definida usualmente como un elemento funcional más del sistema, no solamente cuando aparece tratada en el contexto de tópicos globales, sino también cuando integra el objeto del estudio casuístico de los sistemas políticos de los países en los que esta se ha convertido en pilar de la institucionalidad. Sin embargo, independientemente de que la oposición política sea un concepto que brota directamente de la acción política, puede señalarse que ella es producto del conflicto social y, por lo tanto, se encuentra estrechamente ligada a la teoría y praxis del Estado democrático, sistema que ante la evidencia del conflicto social históricamente ha reconocido su inevitabilidad, incorporándolo y regulándolo.

La traslación en el plano jurídico-político del reconocimiento del conflicto —que es un rasgo distintivo de los sistemas democráticos— se ha concretado en la institucionalización de la oposición. No obstante, aun cuando dicho reconocimiento atenúe el conflicto de intereses, también desnaturaliza su inicial fuerza contralora de los excesos del poder, sobre todo cuando los supuestos legitimadores de la democracia son soslayados por los mecanismos procedimentales del sistema representativo. Así, la oposición, desprovista de sustancia, coincide en la praxis política y, en los estudios teóricos, con el sistema de partidos o con su función en el Parlamento.

Pero convertir a la oposición en un elemento funcional al sistema hace perder de vista su sentido en relación con la autoridad. Antes bien, el proceso de retroalimentación del sistema podría conducir a la absorción de la oposición, a su disolución en el seno de la autoridad y, por consiguiente, a su inoperancia como oposición al poder. Estos supuestos son los que convalidan las tesis consensuales de la democracia, lo que es contrario a los principios históricos y doctrinales que dieron origen al sistema democrático: la tolerancia y el pluralismo.

Los rasgos básicos de la oposición política contemporánea son consecuencia de la praxis política liberal del poder que se ve imposibilitada, en el plano teórico y práctico, de abordar adecuadamente el hecho social de la oposición y que, de alguna manera, constituye un caso límite a su propia racionalidad formal y a su ciencia empírico-analítica, incapaz de analizar sustancialmente un fenómeno que explica su propia existencia política.

Dado que la oposición es siempre contraria al poder, de la praxis política han surgido dos tipos de oposición: una ideológica o contra el sistema, que niega los supuestos legitimadores del poder, y otra discrepante o en el sistema, que sobre la base de aceptar dichos supuestos discrepa del ejercicio práctico del mismo. Tales formas de oposición, como productos de la praxis política, se han configurado en un proceso histórico determinado. Al respecto, a partir de que el pueblo se convierte en sujeto de la historia, la oposición va adquiriendo un espacio propio en la praxis política. Esto significa que el binomio poder-oposición expresa históricamente el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad, conflicto que se origina a partir de una forma específica de legitimidad de la comunidad política y que en ningún caso se trata de una relación abstracta e intemporal.

Ahora bien, la fuente de interpretación de la relación dialéctica entre el poder y la oposición se remonta a la autoconciencia de legitimidad, en virtud de la cual se transita desde una concepción de necesidad divina del poder a una concepción de necesidad antropológica. Efectivamente, con la aparición de las pretensiones de libertad e igualdad como derechos innatos del hombre, la categoría de legitimidad se funda en los pactos políticos entre el pueblo y su gobernante. Y si el poder se justifica social y políticamente en dichos pactos, lo mismo puede sostenerse respecto a la base legitimadora de la oposición.

Así, el antecedente de la oposición, como correlato del poder, se halla en la institucionalización del derecho de resistencia, cuyos principios rectores fueron deslegitimados posteriormente con las revoluciones burguesas al redefinirse el poder teórica y prácticamente. No obstante, la relación poder-oposición, basada en el secular conflicto de las sociedades clasistas, se presentaría posteriormente con nuevos atributos, como la lucha entre el individuo y el Estado,

así como en el conflicto entre el Parlamento y el gobierno, lo que se reconduce o refleja en la dialéctica entre la autoridad y libertad. La oposición política, entonces, surge como una solución de coexistencia entre ambos extremos, entre la autoridad y la libertad, pero basada en la tolerancia y el pluralismo.

Sin embargo, las contradicciones ínsitas del proceso democrático han conllevado, de una parte, a la incorporación de la oposición discrepante a través de los partidos políticos y el Parlamento y, de otra, a la marginación de la vida política de algunos movimientos de oposición que pueden apelar incluso a la violencia, y que en el lenguaje contemporáneo son denominados como oposición extraparlamentaria. Con ello se someten nuevamente a debate los límites y las condiciones de posibilidad del régimen democrático constitucional. En todo caso, debe tenerse presente que la legitimidad de un poder democrático no se puede sustentar en sí mismo, sino en la existencia y operatividad a nivel real de la oposición.

*César Landa Arroyo*

#### 560. GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad establecen que la condición de vulnerabilidad se encuentra en contextos en el que las personas “por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Igualmente reconocen que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras: “la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”.

Al respecto, el término “vulnerabilidad” comúnmente usado se relaciona con “incapacidad”, “debilidad” o “riesgo” y, por tanto, es una denominación devaluada del grupo al que califica y de esta manera refuerza su discriminación. Es por ello que la expresión más adecuada es “grupos en situación de vulnerabilidad”, que comprende una realidad que se pretende transformar. Así, dicha expresión hace alusión a los grupos de personas que, por motivos de identidad o condición y por acción u omisión del Estado, se ven impedidos en el disfrute de sus derechos humanos en general.

Es preciso tomar en cuenta que, además de la dimensión jurídica, operan las dimensiones social e histórica en el entendimiento de la constitución de estos grupos como tales, pues nos referimos a personas que son —o han sido— sistemáticamente discriminadas o violentadas y que, por ese motivo, requieren de políticas de inclusión adecuadas que garanticen sus derechos o necesidades específicas. Es importante mencionar que no todas las sociedades discriminan a los mismos grupos de personas; o bien, con el paso del tiempo van apareciendo nuevos grupos que en el pasado no eran objeto de discriminación.

Los contextos de vulnerabilidad acarrear situaciones de discriminación estructural, marginación y exclusión histórica que fracturan los derechos humanos de las personas con base en patrones de valoración cultural. Por ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva 18/03, define a la discriminación estructural como la coexistencia de situa-

ciones de discriminación que, *de iure* y *de facto*, tanto histórica como política y jurídicamente, generan perjuicio a categorías sociales específicas que están estructuradas dentro de una sociedad, lo que deriva en una condición de vulnerabilidad que tiene una dimensión ideológica y se presenta en determinado contexto histórico.

En este sentido, dichas situaciones pueden ser provocadas por la emisión de leyes, disposiciones administrativas, civiles o de cualquier carácter, así como por prácticas de funcionarios estatales. Es decir que cuando la discriminación y exclusión se encuentran en la raíz de la cultura, las normas y la historia de una sociedad determinada, aquella se vuelve estructural, nociva y profundamente arraigada en las instituciones sociales. Así, la discriminación se convierte en un acto normal y socialmente aceptado, ya que forma parte de la idiosincrasia de una sociedad.

La visibilización de los grupos en situación de vulnerabilidad se ha convertido en una herramienta jurídica que ha permitido la promoción y protección de los derechos humanos de grupos completos, más allá de los individuos que los componen. De ahí que el derecho internacional de los derechos humanos haya tenido un florecimiento en la materia en los últimos años, pues se brinda mayor protección a estos colectivos mediante la aprobación de instrumentos internacionales y la creación de una sólida jurisprudencia derivada de la interpretación de los mismos. Pueden destacarse instrumentos que hacen referencia a la situación de niñas, niños y adolescentes, mujeres, migrantes, personas con discapacidad, refugiados, afrodescendientes, personas indígenas, personas mayores, LGBTTTIQA, personas privadas de la libertad, defensores de derechos humanos, entre otras.

*Eréndira Nohemí Ramos Vázquez*

Lelia Jiménez Bartlett · Patricia Kurczyn Villalobos  
Andreu · Júpiter Quiñones Domínguez · Ángela Quiñones  
nández · Eréndira Nohemí Ramos Vázquez · Laura  
Gargarita Rey Anaya · Ernesto Reyes Cantor · José Franci  
odes · María Díaz Crego · Gabriela Ríos Céspedes · M  
abido Santana · José Antonio Rivera Sanjaimes · Jon  
María del Refugio Elizabeth Rodríguez Cárdenas · Gracie  
Rodríguez Vázquez · Laura Patricia Rojas Camudio  
López Sáenz · David Cienfuegos Salgado · Gumesinda  
Hernández · María de los Ángeles Guzmán García · C  
onte · Aída Díaz-Tendero · Set Leonel López Gianop  
· Emanuel López Sáenz · Lucio Pegoraro · Ignacio Ló  
Lora Alarcón · Marisol Anglés Hernández · Ma. Carl  
Tendero Estrada · Armin von Bogdandy · Daniel Márque  
i · Hermógenes Acosta de los Santos · Leonardo Mart  
niko · Luis María Aguilar Morales · Arne Marjan Ma  
o · Raúl Manuel Mejía Garza · Mario Melgar Adalid  
endoza Iserte · María del Carmen Alanís Figueroa · E  
Pérez · Robert Alexy · Ricardo Alonso García · María  
Adriana Monter Guerrero · Karina Ansolabehere · J  
los Morales Sánchez · Carlos Ayala Corao · Enoc Fran  
Muñetón Londoño · Silvia Bagni · Pablo Francisco M  
salvador O. Nava Gomar · Néstor Pedro Sagüés · Matt  
· José María Coello de Portugal · César Enrique Olm  
ada · Daniel Cerqueira · J. Jesús Orozco Henríquez · V  
Ortecho Villena · Christina Binder · Javier M. Ortiz F  
de Paz González · Allan R. Brewer-Carías · Pedro Es  
ino · Catalina Botero · Roselia Bustillo Marín · María  
ez · José Ramón Cossío Díaz · Carlos Pérez Vázquez ·  
ram Raúl Piña Libien · Caterina Drigo · Andrea Poza  
oy · Martha Prieto Valdés · Juan Pablo Salazar Andreu  
Ángela Quiñones Domínguez · Noemí Ramos Vázquez · H



561. **HABEAS CORPUS**

*Concepto.* El proceso de *habeas corpus*, o proceso de exhibición de persona, es la garantía jurisdiccional más antigua del derecho procesal constitucional, cuya locución latina significa “exhibe el cuerpo o presenta al prisionero”, que implicaba, desde entonces, llevar físicamente al detenido ante los tribunales y determinar sumariamente la legalidad de la detención y, de resultar procedente la petición, poner en inmediata libertad al quejoso. La función clásica de este instrumento liberal es proteger judicialmente, de manera urgente, la libertad personal contra detenciones provenientes de cualquier tipo de autoridad —aun en los tiempos de anormalidad generalizada—, atendiendo al carácter inderogable que tiene de forma implícita en los principios superiores constitucionales y explícitamente en los artículos 7.6 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El ámbito de protección ha evolucionado principalmente en el constitucionalismo procesal de América Latina, dadas las violaciones sistemáticas a los derechos humanos durante los tiempos de las dictaduras militares en el marco de la denominada Guerra Fría; la versión continental superó décadas atrás al modelo tradicional, ampliando su campo de resguardo al derecho a la vida, y para asegurar el respeto a la integridad física contra todo acto de tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (condiciones penitenciarias consistentes en agravamientos ilegítimos, sean detenciones legales o ilegales), y en contra de la barbarie de violaciones múltiples a la dignidad humana mediante las desapariciones forzadas de personas, cuya impugnación puso a prueba a los jueces de *habeas corpus* para transformar las respuestas jurisdiccionales en atención a las necesidades de regularidad constitucional que exigían las sociedades democráticas en tiempos difíciles. Este proceso desarrolla una actividad preventiva y protectora de los derechos humanos protegidos a partir de medidas cautelares bajo fundamentos procesales modernos de máxima urgencia. Dicha institución no se agota en la exhibición del detenido, sino que puede dictarse con cualquier efecto dependiendo de la naturaleza de los actos lesivos, es decir, se configura el principio de tutela cautelar innominada, lo cual permite al juez constitucional dictar cualquier medida tendiente a conseguir la protección del detenido, así como la aplicación de medidas de apremio necesarias para lograr el cumplimiento oportuno de sus resoluciones procesales. La naturaleza procesal del *habeas corpus* es mixta y, dependiendo de cada sistema constitucional, podemos encontrar a la garantía en comento como proceso o como recurso; pocos son los países que habilitan su procedencia genérica para la impugnación integral de procesos penales, en el cual se pueden alegar violaciones constitucionales y convencionales, como acontece en el amparo mexicano, a través del artículo 15. La gran mayoría de los países de América lo adoptan como proceso sin permitir su carácter de impugnación de sentencias penales.

*Historia.* Aunque se busca encontrar a la garantía de *habeas corpus* en el derecho romano, a través del interdicto de *homine libero exhibendo*, que protegía solo al hombre libre y mantenía su improcedencia para tutelar los derechos de los esclavos, no aporta grandes rasgos garantistas a la institución procesal de origen anglosajona. El *habeas corpus* aparece en Inglaterra durante la Edad Media, sin fundamento en el derecho positivo, aunque no se sabe con precisión en qué momento, como un mecanismo procesal para proteger a los ciudadanos contra las detenciones arbitrarias, incluso aquellas ordenadas por el

rey. Su régimen procesal era sencillo —y se mantiene en la actualidad—, pues consistía en que toda persona detenida podía presentar demanda de *habeas corpus* ante el juez, a través de otra persona si se encontraba imposibilitado, quien de inmediato debía dictar medida cautelar consistente en el famoso auto de exhibición de persona, que era una orden judicial que requería la presentación inmediata del prisionero ante el órgano jurisdiccional para determinar, en su caso, la ilegalidad de la medida impugnada; la primer ley, que regula al proceso constitucional en comento es el *Habeas Corpus Act* (1679), que no aportó ninguna novedad, ya que solo incorporó los criterios jurisprudenciales relevantes de su desarrollo procesal; sin embargo, no consideramos al *habeas corpus* inglés como la garantía histórica más importante, atendiendo a su régimen procesal, así como a su campo de protección, limitado a la libertad personal, a diferencia de la figura contemplada en la legislación fundamental de los Reinos de Aragón y Castilla (Fuero Juzgo), que dio vida a un sistema de garantías de los derechos constitucionales, denominado *procesos forales de Aragón*, entre los que destacaba el proceso de manifestación de persona que resguardaba la vida y la integridad física, a través de dos vías procesales, ambas con principios sumarios, lo que puede considerarse como antecedente del principio de máxima urgencia que rige en el *habeas corpus* o exhibición de persona de nuestro tiempo; el órgano encargado de tramitar dicha garantía era el Justicia Mayor de Aragón, que aparece durante el siglo XIII. En México (1841-1847) se reconoce constitucionalmente al juicio de amparo como garantía para proteger todos los derechos humanos, incluyendo el control de constitucionalidad de leyes; respecto a su campo de protección, se considera inmerso en el sistema polifuncional de la Ley de Amparo, de manera particular en los artículos 15 (amparo indirecto) como verdadero proceso y 173 (amparo directo) como recurso.

*Estados de sitio.* Uno de los principios esenciales del proceso de *habeas corpus* es su carácter inderogable, sea en tiempos de normalidad o anormalidad constitucional. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre la vigencia del *habeas corpus* durante los estados de sitio, ha sido categórica respecto a que no puede suspenderse en ningún momento o circunstancia extraordinaria; ello en la Opinión consultiva (OC) 8/87 (art. 27.2 de la CADH), asimismo, ha fijado el fundamento de los recursos judiciales, de manera genérica (art. 25.1 CADH) al recurso de amparo y, de manera particular, al recurso de *habeas corpus* (art. 7.6 CADH), los cuales se consideran componentes esenciales para el Estado de derecho, e indispensables para las exigencias de las sociedades democráticas para salvaguardar el catálogo de derechos humanos que no pueden suspenderse ni restringirse en los estados de excepción. El primer caso contencioso que resuelven los jueces continentales sobre este tema fue *Neira Alegría y otros vs. Perú*, en el cual se reitera la jurisprudencia de la OC-8/87 y se declara incompatible con la Convención un decreto emitido por el ejecutivo peruano, por suspender el proceso de *habeas corpus* o exhibición de persona.

*Derecho internacional y derecho procesal internacional.* El proceso de *habeas corpus* tiene una doble dimensión en el derecho internacional: a) declaración de derechos. La garantía de la libertad personal contra detenciones ilegales y arbitrarias es reconocida en diversos instrumentos internacionales y regionales, entre los que destacan los artículos XXV de la Declaración Americana de

los Derechos y Deberes del Hombre (1948); 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); 7.6 de la CADH (1969), y X de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (2002). La Corte IDH ha desarrollado una rica jurisprudencia sobre el tema desde sus primeras tres sentencias (1989), casos que versaban sobre desaparición forzada de personas y sobre la ineficacia del recurso de exhibición de persona, el cual, bajo consideraciones de la Corte, fue sometido a formalidades excesivas que lo hacían inaccesible para combatir este tipo de detenciones (caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*); sin embargo, la OC-8/87 (párrs. 33-35) fijó importantes criterios generales respecto al *habeas corpus* o exhibición de persona (art. 7.6 CADH), destacando su base convencional y su función primordial de verificación judicial de todo tipo de detenciones, y para prevenir torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como las desapariciones forzadas. Un aspecto fundamental convencional es la necesidad de exhibir al detenido de manera inmediata ante el juez constitucional, medida cautelar que desempeña un papel preventivo. El auto de exhibición de persona es una pieza clave para la eficacia de los recursos judiciales, para conseguir preservar de manera inmediata los derechos humanos en contra de posibles daños de imposible reparación;

*b) derecho procesal internacional.* Otra de las vertientes del derecho internacional de los derechos humanos es la garantía de los derechos humanos ante órganos especializados (sistemas de protección regional o universal), los cuales pueden conocer de reclamos (peticiones o comunicaciones individuales), que pueden considerarse como amparos internacionales. Existen diversas técnicas procesales que permiten plantear una forma de *habeas corpus* o exhibición de persona internacional; el sistema universal dispone de acceso individual ante: el Comité de Derechos Humanos (ONU) y ante el Comité contra la Tortura (ONU); otro mecanismo de *habeas corpus* o exhibición de persona es el referente al procedimiento seguido ante el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias (ONU); en el Sistema Interamericano, los órganos encargados (art. 33 CADH) de asegurar el respeto a la Convención Americana son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, al momento de emitirse la sentencia, la víctima se encontraba privada de la libertad, en consecuencia, la Corte dispuso su inmediata libertad.

*Derecho procesal constitucional.* La garantía de la libertad fue una aportación inglesa y española al universo procesal, subsistiendo hasta nuestros días la primera de ellas. Incluso, la Constitución española (1978) la recoge, pero sigue la tradición anglosajona (art. 17.4), apartándose de su glorioso pasado procesal aragonés. El procesalismo constitucional latinoamericano ha realizado importantes aportaciones al *habeas corpus*, ampliando su radio de tutela hacia la salvaguarda de otras prerrogativas conexas a la libertad personal: la vida, la integridad física o cualquier otra medida que agrave ilegítimamente la privación de la libertad. Considero, sin afán sentimental por habitar en esta zona común de nuestra América, que se ha superado su rol clásico, pudiendo mencionar un *habeas corpus* latinoamericano superior al inglés. Corresponde a Perú la codificación legislativa de todos los procesos constitucionales en el Código Procesal Constitucional (2004), incluyendo la garantía en estudio. Si bien Costa Rica (1989) y El Salvador (1960) han regulado esta materia mediante ordenamien-

tos especiales —Ley de la Jurisdicción Constitucional y Ley de Procedimientos Constitucionales, respectivamente—, el paso definitivo, científicamente hablando, se encuentra en la legislación andina referida. En materia de *habeas corpus*, la legislación más novedosa y pionera fue la Ley 23.098 de la República Argentina de 1984, que regula de manera especial al instituto adjetivo, que como consecuencia del régimen militar (1976-1983) y las adversidades que enfrentó el proceso de *habeas corpus* en cuanto a su eficacia y radio de protección, ya que se requirió su funcionamiento fuera de procedencia tradicional contra desapariciones forzadas, a lo que en principio los tribunales competentes consideraron improcedente, determinando preliminarmente que la vía para investigar dichas situaciones era la jurisdicción penal. Dicha situación provocó tardíamente la reacción de la Corte Suprema, asumiendo una tesis positiva respecto a su ámbito de salvaguarda, con lo que la jurisprudencia constitucional argentina fijó los precedentes necesarios para su evolución, que ha sido adoptada en las legislaciones y jurisprudencias constitucionales latinoamericanas. En este punto, el proceso de exhibición de persona de Guatemala (1986), establece lineamientos importantes para su control judicial; por su parte el *habeas corpus* en Colombia y Perú, contemplan de manera expresa su procedencia, en los ordenamientos constitucionales y sus leyes reglamentarias. Otro de los campos de revisión procesal corresponde a los estados de sitio, donde por cierto se cometían graves violaciones a las libertades constitucionales, siendo urgente un reacomodo en sus pretensiones protectoras. La transición hacia la doctrina del derecho procesal constitucional implicó importantes modificaciones legislativas para entender adecuadamente la naturaleza de la garantía de la libertad, ya que en algunos ordenamientos nacionales se legisló en los códigos procesales penales, lo cual no ha sido aceptado por las corrientes modernas. Argentina antes de 1984, la regulaba en el Código Procesal Penal de la Nación (federal), y en algunas provincias se mantiene en la actualidad en este campo, como la Provincia de Buenos Aires; sin embargo, se le imprime una visión propia de los procesos constitucionales. En Chile, donde se le denomina recurso de amparo, aunque se trata verdaderamente del *habeas corpus*, se encuentra desarrollado en el ordenamiento procesal penal, mismo que se sujeta a una lectura propia de los procesos constitucionales. Por su parte, Colombia es un buen ejemplo de esta evolución; la Constitución de 1991 establece en su numeral 30 la garantía de *habeas corpus* en una procedencia genérica, la cual debe legislarse mediante una ley especial denominada ley estatutaria, aunque dicha disposición fundamental fue incumplida al incorporar su desarrollo procesal en el código adjetivo penal, lo que suscitó una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, declarando la infracción a la ley fundamental y determinando la elaboración del marco legal especial. Merece atención especial dicho resolutivo, ya que precisa la naturaleza jurídica de la garantía, pues existe diversidad de opiniones al respecto, si se trata de recurso o de acción, aun cuando en verdad se trate de un proceso, sin objetar su dualidad garantista como recurso, de lo que nos ocuparemos en el marco de este punto. Destaca las referencias al derecho internacional de los derechos humanos en los fundamentos respecto a que toda persona tiene derecho a un recurso ante los tribunales contra las detenciones arbitrarias, sin perfilar papel de recurso.

**Gumesindo García Morelos**

562. **HABEAS CORPUS (GUERRERO)**

El estado de Guerrero es el único en México en contar con un amparo *habeas corpus*. Si bien Aguascalientes, Colima y Puebla contemplan figuras parecidas, estas tienen un carácter administrativo, mientras que en el caso de Guerrero se trata de un mecanismo procesal ante autoridad jurisdiccional.

Esta figura, llamada recurso extraordinario de exhibición de personas, surge a partir de la reforma constitucional de 1990, misma que instaura el sistema de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, y ahí encontramos el primigenio (y único) antecedente de un sistema de control constitucional. En su momento fue una novedosa reforma constitucional que, adelantándose incluso a la reforma federal en el rubro, crea en Guerrero una comisión estatal de derechos humanos que viene a ejercer las facultades que hasta ese momento desarrollaba el visitador general de la Procuraduría General de Justicia. Lo relevante es que la iniciativa señalaba que “para complementar los medios tutelares de las garantías constitucionales, la enmienda previene que la Ley reglamente el recurso extraordinario de exhibición de personas para hacer que los juzgadores pongan fin en brevísimo lapso a las detenciones ilegales que lleven a cabo, en su caso, los agentes públicos”. Dicha iniciativa se concretó con la reforma al art. 76 bis, en el cual se señaló que “la ley que cree y organice la Comisión garantizará su autonomía técnica; establecerá el procedimiento en materia de desaparición involuntaria de personas; regirá la prevención y castigo de la tortura cuando presuntamente sean responsables los servidores a que se refiere el párrafo anterior; definirá las prioridades para la protección de los derechos humanos tratándose de indígenas; internos en centros de readaptación social; menores de edad y mujeres de extrema ignorancia o pobreza; e incapaces; y reglamentará el recurso extraordinario de exhibición de personas”.

Debe señalarse que en la exposición de motivos de la iniciativa se señaló que: “un segundo cambio, verdaderamente innovador, es el establecimiento del recurso extraordinario de exhibición de personas que aunque existió efímeramente en el siglo pasado en algún ordenamiento mexicano, y que es conocido como *habeas corpus*, prácticamente no se ha consagrado en la ley federal o local alguna en México, y que se encamina a que cualquier persona lo plantee ante un Juez de Primera Instancia para que otra pueda recuperar su libertad si fue detenido ilícitamente, y de manera inmediata, sin prejuzgar su responsabilidad penal o administrativa. Con este recurso se pretende combatir a fondo una de las prácticas que todavía acaecen penosamente, a lo largo de los años, en la Entidad. El desacato al mandamiento judicial en este respecto, es causa de fincamiento de responsabilidad penal”. Y en el mismo documento se agregaba: “el amparo mexicano representa la mejor tradición de nuestro Derecho y encuentra sus orígenes en la legislación local de Yucatán a partir de los trabajos de Don Manuel Crescencio Rejón; su trascendencia innegable hace que con el esfuerzo unido de otro ilustre jurista, Don Mariano Otero, adopte su actual vigencia nacional. La vida de esta institución jurídica se ha fortalecido indudablemente y forma parte ya del ser nacional y de la cultura de los mexicanos. // En el ámbito estatal no ha prosperado, sin embargo, hasta la fecha, una figura que a partir del Poder Judicial local, pudiera esgrimirse por los ciudadanos en defensa de sus garantías individuales. // En territorios como el del Estado de Guerrero, con una compleja orografía que dificulta las

comunicaciones y el acceso fácil o rápido de las comunidades más alejadas a los centros urbanos en donde radican las autoridades estatales y federales, resulta aconsejable que independientemente del mandamiento constitucional contenido en el artículo 133 de la Carta Magna, el ciudadano pueda contar con un *medio de defensa extraordinario y rápido, que brindando seguridad jurídica y constitucionalidad*, pueda hacerse valer ante el juez de primera instancia más próximo en el distrito judicial que corresponda. // Aunque el juicio de garantía, contra los actos de autoridad, contempla en una de sus modalidades la protección contra la incomunicación de un detenido, la institución universalmente conocida del *habeas corpus*, o exhibición de persona, como se le conoce en Hispanoamérica, no se encuentra contemplada en nuestro sistema jurídico, por lo que se ha estimado procedente incorporarla a nuestro régimen legal a través de esta iniciativa y en materia de defensa de los derechos humanos. // En efecto, el *recurso extraordinario de exhibición de persona* a que se refiere el título V de esta Iniciativa, formaba ya parte del proyecto de reformas y adiciones a la Constitución del Estado, que durante el primer año de esta administración se elaboró y turnó al Poder Revisor, *en materia de control de la constitucionalidad local* y que por razones de oportunidad no se hizo prosperar. // Maduro como está el Poder Judicial del Estado, se estima conveniente dotarlo de las facultades inherentes a este recurso extraordinario, que en mucho vendrá a enriquecer estos empeños legislativos, en materia de defensa de los derechos humanos. // Consiste el recurso, según su contenido tradicional, en que la autoridad judicial, en los términos del artículo 16 constitucional, requiera a la autoridad administrativa local que presumiblemente tenga detenida a una persona, por petición de algún interesado, que muestre o exhiba a la persona presuntamente detenida, para evitar que se le vulneren sus garantías y preservar su vida e integridad corporal y que en todo caso esté a disposición de autoridad competente. // El recurso no cuenta con mayor formalidad ni en su presentación y trámite, ni en su resolución, para dotarlo precisamente, de agilidad y eficacia. // El juez que decidiese hacer valer la exhibición de persona, ante la demanda de quien tenga interés legítimo, ordenaría el traslado del personal judicial competente a los lugares o instalaciones donde se presume está detenida la persona para requerir que se la presenten. // La propia Ley, a través de esta iniciativa, previene que la resolución judicial correspondiente es inatacable, esto es uniuinstancial; que el recurso no prejuzga sobre la responsabilidad penal o administrativa del detenido y que si el juez actuante lo estima conveniente, podrá disponer la no incomunicación del detenido, el no traslado del mismo a otro lugar, o bien su traslado a un lugar que le brinde seguridad; el juez podrá cerciorarse del estado físico de la persona y disponer, en su caso, el auxilio médico que se necesitare. // No se trata de ninguna manera, con la implantación de este recurso extraordinario, de invadir esferas de competencia, ni sustituir autoridades; *es un esfuerzo de nuestro Estado, por ampliar los medios de defensa de los ciudadanos y de contar con un medio de control de nuestra constitucionalidad local, en procura permanente de darle a la Carta Magna suriana, mayor eficacia y vigor...”*.

Es evidente que esta última institución innovó el sistema jurídico mexicano y se constituyó como una alternativa frente al conocido como amparo-*habeas corpus*, que dispone un trámite especial para los supuestos de peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de proceso judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos que aparecen prohibidos en el

art. 22 de la Constitución federal. Es preciso recalcar la procedencia de la institución del amparo, puesto que la existencia del recurso extraordinario de exhibición de persona no impide ni limita la solicitud de amparo ante las instancias judiciales federales.

Las disposiciones relativas al recurso extraordinario de exhibición de persona entraron en vigor el 1.º de enero de 1991. Aunque ha sido prácticamente ignorado por la doctrina e incluso por el foro estatal, se han tramitado varios de estos recursos. De la práctica de este recurso extraordinario de exhibición de personas debe señalarse lo siguiente:

1. Los recursos se han promovido ante juzgados penales ubicados en municipios o regiones del estado donde no existen juzgados de distrito.
2. La tramitación del recurso extraordinario de exhibición de personas no se considera un juicio, por lo cual no se recoge en la estadística judicial, por ello no se cuenta con cifras sobre la tramitación del mismo a lo largo del estado.
3. Los profesionales jurídicos prefieren, en ocasiones por cuestiones económicas, tramitar un juicio de amparo que permite un mayor cobro por los servicios, que tramitar el recurso en la misma ciudad donde se encuentra en ocasiones detenida la persona.

*David Cienfuegos Salgado*

### 563. **HABEAS DATA**

El *habeas data* es una garantía constitucional moderna que tiene su origen en Latinoamérica, cuyo nombre se compone de dos vocablos: del latín *habeas*, que significa tener), y inglés *data*, que significa información o datos, y está destinada a salvaguardar el derecho a la protección de datos personales ante un tribunal competente.

La Constitución brasileña de 1988 es la primera en introducir la acción de *habeas data*, que se ocupa de garantizar el derecho de los ciudadanos al acceso y rectificación de sus datos personales en posesión de terceros. Esta figura influyó en su entorno geográfico y se encuentra hoy en países como: Argentina, Ecuador, Perú, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Posteriormente, en 1999, Chile es el primero en emitir una ley de protección de datos, mientras que Argentina, con su ley de 2000, es el país que más ha desarrollado el derecho en América Latina.

La razón por la que surge en Latinoamérica se vincula con motivos de orden geopolítico, a sociedades que salían de regímenes militares a partir de la década de 1980 y relacionadas con el autoritarismo con el que se manejaba la información como instrumento de represión política. En este sentido, surge la acción de *habeas data* con la finalidad de proporcionar al ciudadano la facultad de conocer directamente sus datos personales y, en caso de ser necesario, rectificar la información almacenada en bases de datos.

La acción de *habeas data* se define como “el derecho que asiste a toda persona —identificada o identificable— a solicitar judicialmente la exhibición de los registros —públicos o privados— en los cuales están incluidos sus datos personales o los de su grupo familiar, para tomar conocimiento de su exactitud; a requerir la rectificación, la supresión de datos inexactos u obsoletos o que impliquen discriminación... Esta herramienta tiende a proteger a la persona contra *calificaciones sospechosas* incluidas en registros (especialmente

estatales, aunque también pueden serlo privados), que —sin darle derecho de contradecirlas— pueden llegar a perjudicarlo de cualquier modo” (Ekmekdjian y Pizzolo, 1996). La particularidad de esta acción es que garantiza la defensa del derecho a la protección de datos personales ante una autoridad judicial, y no ante una autoridad administrativa, como sucede en el caso de los países europeos.

Actualmente, el concepto de *habeas data*, surgido en Europa, es una forma de denominar el derecho de autodeterminación informativa o el derecho a la protección de datos personales, sin embargo, su naturaleza es diversa debido a la autoridad garante. El *habeas data* implica el ejercicio del derecho frente a una autoridad judicial, a través del proceso respectivo; mientras que la autodeterminación informativa o protección de datos es frente a una autoridad que forma parte de la administración pública, cuyas resoluciones pueden ser recurridas judicialmente.

*María de los Ángeles Guzmán García*

#### 564. **HABEAS DATA (LATINOAMÉRICA)**

Con la denominación *habeas data* se alude tanto a una acción como a un proceso constitucional así concebido por primera vez en el artículo 5, numeral LXXII de la Constitución brasileña de 1988, que lo previó con dos objetivos: “asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público” y “la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo”. También, como veremos, en algunas normas se ha denominado de distintos modos al derecho que esa acción traduce y que ese proceso tutela: el derecho a la protección (o al debido tratamiento) de los datos personales.

La finalidad de dicha institución coincide con su construcción etimológica, puesto que la voz *habeas* proviene del latín “tener” y, “*data*” (no proviene del latín, porque es el plural de *datum*, que significa “presente”, “donativo” u “oferta”) es tomada del inglés, que alude a “datos” o “información” (*facts, things certainly known*) y del portugués, donde además de “fecha” significa “documentos” o “datos” en el ámbito informático). En definitiva, *habeas data* significa, en un paralelo con el *habeas corpus*: “toma los datos que están en su poder y entrégalos al interesado [o] brinda al interesado certificación de todos los datos o documentos que se encuentran en tu poder para que pueda defender sus derechos” (Cretella Júnior, 1989, p. 113).

La principal causa de su inclusión constitucional entre otras figuras afines (el *mandado de segurança*, el *mandado de injunção* y el *habeas corpus*, del cual proviene su nombre y con el que comparte su carácter gratuito conforme a lo dispuesto en el numeral LXXVII del mismo artículo constitucional) fue la de prevenir que el tratamiento de información recolectada por los servicios policiales y de inteligencia del Gobierno *de facto* precedente pudiera ser fuente de persecuciones (De Abreu Dallari, 1997), aunque también se menciona el objetivo de “asegurar el acceso a informaciones para la tutela de la honra, de la tranquilidad, del patrimonio, de la vida privada, entre diversos valores, contra los atentados efectuados por organismos públicos o de carácter público, en la anotación de datos e informaciones acerca de las personas” (Pinto Ferreira, 1997, p. 421).

En cuanto a sus antecedentes, si bien la facultad de conocer la información personal contenida en archivos se reconoció en la era preinformática, concretamente en la Constitución de Weimar de 1919 (que en el art. 129 consagró el derecho de todo funcionario a examinar su expediente personal y a que no fueran anotados en este los hechos que le fueran desfavorables sino después de haberle dado ocasión de justificarse respecto a ellos), las fuentes extranjeras de la norma fueron las constituciones portuguesa, de 1976 (art. 35), española, de 1978 (art. 18) y guatemalteca, de 1985 (art. 31), que exhibieron su preocupación por los efectos que la informática podría causar sobre los derechos de las personas y, salvo en el caso de la española, previeron el derecho de acceso a los registros que contuvieran información personal y algunos derechos conexos.

En el derecho interno, los antecedentes específicos de la figura se remontan al artículo 2 de la Propuesta de Constitución Democrática para el Brasil, presentada en 1981 en el Congreso “Pontes de Miranda” (organizado por la Orden de Abogados y el Instituto de Abogados de Río Grande do Sul); a la ley 824, aprobada en 1984 por el estado de Río de Janeiro, y al Anteproyecto de Constitución elaborado en 1986 por una comisión de juristas convocada por el poder ejecutivo que incluyó su actual denominación (Othon Sidou, 1989, p. 452). Más reciente, en el proceso de aprobación de la Carta de 1988, el anteproyecto que luego fructificara en la norma constitucional actual lo pergeñó en dos artículos: en uno se reconocía el derecho al control sobre los datos personales y en el otro se instituía un remedio constitucional específico, denominado *habeas data* —molde que luego reiteraría la Constitución peruana de 1993 en sus artículos 2 y 200—, pero en el debate constituyente se aprobó un único dispositivo —como luego lo haría el art. 43 de la Constitución argentina— en el cual se reconoció el derecho mediante su garantía específica (Da Silva, 1992, p. 397).

Casi una década después de su incorporación constitucional, el proceso de *habeas data* fue reglamentado por la ley 9507, de 1997, norma que —pese a la mayor proximidad conceptual de la institución con el *habeas corpus*— tomó como base el *mandado de segurança* (Barbosa Moreira, en Fix Zamudio, 1998, vol. II, pp. 1099 y 1108), esto probablemente porque mientras no se dictó la reglamentación precisamente se recurrió al *mandado de segurança* cuando los datos se encontraban en poder de organismos públicos, y a la acción de exhibición del artículo 844, fracción I, del Código de Procedimiento Civil de carácter preliminar, continuada posteriormente por la acción de rectificación o de daños y perjuicios, cuando se trataba de entidades privadas (Othon Sidou, 1989).

La invención del constituyente brasileño se introdujo rápidamente en los siguientes procesos de reformas constitucionales latinoamericanas. Así, aunque con distintos formatos, se fueron incorporando sistemáticamente reglas que atendieron a reconocer a las personas el derecho a controlar sus datos personales y a cuestionar su tratamiento por parte del Estado y de los particulares, como en los casos de las constituciones (o sus reformas) de Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Nicaragua (1993), Argentina (1994), Ecuador (1996), Venezuela (1999), Bolivia (2004), Honduras (2005), México (2007), República Dominicana (2010) y Honduras (2012), e incluso varias de ellas produjeron luego reformas sobre tales inclusiones (Perú, Ecuador, Bolivia y México).

El formato escogido fue diverso, ya que mientras unas constituciones se limitaron a reconocer el derecho de acceso a los datos personales y algunos de sus derechos conexos —conocidos corrientemente como “derechos ARCO” en referencia no exclusiva a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento— (Guatemala, 1985; Colombia, 1991-2003; Nicaragua, 1993; Ecuador, 1996, y México 2007-2009); otras les adicionaron un proceso constitucional específico en la misma regla (Argentina, 1994; Venezuela, 1999 —aunque mencionándolo solo entre las atribuciones del defensor del pueblo—, y Honduras, 2005); y unas más regularon de manera separada el derecho y la garantía (Perú, 1993; Bolivia, 2004-2009; Honduras 2005-2012; Ecuador, 2008, y República Dominicana, 2010), e incluso en algún caso se reconocieron los derechos con alguna mención a las facultades judiciales, pero sin crear una garantía específica (Paraguay, 1992).

Al *habeas data* como acción o garantía normalmente se le reconoció bajo esa denominación (Brasil, Perú, Ecuador, Venezuela y República Dominicana); en algunos casos se la nombró de otro modo (“acción de protección de privacidad”, Bolivia, 2009) e incluso se omitió denominarla expresamente (Argentina, 1994, aunque en los debates constituyentes todos se refirieron al *habeas data*).

En una revisión minuciosa de las normas constitucionales (que en la mayoría de los países luego obtuvieron reglamentación en leyes generales de protección de datos, en los códigos procesales civiles e incluso en codificación procesal constitucional específica como en el caso de Perú) se observa que por *habeas data* se ha entendido tanto a la acción procesal constitucional como al proceso que de ella se deriva e incluso en algunos casos se aludió de ese modo a los derechos ARCO, que en realidad hoy forman parte del derecho a la protección de datos (denominación donde queda sobreentendida la estricta alusión a los datos “personales”), otrora conocido bajo distintas denominaciones (entre ellas libertad o intimidad informática y en especial “autodeterminación informativa”, que sigue usándose actualmente como sinónimo) y que junto con sus herramientas de tutela conforman el “derecho de la protección de datos”, integrado por un conjunto de normas y principios que, destinados específicamente o no a tal fin, y con independencia de su fuente, son utilizados principalmente para la tutela de los diversos derechos de las personas que pudieran verse afectados por el tratamiento de datos personales.

En síntesis, la voz *habeas data* resulta multifacética y polifuncional, de modo que debe tenerse especial cuidado al abordar textos jurídicos de distinta fuente a fin de no caer en errores interpretativos.

**Oscar Raúl Puccinelli**

## 565. HIPERACTIVISMO JUDICIAL

Al menos en los orígenes, el papel de los tribunales constitucionales como árbitros de los conflictos entre poderes y entes prevalecía con diferencia sobre la denominada jurisdicción de las libertades. Aun hoy, en todos los ordenamientos descentralizados —sean federales o regionales—, una de las funciones de mayor brillo llevada a cabo por el tribunal constitucional es precisamente la solución de los conflictos intersubjetivos; sin embargo, la progresiva incorporación a los textos constitucionales de cartas de derechos más extensas (o su “parametrización”), la necesidad de dar operatividad al principio de

igualdad, la exigencia de ponderar y reponderar los valores en conflicto cada vez que muda la sensibilidad del cuerpo social hacia ellos, ha convertido más agresiva a una jurisprudencia constitucional que, instada por la demanda de los ciudadanos, ha colocado por todas partes a la tutela de los derechos en el centro de su actividad.

La elaboración de la teoría de que existen “principios supremos de la Constitución” —en cuanto tales inmodificables incluso para el poder de revisión constitucional—, y de los que son los atentos guardianes, coloca a los tribunales constitucionales no solo sobre el poder legislativo, sino verdaderamente al lado del constituyente. Por tanto, no debe sorprender si, como órganos “de cierre” de los ordenamientos constitucionales y artífices del *indirizzo* político constitucional, pero también de la dirección política *tout-court*, los tribunales constitucionales hayan sido definidos por estudiosos de todas partes del mundo —juristas y politólogos— como “poder constituyente permanente”, “isla de la razón en el caos de las opiniones”, “aristocracia con vestidos modernos”.

Se trata, sin embargo, en el caso de los tribunales, no de una aristocracia de sangre sino de saber, introducida en su propio papel no ya en virtud de una conexión directa con el cuerpo electoral, sino con base en otros criterios, siendo el primero de todos ellos el conocimiento y la formación profesional.

Donde los mismos constituyentes y los legisladores —es decir “el pueblo mismo” (Hamilton) o el poder directamente legitimado por el pueblo— han aceptado el límite al poder democrático representado por el control de la constitucionalidad, no han parado de poner obstáculos, o el legislador de contrarrestarlos en algunos lugares y fases históricas, cuando parecía prevalecer. Esto evoca el tema de la legitimación de las cortes constitucionales (y el control mismo de constitucionalidad), lo cual ha sido afrontado de manera y con conclusiones diversas. Sintéticamente, o para subrayar la falta de compatibilidad con el principio democrático, o por afirmar su coesencialidad, con la finalidad de no identificar la democracia con el mero principio mayoritario (Groppi).

La primera conclusión (incompatibilidad) se inserta en una teoría de la Constitución que —incluso cuando admite el control— encomienda al pueblo supremacía, si con los procedimientos y las mayorías prescritas decide derogar o cambiar la misma Constitución. La segunda (coesencialidad) se alza sobre la idea de la Constitución como tabla de valores “metademocráticos”, de los cuales las cortes son las únicas intérpretes, siendo el legislador un mero aplicador del texto constitucional. Actualmente esta es la idea prevalente, como confirma la jurisprudencia en temas de control de la revisión constitucional.

La primera tesis conlleva el riesgo de que una mayoría, tal vez casual, plebiscitaria, pueda subvertir del fundamento un texto constitucional fruto de compromisos y conciliaciones, es decir, de las reglas del juego. La segunda tesis presupone la existencia de valores que, de cualquier modo y por todas partes, son siempre compartidos por todos o casi todos —se habla a menudo de “dignidad”— y que nadie podría extinguir o actualizar, ni siquiera el pueblo, excepto las cortes que podrían decidir qué valor prevalece (aunque el pueblo no esté de acuerdo), o rechazar las elecciones populares de valores “no occidentales” fuera de occidente (armonía, naturaleza, comunidad, etc., en lugar que el individuo). De la acogida de una o de la otra depende, en primer lugar, la aceptación misma de un juez de las leyes no legitimado

directamente por el pueblo y, en segundo, donde sí se acepta su existencia, la intensidad de los límites interpuestos.

Cualquiera que sea la solución seleccionada, permanece el hecho de que quienes dan un sentido a la Constitución son siempre, en último término, los intérpretes. Y, a excepción del poder de revisión —cuando los propios tribunales no lo limitan—, para interpretar la Constitución son las mismas cortes.

Las doctrinas neoconstitucionalistas, que en las versiones más radicales entregan a los tribunales constitucionales la ponderación de valores, incluso sin tener en cuenta los límites, acaban legitimando un activismo incesante, desequilibrando las funciones de freno y corrección.

La elección axiológica no es, por tanto, dialógica ni históricamente determinada por las contingencias, y ligada a las determinaciones de cada Constitución, sino *a priori* entre las opciones de los representantes del pueblo, también en sede de revisión, y aquellas de los jueces de las leyes (o de las revisiones), deberían siempre prevalecer estos últimos, los portadores de los valores universales (de los cuales tales doctrinas se hacen a su vez intérpretes, autoatribuyéndose el poder de decidir lo que es válido, útil y esencial en todas partes y para siempre). Quienes sostienen estas teorías se han visto a veces constreñidos a asumir, en el derecho comparado, elecciones políticas precisas, porque el poder de las cortes estaría justificado solo cuando aquellas pretendan prevalecer sobre los legisladores que no acogen la axiología de la doctrina, mientras que, en el caso opuesto, quizá podría tener razón el legislador (o el poder de revisión).

El neoconstitucionalismo sostiene una deconstrucción de la Constitución, cuya normatividad se confía a la ponderación de principios y valores constitucionales llevada a cabo por los jueces. Bökenförde acusa a esta teoría —en particular a la versión de Häberle— de llegar hasta una disolución completa de la Constitución como norma, y crítica que con ella “la apertura se transforma incluso en ‘estructura’ de la Constitución”, a la cual le sería propia “una permanente indeterminación y mutabilidad”.

A consecuencia del descrédito de la política en gran parte de los países del mundo, del declive de las relaciones intermedias entre el Estado y la sociedad, de la crisis de los partidos políticos, de la palingenesia de la dicotomía amigo-enemigo, del personalismo de las *leadership*, del carácter icástico de la información política y del declive del formalismo de las fuentes, la conjunción entre (parte de la) doctrina y jurisdicciones constitucionales (y transnacionales), genera una nueva fuente de legitimación de los sistemas jurídicos del mundo, que condiciona toda la producción jurídica y que traduce el activismo judicial de “dictadura comisoria”, autorizada democráticamente, a “dictadura soberana”, autorizada solo por sí misma y por otro “poder” no democrático, la doctrina. Ello no solo en áreas jurídico-culturales donde no hay fractura entre el formante cultural y los formantes jurídicos, sino también —con reclamos hegemónicos y, a veces, mera aceptación— donde el desprendimiento sea profundo y arraigado en los siglos.

Gracias a la alianza entre jurisprudencia constitucional y —parte de— la doctrina, casi parece abrirse un camino, hoy, un ulterior criterio de base místico-laica para clasificar las familias jurídicas, que condiciona todos los demás y se sobrepone. La resistencia entrepuesta por la estratificación secular de los otros criterios (las costumbres, la divinidad, la razón, el consentimiento, la

voluntad política) no permite, todavía, acercarlo a aquellos más tradicionales, aunque se les está impregnando cada vez más.

**Lucio Pegoraro**

*(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)*

#### 566. **HOMINE LIBERO EXHIBENDO**

El término *homine libero exhibendo* usualmente se refiere a un precedente de cualquier medio de preservación de los derechos de la persona frente al poder autoritario y, en particular, del juicio de amparo, aun cuando recientemente puede considerarse un referente de la doctrina alemana *Drittwirkung* de protección horizontal de los derechos fundamentales, esto porque su procedencia no fue para revisar actos de las autoridades romanas, sino para combatir la privación de la libertad efectuada con dolo por los particulares. Su connotación proviene de la antigua Roma y se le atribuye el carácter de interdicto exhibitorio, distinguiéndose de los interdictos prohibitorios y restitutorios. Como tal, fue establecido por el edicto del pretor a efecto de *proponitur tuendæ libertatis causa: videlicet, ne homines liberi retineantur á quoquam*. Se encuentra en la Ley I, libro XLIII, título XXIX, del Digesto, dedicado al derecho y al proceso privado: “Ley I. Dice el pretor: Exhibe al hombre libre que detienes con dolo malo. 1. Este interdicto se propone por causa de defender la libertad: esto es, para que ninguno retenga los hombres libres”. Además de esta ley, las disposiciones sobre las que se sustentó fueron: “Ley II. No se diferencian mucho de los siervos aquellos a quienes no se les permite la libertad de ir por donde quieran. Ley III. A lo que también miro la Ley Favia: este interdicto no impidió la ejecución de la Ley Favia; porque también se podrá pedir por él, y esto no obstante, proponer la acusación de la Ley Favia: al contrario, el que pide por la Ley Favia esto no obstante, podrá también usar de ese interdicto, y otro de la acción de la Ley Favia. Ley IV. Si alguno retuviese al hombre libre ignorando su estado, si lo retiene con dolo malo, se le precisará a que lo exhiba”.

Con base en el Digesto se deduce que el interdicto *homine libero exhibendo* consistió en un procedimiento para la defensa de las personas libres que eran detenidas con dolo, es decir, arbitrariamente por particulares, de tal manera que se les exhibía (*quem liberum dolo malo retines, exhibeas*) ante el pretor (*id est in publicum producere, et videndi tangendique hominis facultatem præbere*) a través de un procedimiento sumarísimo, el cual, bajo las condiciones y limitantes de la ley Favia, no se debía alargar ni aun con motivo del delito que importara este atentado, porque *neque hoc interdictum aufert legis Faviæ executionem*. Todo ofendido podía intentarlo (*nemo prohibendus est libertati favere*) sin que por esto el pretor dejara de tener facultad de elegir al que debía proseguirlo, cuando muchos lo intentaban. En otras palabras, cuando una persona era puesta en prisión, sin el debido fundamento, y más aún, de una manera arbitraria, en alguna de las cárceles particulares que tenían los grandes patricios, por sí o por intermedio de alguna otra persona, podía el afectado ocurrir ante el pretor para que este expidiera un interdicto que obligaba a quien mantenía preso al solicitante a que le exhibiera el cuerpo del detenido, que quedaba bajo su jurisdicción, siendo el pretor quien resolvía sobre la justicia o injusticia del caso. El interdicto, en consecuencia, no se concedía en contra de las autoridades, sino en contra de los particulares. El procedimiento tenía tal eficacia que no se debía prolongar, ni aun con motivo de la averiguación del delito que importara

ese atentado contra el hombre libre, porque desde el momento en que era protegida la libertad del solicitante del interdicto, la averiguación, respecto del procedimiento criminal que pudiera existir, se seguía por cuerda separada conforme a la antigua legislación romana.

Al constituirse los edictos de los pretores, en resoluciones que contenían las bases conforme a las cuales este funcionario dictaba sus decisiones en los casos concretos que se sometían a su conocimiento, y con esta facultad, suplían las lagunas u omisiones de la legislación; los edictos constituían una fuente sui géneris del derecho, junto con la ley, la costumbre, etcétera, y además se debe destacar, que el edicto que estableció el interdicto *homine libero exhibendo* fue de carácter perpetuo (*hoc interdictum perpetuum est*) y adquirió fuerza de derecho consuetudinario debido a la presencia constante de determinados principios que se transmitían obligatoriamente de un edicto a los sucesivos.

En cuanto a los interdictos, que se constituyeron en una petición dirigida al pretor para que ordenara a la contraparte a observar determinada conducta o abstenerse de cierta actividad, cabe precisar que aquellos no se instituían en sentencia, sino en órdenes condicionales y administrativas, dirigidas a un ciudadano a petición de otro ciudadano. Por tanto, en el contexto de su desenvolvimiento histórico, los interdictos demostraron su aproximación respecto a la protección de los derechos personales, entre ellos los de carácter fundamental. Sin embargo, cabe destacar que el interdicto *homine libero exhibendo* no era un procedimiento que tuviera como finalidad defender una organización, un régimen constitucional, sino exclusivamente reparar prisiones arbitrarias decretadas por particulares.

El interdicto *homine libero exhibendo* puede tener un rasgo de semejanza con el *habeas corpus*, dado que este también procedía contra particulares; sin embargo, también puede considerarse que no guarde dicha relación debido a que la acción derivada de este interdicto pertenecía al derecho civil, por lo que su naturaleza jurídica fue diferente a la institución de derecho público que estableció el pueblo inglés. También puede constituir un precedente para el amparo mexicano, en lo que concierne al amparo libertad; no obstante, similares reflexiones que para el *habeas corpus* negarían tal precedencia. Pero, desde una perspectiva contemporánea, de acuerdo con la teoría *Drittwirkung* y la protección procesal horizontal de los derechos fundamentales, puede indicarse que el interdicto *homine libero exhibendo*, como proceso constitucional de la libertad remoto, es precedente del amparo contra particulares.

**Juan Rivera Hernández**

567. **HORROR VACUI**

El principio de conservación del derecho, contemplado desde un punto de vista teórico, coincide con una exigencia práctica: intentar, en la medida de lo “posible”, por vía interpretativa, huir del vacío que se provoca cuando una disposición legal es declarada inconstitucional.

Esta idea se eleva como particularmente útil, sobre todo si se tiene en cuenta que la eliminación definitiva de un texto normativo es un suceso bastante grave por las consecuencias que el vacío puede producir, especialmente si el legislador no se preocupa de colmarlo rápidamente con nuevas leyes a las que pueda atribuírseles un significado conforme con la Constitución (Monte-

leone, Girolamo, 1984), o, dicho de otra forma, cuando el legislador carece de la agilidad necesaria para cubrir de inmediato el hueco que deja la ley expulsada del ordenamiento jurídico, y esa laguna genera una gran confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos (García de Enterría, Eduardo, 2006).

Con frecuencia, la anulación y la laguna que se crean pueden originar una situación de mayor inconstitucionalidad en la solución práctica de los problemas que la ley anulada regulaba. Ciertamente es que problemas de este tipo no se pueden resolver desde un plano meramente teórico, prescindiendo completamente de la experiencia y del conocimiento de datos realmente esenciales, como el tiempo necesario para que se agote el inter legislativo, o las consecuencias probables de una larga carencia de normas sobre una determinada materia. De ahí que la preocupación por evitar los “vacíos legislativos” o “lagunas” no sea meramente doctrinal, sino que ha estado presente, en mayor o menor grado, en la jurisprudencia de los tribunales o cortes constitucionales.

De hecho, también con la intención de evitar las consecuencias que acompañan a la declaración de inconstitucionalidad, y en cierto sentido como deducción ineludible del *horror vacui*, la práctica jurisprudencial de algunos sistemas de justicia constitucional, como el alemán, han implementado sentencias denominadas “exhortativas”, “apelatorias” o de “recomendación al legislador”, según la terminología que se prefiera, las cuales atribuyen al juez constitucional la facultad de suspender, en algunos casos y por un tiempo determinado, la eficacia de sus decisiones, para dar tiempo al legislador de corregir la inconstitucionalidad detectada y evitar así la producción de vacíos en el sistema normativo. De esta forma se pone de manifiesto que los críticos de las sentencias interpretativas no han pensado en la grave responsabilidad que asumiría el órgano de control de constitucionalidad si fuera demasiado proclive a declarar inconstitucional cualquier norma.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*



Sáenz Dávalos · Eduardo Ferrer Mac-Gregor Maider  
León · Juan Luis González Alcántara Carrancá · Mau  
Ángel Aguilar López · Miguel Carbonell · Miguel Ós  
eda · Ana María Ibarra Olguín · Pedro R. Torres Estr  
ardo Sánchez Pérez del Pozo · Roberto Ávila Ornelas ·  
Carlos Pérez Vázquez · Carlos Rubén Quiarte Mereles  
emí Ramos Vázquez · Fabiola Martínez Ramírez · Ge  
e Paz González · Javier M. Ortiz Flores · Jorge Ulises  
a Mendoza · José Manuel Chavarín Castillo · Juan Ca  
o Martínez · Juan Vega Gómez · María de la Concepc  
L. del Toro Huerta · Raúl Canosa Usera · Raúl Contre  
ndoval Ballesteros · Pedro Esteban Penagos López · Sa  
co · Pablo Luis Manili · Alfonso Herrera García · Clice  
Esperón · Jean Claude Tron Petit · Daniel Álvarez To  
Hernández · Carmen Morte Gómez · David Cienfue  
ragón · Juan Carlos Hitters · Ricardo Sánchez Pérez d  
z · Luis María Aguilar Morales · Osvaldo A. Gozaíni ·  
res Nieto · Mariela Morales Antoniazzi · Enrique Uri  
sma · Riccardo Guastini · Rodolfo Vigo · Ernesto Villa  
rales · Roselia Bustillo Marín · Silvia Bagni · Francisco  
viera Cárdenas Ramírez · Francisco José de Andrea Sa  
rvantes · Juana María Ibáñez Rivas · Francisco Zúñiga  
lo · Mónica González Contró · Héctor Guillermo Ca  
Jaime Arturo Verdín Pérez · Wendy Jarquín Orozco · J  
dena Alcalá · Geraldina González de la Vega · Jorge A  
l Aguilar Sánchez · Humberto Nogueira Alcalá · José  
arez Ortega · Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena · José M  
Lucio · María Amparo Hernández Chong Cuy · José  
Ugaz · Rubén Hernández Valle · Juan Carlos Arjona E  
rala · Joaquín A. Mejía Rivera · Juan Pablo Salazar Ar  
ado García · Carla Huerta Ochoa · Laura Alicia Cam



## 568. IDENTIDAD CONSTITUCIONAL

Se integra por cualidades y cláusulas jurídicas previstas en los textos constitucionales, concepciones de tipo económico y valores aceptados por una determinada comunidad política que plasma en el texto las aspiraciones y definiciones concretas que lo diferencian de otras. El rasgo de cada Constitución puede hallarse tanto en el contenido político del texto constitucional (integrado no solo por la norma constitucional sino por legislación, estatutos y doctrina) como dentro del núcleo de un texto constitucional, que puede contener formantes progresistas o conservadores. Ello dependerá de la historia constitucional de cada país y de la historia nacional (p. ej., la separación de las relaciones Iglesia-Estado, que es un punto inflexible en México, pero que en la Constitución española tiene una matriz muy distinta). En este sentido, los rasgos definitorios de la identidad constitucional son también los rasgos de la sociedad y de cómo se concibe a sí misma y a otras comunidades políticas.

En el caso de México, la identidad constitucional contemporánea tiene un punto de partida: la justicia social articulada por el constituyente de Querétaro en los artículos 3, 27, 28 y 123. Bajo la influencia de la protección a los trabajadores impulsada por los hermanos Flores Magón, en el Congreso de Querétaro, en la voz de los diputados Héctor Victoria, Froylán Manjarrez, Alfonso Cravioto, Heriberto Jara y Pastor Rouaix, claramente se aludió a las normas constitucionales como elementos de la lucha contra el peonismo, contra la explotación, y por la redención de los trabajadores de los campos. Es por ello que se considera a la Constitución de 1917 como la primera Constitución social global.

Por otra parte, el estudio de la identidad constitucional ha sido propuesto desde el constitucionalismo europeo, por ejemplo, las cláusulas pétreas alemanas que han intensificado su identidad frente a Europa cuando se trata de decisiones económicas fundamentales —como es el caso del Tribunal Federal alemán (BVerfG)—, pero que han facilitado su integración cuando se trata de expandir los derechos fundamentales. En el caso del referido Tribunal, respecto del artículo 136.3 del Tratado de la Unión Europea, se dijo que la nueva posibilidad de establecer facilidades de préstamo para los miembros de la zona euro debilitó el principio de autonomía presupuestaria nacional (BVerfG, sentencia 2 BvR1390/12, de 12 de septiembre de 2012).

En América Latina, la identidad constitucional no ha sido un tema muy estudiado debido a la alta maleabilidad de las constituciones y, por esta razón, no existe una doctrina sólida al respecto; sin embargo, los estándares de derechos humanos previstos (en el *corpus iuris* interamericano) y desarrollados bajo la jurisprudencia del Sistema Interamericano son un factor de identidad; un faro que guía y unifica las acciones de los Estados miembros en todos los ámbitos: estándares normativos, de política pública y de acceso a la justicia. Así, del constitucionalismo de la región con esas aspiraciones, se está desarrollando una identidad en torno al progreso y lucha contra la desigualdad que se vive en el Sur global.

En Europa, la identidad constitucional surge del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que ha permitido la permeabilidad de los derechos humanos, la democracia europea lograda por la posguerra para proteger a las sociedades europeas del abuso del poder. Ello mediante de la interpretación

del debido proceso, la prohibición de la tortura y los tratos degradantes, el derecho a la privacidad privada o la prohibición de esclavos.

Es bajo estas consideraciones que la identidad constitucional debe entenderse como un término polisémico, pues encapsula pautas culturales cuando se trata de decisiones políticas fundamentales que pueden tener diversas manifestaciones y objetivos en cada país; y que también corre el riesgo de ser tergiversado (p. ej., la alusión a una identidad británica como dique frente al abuso de la Unión Europea que sirvió de base mediática para impulsar el *Brexit* y deformar los valores democráticos en Europa). Así, no debe confundirse a la identidad constitucional con los valores antidemocráticos o con falsos nacionalismos o demagogias constitucionales que imperan bajo rasgos fascistas y abiertamente discriminadores. Sirvan de ejemplo dos líderes contemporáneos de nuestro continente: Donald Trump y Jair Bolsonaro, quienes han mostrado un abierto rechazo a los derechos de grupos en situación de vulnerabilidad. Frente a ello, la identidad constitucional puede sintetizarse en que la democracia efectiva y el respeto amplio de los derechos humanos forman parte de los valores universales de las sociedades y que, por tanto, no están sujetos a nacionalismos violentos.

No obstante, las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador están desarrollando una nueva identidad constitucional sobre la base del reconocimiento del derecho a la naturaleza en sus textos constitucionales. Colombia también ha forjado una nueva identidad a partir de su constitucionalismo garantista para arreglar el “estado de cosas inconstitucional” (véase las sentencias de su Corte Constitucional, entre otras, T-153, de 1998, T-606, de 1998 y la emblemática T-025/2004); y también para combatir el cambio climático con la tutela STC4360-2018, mediante la que el Tribunal Supremo de Colombia advirtió los graves riesgos de la deforestación de las selvas colombianas y ordenó la creación de un plan nacional, a largo plazo, para proteger el derecho de las futuras generaciones. Al establecer estas nuevas dimensiones, la identidad de los textos va encaminada a generar nuevos procesos de protección y un futuro menos incierto, no solo para los nacionales, sino para la humanidad.

*Isaac de Paz González*

#### 569. IGUAL PROTECCIÓN DE LA MUJER ANTE LA LEY

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en dos de sus preceptos el principio de igualdad: el artículo 1.1 determina 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”, mientras que el 24 dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.” Existe un reenvío implícito entre el artículo 24 y el 1.1 debido a que, para determinar lo que es la discriminación, y más aún, cuando se está ante discriminación basada en categorías que invierten la carga de la prueba (categorías sospechosas,) habrá que acudir al contenido del artículo 1.1.

En el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, la Corte IDH distinguió entre ambos artículos, explicando que “la diferencia [...] radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar ‘sin discriminación’ los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a *igual protección de la ley*. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24”.

No obstante, en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, la Corte IDH advirtió, además, que “se prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”. Esto es, la interpretación que se le ha dado al artículo 24 es bastante amplia y con una perspectiva estructural, pues se refiere tanto a la discriminación directa como a la indirecta, al hablar no solamente de la discriminación de derecho, sino también de hecho, pues pone atención en los impactos diferenciados que una ley, aparentemente neutral, puede tener en las mujeres. La visión estructural de la desigualdad considera la situación individual de la persona, pero entendiéndola como perteneciente o integrante de un grupo que ha sido sistemáticamente excluido y sojuzgado. Es una perspectiva que atiende a la situación perpetua de exclusión y subordinación, más que a un trato diferente, arbitrario, individualizado y sin impactos grupales.

Ahora bien, con respecto a los impactos indirectos, se han referido especialmente a las discriminaciones sistémicas, es decir, una diferencia de trato que *prima facie* no se presenta como tal o que no revela la arbitrariedad a primera vista, sino que tiene un efecto potencial de discriminación o que impacta en el ejercicio de derechos de ciertas personas o grupos como efecto colateral de la aplicación de la norma, por ejemplo, una ley que reconozca el derecho exclusivo de las mujeres trabajadoras para acceder a estancias infantiles o guarderías que aparentemente no discrimina a las mujeres; no obstante, su impacto diferenciado radica en que refuerza el estereotipo de que las mujeres son quienes realizan el trabajo de cuidado y los hombres no.

En este sentido, la igual protección de la mujer ante la ley se refiere justamente a que, en el marco jurídico de los Estados parte, no se pueden establecer diferencias arbitrarias por género y la arbitrariedad está relacionada con la cláusula contenida en el artículo 1.1, pues está prohibido diferenciar sin una justificación robusta por género o sexo.

El género, a diferencia del sexo, es una construcción social que se refiere a la construcción histórico-cultural que se desarrolla a partir de los sexos —como descripción biológica de los cuerpos— y que moldea roles sobre los comportamientos, actividades y atributos que una sociedad determinada considera como apropiados para los hombres y las mujeres. Se refiere a lo que es propiamente “masculino” y a lo que es “femenino”.

La Corte, de manera reiterada, ha explicado que “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo

inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación”.

En este sentido, la prohibición de discriminación ante la ley por género se refiere a que, tanto para la creación y aplicación como para la interpretación de la ley, no se podrá apelar a roles o estereotipos de género, pues ello atenta contra la dignidad y el principio de autonomía que fundamentan el desarrollo de la propia CADH y su interpretación.

En este orden de ideas, la Convención de Belém do Pará reconoce en su artículo 6 “El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.” Sobre ello, habrá que mencionar que en el caso *Penal Castro Castro vs. Perú*, la Corte IDH refirió por primera vez su competencia interpretativa con respecto a la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ya que estos instrumentos complementan el *corpus iuris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la CADH.

Con base en lo anterior, la Corte IDH ha venido desarrollando un entendimiento del derecho de las mujeres a la igualdad ante la ley como una interpretación de largo alcance que requiere comprender la exclusión, violencia y obstaculización en el ejercicio y garantía de los derechos como una manifestación de la subordinación histórica de las mujeres a un ideal patriarcal que las ve como un grupo inferior, limitado a labores de cuidado y del hogar, dedicado a la satisfacción de roles reproductivos y sexuales y que, en general, no goza de autonomía para tomar sus propias decisiones. Esta comprensión patriarcal del rol de la mujer muchas veces se encuentra plasmado en la legislación, otras tantas forma parte del contexto hermenéutico en el que se interpreta, provocando diferenciaciones en el disfrute, efectividad y garantía de sus derechos.

A partir de este, la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de igualdad de las mujeres ante la ley —por la vía de la interpretación del artículo 24 en conjunción con el 1.1— es bastante robusta. Destacan los casos *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*, *Atala Riffó e hijas vs. Chile*, *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, *Rosendo Cantú y otra vs. México* y *Fernández Ortega y otros vs. México*.

*Geraldina González de la Vega*

## 570. IGUALDAD DE GÉNERO

El tema de la “igualdad” se relaciona de manera estrecha con el concepto de justicia. Sin embargo, es el constitucionalismo moderno el que lo ha elevado a principio de derecho positivo que se encuentra consagrado en las grandes declaraciones de derechos y en todos los textos constitucionales. En la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776 se estipula: “Todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes” (art. 1o.). Asimismo, en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, en Francia, se señala: “Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos.

Las distinciones sociales solamente pueden ser fundadas en la utilidad común” (art. 1o.).

Cabe señalar que la idea de igualdad del siglo XVIII se refería estrictamente a la mitad de la población: los varones. Fue hasta el siglo XX que se encuentran las primeras referencias a la igualdad entre mujeres y hombres, como en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 que fue reformada en 1974 para incluir la disposición en el art. 4o.: “El varón y la mujer son iguales ante la ley...”. También se encuentra en la Constitución de Weimar de 1919 (Alemania) la siguiente disposición: “Todos los alemanes son iguales ante la ley. Hombres y mujeres tienen, en principio, los mismos derechos y deberes políticos...” (art. 109).

Ahora bien, al referirnos a la idea de igualdad tenemos: la igual dignidad de toda persona, la igual participación, igualdad ante la ley, igualdad política, igualdad en las condiciones materiales de vida y la igualdad de oportunidades.

La igualdad de género parte del postulado de que todos los seres humanos, mujeres y hombres, tienen la libertad de desarrollar sus habilidades personales y hacer elecciones sin estar limitados por estereotipos, roles de género rígidos o prejuicios. La igualdad de género implica que se han considerado los comportamientos, aspiraciones y necesidades específicas de las mujeres y de los hombres, y que éstas han sido valoradas y favorecidas de la misma manera. Significa que sus derechos, responsabilidades y oportunidades no dependerán del hecho de haber nacido mujer u hombre. De acuerdo con el art. 6o. de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, de México, la “igualdad entre mujeres y hombres implica la eliminación de toda forma de discriminación en cualquiera de los ámbitos de la vida, que se genere por pertenecer a cualquier sexo”.

Asimismo, el art. 1o. de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) establece: “A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

*María de la Concepción Vallarta Vázquez*

## 571. IMPARCIALIDAD JUDICIAL

I. *El derecho a un juzgador independiente e imparcial como principio informador del Poder Judicial y derecho fundamental de los justiciables.* La “independencia” judicial surge con el Estado liberal, primer eslabón del Estado constitucional, en cuanto elemento que integra la división de poderes y el Estado de derecho. El juez es “independiente” porque actúa de forma “imparcial”, sobreordenada a las partes, y con sumisión plena y exclusiva a la ley y no a la voluntad del Ejecutivo, del Parlamento o del rey. Hoy el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones. El posterior art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos de 1966 añade a esta misma garantía: por un tribunal competente y establecido por la ley. Una justicia imparcial es un ingrediente necesario e indefectible del derecho a un juicio equitativo o a un proceso justo, junto a otros que, pese a poder descomponerse, están muy interrelacionados entre sí. La imparcialidad es consustancial a la propia función de juzgar: un juez parcial no es un verdadero juez.

La independencia judicial abarca varias notas complementarias. Es pues sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al resto del ordenamiento jurídico: la discreción judicial viene siempre condicionada y amparada por la predeterminación normativa. Y, por contrapartida, ausencia de sometimiento a las partes y a las presiones de cualquier poder, público o privado, externo al Poder Judicial, e incluso a cualquier otro órgano interno, pues ese poder se organiza de forma horizontal y difusa, y se armoniza y mantiene unido mediante un sistema judicial de recursos y no a través de instrucciones jerárquicas. Supone la exclusividad judicial, reserva o monopolio de jurisdicción. No es un privilegio del juzgador sino un postulado y principio que informa la organización moderna de la justicia, pero abarca la lucha por la inamovilidad de los jueces como garantía de su independencia personal de criterio. La predeterminación legal del juez o tribunal, de su composición o titulares, y de su competencia (juez ordinario predeterminado por la ley) son rasgos que, pese a que componen hoy un derecho independiente, tienden a entremezclarse.

“Independencia” e “imparcialidad” son conceptos próximos e interrelacionados tanto para las Constituciones y los tratados sobre derechos como para la doctrina científica y la jurisprudencia que tiende a confundirlos, o cuando menos a considerarlos fungibles; algunos autores creen incluso que la distinción es artificial o forzada. La imparcialidad supone una ausencia de prejuicio y la presencia de desinterés y neutralidad. La imparcialidad subjetiva está vinculada a la libre formación de la convicción del juez en su fuero interno ante un caso concreto. Mientras que la objetiva atiende a la confianza que el juzgador ofrezca al justiciable en función de la existencia de suficientes garantías que permitan rechazar cualquier duda legítima: la descontaminación del juzgador. La primera debe presumirse, salvo prueba en contrario de quien la arguye. La segunda debe llevar a revisar si el temor de contaminación está objetivamente justificado. El buen enjuiciamiento sobre la tacha de parcialidad del juzgador debe ser concreto, entretelado de hechos y no abstracto o apriorístico.

El largo medio siglo de experiencias y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) revela muy diversos y variados escenarios reales de posibles conflictos: el juez que actúa como fiscal durante la instrucción, la acumulación de funciones juzgadoras e instructoras, el juez que ya ha expresado su opinión sobre la culpabilidad del sujeto o que incluso se había pronunciado al respecto en una resolución judicial, la presencia entre las deliberaciones del tribunal de sujetos distintos a los jueces, los vínculos o intereses comunes del juez con una de las partes (conflictos de intereses), las declaraciones públicas del juez ante los medios de comunicación, el desbordamiento de los tribunales militares o de las llamadas cortes de seguridad u orden público, o la discutible acumulación de funciones consultivas y jurisdiccionales, etcétera.

El TEDH y la cuarentena de tribunales constitucionales europeos que siguen su rastro incluyen también, entre la garantía la teoría de las apariencias, “un tribunal no debe solo hacer justicia sino que debe verse que la hace”. La similitud de esta garantía en la familia de Estados constitucionales es indicio del rol que cumplen los derechos fundamentales como un emergente derecho común: una suerte de globalización de los derechos.

II. *La imparcialidad judicial en el constitucionalismo mexicano.* En la historia mexicana, la imparcialidad judicial tiene origen en la Constitución de Cádiz de 1812. Esta Constitución liberal, que llegó a gozar de limitada eficacia en el territorio mexicano, disponía que los magistrados y jueces, al tomar posesión de sus plazas, debían jurar: “guardar la Constitución, ser fieles al Rey, observar las leyes y administrar imparcialmente justicia” (art. 279). Tras la independencia, el principio se asumió en el Acta Constitutiva de la Federación de 1824 (art. 18), anejo a la Constitución del mismo año. Sin embargo, no tuvo recepción expresa en los documentos constitucionales posteriores: los textos centralistas de 1836 y 1843, y la Constitución Federal de 1857. Mas la preocupación por la imparcialidad de los tribunales no pasó desapercibida a lo largo del siglo XIX, y diversos documentos emitidos por el gobierno en funciones declararon este principio como parte de las formas que debían regir los procedimientos judiciales.

El texto originario de la Constitución mexicana de 1917 no previó una disposición acerca de la “imparcialidad judicial”. No fue hasta la reforma constitucional de 1987 cuando el principio fue introducido expresamente en el segundo párrafo del art. 17: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...”. En el debate en el Senado, se adujo que su justificación se encontraba en los modernos tratados internacionales que reconocen este derecho de los justiciables. El principio tiene otro fundamento introducido por la posterior reforma constitucional de diciembre de 1994. El art. 100, párrafo séptimo, establece una norma de principios para la carrera judicial del Poder Judicial Federal, según la cual su desarrollo debe regirse por los principios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia, todos ellos imbricados entre sí.

*Javier García Roca*  
*Alfonso Herrera García*

## 572. IMPERIO DE LA LEY

Desde la fundación de la democracia en Atenas como sistema social para administrar el poder y satisfacer las necesidades sociales de la *politeia* y el buen gobierno como punto de partida, es bien conocido que Aristóteles observó que los seres humanos podían ser corrompidos; y que la ley —como razón sin pasión— pone límites a ese deseo humano para abusar del poder. Al filósofo griego se le atribuye la frase un “imperio de ley y no un imperio de los hombres”.

Bajo esta premisa, tanto el constitucionalismo histórico como el moderno han intentado establecer diversos medios de modulación y control del poder y proteger a los gobernados frente a los abusos de sus gobernantes: monarcas, poder ejecutivo, parlamentos, administración pública, poder judicial y, recientemente, el poder privado.

Una revisión breve de la vertebración de los límites al poder que se han fijado en diversas leyes constitucionales, estatutos, doctrinas, y en las mismas constituciones y valores históricos de Francia, Estados Unidos, Italia, Inglaterra y Alemania (en donde se han construido sendas bases doctrinales del *rule of law*, *État de droit*, *Rechtsstaat*), muestra que los valores del control del poder y el ejercicio democrático —aunado a los derechos de los gobernados— se aglutinan en torno a los conceptos de imperio de la ley, Estado de derecho y, en una perspectiva contemporánea: Estado constitucional de derecho. El contenido de estos conceptos se ha transfundido sin mayores cuestionamientos en toda nuestra Hispanoamérica y, sobre todo, se abordan y se discuten en la opinión pública, pues forman parte de las notas periodísticas y de las exigencias que se les reclama a los gobernantes y miembros de los poderes, a quienes se les pide cumplir, respetar y hacer valer el Estado de derecho.

En este sentido, y en virtud del vacío aparente del contenido del término “Estado de derecho” (al que se le puede criticar de entrada un estado formalista de leyes que no necesariamente asuman el control del poder), las tendencias actuales del constitucionalismo y el internacionalismo de los derechos humanos lo articulan mediante una serie de cláusulas más eficientes en torno al imperio de la ley.

Tom Bingham ha descrito claramente el contenido que en la actualidad tiene todo el sistema normativo que encarna los valores del constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos y que —a mi entender— se pueden explicitar de la siguiente manera: 1) en virtud del alto contenido cuantitativo de normas, directrices, reglamentos y acuerdos, la ley debe ser accesible, clara y predecible (contenido que se elabora con los criterios de racionalidad lógico-formal, lingüística, sistemática y teleológica que propone Manuel Atienza); 2) dada la alta densidad de cuestiones constitucionales, las decisiones judiciales y parlamentarias deben ser resueltas por la ley y no por el ejercicio de la discreción; 3) la ley debe aplicarse a todos por igual, excepto cuando las diferencias objetivas justifican la diferenciación; 4) los entes de Gobierno, ministros y legisladores deben actuar dentro de sus poderes y no exceder sus límites; 5) la ley debe garantizar la adecuada protección de los derechos humanos; 6) la ley debe proporcionar acceso a la justicia, especialmente cuando las personas no pueden resolver las disputas interpersonales por sí mismas; 7) los tribunales y procesos judiciales deben sustentar sus decisiones dentro del margen constitucional y con la teleología de la identidad constitucional de su pueblo, y 8) el Estado debe cumplir con el derecho internacional y en especial con los mecanismos de revisión, monitoreo y jurisdicción de los derechos humanos.

Desde luego, este concepto es eminentemente doctrinal y normativo. Lo importante es que podemos saber y medir en qué consiste —con exactitud— y de qué hablamos cuando decimos “imperio de la ley” o Estado de derecho. Desde una perspectiva más cuantitativa y cualitativa, la organización *World Justice Project* ha considerado nueve factores: *i*) restricciones en los poderes del Gobierno; *ii*) ausencia de corrupción; *iii*) Gobierno abierto; *iv*) derechos fundamentales; *v*) orden y seguridad; *vi*) cumplimiento normativo; *vii*) justicia civil; *viii*) justicia penal, y *ix*) justicia informal. Estos elementos también tienen subfactores que se pueden medir con meridiana precisión. Lo más importante es que, al explicitarse, el concepto de imperio de la ley y Estado de derecho, o

si se prefiere, Estado constitucional, pasa de una categoría abstracta, doctrinal o normativa, a forjarse mediante una serie de factores medibles y —sobre todo— exigibles a los actores políticos, legislativos, judiciales y privados.

Actualmente, en virtud de la irradiación constitucional y los efectos horizontales de los derechos humanos, la categoría de “Estado de derecho” y sujeción al “imperio de la ley” también puede aplicarse a las empresas nacionales y de origen internacional. Desde 2011 (y hasta noviembre de 2018), el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre empresas y los derechos humanos creó pautas y reuniones para lograr un pacto global y vinculante para que las empresas colaboraran en la prevención de violaciones, mejora de los mecanismos de protección y revisión a los países (con perspectiva de género y de especial cuidado a grupos vulnerables). En este sentido, se buscan tres objetivos específicos: *a)* las obligaciones existentes de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y libertades fundamentales; *b)* el papel de las empresas comerciales como órganos especializados de la sociedad que realizan funciones específicas, requeridas para cumplir con todas las leyes aplicables y para respetar los derechos humanos, y *c)* la necesidad de que los derechos y obligaciones se ajusten a remedios efectivos en caso de incumplimiento.

En suma, el imperio de la ley abarca categorías normativas y funcionales de todos los aspectos de la sociedad en el ejercicio del poder. La definición y expansión de su contenido es esencial para darle viabilidad a los factores e indicadores, como gran tarea del constitucionalismo contemporáneo.

*Isaac de Paz González*

### 573. INAPLICACIÓN DE LEYES ELECTORALES

La inaplicación de leyes en materia electoral es un mecanismo de control de constitucionalidad a partir del acto concreto de aplicación, con el objeto de que las resoluciones de las autoridades electorales y de los partidos políticos se sustenten en disposiciones jurídicas acordes a las normas y principios constitucionales. Entre estos principios destacan aquellos que rigen a los procesos electorales, como son los de equidad, igualdad, pluralismo político, certeza y seguridad jurídica; así como los de autonomía, independencia, objetividad y legalidad, como ejes rectores de las actuaciones de las autoridades electorales, tanto administrativas como jurisdiccionales (Penagos, 2012).

Su fundamento lo encontramos en el art. 99, párrafo sexto, de la Constitución general de la República, en el que se otorga al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación la facultad de inaplicar leyes electorales al caso concreto, y es la jurisprudencia de su Sala Superior la que ha fijado las reglas para el uso efectivo de este medio de control.

I. *Antecedentes.* Con anterioridad a la reforma constitucional de 2007, los individuos no estaban legitimados para controvertir la inconstitucionalidad de leyes electorales con motivo de su aplicación en un caso concreto, en virtud de que el juicio de amparo, desde su origen, se previó como improcedente para resolver sobre la constitucionalidad de normas en la materia.

El primer antecedente que establece la posibilidad de revisar la regularidad constitucional de las leyes electorales es la reforma constitucional de 1996, a través de la cual, en el art. 105, frac. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se previó la procedencia de la acción de in-

constitucionalidad en materia electoral, competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como tribunal constitucional, con el objeto de resolver de manera abstracta las posibles contradicciones entre una ley electoral y una norma o principio constitucional.

Además, la acción de inconstitucionalidad en materia electoral solo puede ser promovida por los órganos del poder legitimados para ello, así como por los partidos políticos, con lo cual prevaleció la imposibilidad de impugnar la constitucionalidad de una norma electoral con motivo de su aplicación a un caso concreto. Fue hasta la reforma constitucional de 2007, que se estableció, en el art. 99, que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tiene la facultad de resolver sobre la no aplicación de leyes electorales al caso concreto, que se estimen contrarias a la Constitución.

II. *Sujetos legitimados*. Con la reforma aludida, el constituyente colmó el vacío que estuvo presente en el constitucionalismo mexicano durante los siglos XIX y XX, pues a partir de ella todas las personas están legitimadas para controvertir la constitucionalidad de una ley electoral, cuando les genere una afectación por su acto concreto de aplicación (Penagos, 2012).

III. *Competencia para inaplicar normas electorales*. Los órganos jurisdiccionales facultados para declarar la inaplicación de normas electorales son la Sala Superior y las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, según lo previsto en el ya indicado art. 99 constitucional, que en su párrafo sexto prevé: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio...”.

De esta disposición constitucional se advierte que las salas que integran ese tribunal están facultadas para la revisión de la constitucionalidad de normas electorales con motivo de su aplicación, y en el supuesto de resultar contrarias a la Constitución deberán inaplicarse con efectos *inter partes*, es decir, la resolución que se emita se limitará al caso concreto sobre el que verse la controversia.

Esta facultad de inaplicar normas electorales puede ejercerse al resolver cualquiera de los medios de impugnación en materia electoral, de manera que dicha atribución no está circunscrita a un juicio o recurso en específico, sino que las salas del Tribunal Electoral pueden realizar el análisis de la regularidad constitucional de preceptos electorales en los casos en que se hubieran aplicado de manera expresa o tácita, siempre que exista agravio al respecto (Penagos, 2013).

IV. *Recurso de reconsideración*. El art. 61 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral prevé la procedencia del recurso de reconsideración en contra de las resoluciones de fondo que emitan las Salas Regionales cuando inapliquen una norma electoral; sin embargo, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha ampliado los supuestos de procedencia con el objeto de privilegiar la revisión de la regularidad constitucional de las leyes de la materia y propiciar seguridad jurídica en la democracia electoral (Penagos, 2013).

En ese sentido, se ha sostenido que el recurso de reconsideración debe estimarse procedente contra sentencias en las que: a) expresa o implícitamente,

se inapliquen leyes electorales (jurisprudencia 32/2009), normas partidistas (jurisprudencia 7/2012) o normas relacionadas con los usos y costumbres de las comunidades indígenas, de carácter electoral (tesis XXII/2011); *b*) se omita el estudio o se declaren inoperantes los agravios relacionados con la inconstitucionalidad de las normas controvertidas (jurisprudencia 10/2011); *c*) cuando se haya dejado de aplicar una norma estatutaria en contravención a los principios constitucionales de auto organización y autodeterminación de los partidos políticos (sentencia SUP-REC-35/2012); *d*) se realice una interpretación de un precepto constitucional, mediante el cual se oriente la aplicación o no de normas secundarias (sentencia SUP-REC-180/2012 y acumulados), o *e*) se ejerza control de convencionalidad tratándose de derechos humanos (jurisprudencia 28/2013).

Además, los criterios que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha emitido al respecto han contribuido a la eficacia plena de esta facultad constitucional.

V. *Dualidad del control constitucional*. De lo anterior se advierte que el control de constitucionalidad de normas electorales puede llevarse a cabo a través de dos vías (Ferrerres, 2008): por medio de la acción de inconstitucionalidad, como control abstracto, y por la inaplicación de normas electorales, como control concreto. Esto recobra particular relevancia tratándose de la materia electoral, ya que la revisión de la regularidad constitucional de esas leyes le otorga certeza y seguridad jurídica al sistema democrático, al prever instrumentos jurisdiccionales para velar porque todas las normas en materia electoral sean acordes a los preceptos y principios constitucionales.

*Pedro Esteban Penagos López*

#### 574. INCIDENTE

I. Del latín *incidere*, que significa sobrevenir, interrumpir, producirse. Los incidentes son procedimientos que se plantean dentro de un juicio y que tienen como finalidad resolver cuestiones adjetivas o procesales, aunque relacionadas con el asunto principal.

Los incidentes sobrevienen de manera accesoria dentro del proceso, y son planteados por las partes siempre que ocurran aspectos emergentes, es decir, anormales a la secuela del juicio.

Su utilidad radica en la oportunidad que tienen las partes de superar los problemas que saltan y que resulta necesario resolver para el dictado de la decisión final; tal vez por ello se pueden clasificar como un medio de impugnación que busca, en última instancia, regularizar el proceso que ha sido alterado.

II. Los incidentes pueden clasificarse, *atendiendo al momento procesal en que han de fallarse*, en aquellos que se resuelven mediante resolución interlocutoria, es decir, antes del dictado de la sentencia, y en aquellos que se resuelven de manera conjunta con la decisión final; los primeros, dada su especial naturaleza, requieren que su pronunciamiento incidental sea previo a la resolución final —por ejemplo, el incidente de falta de personalidad—; los segundos se resuelven de manera conjunta con la sentencia definitiva —por ejemplo, incidente de falsedad de firmas en el amparo directo—; por su parte, existen los que se plantean y se resuelven una vez dictada la decisión final del asunto, como ocurre con los incidentes de liquidación y ejecución de las sentencias,

sin embargo, aquí no se abordan temas eminentemente procesales, pero sí accesorios, pues solo se desarrollarán de conformidad a lo ya dicho en el asunto principal, situación que no se puede desconocer.

Otra forma de clasificación es la que se refiere a *si paralizan o no el proceso*, estos comprenden a los de previo y especial pronunciamiento y a aquellos que no paralizan el procedimiento; la presentación de los primeros ocasiona que se suspenda el curso del juicio en tanto no son resueltos por medio de una resolución interlocutoria, pues lo que se ventila la mayoría de las veces es justamente un presupuesto procesal, sin el cual el juicio puede ser inválido y que de seguir el proceso haga inútil el desarrollo de todo el litigio —por ejemplo, incidente de incompetencia—; por su parte, los que no detienen el proceso hacen que ambas cuestiones —incidente y juicio— sigan su marcha de manera paralela y su resolución se deja hasta sentencia final. Existe otra categoría, no tan aceptada en la doctrina, que sostiene que hay incidentes que siendo de especial pronunciamiento no suspenden el procedimiento, sino que lo que ocurre es que se resuelven fuera del expediente principal y antes del dictado de la sentencia (José Ramón Cossío Díaz).

También podemos señalar a aquellos incidentes que se clasifican en *nomina-dos o innominados*, entendiéndose por los primeros aquellos que tienen una denominación legal y en ocasiones una regulación especial —por ejemplo, el incidente de suspensión en la controversia constitucional— por su parte los segundos carecen de nomenclatura específica y con mayor razón de estatuto propio, pero que no impiden su ejercicio.

III. Por lo que respecta a los procesos constitucionales en México —controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad—, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos realiza una regulación de los incidentes nomina-dos e innominados que pueden plantearse en ese tipo de juicios y se refiere a ellos de manera escueta al señalar que son incidentes de especial pronuncia-miento el de nulidad de notificaciones, de reposición de autos y de falsedad de documentos, los cuales deberán promoverse ante el ministro instructor antes del dictado de la sentencia y deberán ser sustanciados en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y alegatos, y dictará la resolución que corresponda.

Aunque la ley de referencia no hace alusión a que estos incidentes sean de previo pronunciamiento, es claro que al señalar que su sustanciación se realiza en una sola audiencia, en la que además debe pronunciarse resolución, de alguna forma sí requiere que se resuelvan antes de la sentencia final.

Otra interrogante que surge es si debe o no suspender el proceso de la controversia constitucional o la acción de inconstitucionalidad, pues, como ya mencionamos, no existe duda de que se debe resolverse por interlocutoria, pero qué pasa con la continuidad del proceso; al ser omisa la ley compartimos la idea de que queda al arbitrio del juzgador constitucional estimar cuándo se estaría en presencia de un incidente que por su especial naturaleza requiere que se suspenda el procedimiento (Cossío Díaz), pues puede ocurrir que lo que se ventile sea por ejemplo la nulidad de notificación de un tercero interesado y ello podría no ser razón suficiente para que no siguiera el proceso por sus diferentes etapas, siempre y cuando la cuestión incidental se resuelva antes del principal.

Por lo que tocante al juicio de amparo, la ley reglamentaria lo regula de manera expresa en su capítulo relativo los incidentes de nulidad de notificaciones y reposición de autos, sin que ello implique que no se pueda promover otro tipo de incidentes establecidos o no en la propia ley; por ejemplo, en el art. 122 se establece un trámite incidental cuando se objete de falso una prueba documental.

En la Ley de Amparo se establece una regulación distinta en torno al momento de su resolución, ya que se deja a consideración del órgano que conoce del juicio principal decidir si se resuelve de plano, amerita un especial pronunciamiento o si se resuelve junto con la definitiva, lo cual es acertado, pues cada caso puede presentar características diferentes que deberá valorar el juzgador y proveer lo que considere más conveniente con la finalidad de dar celeridad al juicio constitucional.

*José Manuel Chavarín Castillo*

### 575. INCIDENTE DE FALSEDAD DE DOCUMENTOS

I. Es el procedimiento que se plantea dentro de un juicio de controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad que permite que las partes cuestionen los documentos aportados al expediente, por falsedad en la forma, y que se busca no sean tomados en cuenta por el ministro instructor por no ser pruebas fidedignas.

II. Por lo que se refiere al órgano del conocimiento de este incidente, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Ley Reglamentaria) señala que deberán promoverse ante el ministro instructor a quien, en términos del art. 24 de la ley citada, haya sido turnado el asunto, es decir, corresponde al ministro encargado de la sustanciación de la controversia o la acción de inconstitucionalidad el conocimiento de los incidentes, pues hay que señalar que una vez recibida la demanda ante la oficialía de partes de la Suprema Corte es el ministro presidente quien dicta un acuerdo de radicación y turno; de esta forma corresponde al ministro instructor proveer sobre la admisión, y una vez sustanciado el procedimiento elaborar el proyecto de sentencia.

III. La promoción de este incidente corre a cargo de las partes o sus representantes así reconocidos, siempre y cuando les cause afectación el documento que se tilda de falso y debe hacerse antes de que se dicte sentencia o bien, si se trata de un documento aportado en la fase de ejecución de la sentencia, antes de que concluya este (José Ramón Cossío Díaz).

IV. Este incidente es declarado por la Ley Reglamentaria como de especial pronunciamiento, sin que sea de previo, es decir, se deja al arbitrio del ministro instructor decidir si se suspende o no el procedimiento dependiendo del tipo de impugnación y si amerita la interrupción del procedimiento; pues si la interlocutoria que va decidir el incidente trasciende al resultado del proceso sí conviene suspender el juicio principal, pero si el resultado del incidente no interrumpe el desarrollo de las etapas procesales puede llevarse a la par del principal, siempre y cuando se dicte decisión antes de la sentencia final (Cossío).

V. Por lo que se refiere al trámite del incidente, la Ley Reglamentaria únicamente señala que se sustanciará en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y alegatos de las partes y pronunciará la sentencia; sin embargo, previo al señalamiento de la audiencia consideramos

que se tiene que aplicar de manera supletoria el primer párrafo del art. 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señala que con la promoción del incidente se deberá correr traslado a las otras partes por el término de tres días, con la finalidad de que tengan oportunidad de manifestar lo que consideren pertinente y puedan ofrecer pruebas; también puede ocurrir con mayor regularidad en este incidente que se requiera de la preparación y desahogo de algún medio probatorio —por ejemplo, una prueba pericial—, para ello el ministro instructor deberá señalar previamente a la audiencia su práctica. Todo ello con la finalidad de dejar preparado el procedimiento para que pueda desarrollarse la audiencia con el ofrecimiento de los medios de convicción y los alegatos.

VI. La resolución que decide sobre el incidente tiene el carácter de interlocutoria y se pronuncia en cuanto al fondo de la falsedad cuestionada, que de declararse procedente tiene el efecto de dejar sin valor el documento y dictarlo que corresponda. Esta decisión puede ser impugnada por medio del recurso de reclamación, pues, de acuerdo con el art. 51, frac. III, establece que procede aquel en contra de las resoluciones dictadas por el ministro instructor al resolver sobre los incidentes previstos en el art. 12, donde se incluye el de falsedad de documentos.

VII. Tratándose de este incidente dentro del amparo, de acuerdo con el art. 122 de la Ley de Amparo, es en la audiencia constitucional donde inicia y termina el procedimiento incidental, ya que si se objeta de falso un documento, se suspende la audiencia constitucional por un periodo de diez días para que en la nueva fecha las partes ofrezcan las pruebas, y una vez sustanciado se procesa con la audiencia constitucional, por lo que el procedimiento incidental es parte de la misma audiencia.

*José Manuel Chavarín Castillo*

## 576. INCIDENTE DE NULIDAD DE NOTIFICACIONES

I. Es el procedimiento que se promueve dentro de un juicio de controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad —adelante nos referiremos sobre el juicio de amparo— y que tiene como finalidad dejar sin efectos una notificación que no fue realizada conforme a las formalidades que establece la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Ley Reglamentaria).

Para poder determinar cuándo una notificación debe o no ser declarada nula es preciso señalar sus formalidades, las cuales se encuentran previstas en los arts. 4o.-6o. de la Ley Reglamentaria; en principio, las notificaciones se practicarán al día siguiente de pronunciada la resolución o al auto, y se notifican bien sea por lista o por oficio en el domicilio de las partes por conducto del actuario, con la posibilidad de que se realicen a través del correo certificado con acuse de recibo o bien tratándose de cuestiones urgentes puede ordenarse que se practique vía telegráfica.

La práctica de la notificación deberá atenderse con la persona autorizada para ello; en el caso de aquellas dirigidas al presidente de la República se entenderán con el secretario de Estado, jefe del Departamento Jurídico que corresponda el asunto o con el consejero jurídico, quienes, en términos del art. 11, son los que pueden representarlo en los juicios de controversia constitucional y acción de inconstitucionalidad; sin embargo, el segundo párrafo del

art. 4o. señala que se pueden autorizar a personas distintas a los promoventes para que reciban notificaciones.

El actuario, al realizar una diligencia de notificación, deberá asentar en el acta el nombre de la persona con quien se entiende el acto, y si se niega a firmar o recibir, la notificación se tendrá por legalmente hecha. Así, cualquier notificación que se realice inobservando los anteriores requisitos es susceptible de ser declarada nula por medio de este incidente.

Vale la pena preguntarnos cuándo una notificación debe realizarse de manera personal, sin embargo, la Ley Reglamentaria es omisa en tal punto; para responder esta interrogante es preciso aplicar de manera supletoria, en términos del art. 2o. de la Ley Reglamentaria, el Código Federal de Procedimientos Civiles, mismo que señala, en el art. 309, que son personales las notificaciones por medio de las cuales se emplaza a juicio al demandado, o bien cuando se haya dejado de actuar más de seis meses, cuando sea ordenado expresamente en el auto a notificar y todas aquellas que se realicen al procurador general de la República, y en general todas las que la ley así lo disponga.

II. Por lo que se refiere al órgano del conocimiento de este incidente, es la propia Ley Reglamentaria la que señala que deberán promoverse ante el ministro instructor, a quien, en términos del art. 24 de la ley citada, haya sido turnado el asunto, es decir, corresponde al propio ministro encargado de la sustanciación de la controversia o la acción de inconstitucionalidad el conocimiento de los incidentes, pues hay que señalar que una vez recibida la demanda ante la oficialía de partes de la Suprema Corte es el ministro presidente quien dicta un acuerdo de radicación y turno; de esta forma, corresponde al ministro instructor proveer sobre la admisión y, una vez sustanciado el procedimiento, elaborar el proyecto de sentencia.

III. La promoción de esta clase de incidentes corre a cargo de las partes o sus representantes así reconocidos, siempre y cuando les cause afectación la notificación hecha de forma irregular; y se deberá hacer siempre y cuando no se haya dictado sentencia.

IV. Este incidente es declarado por la Ley Reglamentaria como de especial pronunciamiento, sin que sea de previo, es decir, se deja al arbitrio del ministro instructor decidir si se suspende o no el procedimiento dependiendo del tipo de impugnación; pues si la interlocutoria que va a decidir el incidente trasciende al resultado del proceso sí conviene suspender el juicio principal, pero si el resultado del incidente no transgrede el desarrollo de las etapas procesales puede llevarse a la par del principal, siempre y cuando se dicte decisión antes de la sentencia final (José Ramón Cossío Díaz).

V. Por lo que se refiere al trámite del incidente la Ley Reglamentaria tan solo señala que se sustanciarán en una audiencia en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y alegatos de las partes y dictará la sentencia; sin embargo, previo al señalamiento de la audiencia consideramos que se tiene que aplicar de manera supletoria el primer párrafo del art. 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señala que con la promoción del incidente se deberá correr traslado a las otras partes por el término de tres días, con la finalidad de que tengan oportunidad de manifestar lo que consideren pertinente y puedan ofrecer pruebas; también puede ocurrir que se requiera de la preparación y desahogo de algún medio probatorio —por ejemplo, una prueba pericial—, para ello el ministro instructor deberá señalar previamente

a la audiencia su práctica. Todo ello con la finalidad de dejar preparado el procedimiento para que pueda desarrollarse la audiencia incidental.

VI. La resolución que decide sobre el incidente tiene el carácter de interlocutoria y se pronuncia en cuanto al fondo de la nulidad planteada que de declararse estimatoria deberá decretarse la nulidad de la notificación, y como consecuencia todo lo actuado a partir de ella, en caso contrario, se seguirá el proceso por sus etapas siguientes. Esta determinación puede ser impugnada por medio del recurso de reclamación, pues de acuerdo al art. 51, frac. III, establece que procede aquel en contra de las resoluciones dictadas por el ministro instructor al resolver sobre los incidentes previstos en el art. 12, donde se incluye, desde luego, el de nulidad de notificaciones.

VII. En el juicio de amparo, si se alega la nulidad de una notificación, la promoción del incidente, según el art. 68 de la Ley de Amparo, debe realizarse en la siguiente actuación que se comparezca, es decir, si se realiza después de la notificación tildada de inválida, alguna actuación de la parte afectada se convalida la notificación, lo que impediría solicitar su nulidad y se trata de un incidente que no suspende el procedimiento.

Su tramitación requiere que una vez presentado el incidente con las pruebas respectivas, el juzgador dará vista por el término de tres días a las partes para que aleguen lo que consideren conveniente u ofrezcan pruebas, transcurrido ese periodo, dentro de los tres días siguientes, se celebrará la audiencia en la que se recibirán y desahogarán las pruebas, se oirán los alegatos y se dictará la resolución correspondiente, que de resultar procedente se repondrá el procedimiento a partir de la actuación anulada.

*José Manuel Chavarín Castillo*

#### 577. INCIDENTE DE REPOSICIÓN DE AUTOS

I. Es el procedimiento que se promueve dentro de un juicio de controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad que tiene como objetivo reintegrar al expediente algún elemento que por cualquier razón desapareció de él.

Puede ocurrir que en el desarrollo del juicio constitucional se extravíe o desaparezca alguna parte o la totalidad del expediente por cualquier razón, sea de forma natural —por ejemplo, un terremoto— o provocada —por ejemplo, que se haya sustraído algún auto o constancia del expediente—, para ello, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Ley Reglamentaria) prevé que se pueda promover un incidente con la intención de que las piezas perdidas sean repuestas al expediente al cual pertenecen.

II. Por lo que se refiere al órgano que tramita este incidente, la Ley Reglamentaria señala que deberán promoverse ante el ministro instructor, a quien, en términos del art. 24 de la ley citada, haya sido turnado el asunto, de esta forma corresponde al ministro encargado del trámite de la controversia o la acción de inconstitucionalidad el conocimiento de los incidentes, pues hay que señalar que una vez recibida la demanda ante la oficialía de partes de la Suprema Corte, el ministro presidente dicta un acuerdo de radicación y turno; así, corresponde al ministro instructor proveer sobre la admisión, y una vez sustanciado el procedimiento, elaborar el proyecto de sentencia.

III. La promoción de esta clase de incidentes corre a cargo de las partes o sus representantes así reconocidos, y puede ordenarse incluso de manera oficiosa

por el ministro instructor, quien deberá certificar la existencia anterior y la falta posterior del expediente o de algún auto, y aunque la ley señala que debe presentarse antes del dictado de la sentencia, también se puede válidamente promover en la etapa de ejecución de la decisión final si fue en esa etapa en la que ocurrió la falta del expediente.

IV. Este incidente es declarado por la Ley Reglamentaria como de especial pronunciamiento, sin que sea declarado como de previo; sin embargo, consideramos que tratándose de un asunto tan delicado como es la pérdida del expediente o alguna de sus partes conviene suspender el procedimiento en tanto las partes allegan de constancias que permitan continuar con el procedimiento.

V. Por lo que se refiere al trámite del incidente, la Ley Reglamentaria solamente señala que se sustanciarán en una audiencia, en la que el ministro instructor recibirá las pruebas y alegatos de las partes y emitirá la sentencia; sin embargo, previo al señalamiento de la audiencia consideramos que se tiene que aplicar de manera supletoria el primer párrafo del art. 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, que señala que con la promoción del incidente se deberá correr traslado a las otras partes por el término de tres días, con la finalidad de que tengan oportunidad de manifestar lo que consideren pertinente y poder aportar las constancias o copias del expediente extraviado; también puede ocurrir que se requiera de la preparación y desahogo de algún medio probatorio, para ello, el ministro instructor deberá señalar previamente a la audiencia su práctica. Todo ello con la finalidad de dejar preparado el procedimiento y repuestos los autos para que pueda desarrollarse la audiencia.

VI. La resolución que decide sobre el incidente tiene el carácter de interlocutoria y se pronuncia en el sentido de declarar que el expediente se encuentra completo y se puede continuar con el trámite del proceso. Esta determinación puede ser impugnada por medio del recurso de reclamación, pues, de acuerdo con el art. 51, frac. III, establece que procede aquel en contra de las resoluciones dictadas por el ministro instructor al resolver sobre los incidentes previstos en el art. 12, donde se incluye desde luego el de nulidad de notificaciones.

Es importante señalar que el ministro instructor cuenta con la facultad de realizar investigaciones que considere pertinentes, siempre y cuando no sean contrarias al derecho, todo con la intención de encontrar una respuesta a la falta el expediente o de sus autos.

VII. Al igual que en los anteriores procesos en el amparo, al advertirse la falta de constancias del expediente —arts. 70-72 de la Ley de Amparo— se deberá certificar la existencia anterior y la falta posterior, y puede plantearse de oficio o a petición de parte, para ello, el juez de amparo requiere a las partes para que un plazo de cinco días, con opción de ampliarse a diez, aporten las copias o constancias que obren en su poder; transcurrido el anterior plazo se cita a las partes dentro de los tres días siguientes para la celebración de la audiencia en la que se elaborará una relación de las constancias aportadas, se oirán alegatos y se dictará la sentencia correspondiente.

En términos similares a la controversia y la acción de inconstitucionalidad, el juez que conozca del amparo está facultado para realizar las investigaciones pertinentes sobre la falta de las piezas del expediente.

La Ley de Amparo prevé que si existe el expediente electrónico será innecesario la promoción de este incidente, ya que las constancias que lo integran se encuentran digitalizadas en archivos electrónicos con el uso de las tecnologías que para el caso establezca el propio Consejo de la Judicatura Federal.

*José Manuel Chavarín Castillo*

### 578. INCLUSIÓN

Es el enfoque por virtud del cual, de forma positiva, todas las personas participan de los derechos y libertades, legal, constitucional y convencionalmente reconocidos en igualdad de circunstancias. Sobre la base de este principio, las autoridades deben evitar un trato diferenciado —que no se encuentre justificado y razonado— que propicie la discriminación.

Por virtud de esta orientación, las autoridades se encuentran obligadas a respetar un trato digno e igualitario hacia las personas, que les permita su desarrollo como seres humanos. Dicha perspectiva representa de forma considerable una medida positiva, un “hacer”, cuyo fin es dar cumplimiento a las obligaciones generales en derechos humanos, a la luz del principio de igualdad, bajo la concepción de la dignidad humana.

La inclusión es un concepto que permite concebir que los derechos pertenecen a las personas independientemente de su condición, raza, origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, estado de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra su dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar sus derechos y libertades. Por ello, representa un instrumento clave, sobre todo, en ámbitos de desigualdad estructural.

La inclusión, además, obliga al Estado a implementar políticas públicas, en instancias públicas o privadas, que propicien la igualdad entre las personas y, en general, a diseñar todo tipo de acciones encaminadas a prevenir, propiciar, garantizar o, en su caso, reparar, las condiciones de igualdad en las diversas tareas que les son asignadas. Todo ello con la finalidad de lograr una distribución igualitaria y justa entre las personas.

Además, puede entenderse a la inclusión como una herramienta de interpretación que permite aplicar la perspectiva de derechos humanos, especialmente con un mayor escrutinio a la luz de la progresividad y los recursos disponibles, para la integración en la vida social y colectiva de las personas en franca desventaja por razón económica, política o cultural, dominantes en una sociedad.

El enfoque de inclusión se relaciona con los valores esenciales que fundamentan a los derechos humanos, propiciando la autonomía, la no discriminación y la aplicación del principio de universalidad entre las personas, y obliga a llevar a cabo un conjunto de acciones positivas que permitan el reconocimiento de los derechos de todos los seres humanos, en igualdad de circunstancias, para la efectiva garantía de los derechos.

Este principio cobra especial relevancia en tratándose de personas con discapacidad, sobre todo a partir del modelo social, el cual reconoce que las causas que propician la discapacidad son en gran medida sociales. En esta tesitura, el enfoque inclusivo permite incorporar a las personas con discapacidad en la sociedad, fortaleciendo su autonomía y el diseño de su proyecto de vida bajo la configuración de libertad e igualdad.

*Fabiola Martínez Ramírez*

## 579. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en su jurisprudencia 25/2000, resolvió que la inconstitucionalidad de una ley surge de su contradicción con un precepto de la Constitución y no de oposición entre leyes secundarias. Existe una presión constante y legítima de nuestra sociedad actual de vivir en un Estado de derecho, que pesa sobre el legislador, el Gobierno y los jueces, en el sentido de que, en un contexto democrático, no puede tolerarse que alguna ley inconstitucional sea rectora de la vida social.

El Estado de derecho tiene su razón de ser en el imperio de la ley como una expresión de la voluntad popular y, con ello, el sometimiento de todos los poderes a esta última y a la norma fundamental del Estado para la eficaz protección y realización de los derechos y libertades, así como de las necesidades de los individuos.

De esta suerte, el respeto a la carta fundamental —a la supremacía constitucional— es lo que imprime validez a todas y cada una de las normas de que está compuesto nuestro ordenamiento jurídico y los actos que de él derivan, lo que significa que solo un control constitucional eficaz permite la existencia del Estado de derecho. Dicho de otra forma, las normas inconstitucionales afectan al Estado de derecho, de suerte que, para la permanencia de este, es necesario que el sistema jurídico establezca medios en que esas normas puedan ser combatidas. Dada su trascendencia, la inconstitucionalidad de una ley debe ser considerada como la *ultima ratio* del orden jurídico, y dicha declaración debe reservarse para aquellos casos en que la incompatibilidad de la norma impugnada con la ley suprema sea manifiesta, clara e indudable.

El planteamiento del problema de la inconstitucionalidad de las leyes tiene antecedentes gaditanos. Fue precisamente durante el *Trienio* constitucional español (1820-1823) cuando se suscitaron debates sobre la inconstitucionalidad del contenido de los proyectos y propuestas de leyes y decretos. Así, los motivos de inconstitucionalidad empleados en los debates parlamentarios del *Trienio* eran tanto de carácter formal —de tipo orgánico o procedimental—, relativos al funcionamiento de las instituciones, como de aquellos que por su naturaleza sirvieron para rechazar los proyectos normativos de leyes y decretos por vulnerar disposiciones constitucionales de carácter sustantivo. Parecía evidente que no solo en cuanto a la conveniencia, utilidad o incluso justicia de las leyes podía extraviarse el poder legislativo, sino que abiertamente se reconocía que, como consecuencia de la juridicidad y supremacía de la Constitución, el legislador podía producir normas inconstitucionales (esto ya había sido advertido en 1789 por el diputado francés Henri Grégoire: “*Mais une Assemblée Nationale peut errer...*”).

La primera legislación mexicana en materia de inconstitucionalidad surgió del Acta de Reformas Constitucionales de 1847, particularmente de su artículo 23, al disponer entonces que: “[...] si dentro de un mes de publicada una ley del congreso general, fuere reclamada como *anticonstitucional*, o por el presidente, de acuerdo con su Ministerio, o por diez diputados o seis senadores, o tres legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al examen de las legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto. Las declaraciones se remitirán a la Suprema Corte, y esta publicará el resultado, quedando anulada la ley, si así lo resolviere la mayoría de las legislaturas”.

En la actualidad, también el Pleno del Tribunal Constitucional ha dicho que existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del poder judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales —ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación— de los que conozca la SCJN para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad (P. LXX/2011).

Por lo que se refiere a las controversias constitucionales y a las acciones de inconstitucionalidad, se dispone en el artículo 105 de la ley fundamental que las resoluciones de la SCJN solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos. Por su parte, el artículo 107, que enuncia las bases del juicio de amparo, dispone también que cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la SCJN lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la SCJN emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria, es decir, la Ley de Amparo.

Así, el análisis sobre la regularidad constitucional de una norma se efectúa atendiendo al contenido legal impugnado y su compulsula con los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1ª LXXVIII/2016), y partiendo del 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, en un sentido tanto formal como material (P.J. 20/2014).

A manera de ejemplo, y con especial relevancia, el inciso b) de la fracción II del artículo 105 constitucional dispone que las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los 30 días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por el equivalente al 33% de los integrantes del Senado, en contra de las leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. Y esto sin soslayar, desde luego, lo dispuesto por el artículo 133: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que

emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”.

La Constitución, por tanto, es la norma suprema que se alza como paradigma fundamental al que deben someterse todas las otras normas; además, no puede sino estar como referente único e insuperable de toda legitimidad y legalidad en el país, a riesgo, incluso, de perder su cualidad de norma de referencia fundante y origen de creación institucional. A ella debe ajustarse y someterse toda otra norma que se genere dentro de su ámbito general de aplicación, pues de la Constitución deriva todo el marco normativo, incluso, desde luego, los tratados internacionales —incluyendo los de derechos humanos—, y por ello no puede en ningún caso perder su preeminencia sobre cualquier otra norma. Nada ni nadie sobre la Constitución.

*Luis María Aguilar Morales*

#### 580. INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Es la infracción a la Constitución cometida por la inactividad del legislador, consistente en no legislar en concreto cuando ha recibido un encargo específico, sea por parte del órgano constituyente o por parte del órgano revisor de la Constitución, para desarrollar una norma constitucional de eficacia limitada que precisa de la intervención del legislador; en un primer momento, para alcanzar plena eficacia.

La omisión legislativa es una especie del género omisión normativa, es decir, la falta o ausencia de creación de normas jurídicas, en la que puede incurrir no solo el legislador sino incluso otros órganos del Estado, como, por ejemplo, el Ejecutivo que no emite un reglamento que torne plenamente eficaz una ley. Sin embargo, en el discurso cotidiano cuando se hace referencia a la inconstitucionalidad por omisión se entiende la inactividad del legislador que vulnera la Constitución.

La inconstitucionalidad por omisión implica varios elementos; en un primer momento, es preciso identificar la omisión del legislador; es decir, resulta indispensable precisar en qué momento se configura un “no hacer” o un “no legislar” del legislador; en segundo término, se ha de identificar en qué momento ese “no hacer” del legislador deviene inconstitucional, lo que, a su vez, implica el análisis de tres cuestiones diversas: *a)* la inactividad voluntaria del legislador; *b)* el mandato específico de legislar; y *c)* la ineficacia de la norma constitucional.

En primer término, toda omisión implica abstención de hacer o decir, flojedad o descuido del que está encargado de un asunto; en un sentido punitivo, denota una falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado. La omisión es el acto de omitir; y esta palabra significa dejar de hacer, decir o consignar algo, dejar fuera algo, así, una omisión es un “no hacer”, un “no actuar”.

Una característica básica de la omisión es que es un concepto referencial, es decir, no existe una omisión en sí, sino siempre en relación con una determinada acción. Por tanto, solo se omite algo en un contexto en el que es relevante una actuación determinada, solo se deja de hacer o se omite una conducta cuando tal conducta o ese hacer es probable; por ello es que se afirma que detrás de la estructura típica de la omisión hay siempre una

norma de mandato que obliga a una determinada acción no realizada por el sujeto.

Así, la omisión consiste en la violación a una norma de mandato que impone al destinatario la obligación específica de hacer algo en determinadas circunstancias o condiciones, de donde se sigue que el de omisión es un concepto *normativo* y de referencia a una acción determinada. Por otra parte, para la configuración de la omisión se hace necesario atender a la capacidad psicofísica y normativa del destinatario, puesto que no se puede exigir una conducta a algún sujeto incapacitado física o mentalmente para realizarla, como tampoco puede ser exigida una conducta a un sujeto que desconocía que estaba obligado a algo. Es por ello que se puede, finalmente, definir la omisión como “la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma”.

Asimismo, la omisión implica un no actuar como se esperaba; un sujeto solo omite una conducta cuando esta es probable que se realice, y, en el ámbito de lo jurídico, la probabilidad de una conducta deriva tanto de las condiciones físicas y psicológicas del destinatario como, fundamentalmente, del mandato de una norma que impone el deber de una actuación concreta en condiciones específicas.

Cuando se habla de “omisión legislativa” o de “omisión del legislador” se pretende indicar que este, el legislador, *no ha actuado como se esperaba que actuara*, que su conducta empírica y normativamente probable no se ha presentado. Y, particularmente en un Estado de derecho, la conducta que se reclama del legislador, tanto desde el punto de vista empírico como del normativo, consiste en legislar; es decir, crear textos normativos que tengan la categoría de leyes. En otras palabras, lo que se espera del legislador es que cree leyes. Así, las expresiones “omisión legislativa” u “omisión del legislador” denotan que el encargado de dar o crear una ley en particular no lo ha hecho (o lo ha hecho en forma deficiente) cuando era esperado o probable que lo hiciera.

Para la configuración jurídica de la inconstitucionalidad por omisión legislativa lo importante *no es* establecer la existencia o presencia de una omisión en sí, empíricamente verificable incluso; lo que de verdad importa es determinar si la omisión puede ser tipificada, es decir, si se está ante la ausencia de una conducta *debida*, si la conducta omitida era mandada por una norma de rango constitucional o si una norma constitucional se torna inaplicable por la inactividad del legislador. Considero que la problemática de la inconstitucionalidad por omisión legislativa es fundamentalmente normativa, es decir, no se busca castigar al sujeto que omitió la conducta, sino tornar plenamente eficaz una norma constitucional.

Lo inconstitucional es aquello que no es constitucional, es decir, que no está de acuerdo o conforme a la Constitución. Cuando se habla de *inconstitucionalidad* por omisión legislativa significa que el legislador no actuó, en forma voluntaria, frente a un deber específico de legislar consignado en una norma constitucional; en otras palabras, que el legislador violó el mandato de una norma constitucional que le imponía el deber específico de legislar, pues no lo hizo.

La Constitución está conformada por diversas normas jurídicas, todas ellas supremas, pero con un grado de eficacia diferente, puesto que algunas normas constitucionales no requieren de alguna intervención posterior para ser plenamente eficaces, en tanto que otras normas constitucionales, y su-

premas por tanto, sí requieren de la intervención de un agente que las torne cabalmente eficaces, como aquellas que requieren de un desarrollo legislativo posterior. Cuando el legislador no actúa, es decir, no legisla y, por lo tanto, no desarrolla la Constitución vulnera el principio de supremacía constitucional y menoscaba la eficacia plena de la norma suprema.

Las normas constitucionales pueden ser divididas, según el grado de su eficacia, en normas de eficacia plena y normas de eficacia limitada; las primeras son aquellas que para convertirse en móvil de la conducta de los sujetos no requieren de un desarrollo normativo posterior, sino que son eficaces desde el mero momento en que existen; en tanto que las segundas son normas constitucionales que requieren, para su plena eficacia, de un desarrollo normativo posterior, tales como las disposiciones normativas que crean órganos o instituciones procesales. Por ejemplo, las llamadas normas constitucionales de principio, por definición, serán normas de eficacia plena, en tanto que las llamadas normas constitucionales programáticas serán normas de eficacia limitada.

En no pocas ocasiones el órgano constituyente o el órgano revisor de la Constitución le hace al legislador ordinario algunos “encargos”, es decir, se le asigna ya no la tarea genérica de legislar, sino la específica de desarrollar ciertos preceptos constitucionales de eficacia limitada, puesto que, dada la previsión explícita o implícita contenida en tales preceptos, resultan de obligatorio y concreto desarrollo para que cobren eficacia plena.

Este mandato o encargo al legislador es esencial para que se presente la infracción a la Constitución en caso de omisión, puesto que esta solo será relevante desde el punto de vista jurídico cuando exista un precepto jurídico, en este caso constitucional, que mande una conducta o acción legislativa específica y concreta, y dicha acción o conducta no se verifique. El mandato o encargo puede ser implícito o explícito, pero siempre deberá existir.

Al no cumplir con este mandato, es decir, al omitir legislar en lo particular, el legislador vulnera la eficacia de una norma constitucional y menoscaba su aplicabilidad, la posibilidad de que sea acatada. De esta forma, la infracción a la Constitución se puede actualizar no solo en el momento en que el legislador incumple con un deber específico de legislar en concreto, derivado de un mandato o encargo del constituyente o del órgano revisor, sino que se configura también cuando la falta de eficacia de una norma constitucional que la torna inaplicable deriva de la inactividad legislativa.

Así, la omisión se configura tanto con la verificación del incumplimiento del deber específico de legislar en concreto impuesto por el constituyente u órgano revisor de la Constitución, como al constatar que la inactividad del legislador genera la ineficacia de una norma constitucional específica; de lo anterior se infiere que el objeto del control es la consecuencia *normativa* derivada o producida por la inactividad legislativa.

*Carlos Báez Silva*

#### 581. INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNO (SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS)

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), un tratado es “un acuerdo internacional celebrado por

escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (art. 2.1, inc. a CVDT). Si bien la adopción del texto de un tratado se efectúa por consentimiento de los Estados participantes en su elaboración (art. 9 CVDT), la sola participación en dicha adopción no vincula al Estado. El derecho internacional prevé actos unilaterales específicos para que los Estados manifiesten su consentimiento en obligarse con un tratado “mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión”, o cualquier otra forma que se haya convenido (art. 11 CVDT). De esta manera, es en pleno ejercicio de la soberanía estatal, y a través de la manifestación del consentimiento, que los Estados devienen creadores y destinatarios de las normas establecidas en los tratados (teoría del desdoblamiento funcional de Georges Scelle).

Ciertamente, si bien la creación de tratados genera obligaciones internacionales para los Estados, la posibilidad de contraer tales compromisos “es precisamente un atributo de la soberanía [estatal]” (Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *del Vapor “Wimbledon”*, sentencia de 17 de agosto de 1923, p. 25). El consentimiento estatal es, entonces, principio básico del derecho de los tratados (*ex consensu advenit vinculum*) y, en esa medida, estos solo vinculan a las partes que consintieron en obligarse con ellos (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*). Así, una vez manifestado el consentimiento, el Estado contratante debe, por medio de sus diferentes poderes, órganos y autoridades, cumplir de buena fe con las obligaciones convencionales internacionales contraídas en la aplicación del principio *pacta sunt servanda* (art. 26 CVDT) sin poder “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado” (art. 27 CVDT).

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y los demás tratados que integran el *corpus iuris* interamericano vinculan a los respectivos Estados parte. Esto determina una interacción entre el derecho internacional y el derecho interno que, en la mayoría de los casos, está regulada en las constituciones nacionales. Los medios que empleen los miembros para la incorporación de los tratados en el derecho interno resultan irrelevantes para el derecho internacional, al que finalmente le interesa constatar la conformidad de la actuación del país con las obligaciones que contrajo, en atención al principio de coherencia.

En efecto, el derecho internacional no obliga al Estado a adoptar un determinado mecanismo para su recepción en el derecho interno. De esta manera, en virtud de la soberanía estatal, cada nación tiene la libertad de determinar dicho mecanismo. En esa línea, en el SIDH, algunos Estados han regulado dicha recepción conforme a la teoría monista, estableciendo que los tratados de los que son parte integran automáticamente su ordenamiento jurídico; mientras que otros, conforme a la teoría dualista, condicionaron dicha integración a la posterior realización de un acto formal de “transformación” del tratado en el derecho interno. Sin embargo, actualmente, la caracterización de los mecanismos de recepción de los tratados sobre la base de una u otra teoría parece haber perdido vigencia, ya sea porque en los hechos los Estados demuestran una práctica mixta (monista y

dualista), o bien, porque conceptualmente ambas teorías han sido superadas por la compleja realidad de interacción entre el derecho internacional y el derecho interno.

Asimismo, en el referido proceso de incorporación, los Estados determinan el rango de los tratados en el derecho interno. El derecho internacional tampoco los obliga a reconocer la primacía de las normas internacionales al interior de su ordenamiento jurídico. Entre los países del SIDH, la jerarquía otorgada a los tratados de derechos humanos comprende los rangos supraconstitucional, constitucional, supralegal y legal. En algunos casos, en defecto del texto constitucional, o cuando este ha requerido una interpretación específica, la jurisprudencia de las altas cortes internas ha reconocido rango constitucional a dichos tratados, en una lógica interpretativa pro persona.

Adicionalmente, los Estados del SIDH suelen incluir en su normativa constitucional ciertos criterios hermenéuticos que promueven la aplicación de dichos tratados en la práctica de toda autoridad pública y, en particular, de los jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. Entre dichos criterios destacan la cláusula pro persona, según la cual se debe optar por la norma o la interpretación más amplia cuando se trata de reconocer derechos humanos, y a la más restrictiva cuando se trata de limitarlos; la cláusula de bloque constitucional, a partir de la cual los derechos fundamentales previstos en la Constitución deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado es parte, y la cláusula de derechos implícitos, según la cual los derechos expresamente reconocidos en la Constitución no niegan la existencia de otros que son inherentes a la persona o que pueden surgir de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

A mayor abundamiento, algunos Estados del SIDH han creado legislación específica que respalda la plena incorporación de la CADH y demás tratados del *corpus iuris* interamericano en el derecho interno, a través de la regulación del procedimiento para garantizar el cumplimiento de las sentencias, las medidas cautelares y provisionales, las recomendaciones, las resoluciones y/o los acuerdos de solución amistosa originados en los procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana, según corresponda.

Por tanto, cada Estado parte decide el sistema de incorporación de los tratados en el derecho interno. Los miembros del SIDH tienen así definido un mecanismo de recepción y una jerarquía para la CADH y los demás tratados del *corpus iuris* interamericano, junto a cláusulas de interpretación y leyes específicas orientadas a la integración de dichos tratados. En cualquier caso, con independencia del sistema de incorporación previsto, los tratados obligan a los países a adoptar medidas de distinta naturaleza que garanticen su efectiva vigencia en el derecho interno, a fin de evitar acciones u omisiones que puedan generar su correspondiente responsabilidad internacional.

*Juana María Ibáñez Rivas*

## 582. INMUTABILIDAD CONSTITUCIONAL

Las reformas a la Constitución pueden surgir como una necesidad social que incoa ante los parlamentos nuevas disposiciones constitucionales mediante la interpretación jurisprudencial y mediante las reglas que marca la propia ley

fundamental. No obstante, existen principios sólidos dentro de cada marco constitucional que constituyen su columna vertebral y cuya modificación implicaría un grave riesgo para el futuro democrático de la Constitución y de las libertades adquiridas por la sociedad con el paso de los años.

En tal virtud, una de las cualidades de los textos constitucionales es que, a lo largo de su historia o de su vigencia, desarrollan normas que solidifican las disposiciones constitucionales de tal manera que no se podría entender a la Constitución de mérito sin ese contenido concreto. Estas normas fundacionales se encuentran en todas las partes del texto constitucional y han permanecido dentro del texto como parte de su centro de gravedad. La permanencia de estas normas obedece a factores históricos que se consideran mitos fundantes y límites a todo poder; por ejemplo, la Carta Magna de 1215 de Inglaterra, que dio origen a su *rule of law*; los principios de igualdad, libertad y fraternidad de la Revolución francesa, y el fin del *apartheid* en Sudáfrica, que permitió el desarrollo de una jurisprudencia emancipadora. También se distingue el principio del *Rechtsstaat* desarrollado por el derecho público alemán, que ha permitido imponer los derechos fundamentales en las decisiones no solo judiciales, sino también parlamentarias en la Alemania moderna. En este sentido —a manera de principios intocables—, dicho país ha desarrollado límites pétreos al poder; por ejemplo, las cláusulas constitucionales que acusan mayor intangibilidad y a las que incluso se les ha denominado “cláusulas eternas”, y que se encuentran en los artículos 1 a 20 y 79 de la Ley Fundamental de Bonn.

En América Latina, las cláusulas intangibles no existen en muchos textos constitucionales, pues es un hecho conocido que, por lo menos desde el punto de vista normativo, la Constitución mexicana puede ser reformada en cualquier tiempo y sobre cualquier materia (sin admitir que esto sea correcto). A manera de conceptos intangibles, las constituciones pueden interpretarse de manera amplia junto con el marco internacional de derechos humanos. En caso de que no existan normas intangibles en la Constitución se corren graves riesgos, pues los tribunales constitucionales —cuando notoriamente pretenden favorecer el poder— pueden interpretar los derechos de manera que resulte un fraude a la Constitución, como sucedió en el caso de Honduras (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, sentencia de 22 de abril de 2015) y de Nicaragua (sentencia 504, exp. 602-09, de 19 de octubre de 2009), donde se desmontaron textos constitucionales y se interpretaron los derechos humanos (mediante una interpretación fraudulenta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) para permitir la reelección indefinida de los presidentes en turno y, en consecuencia, del autoritarismo del poder.

*Isaac de Paz González*

### 583. INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

El INAI es el organismo federal especializado en garantizar el derecho de acceso a la información y la protección de los datos personales en posesión de los sujetos obligados que las leyes en la materia establecen, y que goza de competencias federales y estatales. Es un órgano creado por vía del artículo 6 constitucional, fracción VIII (*Diario Oficial de la Federación*, 7 de febrero de 2014), que explica su naturaleza jurídica definiéndolo como: “órgano autó-

nomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio” y dotado de “plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna”. Sin embargo, tuvo como antecedente al llamado Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI), creado por la primera ley de acceso a la información en el país.

En sus orígenes, el IFAI fue creado como órgano desconcentrado de la administración pública, previsto en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, vigente de 2002 a 2015. Según esta ley abrogada, sus competencias se limitaban a vigilar el cumplimiento de ambos derechos en posesión del poder ejecutivo federal, y su presupuesto estaba determinado en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Debido a la amplia demanda social en favor de la autonomía y mayores facultades para el órgano garante, en 2014, en el marco de una reforma de transparencia más amplia al artículo 6 constitucional, y como parte del acuerdo político conocido como Pacto por México, se aprobó una reforma que recogió la expresión de diversos senadores y senadoras que coincidían con los mismos intereses sociales. Consecuentemente, en 2015 fue promulgada una nueva Ley General de Transparencia y Acceso a la Información, que da sustento y contenido a las funciones y mandatos del INAI (*Diario Oficial de la Federación*, 4 de mayo de 2015).

En el derecho internacional existen organismos similares con funciones equivalentes, principalmente en Europa y América Latina, ya sea en nomenclatura de Comisión, Instituto u *ombudsman*. El *Índice Global del Derecho a la Información* de 2016 reporta que 100 de las 136 legislaciones nacionales establecen algún tipo de mecanismo para revisar en instancia administrativa las negativas de solicitud de información. Dada la relevante labor de especialización y apertura de la información democrática, la Organización de los Estados Americanos recomendó a los Estados miembros la creación de órganos garantes del derecho de acceso a la información en su resolución AG/RES. 2607 (XL-O/10), Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública.

La historia de este órgano especializado en el derecho mexicano es evidencia clara del proceso de convencimiento social y político de la utilidad y necesidad de su propia existencia. La primera ley federal en 2002 logró el consenso político para diseñar al IFAI exclusivamente como un órgano del poder ejecutivo federal, que vigilara la implementación de la norma y resolviera recursos de revisión de ciudadanos en contra de los órganos de la Administración Pública Federal ante negativas de información. La misma ley, en su artículo 61, previó que el resto de los sujetos obligados debían establecer en sus reglamentos o acuerdos “los órganos, criterios y procedimientos institucionales para proporcionar a los particulares el acceso a la información, de conformidad con los principios y plazos establecidos en esta Ley [incluida] una instancia interna responsable de aplicar la Ley, resolver los recursos, y las demás facultades que le otorgue este ordenamiento”. En los siguientes 12 años de implementación de aquel modelo inicial de la ley, cada sujeto obligado federal nombró un consejo y órgano equivalente a las funciones del IFAI (como los poderes legislativos, judicial y los órganos autónomos). Este modelo funcionó de manera descoordinada, y en algunos casos con más independen-

cia de los titulares de las instituciones y otros con menos. Este funcionamiento desigual fue documentado y diagnosticado en estudios, que se utilizaron para poner en el debate público algunas conclusiones que justificaron la eminente transformación del INAI en 2015. Los estudios demostraron que la autonomía de las decisiones de los órganos equivalentes en la federación y de los órganos estatales era frágil en su diseño institucional y capacidad de decisión; que los titulares de estos órganos eran nombrados directamente por el poder gubernamental en turno, y ello impactaba en la orientación hacia el ocultamiento de la información. Asimismo, evidenciaron que, en algunos casos, las resoluciones del IFAI habían sido desafiadas ante una instancia jurisdiccional y administrativa (incluso ante la Comisión de Derechos Humanos), y en ocasiones fueron revocadas para dar prioridad a la clasificación de la información.

De esta manera, la reforma al artículo 6 constitucional de 2014 atiende los anteriores problemas con el objeto de: 1) otorgar autonomía constitucional al órgano federal y convertirlo en uno nacional (INAI), con facultades ampliadas hacia todos los sujetos obligados federales y con competencias en materia del derecho de acceso a la información y la protección de datos personales; 2) establecer que las determinaciones del INAI tengan el carácter de vinculatorias, definitivas e inatacables para todas las autoridades y los sujetos obligados; 3) otorgar facultades al INAI para interponer acciones de inconstitucionalidad contra leyes que vulneren el derecho de acceso a la información pública, y 4) otorgar facultades al INAI para conocer y revisar las resoluciones que adopten los órganos garantes estatales, y atraer los recursos de revisión en el ámbito local que así lo ameriten. Conforme al mismo artículo 6 constitucional, el INAI está integrado por siete comisionados que durarán en su encargo siete años de manera escalonada.

El INAI también es responsable de encabezar y coordinar del Sistema Nacional de Transparencia e Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, integrado por 32 organismos garantes del derecho de acceso a la información en los estados de la república, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, el Archivo General de la Nación y la Auditoría Superior de la Federación. Este sistema es creado por la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información, título II, capítulo I, con el objeto de “coordinar y evaluar las acciones relativas a la política pública transversal de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales, así como establecer e implementar los criterios y lineamientos”.

*Issa Luna Pla*

#### 584. INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL

El Instituto Nacional Electoral (INE) es el organismo público, autónomo, de carácter nacional, rector en materia electoral, que cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propios; es independiente en sus decisiones y funcionamiento y profesional en su desempeño.

Nace con la reforma constitucional de 2014, una de las más profundas en la materia y también una de las más cuestionadas, pues con ella quedó extinto el entonces Instituto Federal Electoral, institución que durante más de dos décadas construyó el andamiaje que hizo posible la democracia electoral en nuestro país.

En términos del artículo 41, base V, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el INE cuenta con órganos de dirección, ejecutivos, técnicos y de vigilancia. El órgano superior de dirección es el Consejo General, responsable de vigilar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales en materia electoral; se integra por un consejero presidente y diez consejeros electorales, y concurren con voz, pero sin voto, los consejeros del poder legislativo, las representaciones de los partidos políticos y el secretario ejecutivo.

Es competencia del Consejo General resolver los procedimientos sancionadores ordinarios; sin embargo, los procedimientos especiales sancionadores se instruyen en el Instituto y se remiten para su resolución a la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Otro de los órganos centrales es la Junta General Ejecutiva, encabezada por el presidente del Consejo General e integrada por el secretario ejecutivo, los seis directores ejecutivos y los titulares de las tres unidades técnicas; tiene principalmente atribuciones de supervisión y evaluación, pero también resuelve medios de impugnación en contra de actos o resoluciones del secretario ejecutivo y de las juntas locales.

En adición a la estructura central, el INE cuenta con 32 delegaciones que tienen su sede en cada una de las entidades federativas, así como con 300 juntas distritales ejecutivas, que son órganos permanentes instalados en cada uno de los distritos electorales uninominales federales.

El INE está llamado, entre otros fines, a contribuir al desarrollo de la vida democrática, preservar el fortalecimiento del régimen de partidos políticos, asegurar a la ciudadanía el ejercicio de los derechos político-electorales, garantizar la celebración periódica y pacífica de las elecciones para renovar a los integrantes de los poderes legislativo y ejecutivo de la Unión, velar por la autenticidad y efectividad del sufragio, promover el voto y coadyuvar en la difusión de la educación cívica y la cultura democrática de las personas.

Para alcanzar estos fines, de acuerdo con el marco jurídico vigente (2018), cuenta con muy diversas facultades que son exclusivas del órgano nacional, y que ejerce tanto para elecciones federales como para las locales, que entre las más relevantes se podría mencionar: la construcción del padrón y lista de electores, la expedición de la credencial para votar, la distritación, la fiscalización a partidos políticos y candidatos, la ubicación de casillas, designación y capacitación de funcionarios de las mesas directivas de casilla y la administración del tiempo que corresponde al Estado en radio y televisión.

Además de dictar criterios en materia de resultados preliminares, encuestas, sondeos de opinión, observación electoral, conteos rápidos, impresión de documentación y producción de material electoral, le fueron incorporadas algunas atribuciones especiales relacionadas directamente con los organismos públicos locales electorales, como la designación y remoción de sus consejerías, la asunción total o parcial de sus actividades, la atracción de asuntos de su competencia cuando su trascendencia así lo amerite o para sentar un criterio de interpretación, así como la posibilidad de delegarles algunas de las atribuciones propias del Instituto.

En las elecciones de diputaciones federales y senadurías, realiza el escrutinio y cómputo, emite la declaración de validez y otorga constancias; mientras

que en la elección de la presidencia de la república, lleva a cabo el cómputo en cada uno de los distritos electorales uninominales.

Por mandato constitucional, la renovación de los poderes legislativo y ejecutivo se debe efectuar mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, y siempre a la luz de los principios rectores de la materia electoral: certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, máxima publicidad y objetividad.

Atenta a lo mandado por el artículo 1 de la Constitución federal, la autoridad administrativa en materia electoral debe garantizarle a la ciudadanía, en todo tiempo, el ejercicio de sus derechos político-electorales que, en cuanto derechos humanos, debe promover, respetar, proteger y garantizar, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Es cierto que en el ánimo de las y los ciudadanos prevalece una profunda desconfianza hacia las instituciones, y ello ha provocado, con el paso de diversas reformas, una sobrerregulación que ha hecho compleja la función electoral. Partiendo de esta base, será importante que la agenda legislativa apunte hacia una reforma que simplifique el modelo y promueva el uso de nuevas tecnologías.

*Carlos Rubén Eguiarte Mereles*

#### 585. INTERAMERICANIZACIÓN

En América Latina, cuando se habla de internacionalización de las constituciones nacionales, se vincula directamente con el lugar privilegiado que se le otorga al derecho internacional de los derechos humanos, fenómeno denominado humanización. Del mismo modo, el Estado abierto estipulado en los textos constitucionales ha permitido una interamericanización mediante el proceso de ajuste de los órdenes nacionales a la Convención Americana y a la adopción de los estándares establecidos por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, particularmente la Corte IDH y la CIDH. Este proceso comprende el alcance de los derechos fijados por el órgano jurisdiccional, y el acervo del orden público interamericano emergente de la CIDH, a través de estándares normativos, así como de la determinación de las restricciones a los derechos permitidas en una sociedad democrática, precisando las obligaciones positivas de los Estados, utilizando los estándares internacionales y comparados (sistemas regionales europeo y africano). Anclado en el sistema universal, el *acquis conventionnel*, en esencia, está contenido en la Declaración Americana, la CADH, el Protocolo en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y el relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y las convenciones interamericanas.

Las ratificaciones de los instrumentos por parte de todos los Estados permiten una regionalidad plena que irradia los acuerdos y consensos en cuanto a los derechos que deben garantizarse en una sociedad democrática, en consonancia con la propia jurisprudencia tuitiva del binomio democracia-derechos, como uno de los aportes esenciales y, a la vez, uno de los desafíos permanentes en guiar la actuación de los Estados democráticos y la convencionalidad de los actos del poder público.

De esta manera, el derecho público vigente en los Estados parte no puede entenderse únicamente a partir de la Constitución, sino, por el contrario,

es necesario tomar en cuenta también el derecho internacional, el corpus iuris interamericano y el derecho de los otros Estados. Ello da lugar a la gradual y progresiva consolidación de un constitucionalismo regional transformador.

Dos mecanismos son clave para la interamericanización: el control de convencionalidad y el diálogo judicial. Con el control de convencionalidad, que debe ser ejercido *ex officio* por todas las autoridades y no solo del poder judicial, emerge, como destaca Eduardo Ferrer Mac-Gregor, un nuevo entendimiento del SIDH bajo una concepción de sistema integrado, que involucra las instancias interamericanas (Comisión y Corte IDH) y las autoridades nacionales de los Estados parte del Pacto de San José, que está forjando un auténtico *Ius Constitutionale Commune*, que gira en torno a la preservación y salvaguarda de la dignidad humana de los habitantes de América Latina. Por la vía del diálogo judicial se incorporan igualmente los estándares para construir la interamericanización.

**Mariela Morales Antoniazzi**

#### 586. INTERCULTURALISMO

Es una teoría del reconocimiento de las culturas en los Estados nacionales o a nivel supranacional que, a diferencia del multiculturalismo y del pluralismo, busca posicionar en términos de igualdad a los diferentes grupos culturales en el intercambio de sus significados y que va más allá de la sola coexistencia de las distintas culturas. Algunos lo denominan la nueva variante del pluralismo cultural (Malgesini y Giménez, 2000); para otros autores no es un fenómeno novedoso (Grimson, 2011).

El interculturalismo, si bien en primera instancia surgió en el campo educativo (las universidades interculturales), se ha expandido a otros ámbitos, como en los procesos de mediación y de comunicación. Por ejemplo en la mediación, el interculturalismo funciona con la intervención de terceros para apoyar a las partes involucradas en conflictos, en la que hay que tomar en cuenta las diferencias étnicas y la cultura por parte del mediador. En el caso de la comunicación entre las culturas, Ramón Soriano (2004) propone que se debe plantear la idoneidad en el lenguaje, por ejemplo: la manera de encontrar un significado exacto de los términos en su propia cultura (tequio, faena, cargos, bastón de mando, topil, etc.) para evitar darles un significado que no coincide con su visión cultural, e indagar si hay términos equivalentes.

El interculturalismo acompaña al multiculturalismo con la finalidad de comprender el pluralismo cultural, trata de un intercambio y de convivencia de formas de vida, de una interacción regulada de las culturas; en el que sus principios constituyen una amplia y positiva valoración de la diversidad, las culturas son valoradas con igual dignidad y ocupan el mismo lugar en el discurso intercultural; todas las culturas se valúan con la misma oportunidad de configurar un patrimonio de valores y derechos.

Actualmente, el interculturalismo es percibido como la concepción más garantista de los derechos de las culturas (Soriano, 2004). Es una teoría que se centra en el debate de la ciudadanía compleja y diferenciada, que para volverse realidad, tiene que pasar por los ejercicios de “reconocimiento y otredad”, con los elementos diacríticos expuestos. El interculturalismo busca establecer procesos comunicativos mediante los cuales los miembros de cada comunidad

aprendan el lenguaje de la otra y comprendan las categorías con la que los otros han conceptualizado su mundo.

Una de las discusiones comunes de las diferencias se centra en las formas de las relaciones del Estado con los pueblos indígenas, sobre su derecho a la autonomía, al autogobierno, a preservar su cultura y a su participación política. Está inmersa en estos diálogos la posibilidad de aceptar la diversidad de concepciones del mundo y de mantener la posibilidad de llegar a acuerdos racionales. Se expresa en la búsqueda de un desarrollo dirigido a la cultura de la pluralidad y la aceptación de las diversas visiones del mundo de los pueblos indígenas, sus formas de vida, sus propios conceptos de desarrollo, que convivan en una armonía superior; logren una sociedad política plural, resuelvan los conflictos por vías no violentas y los derechos individuales y colectivos se respeten irrestrictamente (interculturalismo); además, permitir su integración y participación en la vida pública y política nacional.

El planteamiento para el reconocimiento cultural trata de ir más allá de la superficialidad, yendo hacia una interacción cultural pacífica y abierta, que se realice por medio de un interculturalismo dialógico. Sería lo más cercano a un ideal de sociedades pluriculturales, en donde los diferentes grupos, por medio de un diálogo simétrico, tengan participación en la política económica, social y cultural de la nación; con la finalidad de que puedan tomar decisiones de una forma consensuada, en especial sobre la parte de identidad que pueden o no ceder a los cambios que surgen en toda sociedad. La diferencia entre el interculturalismo y el pluralismo está relacionada con el reconocimiento del pluralismo jurídico (pluralidad) y con la forma de dialogar entre estos, con el fin de evitar conflictos para su aplicación, así como hacer eficaces los derechos en las propias culturas.

*Roselia Bustillo Marín*

### 587. INTERÉS LEGÍTIMO

I. *Concepto.* Semánticamente tiene dos acepciones; por un lado, el interés de una persona reconocido por el derecho y, por el otro, la situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación del Estado, que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho. El fin es que ninguna conducta (acción u omisión) de la administración, y en especial sus consecuencias, quede al margen o exenta de un auténtico y efectivo control judicial.

La institución es de cuño jurisprudencial, tendente a la tutela de actos, en especial, aquellos basados en facultades discrecionales y omisiones de la autoridad administrativa, donde destaca la indebida prestación de servicios públicos que, siendo contrarias al orden jurídico, impliquen un perjuicio cualificado a cierto o algunos sujetos en cualquiera de sus intereses. Por esa razón se confiere un poder de exigencia respecto a la legitimidad en el actuar administrativo.

Ferrer, en su obra *Juicio de amparo e interés legítimo*, refiere que es una situación jurídica activa que se ostenta por relación a la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer, exigible de otra persona, pero sí comporta la facultad del interesado de exigir el respeto del ordenamiento jurídico y, en su caso, de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que de esa actuación

le deriven. En otras palabras, existe interés legítimo, en concreto en el derecho administrativo, cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, reconocida o aceptada por el derecho, siendo así que este no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, ni la contraparte una obligación correlativa, pero sí a exigir de la administración y a reclamar ante los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarlo. En tal caso, el titular del interés está legitimado para intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente y para recurrir o actuar como parte en los procesos judiciales, relacionados con el mismo, a fin de defender esa situación de interés.

García de Enterría, citando criterios jurisprudenciales españoles, señala que por interés legítimo ha de entenderse, precisamente, un perjuicio que el acto cause o un beneficio que de su eliminación resulte al recurrente; concepto que la jurisprudencia francesa llama el *grief* (queja, perjuicio ilegítimamente causado, echar en cara, reclamo, consecuencias perturbadoras), entendido como un perjuicio concreto causado al interés, que es lo sustancial y no el interés mismo.

Esta observación permite recomponer la actitud del recurrente, no como una simple inclinación sino como una reacción frente a un perjuicio que le causa el acto u omisión de la administración y, por tanto, tal perjuicio debe ser eliminado como resultado o consecuencia de la anulación del acto ilegal, de modo tal que se conectan y coinciden el interés subjetivo y la legalidad objetiva.

Finalmente, algunos aspectos que será necesario controlar y corroborar para afirmar que se está ante la presencia de intereses legítimos desconocidos y violados son: la ilegitimidad o inoportunidad del acto u omisión; el interés personal del inconforme asociado a una especial situación frente al orden jurídico; el círculo definido y limitado de individuos afectados; el interés patrimonial o moral lesionado.

II. *Objeto*. Dice Sánchez Morón: “quien impugna un acto en virtud de un interés legítimo no ha de limitarse a pretender su anulación, sino que podrá pedir también, si procede, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, que no será un derecho subjetivo típico, del que carece, pero sí puede ser un derecho instrumental de participación en un procedimiento o el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que le haya causado la actuación ilegal de la Administración”.

Debe destacarse que para tener acceso al procedimiento o vía de impugnación correspondiente es necesario acreditar la afectación resentida en la esfera jurídica de un interés subjetivo, en virtud de una especial situación frente al orden jurídico.

En efecto, es necesario acreditar, por un lado, la actuación ilegítima de una autoridad y, por otro, presentar una situación especial o cualificada relacionada con una lesión o principio de afectación a la esfera jurídica en virtud de esa especial situación e incidencia en un interés individual o colectivo.

Para obtener una decisión favorable es necesario que durante la secuela procesal, la afectación a la esfera jurídica, que justificó instar la vía jurisdiccional, subsista, en tanto es una cuestión de procedencia que no debe desaparecer.

Una vez emitida la resolución, de ser favorable, se declarará la actuación u omisión de la autoridad como ilegítima respecto a un derecho objetivo o régimen legal que no fue acatado; además, se ordenará rectificar, enmendar o anular esa conducta ilegítima, obteniéndose una satisfacción indirecta del interés personal, en la medida que se logra una ventaja legítima al desaparecer los efectos y consecuencias de la acción u omisión ilegal de la autoridad.

Correlativamente, la nulidad del acto de la autoridad es susceptible de generar un título conducente a obtener una restauración o reparación del daño consecuente (pretensión secundaria) derivado de un acto ilegítimo que no se tiene obligación jurídica de soportar.

Los efectos de la restitución ordenada serán generales, en tanto que se comunican y extienden a todos los individuos o colectivos incididos por los efectos de la conducta ilegal.

En el caso del juicio de amparo, la restitución consiste en obtener el pleno disfrute y eficacia de los derechos fundamentales que puedan resultar lesionados, desconocidos o erosionados, sobre todo aquellos donde va implícita una acción en favor del titular del derecho, acorde a lo que ahora prevé el art. 1o. constitucional, dadas las obligaciones del Estado de promover, respetar, proteger, garantizar y reparar los efectos y consecuencias de cualquier violación.

El propósito básico es anular actos ilegales, lo que implica también la censura de omisiones ilegítimas, esto sucede cuando la autoridad, estando obligada a comportarse de cierta manera, omite la conducta respectiva.

A esa consecuencia básica, tanto en Argentina como en Costa Rica, se agrega la posibilidad de plantear pretensiones prestacionales derivadas de omisiones en el actuar del Estado, siguiendo caminos ya andados en Europa, donde hay precedentes de censura respecto a omisiones ilegítimas, incluso respecto a prestaciones derivadas de derechos económicos, sociales y culturales.

Estas ideas se apoyan en que al estar regulada, legal y constitucionalmente la función o actividad administrativa, la disfunción es objeto de cuestionamiento y tutela, especialmente cuando se afectan prestaciones que implican un mínimo vital al que cualquier administrado tiene derecho y facultad de exigir y obtener.

Acreditada la ilegalidad del actuar de la administración, surge el título para una eventual y consecuente acción de condena por los efectos y consecuencias tanto de las acciones realizadas como también de prestaciones omitidas, entendida como una justicia retributiva por el *grief* (perjuicio concreto causado). Resulta así procedente una consecuente acción para instar una restitución o reparación, solicitada respecto a intereses propios, cualificados, específicos y afectados (individuales, colectivos o difusos) que incidan en el denunciante.

III. *Legislación e interpretación jurisprudencial.* La previsión del interés legítimo para el juicio de amparo aparece estipulada en la frac. I del art. 107 constitucional. Es de considerar que el precepto referido contempla, de manera disyuntiva, como ingredientes del interés jurídico, necesario para la procedencia del juicio, la titularidad de un: a) derecho subjetivo o b) interés legítimo, ya sea individual o colectivo.

Con la inclusión del interés legítimo como condición sustantiva o legitimación *ad causam* (y su correspondiente incorporación en el art. 5o. de la Ley de Amparo vigente) se están generando criterios jurisprudenciales que definen el concepto a partir de sus elementos o características definitorias, como la de rubro “INTERÉS LEGÍTIMO. EN QUÉ CONSISTE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO” (véase tesis I.4o.A.3 K (10a.)); consistente en otorgar un poder de exigencia al justiciable cuando la actuación u omisión de la autoridad administrativa o las consecuencias de dichos actos le genere una afectación, cuya anulación o declaratoria de ilegalidad le beneficia por hallarse en una situación especial o cualificada.

Asimismo, existe un interesante criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte que abarca tanto el alcance multifacético de los intereses materia de tutela, como de la aplicación del concepto afectación indirecta o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico, de rubro “INTERÉS LEGÍTIMO. EN PRINCIPIO, LA FALTA DE ESTE NO ES MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO QUE CONDUZCA A DESECHAR LA DEMANDA CUANDO LOS PADRES, EN REPRESENTACIÓN DE SU HIJO MENOR DE EDAD, ACUDEN A COMBATIR ACTOS DE AUTORIDAD DIRIGIDOS A AFECTAR LOS PREDIOS DE UN TERCERO, DE CUYO USO SE BENEFICIAN POR ALGÚN TÍTULO LÍCITO, Y SE RELACIONAN CON LA SATISFACCIÓN DE NECESIDADES SENSIBLES PARA DETERMINADOS DERECHOS CONSTITUCIONALES” (véase tesis 1a./J. 44/2013).

Sin embargo, no toda la jurisprudencia ha sido consistente y unánime en la connotación del concepto, en tanto hay criterios que atribuyen tanto al interés legítimo como al interés jurídico la cualidad de legitimación *ad procesum*. La conclusión es que la evolución jurisprudencial y doctrinal darán cuenta de estos aspectos discordantes.

*Jean Claude Tron Petit*

## 588. INTERÉS SIMPLE

I. *Intereses*. En sentido común, interés es el juicio formulado por un sujeto acerca de una necesidad, sobre la utilidad, provecho, ganancia o sobre el valor de un bien en cuanto sea medio de satisfacción de una necesidad.

Al hablar de intereses se alude a una aspiración o deseo respecto a ciertos objetos, bienes, hechos o casos hipotéticos, expectativas, prestaciones o estatus que puedan ser anhelados, aprovechados y, en su caso, exigibles.

II. *Interés simple*. En un contexto jurídico, el concepto de interés simple surge por la necesidad de distinguir entre este y los diversos conceptos de interés legítimo, intereses colectivos y derecho subjetivo, ya que ser titular de alguno de estos dota de legitimación procesal (interés jurídico) para participar en procedimientos o para promover una acción judicial, conducente a reparar un daño causado u obtener un beneficio.

En este sentido, el interés simple es común, general, perteneciente a cualquier persona en relación con el buen funcionamiento de la administración, sin que medien daños o pretendidos beneficios, distintos o desiguales a los que pudieran afectar a la generalidad de los miembros de la sociedad.

Ferrer Mac-Gregor define al interés simple como el interés general que tiene todo miembro de la comunidad en que las autoridades cumplan con las normas de derecho objetivo, sin que ese cumplimiento implique un beneficio personal. Es el mero interés ciudadano por la legalidad, el cual no faculta

para accionar al juicio de amparo, sino que únicamente permite la denuncia o la acción popular cuando las leyes lo permiten, en tanto que no requiere de una condición precisa o de una cualificación subjetiva especial.

III. *Daño cualificado*. Se dice que un daño es cualificado cuando el agravio que sufre el sujeto es diferenciado respecto de la situación en que se hallan las demás personas, incidiendo destacadamente en cierto individuo o un círculo limitado de personas en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Sánchez Morón precisa que la afectación cualificada —elemento esencial del interés legítimo— lo distingue del interés simple.

Ese perjuicio especial es un concepto jurídico indeterminado que debe implicar un aspecto de seriedad procesal, en razón de provocar un daño o privar de un beneficio, pero de carácter propio, real, personal, directo, actual o potencial —aunque no meramente hipotético—, que incida en un interés económico, profesional, político o inclusive intelectual o moral, o de cualquier otra naturaleza.

Esta diferencia de matices en el grado de intensidad o cualidad en razón de la afectación especial y peculiar marca la esencia de la clase distinguible.

En este sentido viene al caso citar la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado que recoge esta institución en los términos siguientes:

“Artículo 4o. Los daños y perjuicios materiales que constituyan la lesión patrimonial reclamada, incluidos los personales y morales, habrán de ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas, y *desiguales a los que pudieran afectar al común de la población*” (cursivas añadidas).

Es así que se habla de interés legítimo en el supuesto de que una medida administrativa —otorgar a una empresa una licencia para construir un gran centro comercial, aun cuando ninguna ley lo prohíba—, pueda afectar de manera cualificada y con especial énfasis o intensidad a los pequeños comerciantes de la localidad, a quienes la competencia de una gran superficie comercial podría originar pérdidas de beneficios; de manera análoga puede incidir en el propietario de la parcela colindante, para quien el nuevo centro será una fuente de ruidos y molestias, o los integrantes de una asociación de vecinos al reclamar que el terreno se destine a un hospital.

Lo mismo puede ocurrir con los usuarios de un servicio que por deficiencias de gestión devenga en ineficiente; pero sin que abarque o incluya a todos los ciudadanos o habitantes. Surge así una distinción o diferencia entre la universalidad de personas, con un interés simple y el colectivo perjudicado de un modo desigual.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos no se habla de interés simple; sin embargo, su noción surge, por exclusión, al exceder los límites que corresponden ya sea al interés legítimo o a los intereses colectivos, que incluyen a los difusos, mereciendo una tutela distinta y privilegiada por llevar implícita la afectación cualificada. Es así que el interés simple ha sido desarrollado por la jurisprudencia nacional y extranjera, especialmente en los Estados Unidos de América, España y varios países latinoamericanos, donde destaca la cualidad de ser un interés amplio, general, vago e impreciso, ya que de ser satisfecho acarrea un provecho o utilidad universal, pero sin habilitar el ejercicio de acciones restitutorias como las que devienen al existir interés legítimo.

Cabe destacar la tesis 1a. XLIII/2013 (10a.) de rubro: “INTERÉS LEGÍTIMO EN EL AMPARO. SU DIFERENCIA CON EL INTERÉS SIMPLE”, en la que se advierte que un interés simple o jurídicamente irrelevante es entendido como el que puede tener cualquier persona por alguna acción u omisión del Estado, pero que en caso de satisfacerse no se traducirá en un beneficio personal para el interesado, pues no supone afectación a su esfera jurídica en algún sentido.

También resulta ilustrativa la tesis aislada I.4o.A.1 K (10a.) identificada con el rubro: “INTERÉS JURÍDICO E INTERÉS SIMPLE. SUS DIFERENCIAS PARA EFECTOS DEL AMPARO”, en la que se explica el interés simple como la situación en que solamente se aduzca la pérdida del beneficio o ventaja, ya sea fáctica o material, y no derive de una actuación irregular de la autoridad, que no faculta al particular para exigir una determinada prestación, de manera que no es susceptible de tutela judicial, sino que únicamente permite formular peticiones o denuncias.

Asimismo, la tesis aislada IX.20.2 A (10a.) cuyo rubro es: “INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO. CARECE DE ÉL QUIEN OSTENTÁNDOSE ÚNICAMENTE COMO CIUDADANO DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ, RECLAMA LA DETERMINACIÓN QUE APRUEBA LA REINCORPORACIÓN DE UN MAGISTRADO DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA A SUS LABORES DESPUÉS DE QUE, CON MOTIVO DE UNA LICENCIA, OCUPÓ EL CARGO DE SECRETARIO DE DESPACHO EN EL GOBIERNO LOCAL, PORQUE ADUCE QUE DEBIDO A ESTE NOMBRAMIENTO DEJÓ DE CUMPLIR CON EL REQUISITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 99, FRACCIÓN VI, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA ENTIDAD”, establece sustancialmente que el interés simple es un interés general que tiene todo miembro de la comunidad en que las autoridades cumplan con las normas de derecho objetivo, sin que ese cumplimiento implique un beneficio personal. Es el mero interés ciudadano por la legalidad, el cual no faculta para accionar el juicio de amparo, sino que únicamente permite la denuncia o la acción popular.

En conclusión, para que un pretendido interés no sea reputado como simple deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) Especial posición cualificada de la persona o colectivo recurrente;
- b) Círculo de intereses individual o colectivo afectado, distinto de uno general o universal;
- c) Un interés propio, distinto del de cualquier persona;
- d) Conveniencia o provecho específicos de ser acogida la pretensión;
- e) Utilidad real, específica y diferenciada para el recurrente o interesado, es insuficiente un agravio vago o impreciso;
- f) No es necesaria la afectación a un derecho subjetivo ni a la esfera jurídica del particular o colectivo, basta el perjuicio cualificado, y
- g) El orden jurídico debe estipular un reconocimiento mayor que formular una simple denuncia, estableciendo un poder para exigir algo específico en favor del interés particular o colectivo lesionado.

IV. *Acción popular*. Se habla de acción popular, como una institución vecina del interés simple, cuando la ley permite cuestionar un acto, a cualquier persona o ciudadano, sin exigirle requisitos o condiciones.

Su antecedente se remonta a Roma y servía para que cualquier persona pudiera controvertir la afectación o daño a intereses públicos, intereses del *populus*, aunque sin incluir o abarcar los individuales.

En ese sentido, existe la acción popular en Colombia, resultando idónea para la protección de bienes de uso o titularidad pública, en cuanto se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad, la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definan por el legislador.

El objetivo no es lograr la reparación o indemnización por un daño ocasionado en razón de una acción u omisión de las autoridades o de los particulares, respecto de intereses individuales o colectivos, sino que se contrae a bienes de titularidad pública con una finalidad meramente preventiva —para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses públicos o restituir las cosas a su estado anterior— cuando fuera posible.

Algunas de sus peculiaridades son que cualquier ciudadano las puede utilizar para impugnar un acto lesivo para el interés general y no es necesario invocar la lesión de un derecho, interés legítimo o acreditar la existencia de un daño cualificado.

La acción popular se reconoce en el derecho administrativo español, en ciertos casos concretos y excepcionales, como la defensa de la legalidad urbanística, del patrimonio histórico-artístico o de la legislación de costas.

En el caso de México hay un claro ejemplo de una figura atípica, en el apartado A, frac. III, del art. 6o. constitucional, que faculta a toda persona para acceder a información pública, datos personales o a su rectificación.

Pero además, existen diversas leyes que contemplan la denuncia popular, como ejemplo, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente que, en sus art. 189-204, contempla un procedimiento de denuncia popular en el cual dota de facultad a toda persona, grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sociedades para denunciar, ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente o ante otras autoridades, todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, o contravenga las disposiciones de la ley y de los demás ordenamientos que regulen materias relacionadas con la protección al ambiente y la preservación y restauración del equilibrio ecológico.

Asimismo, la Ley Federal de Protección al Consumidor, en su art. 97, contempla que cualquier persona podrá denunciar ante la Procuraduría Federal del Consumidor las violaciones a las disposiciones de dicha ley, de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables.

*Jean Claude Tron Petit*

### 589. INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ

El interés superior del niño es un concepto consagrado inicialmente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y, posteriormente, en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3o., párrafo I; art. 9o., fracs. I y III; art. 18, frac. I; art. 21, frac. I; art. 37, frac. III; art. 40, frac. VII). La Convención Americana sobre los Derechos Humanos también reconoce este concepto en los arts. 17, frac. IV, y 19. Dentro del ordenamiento jurídico mexicano, este derecho se encuentra plasmado en el art. 4o. constitucional, así como

en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Este principio se vincula con el principio de dignidad que sitúa al niño, niña o adolescente como persona titular de los derechos reconocidos en la Convención, “separándolo definitivamente de la esfera de inmunidad paterna”.

El interés superior del niño, niña o adolescente es uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se le considera el principio “rector-guía” de la misma, es decir, con base en él deben entenderse el resto de los derechos reconocidos en ella. El propósito de este concepto es garantizar el goce pleno y efectivo de los derechos reconocidos en este instrumento internacional y el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la determinación por un adulto de lo que es interés superior del niño no puede primar sobre el goce de todos los derechos del niño contenidos en la Convención.

El Comité señaló que el interés superior del niño es un concepto triple:

1. Derecho sustantivo: el derecho a que el interés superior del niño sea una consideración primordial y se tome en cuenta al momento de la ponderación de distintos intereses al adoptar cierta decisión. La Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación intrínseca para los Estados de aplicación directa de este principio, que es invocable frente a los órganos judiciales;

2. Principio jurídico interpretativo fundamental: se elegirá la interpretación que satisfaga más ampliamente el interés superior del niño.

3. Norma de procedimiento: el proceso de toma de decisiones debe incluir siempre una consideración de las posibles repercusiones, tanto positivas como negativas, de la decisión en el desarrollo del niño. La justificación de las decisiones deberá establecer que se tomó en cuenta el interés superior del infante.

El concepto de interés superior no es unívoco, sino dinámico, ya que su contenido se reinterpreta de manera diferente para cada niño o niña, a partir de su estado particular, considerando diversos aspectos como: su situación particular, su desarrollo, su contexto cultural y social, y las necesidades propias del niño, entre otros.

Miguel Cillero plantea que la noción de interés superior es una garantía que se traduce en que “los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”. Este principio contiene, sin embargo, elementos mínimos, como son: el derecho a la protección, es decir, todo niño, niña o adolescente debe ser protegido contra toda forma de sufrimiento, abuso o descuido, incluidos el descuido físico, psicológico, mental y emocional. Por otro lado, el concepto establece que se debe garantizar la posibilidad de desarrollo armonioso, es decir, que el niño tenga derecho a crecer en un ambiente sano y con un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

*Carlos Pérez Vázquez*

## 590. INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ (DERECHO COMPARADO)

*Definición.* También denominado interés superior de la niñez y la adolescencia, es una especie de principio horizontal o transversal que permea toda configuración, aplicación e interpretación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que se activa con consecuencias y efectos diversos en cada caso. Es un concepto dinámico en cualquier tipo de ponderación garantista de los de-

rechos de niñas, niños y adolescentes, de manera tal que, lo que pudiera considerarse como “lo mejor” para una niña, niño o adolescente, no lo será para otro; y que las consideraciones que pudieran estimarse adecuadas o benéficas en un momento dado para una niña, niño o adolescente, no lo serán en otra etapa de su vida, de ahí el carácter ambivalente del citado principio universal de derechos humanos.

Asimismo, el interés superior de la niñez es un principio primordial en la solución de un conflicto de derechos, pues prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales de la niñez, incluidos los intereses de los padres, la sociedad o el Estado. Es el núcleo duro y, al mismo tiempo, el excipiente o detonador de todos y cada uno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, por lo que es un criterio sofisticado, de espíritu protector, que supera en efectos, fuerza normativa y riqueza conceptual al antaño principio *favor minoris* o principio de beneficio del menor. Así, el interés superior de la niñez o principio *pro infante* demanda privilegiar el sentido interpretativo con el que mejor se optimice el ejercicio del derecho fundamental de las niñas, niños y adolescentes, por lo que no queda a discrecionalidad del juez o la autoridad correspondiente decidir la disposición con la que se resolverá un caso determinado, pues la elección del material normativo aplicable debe privilegiar aquella disposición o normativa que mejor optimice sus derechos fundamentales como sujetos plenos de derecho.

*El interés superior de la niñez en el Sistema Universal de Derechos Humanos.* El concepto de interés superior de la niñez consagrado inicialmente en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959, se ha convertido, a raíz de una vasta y variada interpretación, en un concepto *polifacético* o *multidimensional* que proporciona en cualquier circunstancia, eficaz protección y salvaguarda a los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, desde un enfoque que podría definirse como liberacionista, en contraposición a uno proteccionista. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, establece en el artículo 3 que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una *consideración primordial* será el interés superior del niño. Asimismo, en su artículo 19 señala que la preocupación fundamental del Estado debe ser el interés superior del niño.

Por su parte, en 2013, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, lo define como un concepto *dinámico* que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto, con el objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño, es decir, de asegurar su desarrollo *holístico*, que abarca los aspectos físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social de la niña, niño o adolescente. Asimismo, ha señalado que el interés superior de la niñez es un concepto con tres vertientes siendo, por tanto: *i)* un *derecho sustantivo*; *ii)* un *principio fundamental de interpretación legal*, y *iii)* una *regla procesal*, es decir que tal principio es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. De igual forma, la referida observación general señala el deber de atender la *consideración primordial* del niño, como una sólida obligación jurídica para los Estados, lo que significa que el interés superior del niño no puede estar al mis-

mo nivel que todas las demás consideraciones, dada la situación especial de dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz de la niñez. Con ello, se amplían al ámbito de la niñez, los conceptos de titularidad e igualdad jurídica, lo que representa al operador jurídico un verdadero cambio de paradigma.

*El interés superior de la niñez en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* En el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el ejercicio de su función interpretativa estableció en su Opinión consultiva (OC) 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, que: *i)* los niños son titulares de derechos y no solo objeto de protección; *ii)* el interés superior del niño implica que su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas; *iii)* los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen además derechos especiales derivados de su condición. De esa manera, la importancia de dicha opinión consultiva radica en que fue la primera vez en la que dicho Tribunal regional consideró de manera contundente a las niñas y niños como sujetos plenos de derecho. Asimismo, la Corte IDH ha señalado que el interés superior de la niñez es una regla fundamental en la interpretación, desarrollo y progresividad de los derechos humanos de la niñez, pues implica la necesidad de adoptar medidas o cuidados especiales, a partir de la situación específica en la que se encuentre cada niña, niño o adolescente.

Dicho criterio se ha visto enriquecido en las posteriores opiniones consultivas OC-21/14 y OC-24/17, así como en los casos *Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay* (2004), *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005), *Atala Ríffo y niñas vs. Chile* (2012), *Furlan y familiares vs. Argentina* (2012), *Forneron e hija vs. Argentina* (2012), *Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia* (2013) y, más recientemente, en los casos *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (2016), *VR.P. y otros vs. Nicaragua*, y *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala* (ambos de 2018).

*El interés superior de la niñez en la legislación y jurisprudencia mexicana.* El artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Refiere que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, precisando que dicho principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. En esa sintonía, la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes los reconoce como titulares de derechos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, en los términos que establece el artículo 1 del referido texto constitucional. Señala que el interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha conceptualizado al interés superior de la niñez como *pauta interpretativa* en la solución de conflictos, *punto de convergencia* con los derechos de la infancia reconocidos en tratados internacionales, *criterio rector* para la elaboración de normas y la

aplicación de estas y, *principio rector* de todas las actuaciones de los poderes públicos. En diversas tesis de jurisprudencia, ha señalado que dicho principio representa un punto de convergencia de los derechos reconocidos en tratados internacionales y constituye un parámetro de regularidad especializado respecto de los derechos de la niñez, como el que establece el artículo 1 constitucional en relación con los derechos humanos en general. Derivado de lo anterior, ha desplegado varias líneas jurisprudenciales en las que ha procurado una protección reforzada de las niñas, niños y adolescentes, en las que ha potenciado sus derechos frente al derecho de los padres a educarlos, en cuanto a su libertad religiosa, su derecho a la identidad y a que sean escuchados en los procesos en los que sean parte, su derecho a la familia y a la convivencia con ambos padres, así como su derecho a la sexualidad y de asociación. Asimismo, ha resuelto que no opera la cosa juzgada ni la caducidad de la instancia cuando los intereses de la niñez estén en peligro conforme al interés superior de la niñez.

Como se puede observar, existe un vasto y robusto *corpus iuris* internacional y nacional que ha propugnado por la especificación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes a partir de la nueva concepción jurídica de la niñez y de la adolescencia como fases específicas de la existencia humana merecedora de una especial atención, lo que se traduce en el fin último de proteger todas las fases del universo infantil.

*Carlos Hernández Toledo*

#### 591. INTERESES DIFUSOS

A partir de lo que en esencia dispone el art. 580 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se entiende por intereses difusos aquellos de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas indeterminada, relacionadas por circunstancias de hecho comunes, ligadas en virtud de una pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, respecto de una misma prerrogativa. Ejemplos claros son el derecho a un medio ambiente sano, a que no exista publicidad engañosa o la eficiencia de los servicios públicos, y se conciben como una especie del género derechos o intereses colectivos (*lato sensu*).

Los titulares son usuarios de ciertos servicios o quienes disfrutan de bienes públicos o colectivos, preferentemente grupos vulnerables, discriminados, no organizados con asimetrías en cuanto a información o en relación con otras situaciones.

Son indivisibles, ya que la satisfacción de un fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo se extiende, por naturaleza, a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente a todos los integrantes del conjunto comunitario.

Obedecen a una evolución del principio de tutela judicial efectiva, que va más allá de los intereses individuales para comprender también, como dignos de protección, los intereses que en un determinado caso afectan a personas de manera colectiva, difusa o indiferenciada, incluyendo a grupos o categorías enteras de personas.

Algún sector de la doctrina los identifica con derechos fundamentales de 2a. y 3a. generación, cuyo fundamento puede ser la igualdad, solidaridad y dignidad, incluso desde una perspectiva internacional, y facultan a una colec-

tividad para ejercer pretensiones o poder de exigencia con el fin de imponer pretensiones de hacer, no hacer o dar, instituidas para la defensa de intereses supraindividuales e indivisibles. Por lo general, dentro de los bienes tutelados se consideran aquellos esenciales de la vida.

Comenta Gidi que el derecho difuso es de naturaleza transindividual e indivisible, y pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero que ahora están relacionadas únicamente por circunstancias de hecho en razón de una situación específica.

Cruz Parceró considera que en el análisis de los derechos o intereses deben tomarse en cuenta tres elementos (titular, objeto y destinatario), lo que da origen a una definición relacional triádica. En ese sentido, resulta que los derechos o intereses pueden tener el calificativo de colectivos en razón de: *a)* sujetos titulares, siendo supraindividuales por corresponder a un conglomerado y ser imposible reducirlos o descomponerlos a la suma de derechos individuales, ya que su violación afecta a todo el grupo como entidad con identidad propia, y *b)* objeto, entendiendo por tal un bien, cosa, servicio o prestaciones tutelados que tengan el carácter de colectivo por tratarse de un bien indivisible o público.

*I. Daño o amenaza.* A diferencia del daño requerido en el interés jurídico, fundado en un derecho subjetivo o en un interés legítimo, en el interés difuso el grado de afectación efectiva se debilita o minimiza, llegando al extremo de no exigir un daño real (materia ambiental), bastando un eventual peligro que determine asumir medidas de protección, atendiendo a los principios de prevención, precaución y sufragar el costo de externalidades.

Es así que el grado de afectación real exigido dependerá de situaciones concretas y la correlación con bienes o valores que en materias específicas se tutelan, dependiendo de si la magnitud del menoscabo aconseje imponer referentes para limitar la legitimación, como pueden ser la vinculación espacial en el caso de la prestación deficiente de un servicio (la falta de desagües en un barrio no parece legitimar al habitante de otro), los efectos del hecho (hasta dónde llega el daño por la liberación de toxinas en la atmósfera), el carácter con que acudan los sujetos (consumidores o usuarios, incluso probables); en todo caso, siempre es necesaria la lesión o posible afectación diferenciada del sujeto titular que pueda distinguir este tipo de intereses respecto del meramente simple.

*II. Instituciones afines o relacionadas.* Un mismo hecho puede menoscabar intereses difusos (indivisibles) al propio tiempo que derechos individuales homogéneos (divisibles), siendo un ejemplo la afectación al medio ambiente (típicamente indivisible), pero que afecta también prerrogativas individuales escindibles (costo de tratamiento de personas afectadas por emanaciones tóxicas o saneamiento de un determinado terreno contaminado).

Por tal motivo, bajo el concepto de acciones colectivas se hace referencia a medios procesales y de tutela para una pluralidad de intereses, no solo de carácter colectivo sino también derechos de incidencia colectiva, como lo es la figura de los derechos individuales homogéneos, de carácter divisible, que por razones de estricta conveniencia, y no de necesidad lógica, tornan propicio un tratamiento concentrado, además de carecer los afectados de incentivos para intentar acciones individuales, bastando una pluralidad relevante de sujetos incididos aunque los derechos sean divisibles (consumidores), tal es

el caso de regulaciones en países como México, Argentina, Brasil y Estados Unidos.

En estos casos la decisión puede resultar disyuntiva: *a)* detener o remediar la afectación colectiva de carácter indivisible (casos de publicidad engañosa o emisión de contaminantes) y *b)* restituir o reparar daños individuales y divisibles.

III. *Legitimación para hacerlos valer.* En cuanto a la formulación o expresión de estos intereses, además de citar los derechos u objetos que protejan, es indispensable tener bien claro cuáles son los valores esenciales o fines que se pretenden satisfacer, a fin de poder establecer su relación directa con el caso y las específicas circunstancias de lesión para proveer la mejor alternativa de tutela práctica y efectiva y de reparación. De no ser así pueden devenir en meras “declamaciones” vacías de contenido. Por tanto, debe atenderse a los derechos fundamentales incididos, a los grupos o sectores afectados, en especial cuando sean vulnerables, desprotegidos, carentes de organización o se ubiquen en situaciones asimétricas de manera que exijan especiales ponderaciones para acercar las decisiones a los fines de equidad más factibles.

En el sistema jurídico de los Estados Unidos, en principio, solo se encuentran legitimados para accionar en defensa de derechos colectivos aquellos sujetos que puedan demostrar que la conducta cuestionada les produce un daño personal y actual, así como que la sentencia a dictarse resultará útil para poner fin a tal situación —*standing o standing to sue*—, semejante al daño cualificado en el sistema mexicano (véase interés simple e interés legítimo).

El estado actual de la regulación es que la legitimación variará dependiendo de criterios judiciales, de los intereses y derechos invocados y de la pretensión deducida.

Por tanto, los criterios pretorianos deben ocuparse y atender a conseguir o construir, en casos específicos, las mejores alternativas de legitimación, tutela, remediación y, en general reparación, tanto colectiva como individual, sobre la base del equilibrio de intereses y razonabilidad de consecuencias en el control judicial.

Estos derechos o intereses, siguiendo algunas ideas de Ferrer, presentan una o varias de las siguientes peculiaridades:

*a)* No se ubican en el derecho público ni en el privado, sino en el social, incidiendo sobre agrupaciones o sectores desorganizados cuyos miembros se desconocen entre sí y donde quienes los forman pueden entrar y salir del grupo o desubicarse en cualquier momento.

*b)* Otra peculiaridad es una específica (cualificada) afectación en comparación con la sociedad en general, analizándose el grado en cada caso concreto.

*c)* Resultan afectados o incididos de manera diferenciada por una externalidad negativa.

*d)* Es difícil codificarlos, por lo que aparecen dispersos en varias normativas.

*e)* Protegen muy variados intereses no solo patrimoniales, sino fundamentalmente valores morales, culturales, estéticos, de salud, etcétera, o bienes como el agua y el aire que no están en el comercio y son bienes públicos.

*f)* Parecen formar parte del derecho administrativo pero lo desbordan.

g) Resulta casi imposible determinar las calidades exactas o inmutables de los sujetos y, por ende, definir las relaciones entre titular y destinatario, o entre sujetos activos y pasivos.

h) La tutela judicial implica idear nuevos conceptos de instituciones como legitimación, representación, garantía, pero también suplencia en pretensiones y pruebas, emplazamientos masivos a sujetos indeterminados, cosa juzgada, etcétera.

*Jean Claude Tron Petit*

## 592. INTERPRETACIÓN

La interpretación es una actividad que no se circunscribe exclusivamente al ámbito jurídico, son susceptibles de interpretarse acontecimientos, actitudes y expresiones de todo tipo. De ahí la necesidad de partir de un concepto genérico para comprender mejor uno de sus sectores específicos: la interpretación jurídica.

Si bien por siglos ha estado presente como actividad, los estudios acerca de la interpretación han proliferado desde la segunda mitad del siglo XX, dando lugar a toda una disciplina que la estudia, conocida como “hermenéutica”.

En el ámbito de la filosofía, el solo concepto de interpretación ha suscitado entre los autores opiniones diversas —incluso contradictorias— y, tal y como sucede en muchos otros problemas planteados en este campo, no se ha llegado aún a conclusiones definitivas. Según la corriente que podemos denominar como tradicional, la interpretación busca desentrañar un sentido ya incorporado en las expresiones consideradas como conjunto de signos. Una postura más moderna asigna un papel central al propio intérprete, quien, más allá de limitar su labor a buscar un sentido ya incorporado, en realidad *asigna* en definitiva sentido a tales expresiones. El propio término *interpretación* es utilizado en diversos contextos, por ejemplo, cuando hay actividad de traducción de un idioma a otro; cuando se ejecuta alguna obra artística o se tratan de comunicar los fines estéticos o los sentimientos del autor; o cuando se trata de extraer una determinada pauta de conducta, como en el caso de la interpretación de textos jurídicos.

La diversidad de usos del lenguaje y contextos en los que se utiliza la palabra “interpretación” ha dificultado la conformación de una teoría general sobre el particular. Uno de los esfuerzos más notables es el de Emilio Beti, quien concibe la interpretación como “una actividad cognoscitiva” en la cual se trata siempre de entender la objetivación de una espiritualidad, es decir, su incorporación o fijación en un instrumento material perceptible, ya sea una piedra, mármol, madera, papel o el sonido acústico, que forma parte de la dimensión del mundo físico. Dicho autor afirma que de algún modo la dotación espiritual, que no pertenece a la dimensión del mundo físico, se halla trasvasada, incorporada y fijada en el instrumento material perceptible. En este sentido, para que exista interpretación es necesario contar con un objeto constituido por “formas representativas”, que son “una relación unitaria de elementos” apreciables por los sentidos por cuanto dejan huella en el material en que se plasman; estas convierten al objeto en algo cognoscible. A partir de lo anterior, podemos considerar que “interpretar es la actividad por la cual se determina el sentido de ciertos acontecimientos, signos o expresiones significativas, objetivamente plasmados”. En el ámbito

jurídico dicha actividad consiste en “determina el sentido de las expresiones del derecho”.

La invención de la escritura permitió plasmar el derecho —de tradición oral remota—, por escrito, a partir de ese momento es que los textos, como una de las formas de expresión de las normas jurídicas, adquirieron una preponderancia hasta ahora insuperable. La Constitución, las leyes, los reglamentos, los contratos, los testamentos e incluso las señales de tránsito no son otra cosa que formas de expresión jurídica, es decir, el vehículo a través del cual son manifestadas las normas jurídicas. La interpretación permite extraer del texto la norma jurídica que tiene incorporada o trasvasada.

La interpretación jurídica como actividad ha acompañado al derecho desde sus orígenes y se ha manifestado con diversos matices. Es precisamente en este ámbito donde se aprecia que ocupa y, en ocasiones, preocupa a quienes detentan el poder mantener una especie de monopolio interpretativo, lo cual ha llevado en diversas etapas de la historia a prohibir la interpretación de los textos normativos; a limitarla a situaciones excepcionales o a un solo canon o pauta, como puede ser desentrañar la de hallar la voluntad o el espíritu unívoco del legislador.

Hasta ahora se ha formado un gran número de escuelas y corrientes acerca de la interpretación jurídica, originadas en sus inicios alrededor del derecho privado de carácter civil; por lo que respecta al derecho continental europeo, se pueden citar entre las principales a la Escuela de la Exégesis o Francesa; la Escuela Histórica Alemana; la Jurisprudencia Dogmática; la Jurisprudencia de Conceptos; la Jurisprudencia de Intereses; la Escuela Científica Francesa; el Sociologismo y la Escuela del Derecho Libre, entre muchas otras más. En el derecho angloamericano, donde los jueces han tenido históricamente una influencia decisiva en la evolución del derecho, han adquirido especial relevancia las corrientes del Realismo Jurídico y la Jurisprudencia Sociológica.

Cada una de estas escuelas o corrientes parte generalmente de concepciones propias acerca del derecho y, por consiguiente, discrepan las ideas que ostentan sobre la interpretación, los métodos interpretativos y lo que constituye el “sentido” de los textos jurídicos. La mayoría de las escuelas de interpretación es designada precisamente por el canon interpretativo que ostenta como bandera y, las más de las veces, que propone como el único correcto. En el ámbito jurídico, las corrientes acerca de la incidencia, objetivos y particularidades de la interpretación, no han sido unívocas. Para algunos, el objeto de la interpretación es determinar el sentido y alcance de las reglas jurídicas; para otros consiste en explorar textos normativos, de manera que el resultado de la interpretación es precisamente obtener la regla jurídica aplicable a un determinado asunto.

Las distintos cánones de interpretación pueden identificarse a lo largo de un espectro que en uno de sus extremos tiene a la llamada “voluntad” del autor de la norma, y en el otro los términos objetivos del texto, por esta razón son generalmente clasificados en dos grandes grupos, “subjetivistas y objetivistas”, según sea el extremo al cual se inclinen preponderantemente. Las corrientes denominadas “subjetivistas”, por ejemplo, declaran que el sentido de la ley se encuentra en la “voluntad” del legislador; por otro lado, las llamadas “objetivistas” se apoyan en el sentido lógico-objetivo de la ley como expresión

del derecho, es decir, los textos legales tienen una significación propia, implícita en los signos que los constituyen e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, al penetrar la ley en la vida social adquiere matices diversos de aquellos que le fueron asignados en su creación. En la actualidad se vive una apertura interpretativa que acepta los diversos cánones de interpretación (semántico, sistemático, teleológico, histórico y funcional), que se han ido conformando en el tiempo y que sirven al intérprete como aproximaciones a los textos normativos. Asimismo, la interpretación ha sido objeto de muy relevantes clasificaciones, en relación con el intérprete, a sus efectos, a su contenido, entre otras categorías que la han ramificado y convertido en una disciplina de estudio recurrente.

Si bien por siglos se consideró que solo había lugar a la interpretación cuando los textos normativos fueran oscuros, en la actualidad se reconoce que la interpretación es una fase indispensable de la aplicación del derecho a casos concretos, seguida por la subsunción y, por último la justificación. De manera paralela a estos desarrollos, la interpretación jurídica, ubicada en el ámbito de la aplicación de las normas del derecho privado, se ha ido extendiendo a otras ramas del derecho tanto privadas como públicas, de las que se debe destacar el desarrollo sobresaliente que ha tenido la interpretación constitucional y la de los tratados internacionales.

*Jorge Ulises Carmona Tinoco*

### 593. INTERPRETACIÓN ADECUADORA

Este tipo de interpretación se utiliza al adaptar el sentido de una disposición al significado ya establecido por otras disposiciones jerárquicamente superiores. Así, por ejemplo, si un precepto admite dos posibles interpretaciones y una es conforme con las normas constitucionales, mientras que la otra se contradice con ellas, se realiza una interpretación “adecuadora” optando por la primera y rechazando la segunda. Con esta forma de interpretar el ordenamiento jurídico se evita declarar inconstitucional una disposición, interpretándola de modo que sea conforme con la Constitución.

Es notorio que cuando los tribunales constitucionales adecuan el contenido normativo de un precepto que tiene interpretaciones alternativas (una u otra, pero no ambas), lo hacen, con mucha frecuencia, desestimando la pretensión de inconstitucionalidad, siempre y cuando no se altere el contenido del precepto.

De acuerdo con lo anterior, cuando los jueces se inclinan por los pronunciamientos formalmente desestimatorios, lo hacen quizá porque consideran más cómodo (técnicamente es menos exigente y arriesgado) declarar el sentido constitucional de la ley en lugar de delimitar con la debida precisión cuál o cuáles son los significados inconstitucionales, pero también porque los jueces suelen tener la creencia de que los pronunciamientos desestimatorios son más respetuosos con el principio de conservación de la ley o, incluso, porque la mayoría de los órganos jurisdiccionales consideran que no tienen la necesidad de determinar cuál o cuáles son las interpretaciones constitucionalmente inválidas para afianzar los efectos de sus pronunciamientos.

En algunos sistemas de justicia constitucional es habitual encontrar en el fallo de la sentencia declaraciones en cuanto a la interpretación adecuada, aunque en caso de no encontrarse expresamente consagrada no existiría

problema alguno, siempre que el tribunal constitucional haya declarado en su jurisprudencia que tienen fuerza de cosa juzgada todas las partes de la sentencia, es decir, tanto los considerandos (la argumentación) como los resolutivos (el fallo).

Entonces, siempre que las circunstancias lo permitan, con la utilización de este tipo de interpretación adecuada los tribunales constitucionales pueden emitir sentencias que desestiman la pretensión de inconstitucionalidad y declaran la validez del precepto interpretado en el sentido que ellos establezcan y, además, asumen que la desestimación será la opción preferente que adopten los pronunciamientos interpretativos.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

#### 594. INTERPRETACIÓN COMPARADA

“Interpretar” significa atribuir un significado a una frase. La ciencia jurídica se ocupa especialmente por aquel tipo de interpretación relativa a las proposiciones deontológicas. El desarrollo del constitucionalismo y la rápida difusión de los sistemas de control de constitucionalidad a nivel mundial han llevado a la doctrina publicista a desarrollar teorías que distinguen, sobre la base de diferentes parámetros, la interpretación jurídica en general, de la constitucional. De vez en cuando, la especificidad de la interpretación constitucional se halla identificada en su objeto (normas vagas, indeterminadas, ideológica y/o principios); en sus intérpretes (los tribunales constitucionales en *primis*); en el producto de la interpretación, es decir, en el hecho de que él mismo se convierte en objeto y determina el carácter de la superioridad de la Constitución (Troper), según la famosa fórmula de la Corte estadounidense en el caso *Cooper v. Aaron*, 358 EE.UU. 1 (1958): “La interpretación de la Enmienda Decimocuarta enunciada por esta Corte en el caso de *Brown* es la ley suprema del país”; en los criterios o cánones interpretativos, poniendo en evidencia el papel particular que juegan el principio de razonabilidad y la técnica del balance dentro del juicio de constitucionalidad de las leyes.

De Savigny en adelante, la doctrina continúa discutiendo sobre el número exacto de los cánones de la interpretación y su funcionamiento. Alexy, por ejemplo, los divide en seis grupos: la interpretación semántica, genética, histórica, sistemática y teleológica, y termina con la comparativa. También Häberle afirma que la comparación surge hoy como un quinto método interpretativo, después de los clásicos criterios gramatical, lógico, histórico y sistemático. Incluso el juez emérito de la Corte Suprema israelita, Barak, considera a la comparación útil a fin de elegir entre distintos significados posibles de una disposición constitucional, integrada con los criterios semánticos y teleológicos, si hay en las diferentes Constituciones un recordatorio de los valores de una sociedad democrática o una base ideológica común y / o de valores fundamentales.

El punto merece especial atención, ya que se trata de un argumento que ha generado un intenso debate en la doctrina y entre los mismos jueces, revelando una de las fronteras del uso del derecho comparado. No obstante que el comienzo de este diálogo ha sido escrito por los juristas alemanes, es en el ámbito del *common law* donde se comienza a hablar, en los años noventa, de *comunicación transjudicial*, *la conversación transnacional* y *del diálogo judicial*, en los escritos de autores como A. Slaughter, C. McCruden y S. Choudhry, en

relación con el uso, por parte de las Cortes constitucionales y supremas, del argumento del derecho comparado, o más modestamente al citar la jurisprudencia y la legislación extranjera en las sentencias con el fin de resolver cuestiones de constitucionalidad de las normas. Esto no es casualidad, y parece del todo comprensible, a la luz de que los abogados del *common law* están más acostumbrados a la comparación con la jurisprudencia de otros países dentro del *Commonwealth*, en la aplicación del sistema de precedentes.

Más o menos en los mismos años, el debate asume importancia con el choque de las opiniones vertidas por la mayoría, en las opiniones disidentes y en los debates académicos entre los jueces Scalia y Breyer, respectivamente, en contra y a favor del uso del derecho extranjero como argumento interpretativo en la resolución de casos de constitucionalidad, comenzado con el caso *Printz v. EE.UU.* en 1997, y que se inserta en una disputa más amplia entre originalistas y constructivistas sobre la interpretación constitucional. Si bien ya se podían encontrar referencias esporádicas al derecho extranjero que en la jurisprudencia de la Corte Suprema, es con la sentencia *Knight v. Florida* de 1999, el uso de la comparación por parte de la Corte se convierte en un auténtico caso judicial y político, llegando a conquistar la atención internacional. En su *opinión disidente*. El juez Breyer llega a citar de una manera especialmente provocativa, entre otras, la jurisprudencia del *Privy Council*, de la Corte Suprema canadiense, de la Indiana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como una sentencia del Tribunal Supremo de Zimbabwe, con el fin de apoyar su posición sobre la constitucionalidad de la pena de muerte después de un largo periodo en prisión. Si en *Knight* los caballeros del uso de la comparación se encontraban en minoría, importantes sentencias posteriores han visto el amplio uso de la referencia a los casos y al derecho extranjero para argumentar sobre las decisiones de la Corte; por ejemplo, la ilegitimidad constitucional de la penalización de la sodomía (*Laurence v. Texas* en 2003) y de la pena de muerte a menores de edad (*Roper v. Simmons* en 2005).

Como consecuencia política de este sorprendente (ab)uso del derecho extranjero, se han repetido las propuestas de legislación en la Cámara y en el Senado, nunca aprobadas, sobre la imposición del veto a la cita de derecho extranjero, en la interpretación de la Constitución (por ejemplo, S. Res. 92 (2005). “Resuelto, que es el sentir del Senado que las interpretaciones judiciales sobre el significado de la Constitución de los Estados Unidos no deberían basarse en su totalidad o en parte en las sentencias, las leyes, o pronunciamientos de instituciones extranjeras a menos que tales sentencias extranjeras, leyes, o pronunciamientos informan una comprensión del significado original de la Constitución de los Estados Unidos”), va tan lejos como para proponer la destitución (*impeachment*) de un juez en caso de violación.

Posteriormente, los estudiosos han ampliado el ámbito de la investigación, creando una taxonomía entre las cortes menos propensas al uso de este canon (como Francia, Italia o Alemania) y las cortes que incluso toman una base positiva en la Constitución a medida que utilizan el derecho extranjero (como el art. 39 de la Constitución de Sudáfrica, que legitima a la Corte Constitucional en el uso del derecho extranjero —*foreign law*— en la interpretación de la *Bill of Rights*) o cortes para las cuales esto representa un rasgo genético, como jurisdicciones teniendo que aplicar también el derecho producto de la tradición

común de varios Estados (tal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional) (Groppi-Ponthoreau).

Sin embargo, más allá de los estudios que identifican el fenómeno a través del análisis de los datos jurisprudenciales, es necesario concentrarse en la investigación de segundo grado; es decir, sobre las reflexiones que tratan de introducir este fenómeno en el ámbito de una teoría de la argumentación constitucional.

M. C. Ponthoreau, al tiempo que reconoce que el argumento comparativo realiza esta función subversiva, de un mayor conocimiento y crítica del derecho interno, que a su vez se había atribuido a la comparación, reconoce que hay varios problemas en el uso del derecho comparado dentro del argumento constitucional, entre los cuales se encuentra la manifestación de una excesiva discrecionalidad del tribunal en la elección del precedente a citar (*cherry picking*) y el riesgo de la descontextualización de la cita.

De Vergottini precisa cómo la mera remisión al derecho extranjero no constituye una “comparación” en sentido estricto, siendo utilizado en el argumento de la misma manera como una cuestión de hecho, como por otros elementos extrajurídicos, y no como una fuente de derecho. Además de negar que el fenómeno podría describirse como un “diálogo”, ya que falta la reciprocidad en la comunicación, el autor hace una distinción entre el papel que la referencia al derecho extranjero puede desarrollar en el argumento del juez: la mera mención, como una forma de adorno o erudición discursiva; argumento comparativo, si el juez a través de la comparación apoya una determinada interpretación de la disposición constitucional interna. En este caso la forma de justificación externa se mezcla con aquella a la que se refiere al uso del precedente, a su vez vinculada a la argumentación dogmática. No es casualidad que entre los frutos de la investigación sobre el uso del derecho comparado y extranjero por parte de las cortes también exista la apertura de nuevos campos de investigación que tienen como objetivo analizar el peso de la invocación de la doctrina jurídica extranjera en el proceso de justificación por parte de las mismas cortes (Pegoraro). Por último, se tiene un verdadero y propio juicio comparativo cuando desde la comparación entre diversas normas constitucionales extranjeras se traza el principio de derecho para resolver la cuestión.

Si bien existen numerosos casos del uso del derecho extranjero de primera especie, son mucho menos los casos de argumentación comparativa y algunos pocos los de juicio comparativo, por lo que el uso del término “diálogo entre cortes” debe ser sin duda redimensionado.

**Silvia Bagni**  
(traducción de Armando Navarro Pérez)

## 595. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La interpretación constitucional es la atribución de sentido a las disposiciones contenidas en el texto constitucional, realizada, en última instancia, por los jueces y tribunales constitucionales, sobre la base del principio de supremacía constitucional, atendiendo a los derechos humanos y a las transformaciones de la realidad constitucional.

El propio término “interpretación” es ambiguo y se distingue entre un sentido “estricto”, referido a la aclaración o atribución de significado a una

expresión, y otro “amplio”, relacionado con el conjunto de operaciones necesarias para resolver un litigio, entre otras, la eliminación de antinomias, la integración de lagunas y la ponderación. De igual forma, se distingue entre interpretación “en abstracto” de un enunciado, y calificación o interpretación “en concreto” de un supuesto de hecho para subsumirlo en una “norma” previamente identificada. Supone también un acto cognoscitivo, decisorio o creativo, a partir de la distinción entre enunciados normativos (disposiciones) y significados de esos enunciados (normas).

La interpretación constitucional implica tanto una actividad hermenéutica, como el resultado interpretativo de la misma, entendida como un procedimiento argumentativo “racional y controlable” en términos de Konrad Hesse. En cuanto tal, reviste una gran importancia en el modelo de Estado constitucional contemporáneo, no solo por tratarse de una labor consustancial al ejercicio de la jurisdicción, en particular de los tribunales constitucionales u órganos similares, sino porque las reglas y principios constitucionales constituyen los principales parámetros de validez de la legislación y los criterios interpretativos del conjunto del ordenamiento jurídico. En última instancia, como lo destacan, entre otros, Manuel Atienza y Raúl Canosa, constituye una forma de racionalizar y controlar el ejercicio del poder a través de la razón jurídica expresada en argumentos interpretativos.

El tema de la interpretación constitucional es problemático en múltiples aspectos. En particular, respecto de los sujetos participantes, significación, objeto y métodos, así como en su relación con la doctrina del control judicial de convencionalidad. Uno de los problemas centrales estriba en que, como lo apunta Jon Elster, la Constitución por sí misma “no resuelve nada, a menos que esté dotada de un sistema de interpretación y aplicación”. En efecto, dada la indeterminación parcial del derecho, y atendiendo al principio de inexcusabilidad, la adjudicación constitucional supone aplicar e interpretar la Constitución para solucionar problemas que, en principio, no admiten una única solución posible. Problemática que se representa en cuestión de grados, distinguiendo entre casos “difíciles” o “fáciles”, atendiendo a las dudas interpretativas que plantean.

Muchos de los denominados “casos difíciles” se originan a partir de la indeterminación de sus premisas normativas y, por ende, requieren de su interpretación. Entre las fuentes de indeterminación semántica del derecho están los problemas de ambigüedad y vaguedad, así como la falta de consistencia normativa, que se traduce en antinomias. Otra dificultad radica en las inconsistencias derivadas de reformas constantes a la Constitución que extienden, en ocasiones de manera excesiva, su contenido reglamentario, y, en particular, a partir del carácter abierto y abstracto de su contenido, caracterizado por la inclusión de términos valorativos, no solo en la formulación de reglas, sino particularmente a partir de la inclusión de principios y valores que requieren, para su aplicación, de una argumentación con base en consideraciones o razones morales, como lo han destacado, entre otros, Ronald Dworkin, David Brink y Andrei Marmor.

Entre las diferentes clases de interpretación destaca la que atiende a los sujetos. Entre ellas, y con efectos distintos, se distingue entre interpretación auténtica, realizada por el órgano constituyente o reformador; definitoria o última, por tribunales constitucionales u órganos límite; doctrinal, elaborada

por especialistas, y práctica u operativa, realizada por sujetos que actúan en los diferentes ámbitos de aplicación de la Constitución. Con base en ello se reconoce una pluralidad de intérpretes constitucionales.

En general, la significación constitucional depende de la actividad de sus intérpretes y del modelo de sistema de control de la constitucionalidad que se adopte (concentrado, difuso o mixto). En aquellos modelos que establecen un tribunal constitucional, o su equivalente, como máximo intérprete constitucional (aunque no el único), su interpretación tiene un carácter autoritativo y obligatorio para el conjunto de operadores jurídicos, lo que implica, en ciertos casos, declarar la invalidez de una ley aprobada por un órgano legislativo electo democráticamente, siempre que no sea posible salvar su constitucionalidad mediante la interpretación conforme. Esta posibilidad no está exenta de críticas respecto del poder decisorio que puede llegar a ejercer la judicatura frente a los denominados órganos mayoritarios, de ahí que se exija un adecuado equilibrio entre el principio democrático que subyace a la noción de imperio de la ley; el principio de supremacía constitucional; la salvaguarda del contenido esencial de los derechos humanos, y del propio régimen democrático. Por ello se afirma que la interpretación constitucional implica considerar necesariamente las relaciones de los diversos órganos estatales constituidos entre sí, y de estos con el denominado poder constituyente o el órgano reformador de la Constitución, así como la relación entre el Estado y la ciudadanía.

En cuanto al objeto de la interpretación constitucional, involucra tanto a la Constitución como a la legislación infraconstitucional y, en general, al conjunto de valores y principios que conforman la cultura constitucional. En lo concerniente a los métodos o técnicas interpretativas, se han distinguido dos perspectivas diferentes: el punto de vista descriptivo y el punto de vista normativo. El primero describe las diferentes técnicas empleadas por los intérpretes constitucionales, mientras que el segundo considera que aquellos deberían seguir ciertas técnicas específicas.

Aunque no existe un consenso doctrinario, se suelen identificar diferentes tipos de argumentos interpretativos, entre ellos, el semántico, el genético, el histórico, el comparativo, el sistemático y el teleológico, y se distingue entre interpretación restrictiva, extensiva, evolutiva y mutativa. Asimismo, se han identificado algunos “principios de interpretación constitucional”, como el principio *pro persona* o aquellos propuestos por Hesse, tales como la unidad de la Constitución, la concordancia práctica, la corrección funcional y la fuerza normativa de la Constitución, y algunas pautas como la interpretación conforme, la presunción de constitucionalidad, la razonabilidad y la fórmula política.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que los derechos humanos, en tanto contenidos materialmente constitucionales, asumen la forma de principios, se plantea la exigencia de realizar interpretaciones a la luz de consideraciones axiológicas, lo que supone reconocer cierto margen de libertad, por un lado, al intérprete, para “rellenar” su contenido y, por otro, al legislador, para su configuración. Se destaca también la importancia de una interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales en materia de derechos humanos, a fin de garantizar la eficacia de la Constitución y su fuerza normativa.

Finalmente, de conformidad con la doctrina del control de convencionalidad, forjada con especial énfasis por los órganos del sistema interamericana-

no de protección de derechos humanos, la interpretación constitucional que realizan los tribunales estatales debe atender los parámetros interamericanos (tratados y jurisprudencia) como parte del ordenamiento jurídico y de los razonamientos judiciales, de forma tal que, como lo precisara la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria” (*Caso Gelman vs. Uruguay*, 2013). Lo anterior supone una ampliación no solo del objeto de la interpretación constitucional, respecto de los tratados y jurisprudencia internacionales, sino también respecto a los sujetos, al incorporar a los tribunales internacionales como intérpretes constitucionales, evidenciando así una dimensión transnacional de la interpretación constitucional en materia de derechos humanos.

*Salvador O. Nava Gomar*  
*Javier M. Ortiz Flores*

### 596. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (CRITERIOS)

Los criterios tradicionales de interpretación jurídica son bien conocidos: literal, sistemático, histórico y teleológico. Todos son útiles en interpretación constitucional. El literal, porque el texto de las disposiciones constitucionales es una barrera infranqueable, incluso para el intérprete constitucional; el sistemático, porque el ordenamiento es un todo presidido por la Constitución que, a su vez, debe entenderse como un *corpus*; el histórico, la expresión de la voluntad constituyente, debe también considerarse y, por último, el criterio teleológico resulta útil en la medida en que la Constitución formaliza los fines últimos de todo orden jurídico.

Vemos, pues, que los elementos tradicionales cobran —respecto de la Constitución— una dimensión propia, lo que no impide, a pesar de todo, que sean necesarios otros criterios y elementos que los complementen. Y estos criterios, ya propios de la interpretación constitucional, se consagran por lo general en la práctica de los intérpretes supremos que van creando un arsenal de criterios, *topoi* (Hesse), para hacer valer la Constitución como norma jurídica.

Pero la proliferación del *topoi* tiene que hacerse con el convencimiento de que subyacen en la interpretación constitucional elementos sustanciales que forman su telón de fondo, su escenario permanente (*cf.*, la voz Interpretación constitucional [elementos sustanciales]). Así que, como resultado de tomar en cuenta la insuficiencia de los métodos tradicionales de la interpretación y la presencia evidente de los elementos sustanciales (axiológico, político y evolutivo), los intérpretes supremos han ido elaborando una serie de criterios para hacer efectiva la Constitución. Son precisamente los elementos sustanciales los que condicionan la elección de los criterios concretos de interpretación constitucional.

No en todas partes se usan los mismos criterios —aunque la tendencia es de generalización— ni todos presentan igual utilidad en los varios ámbitos de lo constitucional, lo que ha generado criterios específicos (p. ej., en materia de derechos fundamentales, el criterio *favor libertatis*, es decir, la preferencia por la interpretación más favorable al ejercicio del derecho fundamental). Podemos, empero, mencionar los más importantes.

Partir de la *presunción de constitucionalidad* de las leyes aprobadas por el legislador democrático es una de las bases que han permitido el éxito de la inter-

pretación constitucional. El intérprete supremo sabe que su papel en el Estado constitucional quedaría en entredicho si fuera beligerante contra el legislador. El autocontrol (*self restraint*) es así piedra angular de su actividad, lo que le lleva a la *interpretación conforme a la Constitución* de las normas infraconstitucionales. Tal proceder ha llevado a los intérpretes supremos a modular casuísticamente la textura y los efectos de sus sentencias. En este sentido, son ilustrativas las sentencias interpretativas y sus múltiples y, a veces, discutibles manifestaciones (Figueroa) que, descartando interpretaciones posibles contrarias a la Constitución, imponen la interpretación correcta.

Aunque los supremos intérpretes de la Constitución son dueños de su interpretación y por eso mismo pueden transformarla y modularla para adaptarse a los cambios de la realidad, proyectar a los nuevos casos una previa doctrina es la aspiración constante de los intérpretes supremos y, por ello, una de sus esenciales preocupaciones. Cuando un caso se resuelve con la aplicación casi automática de la propia jurisprudencia precedente, el intérprete se siente cómodo: ha estado a su propia decisión (*stare decisis*). También lo está cuando el caso resulta en cierto modo nuevo, pero puede ser resuelto modulando y adaptando la doctrina sin apartarse de ella y acaso enriqueciéndola con nuevos matices. El problema aparece cuando los cambios en la realidad obligan a una interpretación nueva. Es entonces cuando el intérprete se enfrenta a los casos difíciles cuya resolución en ocasiones le obligan a un cambio drástico de su jurisprudencia (*evolutividad*). En casos así, el intérprete supremo no tiene más remedio que apartarse de su interpretación anterior y expresamente abrazar otra que le permita adaptar el ordenamiento constitucional a la nueva realidad.

En relación con lo anterior, también resulta obvio que el intérprete supremo ha de tener presente la situación política donde opera. Si de él se espera que tecnifique sus decisiones para hacerlas previsibles, generando así seguridad jurídica, también se le demanda que su labor no interfiera en el campo de acción de los principales operadores políticos. La experiencia estadounidense ofrece un ejemplo canónico de este autocontrol en las *political questions*, cuyo sentido radica justamente en eludir el pronunciamiento. La jurisdicción *on certiorari* de la Corte Suprema de Estados Unidos facilita tal proceder que no es dable en la mayoría de los sistemas de justicia constitucional. Se trata de asegurar la funcionalidad del sistema democrático, para lo cual el supremo intérprete deberá evitar convertirse en una suerte de legislador suplente, pero principal, que usurpe la función del verdadero legislador democrático con un activismo ajeno a su verdadero papel de intérprete.

Criterio central de la actual interpretación constitucional es la *ponderación*. Dado que las constituciones del presente proclaman intereses y valores en potencial contradicción que aspiran todos a realizarse, el intérprete debe darles cabida a todos. En esta tarea solo tendrá éxito si pondera, es decir, si, caso por caso, equilibra la intensidad con la que cada elemento se proyecta.

Otro ejemplo de ponderación acontece en materia de derechos. Si ningún interés constitucional es absoluto, tampoco lo es ninguno de los derechos proclamados. Los derechos, pues, son limitables, bien para atender otros derechos o bien para satisfacer otros intereses legítimos. En supuestos así, la interpretación trata de aprehender la justificación de las restricciones o afectaciones que el derecho sufre. El llamado *juicio de proporcionalidad* es el modelo del más

depurado proceder argumentativo. Mediante su empleo, el intérprete, tras hallar la finalidad que se pretende alcanzar con la restricción y comprobar su constitucionalidad, comprueba, después, la adecuación de la restricción al fin perseguido, controla, a continuación, la necesidad de tal medida en el caso concreto y, por último, verifica, en un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, si las ventajas son mayores que las desventajas.

La existencia de ámbitos de integración supranacional y la actividad de órganos jurisdiccionales internacionales dedicados a la tutela de la libertad han cambiado la faz de la interpretación constitucional de nuestro tiempo. En efecto, nos encontramos con ciertos tratados internacionales o en el orden jurídico de la Unión Europea con normas materialmente constitucionales que proclaman derechos, y lo que acaso sea más decisivo: esas normas son interpretadas y aplicadas por jurisdicciones no estatales (como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos) que, al decir la última palabra, condicionan de manera más o menos intensa la opinión de los intérpretes estatales. Acaba imponiéndose el *criterio de interpretación conforme*, en la medida en la que el reconocimiento estatal de la jurisdicción internacional sella ese sometimiento. La infalibilidad es siempre producto de decir la última palabra y decirla entraña ser intérprete supremo.

Lo anterior consagra la apertura del ordenamiento estatal al derecho internacional o supranacional de los derechos humanos y, con frecuencia, a la interpretación que de esos derechos hacen los tribunales internacionales o supranacionales. En Iberoamérica es frecuente referirse al control de convencionalidad (Ferrer Mac-Gregor), en especial al que ha de realizarse internamente. En Europa, la ordenación constitucional es desigual, lo que no ha impedido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se haya convertido en una suerte de supertribunal constitucional en materia de derechos y su interpretación en verdadera interpretación suprema, gracias a preceptos como el artículo 10.2 de la Constitución española, que generosamente le abren la puerta.

*Raül Canosa Usera*

#### 597. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (DIRECTIVAS DE LA)

Desde la matriz de las teorías de la argumentación se sostiene —más allá de las variantes en las propuestas teóricas— que el jurista a la hora de tener que brindar la respuesta jurídica frente a un caso jurídico transita por las siguientes genéricas etapas: *a)* la primera es conocer la verdad de los enunciados fácticos implicados; *b)* la segunda es identificar en el derecho vigentes las respuestas jurídicas disponibles; *c)* en el tercer momento escoge la mejor o la más integralmente justa, y *d)* finalmente, el jurista debe brindar la justificación racional —interna y externa— que avale la elección concretada. Sin duda que es este último momento el más decisivo en orden a procurar que sea aceptada racionalmente la decisión adoptada, pues en ella aparece la capacidad del jurista para brindar —respetando todas las exigencias previstas en la lógica— las razones o argumentos válidos, suficientes, coherentes, idóneos y persuasivos que respalden al discurso y sus enunciados o premisas.

A las “directivas de la interpretación constitucional” las vamos a entender con relación a la argumentación jurídica constitucional, en tanto tiene por objeto guiar el trabajo del jurista cuando recurre a encontrar la respuesta jurídica

en el material constitucional disponible, y, específicamente, ellas lo orientan en cuanto a identificar respuestas, seleccionar premisas o aducir razones o argumentos que avalen o justifiquen al discurso jurídico del cual se concluye la respuesta jurídica en cuestión. En un sentido amplio, las “directivas” entran dentro de la argumentación, aunque no coincida con toda su temática; por ejemplo, ellas no se ocupan de la nómina de argumentos, pero sí de orientar su uso.

Corresponde advertir que la adjetivación incluida de “constitucional” forma parte de la argumentación jurídica a secas, pero sirve para dotarla de ciertas características peculiares. De todas maneras, lógica y necesariamente hay que escoger inicialmente una teoría de la argumentación y luego discurrir sobre la especificidad que tiene la “constitucional”; así, por ejemplo, si en definitiva la teoría argumentativa escogida se asimila a pura persuasión o solo material “principalista”, ello se reflejara en la argumentación constitucional que se postule. Por supuesto también que en la propuesta de argumentación constitucional que se formule importa qué se entiende o cómo se caracteriza a la Constitución, y sobre ella es sabido que pesan distintas definiciones

Con las obvias salvedades hechas, pasemos a la nómina de las “directivas de la interpretación constitucional”, con la advertencia de que el espacio asignado obliga a un desarrollo muy sucinto, que se limitará a mencionar el terreno o problema en el que se necesita optar por una “directiva”:

1. Optimizar la fuerza normativa de la Constitución: su objeto es que el jurista siempre vaya a constatar qué es lo que dice la Constitución respecto al problema que a él lo ocupa. Esa respuesta puede ser meramente negativa (brinda los márgenes para las respuestas) o positiva. En caso de duda sobre si la Constitución se pronunció o no, tiene que prevalecer la primera opción (*in dubio pro constitutio*). Para poder cumplir con esta directiva se requiere de una apropiada y completa cultura constitucional, especialmente en el terreno del derecho constitucional formulado por medio de principios, derechos humanos, valores, etc., y el modo apropiado para operarlos por medio de su ponderación. También esta directiva conlleva contar con vías procesales o institucionales como para poder recurrir a buscar la respuesta jurídica en la Constitución, si aplicarla resulta más complicado que aplicar el derecho no constitucional, ello es señal de que no se está cumpliendo la directiva. La Constitución siempre, y como mínimo, es un marco para las respuestas jurídicas, aunque ello no significa que contenga a todas las respuestas jurídicas.

2. La Constitución como sistema: a los fines de la mejor operatividad del material constitucional conviene someterlo a un proceso de sistematización. El mismo exige en primer lugar la identificación del material a sistematizar; consiguientemente, hay que responder la pregunta sobre si se incluirá la jurisprudencia constitucional, la costumbre constitucional, el *ius gentium*, los derechos humanos implícitos, etc. Estará el problema de la jerarquización de lo que forma parte de la Constitución. También si se admitirán antinomias en la Constitución, y la pregunta por la completitud o la presencia de lagunas en la misma. La sistematización incluye el esfuerzo por economizar o evitar las innecesarias redundancias. Todas esas cuestiones suponen contar con criterios para resolverlas o afrontarlas, y asimismo, definir quién asumirá la responsabilidad por esa tarea.

3. La Constitución y el resto del sistema jurídico: pero junto a la Constitución está el resto del material jurídico no constitucional que integra el

sistema jurídico general, por lo que aquí también cabe desplegar un esfuerzo de sistematización para facilitar u optimizar la operatividad del derecho vigente. A los fines de dicha tarea se han consolidado algunos criterios, como los siguientes: *a)* expulsar o invalidar del derecho vigente a alguna regla jurídica establecida es una solución extrema, por lo que siempre hay que procurar salvarla (“la declaración de inconstitucionalidad es la *ultima ratio*”), y *b)* en el trabajo sistematizador y salvífico corresponde flexibilizar todas las reglas puestas en tensión, y no solo aquellas no constitucionales; de ahí el rico repertorio de sentencias constitucionales: interpretativas, aditivas, abrogatorias, orientativas, exhortativas, declaratorias de inconstitucionalidad pero manteniendo su vigencia, etc.

4. Los valores de la Constitución: si bien esta contiene respuestas jurídicas —actuales o en potencia—, es evidente que ella también define valores fundantes de la vida social, que constituyen el *ethos* de la sociedad a la que regula. Por ende, cabe reconocer que esos valores y sus respectivos pesos impregnan y dan marco a la totalidad de las reglas jurídicas de ese peculiar derecho vigente, como a los proyectos personales e institucionales que se suscitan en toda sociedad. Ese material moral referido en los valores requiere del operador una formación en la consiguiente disciplina idónea para definirlos y operarlos; por ello, se trata de advertir que solo con saberes jurídicos aquel trabajo resultará imposible.

5. El orden político constitucional: como lo revela la misma etimología (Cicerón traduce como *constitutio* al término griego *politeia*), la Constitución siempre cumplió el papel de organizar el poder del Estado, distribuyéndolo en diferentes órganos, y procurando un equilibrio y control entre ellos. Ese orden político constitucional no es estático, sino dinámico, y, por ende, está conectado con circunstancias históricas y personales, pero es el operador judicial autoritativo de la Constitución el que tiene la responsabilidad de velar por su respeto. Sin duda que dicha tarea inexorablemente se introduce al terreno político, por lo que se requiere de conocimientos, capacidades y aptitudes propios de ese terreno diferente al estrictamente jurídico.

6. El dinamismo de la Constitución: ella, como toda obra humana, está ligada a un tiempo y espacio particular; por ende, se generan conflictos en la medida en que cambia inevitablemente la realidad en la que se proyecta o regula. Las alternativas extremas que se presentan al respecto son, mantener las respuestas jurídicas tal cual fueron dadas, sin importar los cambios de la realidad, o ir adaptándolas a la misma (originalismo o interpretativismo). Sin embargo, cabe imaginarnos y auspiciar propuestas más eclécticas, como aquellas orientadas a reconocer un núcleo pétreo o esencial que debe permanecer y que no puede ser cambiado por el operador, aunque dejándole a este un margen para que en el plano accidental proceda a su adaptación (en esa línea recordemos la distinción de Dworkin entre concepto y concepciones). Desde un punto de vista teórico, es clara la distinción entre cambiar o adaptar la Constitución, y sobre todo es muy claro que a los que se les ha asignado una y otra tarea son diferentes; sin embargo, en la práctica la diferencia se diluye.

7. Los precedentes constitucionales: es cierto que podríamos silenciar esta directiva en tanto reconocerla ya tratada con la directiva anterior; sin embargo, como en algún sentido se conserva la distinción entre creación y aplicación

del derecho, consideramos conveniente distinguirla. Es que en un precedente constitucional la que está hablando es la misma Constitución, con todo lo que ello significa con relación a alcance, jerarquía, etc.; por ende, sus cambios no quedan ligados a los cambios en los operadores, y por ello se han formulado criterios para restringir u orientar esos cambios. Repasemos algunos de esos criterios, más allá de su solapamiento: *a)* en la duda no se modifica en el precedente; por ende, tiene que resultar evidente la conveniencia o necesidad de su cambio; *b)* los precedentes pretenden estabilidad y permanencia en el tiempo, por lo que cabe rechazar o sospechar los cambios que pretenden introducirse al precedente inmediatamente después de su consagración; *c)* son sospechosos los cambios que provienen de nuevas integraciones; etc.

8. El derecho pre o supraconstitucional: el actual Estado de derecho constitucional tiene plenamente asumido que los derechos humanos son reconocidos y no creados; son universales e indisponibles; por ende, su violación —al margen de quién y con qué respaldo o representación la efectúe— genera reproche y responsabilidad jurídica. Por ende, hay una especie de coto vedado jurídico que el constituyente no puede ignorar ni infringir, más allá que de razonables adaptaciones y concreciones según tiempo y espacio. Por ende, en la Constitución siempre corresponde incluir un núcleo jurídico y de racionalidad en tanto el derecho es un esfuerzo institucional con la finalidad de servir históricamente al hombre y a la sociedad.

9. Los derechos constitucionales regionales y mundial: el proceso de crisis de las soberanías nacionales y globalización necesariamente también afecta a la Constitución. Ya no hay posibilidad de autismo o “chauvinismo” jurídico, tampoco en la materia constitucional, y así, es posible constatar o esbozar ciertos derechos constitucionales regionales y hasta de alcance mundial. Un buen ejemplo de esas realidades es el derecho interamericano de los derechos humanos forjado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia y opiniones consultivas, como de la Comisión Interamericana, por medio de sus dictámenes. Conforme a esta directiva, se le impone al operador de la Constitución estar atento al derecho comparado, y especialmente a la jurisprudencia constitucional o de derechos humanos extranjera, dado que en definitiva esa realidad desborda los límites nacionales, y los problemas jurídicos son similares.

10. La legitimidad del juez constitucional: esta directiva remite a la ética del operador judicial constitucional con relación a su *auctoritas* o confianza que la sociedad y los usuarios de su servicio profesional le otorgan. En la lógica democrática, el mayor poder implica mayor responsabilidad y preocupación por legitimarse, y a tenor de los márgenes que finalmente goza el juez constitucional para el ejercicio de su discrecionalidad, es aquel un problema importante que debe afrontarse. Por supuesto que en la doctrina se ha considerado ese déficit de la legitimidad judicial, sobre todo en su origen poco democrático, pero las propuestas para procurarla se orientan a revindicar y potenciar la idoneidad ética y argumentativa del juez constitucional. A ese respecto, entre esos requerimientos éticos es oportuno recordar la exigencia consolidada en la jurisprudencia norteamericana del *self restraint*; es que el poder del juez implica una cultura del autocontrol en aras de que las respuestas jurídicas no sean las que a él le convienen o respalda teóricamente, sino las que corresponde adoptar según el derecho constitucional vigente.

11. El fin o sentido del derecho (constitucional): en definitiva, el operador del derecho constitucional no puede perder de vista el fin para el que la sociedad ha instituido el derecho en general; más aún, dadas las características y proyecciones de aquella materia resulta potenciada dicha conexión teleológica. Desde esa perspectiva, le corresponde al operador escoger aquellas respuestas que resultan más ajustadas y conforme a la justicia y al bien común, sin olvidar la vieja enseñanza ética que “lo mejor puede ser enemigo de lo bueno”, y computando en todas sus decisiones las consecuencias integrales que conllevan. Se trata de reclamarle “prudencia jurídica”, y, por ende, su razón práctica tiene que proyectar en el caso las exigencias jurídicas generales, optando por aquella más beneficiosa para la sociedad, lo cual no contradice el interés individual, sino procura armonizarlo con el interés general. Puede decirse que esta directiva es una especie de macrodirectiva en el sentido de que todas las restantes son preparatorias como para que el operador acierta axiológicamente en su elección.

*Rodolfo Vigo*

#### 598. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (ELEMENTOS SUSTANCIALES)

La proliferación en la interpretación constitucional de *topoi* (*cf.*, la voz Interpretación constitucional [criterios]) tiene que hacerse, a mi juicio, con el convencimiento de que subyacen siempre en la interpretación constitucional elementos sustanciales que forman su telón de fondo, su escenario permanente. Tales elementos sustanciales son: la carga axiológica de las constituciones, su politicidad y la necesaria evolutividad con la que debe encararse su interpretación.

Una peculiaridad de los preceptos constitucionales concierne a su textura normativa, que no es por lo común la propia de las reglas, sino la de los principios en los cuales precisamente se manifiestan los elementos sustanciales citados. Y los principios eluden la interpretación silogística porque marcan orientaciones de valor imposibles de inferir con ese método.

Así, respecto a la carga axiológica, es lugar común resaltar la dimensión valorativa de las constituciones del presente. Esta dimensión axiológica condiciona toda interpretación, cuyas manifestaciones habrán de concretar a la postre un juicio de valor porque, al partir de la interpretación constitucional de los principios, su dimensión axiológica no puede negarse. No son necesarias las proclamaciones expresas de valores —como las que contiene el artículo 1.1 de la Constitución española—, lo decisivo es la proliferación de principios constitucionales para forzar una interpretación inexorablemente estimativa (Lucas Verdú) pues, a la postre, lo decisivo es dar contenido a esas orientaciones de valor. Aquí radica la libertad del intérprete que debe rellenar esos preceptos, incluidos los derechos fundamentales que operan también como encarnaciones de los valores. Lo delicado, entonces, estriba en “rellenar” sin acotar indebidamente las posibilidades de las sucesivas mayorías para desarrollar en la ley las orientaciones de valor constitucionales.

Además, toda interpretación constitucional posee una carga política que no deriva de que los intérpretes adopten decisiones políticas, sino de la politicidad misma del objeto interpretado. En efecto, las disposiciones constitucionales contienen las decisiones políticas fundamentales, juridifican lo político en el más intenso y arriesgado intento de someter toda la realidad, también la

política, a derecho. Pero esta juridificación no priva a lo político de su prístina naturaleza, de tal suerte que su interpretación, por muy técnica que pretenda ser, tiene efectos políticos reflejos. El supremo intérprete agota una labor técnica, pero sus resoluciones con frecuencia poseen repercusión política.

Por otro lado, todo ordenamiento evoluciona, bien mediante el cambio de sus normas que efectúa el legislador —el poder de reforma en el caso de la Constitución—, o bien, por medio de una interpretación evolutiva que descubra en el texto de las disposiciones nuevos significados, más acordes con la realidad social que pretende regular. No siempre los ordenamientos han sumado este elemento a los criterios tradicionales para dar cobertura a la adaptación del derecho “a la realidad social del momento en que las normas han de ser aplicadas” (como expresamente hace el art. 2 del título preliminar del Código Civil español).

Esta evolutividad es especialmente patente en la interpretación constitucional por dos motivos fundamentales: la realidad política es la más dinámica de todas y la posibilidad de lograr la adaptación mediante la reforma de las normas está limitada por la mayor rigidez de las constituciones. Al ser estas difíciles de modificar —incluso es deseable una cierta permanencia en el tiempo—, la única manera de llevar a cabo la adaptación es a través de la interpretación. En ocasiones, los cambios en el sentido normativo dado a los textos constitucionales son tan llamativos que la dogmática acuñó la figura de la mutación constitucional (Jellinek, Hsü Dau-Lin), manifestación suprema y más problemática de esa adaptación.

La evolutividad de toda interpretación jurídica, en especial de la constitucional, determina la buena aplicación de la norma interpretada, porque precisa una conexión entre la norma y la realidad sobre la que esa norma se proyecta (conexión defendida, entre otros, por Hesse); ello explica en parte la insuficiencia de los métodos tradicionales a la hora de interpretar la Constitución, en especial sus disposiciones de principio. Tales métodos, si no tienen en cuenta los elementos sustanciales que acabamos de analizar, se encierran en una lógica puramente formalista que descarta la realidad, aunque llegue a producir magníficas argumentaciones, pero carentes por completo de sentido común. Sin atención a la estimativa constitucional ni a la realidad subyacente ni un mínimo cálculo de los efectos políticos esperables no hay interpretación constitucional aceptable.

Como resultado de tomar en cuenta la insuficiencia de los métodos tradicionales de la interpretación y la presencia evidente de los elementos sustanciales aludidos (axiológico, político y evolutivo), los intérpretes supremos han ido elaborando una serie de criterios para hacer efectiva la Constitución, y son precisamente los elementos sustanciales los que condicionan la elección de los criterios concretos de interpretación constitucional que serán utilizados por el intérprete supremo.

Empero, conviene formular una advertencia: además de interpretación, los principios constitucionales exigen desarrollo, y esto corresponde al legislador. Al intérprete supremo no le compete fijar los principios, sino mantenerlos abiertos a desarrollos alternativos de las mayorías sucesivas (*cf.*, la voz Interpretación constitucional [fines]). La ductilidad de los principios potencia, en principio, la libertad del supremo intérprete y precisamente por ello solo el *self restraint*, el autocontrol de los tribunales constitucionales, asegura la ar-

monía con el legislador. La interpretación constitucional, en su parte esencial —la interpretación de los principios—, es función política, pues de su resultado depende el mayor o menor margen para la discrecionalidad del legislador; sin embargo, la politicidad de la interpretación no lo es en el mismo sentido en el que lo es la elaboración de la ley. Esta es política, por definición, al cristalizar una alternativa entre las permitidas por la Constitución, en cambio, la interpretación es política porque asegura la posibilidad de la alternancia de mayorías. La interpretación mantiene abiertas esas alternativas, la ley momentáneamente la cierra cuando escoge una de ellas.

Si el tribunal constitucional, al interpretar, impusiera unilateralmente una alternativa, usurparía la función del legislador y se transformaría en legislador positivo, pero sin la legitimación que el voto popular otorga al Parlamento; la crítica al interprete por su talante antidemocrático estaría justificada, no a causa de sus decisiones, cuyo acuerdo con la Constitución podría ser intachable, sino por asumir funciones que no le corresponden. En efecto, al tribunal no le compete asumir una función de suplencia del legislador. Si actúa sin autocontrol, vulnera la democracia.

*Raúl Canosa Usera*

#### 599. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (EVOLUTIVIDAD)

La validez de las disposiciones que componen un orden jurídico no depende de su concreta aplicación sino de la corrección con la que han sido puestas en el ordenamiento. El propio Kelsen advirtió, sin embargo, que una general eficacia es condición de validez, y, en todo caso, distinguía entre esta y aquella e incorporaba ambas a su teoría pura del derecho. En definitiva, toda disposición normativa aspira, siendo válida —estando vigente—, a ser también eficaz. La eficacia se presenta así como el punto de conexión entre el enunciado normativo y la realidad, porque la norma eficaz somete la realidad a sus dictados: las personas que, en el ámbito de la realidad, se mueven, acomodan sus acciones a lo previsto la norma.

Las disposiciones del orden jurídico permanecen invariables en sus términos hasta su reforma o derogación, así que la mejor manera de resolver las antinomias entre ellas y la realidad que regulan es proceder a su reforma o a su derogación. No siempre, empero, son posibles los cambios legislativos, pues, como es sabido, cuanto mayor es el rango de la norma, más rígida resulta, de lo que se colige que las normas superiores, empezando por la Constitución que predetermina el contenido de las normas inferiores, no pueden cambiarse con facilidad. Esta rigidez que protege las normas, especialmente las de la Constitución, vuelve estático al ordenamiento constitucional que difícilmente sufre transformaciones formales (reformas). Entonces, la vía principal de esa adaptación para dotar al ordenamiento de cierto dinamismo es justamente la de emplear el llamado elemento evolutivo que permite a las disposiciones normativas afrontar los cambios de la vida sin sufrir modificaciones en su texto, pero manteniendo su eficacia, es decir, regulando efectivamente la realidad. La evolutividad del ordenamiento es, en rigor, la aptitud de las disposiciones que lo integran para seguir regulando una realidad dinámica. Porque, como recuerda Emilio Betti, hay una tensión latente entre las opuestas tendencias, estática y dinámica, del ordenamiento jurídico.

La interpretación evolutiva supone, como vemos, una elección del intérprete: optar entre la interpretación anteriormente dada a una disposición pero que ya no permite someter la realidad, o extraer otra nueva que sirva a ese propósito. Esta posibilidad de elegir entre mantener el sentido normativo “tradicional” o desvelar otro hasta entonces oculto presupone un intérprete creador, alejado del modelo de juez ventrílocuo que imperó durante tanto tiempo.

En la esfera constitucional, la tensión entre normatividad y normalidad resulta notoria, más que en los demás ámbitos normativos. Sucede por varios motivos, el primero, por la especial rigidez de las disposiciones constitucionales cuya aspiración de permanencia suele, por lo general, ser digna de aprecio. La imposibilidad real de cambiarlas, a veces con una intangibilidad formalizada, produce, como consecuencia inevitable, que su adaptación tenga que llevarse a cabo por vías interpretativas, es decir, mediante la interpretación evolutiva, porque esta garantiza la “movilidad” de la que carecen las disposiciones interpretadas y asegura la expansión de su fuerza normativa.

El segundo motivo que favorece la tensión apuntada es la especial dinamicidad de la realidad política que el derecho constitucional regula. Ningún ordenamiento puede soportar que su norma suprema no sea satisfactoriamente eficaz, pues si así ocurriera, todo él se resentiría. Para hablar de una Constitución normativa, en los términos de Loewenstein, es necesario que su desarrollo legislativo y su interpretación favorezcan su eficacia. Y en esta labor es preciso advertir las peculiaridades de la interpretación constitucional que acaba siendo una interpretación tópica y, por ello mismo, imprecisa, pero que, en todo caso, ha de encaminarse a desplegar el valor normativo de la Constitución.

Wrobelksy se refiere a la interpretación operativa de la Constitución, es decir, a aquella que despliega los efectos queridos en la ley fundamental. Por su parte, Hesse maneja una idea similar, según él hay que promover la voluntad de la Constitución. Ambos descubren la finalidad de toda interpretación de la Constitución que, por lo demás, comparten todas las disposiciones jurídicas. Se trata, pues, de que la Constitución regule efectivamente la realidad constitucional y, para ello, será necesario adaptarla a los cambios que en esta se produzcan.

Además de la rigidez del programa normativo y del sustancial dinamismo de su ámbito normativo, hay otro factor que favorece la interpretación evolutiva de la Constitución: la textura abierta de sus disposiciones, su formalización en abstracto con abundancia de principios. No es que no haya reglas en la Constitución, que las hay, pero abundan los preceptos que, por su ambivalencia, amplían la esfera de discrecionalidad del intérprete; este no se halla sujeto a una literalidad estricta sino a unos términos que se prestan a las interpretaciones alternativas.

La textura de los preceptos constitucionales, junto con el resto de sus peculiaridades, favorece la creatividad del intérprete, la cual se asocia inevitablemente con la evolutividad, dado el carácter cambiante de la realidad política. La interpretación de las disposiciones constitucionales tiene que enfocarse en captar esas peculiaridades, a las que el intérprete ha de ser sensible.

En los términos de Hesse, el programa normativo, inserto en las disposiciones constitucionales, y el ámbito normativo (la realidad política) donde

se proyectan, favorece, sino exige, una interpretación evolutiva. El programa normativo —el enunciado—, cuya literalidad opera como límite último de la interpretación evolutiva, se mantiene inalterable, a veces durante siglos, pero el ámbito normativo, la realidad regulada, varía constantemente. Como aquel es muy difícil reformar y en ocasiones deliberadamente no se desea cambiarlo para mantenerlo como símbolo, la interpretación evolutiva entra en juego para extraer de los preceptos antiguos normas nuevas, sentidos normativos ni siquiera imaginados por los autores.

*Raül Canosa Usera*

#### 600. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (FACTOR AXIOLÓGICO)

A pesar de la controversia que lo axiológico suscita entre los juristas, es innegable la carga estimativa que siempre ha estado presente en los órdenes jurídicos, como expresión de los valores subyacentes en cada sociedad dada (Reale). Si así son las cosas, toda interpretación ha de tener “carácter estimativo”, apunta Lucas Verdú. Sin embargo, Schmitt, en el conocidísimo artículo que tituló *La tiranía de los valores* se extendía en múltiples consideraciones que despiertan la conciencia crítica respecto a los valores. El publicista alemán aduce, no sin cierta razón, que a través de las Constituciones modernas se han incorporado al derecho innumerables e innecesarios datos valorativos. La consecuencia de ello es la inclusión misma de los deseos, fines y proyectos de las sociedades humanas, su utopía, dentro de un texto legislativo. Ello transforma radicalmente el acercamiento científico al derecho, porque la propia lógica de los valores impone su fuerza expansiva. Debemos convenir en la exactitud del razonamiento schmittiano porque, en verdad, la consideración hermenéutica de la Constitución ha sufrido el influjo profundo de la carga axiológica que contiene. Sin entrar a juzgar lo acertado, no de incluir componentes valorativos de tanta magnitud como los que hallamos actualmente en las Constituciones, es preciso, no obstante, reconocer su existencia y la exigencia derivada de la propia fuerza normativa de la carta para ser cumplidos.

La dificultad estriba en dar un rostro unitario a ese orden de valores que representa la Constitución. Al respecto, el derecho natural no parece poder brindarnos una solución por lo etéreo y fragmentario de sus conclusiones. No poseemos una línea directiva que nos oriente en la interpretación de la materia axiológica. Por ello, su comprensión sirve, al mismo tiempo, de orientación de sí misma. Quienes han criticado las Constituciones modernas por cargar las tintas sobre estos aspectos estimativos olvidan que ya las codificaciones abrieron la era de un tratamiento axiomático del derecho. Los códigos impusieron, en su regulación aparentemente aséptica, todo en orden axiológico. La exigencia de vinculación que toda sociedad necesita a un orden axiológico se manifiesta, primerísimamente, a través del derecho. Es más, a la vista de la evolución de los sistemas jurídicos modernos, podemos constatar la profundización verificada en esta relación vinculatoria entre derecho y orden axiológico. Por ello, es legítimo concluir que este constituye un elemento estructural de la elaboración y aplicación del derecho en el presente.

Las Constituciones se encargan de servir como vehículos catalizadores de esa profundización axiológica del derecho, al introducir numerosísimos elementos estimativos que acaban caracterizando sustancialmente las Consti-

tuciones. Esto resulta especialmente fácil de apreciar en su parte dogmática, sobre todo en aquella relativa a los derechos fundamentales o al principio de igualdad sustancial, pero no es desdeñable tampoco en la parte orgánica, a pesar de que en esta última prevalezcan los componentes técnicos.

Como la plasmación estimativa resulta evidente, no es legítimo adoptar ninguna postura de indiferencia estimativa, a pesar de que cierta doctrina aconseje una consideración formalista de los preceptos que presentan tal contenido, aduciendo que, al incorporarse a una legislación cualquiera, pierden su naturaleza estimativa y adoptan la plena normativa. Sin embargo, este modo de proceder acarrea un acercamiento incorrecto y estéril al derecho constitucional porque no es posible con criterios formalistas desentrañar toda la carga normativa de los preceptos en cuestión. El intérprete debe asegurarse de que los resultados serán satisfactorios; para ello, debe emplear los elementos y los criterios justos con miras a esos objetivos. Tales criterios nunca podrán reducirse a los estrictamente formales, porque ello costaría, en ocasiones, la inaplicación de ciertas normas (recuérdese la polémica sobre la fuerza normativa de las disposiciones programáticas) o, como mal menor, un interpretación sesgada de las mismas.

Por todo ello, la tarea de los máximos intérpretes constitucionales es estimativa, tanto en el control de la constitucionalidad como en la determinación del alcance de los derechos fundamentales. Cuando el juez constitucional se enfrenta a la oscuridad del texto acaba, incluso sin proponérselo, argumentando estimativamente, en especial si el objeto interpretado lo componen las disposiciones de contenido más claramente axiológico. En tal operación, el peligro estriba en que el intérprete supreme extraiga del valor una regla que oponer a la acción enjuiciada —legislativa o no—. Esta espuria “jurisprudencia de valores” ensancharía, sin justificación, la libertad del intérprete. Más bien lo que ha de ocurrir es que la interpretación de las reglas —constitucionales o no— se haga a la luz de los principios y valores para ofrecer entonces su faz mejor, por ser conforme a esos valores y principios. Esto significa la interpretación conforme a la Constitución, que no es otra cosa que la interpretación conforme a los valores y principios recogidos en la carta fundamental. No puede, definitivamente, eludirse la discusión acerca de la pertinencia de un pensamiento jurídico orientado, en los términos apuntados, por los valores que las Constituciones modernas encarnan y que, al estar ya expresamente incorporados, exigen el despliegue de la fuerza normativa que les corresponde.

*Raül Canosa Usera*

#### 601. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (FINES)

El fin de toda interpretación jurídica es transformar un programa normativo —el enunciado de la disposición— en una norma concreta. Son los dos pasos, conectados entre sí, de la interpretación y de la aplicación. Desde este punto de vista, el intérprete debe hallar un sentido normativo en la disposición que le permita, al aplicarlo como norma, resolver el problema de la realidad sobre el que versa el pleito. Mediante este trámite, el derecho completa su vigencia con la eficacia.

Así, el fin de toda interpretación jurídica se manifiesta en la constitucional con una intensidad adicional porque hablamos de las disposiciones cimeras

del orden jurídico, ahora que ya nadie discute el valor normativo de la Constitución. De esta manera, la Constitución ha de interpretarse para hallar su sentido normativo, las normas para ser aplicadas.

Pero el que la interpretación constitucional sea jurídica no impide apreciar peculiaridades en ella que también se manifiestan en lo que toca a sus fines. Para empezar, el fin de desplegar la fuerza normativa de la Constitución —su activación (Hesse)— tiene la consecuencia colosal de hacer valer las decisiones políticas fundamentales formalizadas por el poder constituyente. La operación técnica de interpretar los preceptos de la Constitución implica, por tanto, la activación de una orientación política impresa en la ley fundamental.

Como apuntó genialmente Pelegrino Rossi, en la Constitución se hallan los *têtes de chapitre*, los epígrafes generales de todo el orden jurídico, lo que significa que el resultado de interpretarlos condicionará la interpretación del resto del ordenamiento. Así, la interpretación constitucional cumple una finalidad de integración del ordenamiento y, a la postre, del Estado (Smend), tanto en el plano político —recordando que la Constitución, aunque no se identifique conceptualmente con la decisión política fundamental (Schmitt) sí la incluye— como en el plano técnico alumbrando la interpretación conforme, pues la interpretación de su desarrollo infraconstitucional habrá de hacerse a la luz de los preceptos constitucionales, es decir, mediante una interpretación conforme.

Otro fin esencial de la interpretación constitucional es controlar la acción del legislador democrático y, eventualmente, de otros agentes institucionales. Este control abarca tanto lo procedimental como lo sustantivo, la constitucionalidad formal y también la material. La interpretación se convierte así en un mecanismo de control institucional mediante el cual el intérprete fija los límites materiales y formales de la acción de otros poderes del Estado.

Cierto es que el constitucionalismo del presente se caracteriza por esa ductilidad (Zagrebelsky) que se explica en la amalgama de elementos de estirpe liberal con los genuinamente democráticos y otros de corte socializante y transformador. En este contexto, pareciera que se ensancha la libertad del intérprete cuando tiene que encontrar la solución hermenéutica constitucionalmente más correcta y que desvelarla sería otra finalidad de su labor. Lo es ciertamente, pero no en el sentido de dotarle de una libertad para imponer su peculiar concreción de las disposiciones constitucionales a las mayorías alternativas que conformen la voluntad legislativa. Al contrario, la interpretación constitucionalmente correcta será aquella que, fijando los límites que no puedan nunca traspasarse, permita a la ley desarrollar la Constitución según la orientación política escogida por la mayoría de cada momento.

La apertura constitucional que sintetiza la ductilidad apuntada forma parte de la identidad de las leyes fundamentales del moderno constitucionalismo social. Y la defensa de la identidad de cada Constitución —su fórmula política— es la finalidad esencial de toda interpretación; todas las dudas han de subordinarse a esa identidad, al núcleo de lo que hay que preservar, porque en él se desvela la voluntad del constituyente y las prescripciones de la norma suprema del ordenamiento.

En las sociedades abiertas del presente, la apertura de la Constitución sirve al pluralismo y, por ello, a la alternancia política. Cada mayoría debe concretar sus objetivos en el marco constitucional que, para permitirlo, debe ser

lo bastante flexible. Es verdad que la elasticidad (Luigi Rossi) de una Constitución no es infinita y cuando no da más de sí conviene reformarla; sin embargo, la interpretación constitucional, al defender la identidad constitucional, simultáneamente preserva sus principios esenciales y consiente su adaptación a los cambios de la realidad; esto último generalmente a través de una interpretación evolutiva.

*Raúl Canosa Usera*

## 602. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (MÉTODOS)

La aplicación de la norma al caso concreto, o “técnica jurídica”, es un proceso jurídico complejo porque individualiza el derecho en un caso concreto. Por su naturaleza, requiere de un conjunto de procedimientos y recursos, entre ellos “métodos”. La voz método deriva del latín *methōdus*, y del griego *μέθοδος*, se compone por *metha* (a lo largo) y *odos* (camino), es el camino ordenado que sigue para el logro de un objetivo. Los métodos son “lógicos” (inducción y deducción) y “epistemológicos” (observación, análisis, síntesis, etcétera).

En el *Compendio moral salmaticense* (1805), a la pregunta *¿qué es interpretación?*, se responde: *Declaratio verborum legis*, de manera auténtica, usual y doctrinal. Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) desarrolla los métodos de interpretación jurídica literal o gramatical, histórico, lógico y sistemático. Eduardo García Máynez afirma que interpretar es “desentrañar el sentido de una expresión” (1990-325). En materia jurídica, en el nivel constitucional o legal, se interpretan normas para establecer su sentido y alcances (tesis P. CIV/2000). En el análisis de los signos o “interpretación” adquiere relevancia el “texto”, así, podemos transitar a una “hermenéutica” que según Michel Foucault es el “conjunto de conocimientos y técnicas que permiten que los signos hablen y nos descubran sus sentidos” (2001-38). Según Mario Teodoro Rodríguez (2003-5), la hermenéutica expresa una teoría general de la comprensión y la interpretación.

Por último, la palabra “constitución” proviene de *constitutio*, *constitutionis*, que se forma del verbo *constituere* (establecer, colocar, organizar, construir). La Constitución es la ley suprema de un Estado que plasma la organización, competencias y los límites al poder público: los derechos humanos. Una Constitución se puede analizar desde diversas perspectivas: cratológica o política (poder), estructural (ingeniería constitucional), valorativa y normativa [principios (ponderación) y normas (subsunción)], programática (programa de futuro para una nación), sociológica (factores reales de poder), económica (bienes de la nación, sistema económico), etcétera.

¿Por qué se requiere interpretar la Constitución? Las normas constitucionales son generales, sintéticas, de significación valorativa, abiertas y con énfasis en principios, por lo que se distinguen de las normas secundarias por su origen (poder constituyente o constituyente permanente), su estructura (son la norma suprema), por su validez (son fuente de origen de las demás normas) y su contenido (principios y normas). Al destacar las características peculiares de las normas constitucionales, Jorge Carpizo (1991-1791) sostiene que se debe a su materia, a su carácter de supremas, al órgano que las crea y modifica, y a su rigidez.

A las normas constitucionales se les aplican los mismos métodos de interpretación que a otras normas del sistema jurídico, sin embargo, los métodos

de interpretación constitucional deben considerar sus diversos aspectos. Los métodos de interpretación constitucional son “las vías que elige el juez constitucional para entender o comprender el qué, el cómo, el por qué y para qué de las abstracciones que se integran a las normas constitucionales”, para individualizarlas y aplicarlas en casos concretos, su objeto es el conjunto de principios y normas que integran la Constitución. Así, según Rodolfo Luis Vigo, la interpretación constitucional intenta fijar el sentido de una norma constitucional, o fija el sentido de una norma o un comportamiento en relación con la Constitución.

Las reformas recientes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de amparo (6 de julio de 2011), derechos humanos (10 de julio de 2011) y política (9 de agosto de 2012), nos obligan a revisar la manera en la que aplicamos las normas jurídicas en los casos concretos, por lo anterior adquiere relevancia la Constitución. En la actualidad encontramos en nuestra ley fundamental los siguientes métodos de interpretación constitucional:

a) Interpretación conforme constitucional y convencional internacional de las normas relativas a los derechos humanos privilegiando el principio *pro personae* (art. 1o., CPEUM). La primera permite que de entre varias interpretaciones de un precepto solo sean válidas las que se acomoden a la Constitución. La “interpretación conforme” permite que los derechos derivados de los tratados, pactos y convenciones internacionales prevalezcan sobre las normas internas si contienen disposiciones más favorables para el goce y ejercicio de los derechos humanos —tesis I.3o.P. J/1 (10a.)—. El control de convencionalidad *ex officio* autoriza a prescindir del precepto de derecho interno y aplicar un instrumento internacional en materia de derechos humanos —tesis P. LXVII/2011(9a.) y tesis P. V/2013 (10a.)—.

b) Ponderación, en especial en las materias de transparencia y electoral, sustentada en principios (arts. 6o., “A”, frac. I, y 41, CPEUM).

c) Interpretación conforme a la letra, a la interpretación jurídica de la ley, o en los principios generales del derecho (art. 14, CPEUM). Así, se ordena al órgano jurisdiccional aplicar las normas conforme a la letra o su interpretación jurídica, a falta de esta, considerando los principios generales del derecho.

d) Interpretación legislativa o auténtica (art. 72, inciso f, CPEUM), que se encomienda al mismo órgano que crea la ley, o sea, del Poder Legislativo —tesis P./J. 87/2005—, históricamente remite al *référé législatif* francés de 1791 y 1837.

e) Interpretación jurisprudencial (art. 94, párrafo décimo, CPEUM).

f) Interpretación por contradicción de tesis en materia electoral (art. 99, párrafo séptimo, CPEUM).

g) Interpretación directa de un precepto de la Constitución (art. 107, frac. IX, CPEUM).

Otros métodos son: a) el método genético-teleológico permite descubrir las causas que generaron determinada enmienda constitucional —tesis P. XXVIII/98—; b) interpretación doctrinal que la que realizan los jurisconsultos —tesis 2a. LXIII/2001—; c) método de interpretación histórico, con dos sus dos variantes interpretativas: histórico tradicional e histórica progresiva de la Constitución —tesis P./J. 61/2000—; d) método de interpretación sistemático que considera que las normas jurídicas forman parte de un sistema y que

se relacionan entre sí, por lo que se interpretan armónicamente, y *e*) método de interpretación teleológico, tratando de encontrar el *telos* o fin que la norma persigue. La importancia de la elección del método de interpretación constitucional es que permite arribar a una solución jurídicamente aceptable, por lo que cualquier solución del intérprete debe ser congruente y sistemática —tesis P. XII/2006—.

En el derecho comparado encontramos que en el art. II-112 “Alcance e interpretación de los derechos y principios”, numerales 3, 4, 6 y 7, del “Tratado Por el que se establece una Constitución para Europa” (Bruselas, 29 de octubre de 2004), se destaca que los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones. También que las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales obligan a los órganos jurisdiccionales y a los Estados miembros.

En la Constitución de Alemania de 1949 se prescribe que los derechos fundamentales vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial como derecho aplicable (art. 1o.). La Constitución de España de 1978 asienta que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales (art. 10, numeral 2). La Constitución del Ecuador de 2008 establece que en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales deben aplicar la norma e interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia (art. 11). La Constitución de Jamaica de 1962 establece reglas de interpretación, entre ellas destaca los conceptos de “ley”, “oficial” y “oficialmente” (art. 1o.). La Constitución prevalece y anula las partes de la ley que no concuerden con ella (art. 2o.). En Zambia, la Constitución de 1991, numeral 2. (1) incluye conceptos como “Constitución”. La Constitución de Barbados de 1966 contiene una serie de conceptos de interpretación, entre ellos los de contravención, corte y ley disciplinaria. El Capítulo II, art. 19, “Interpretación y salvaguardas”, de la Constitución de Botswana de 1966, contiene una serie de conceptos y su significado que constituyen reglas de interpretación, entre ellos: Corte, ley disciplinaria y representante legal.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969 destaca, en su art. 29, “Normas de Interpretación”, que: ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada para suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos; limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido en las leyes de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención; excluir otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno, y excluir o limitar el efecto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales iguales.

En la Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989 se interpreta el art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, destacando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

*Daniel Márquez*

### 603. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (PLURALIDAD DE INTÉRPRETES)

La noción de pluralidad de intérpretes de la Constitución se corresponde con una concepción amplia del término interpretación constitucional, no limitada a aquella que realizan los tribunales constitucionales, y supone reconocer no solo a los participantes formales en el proceso constitucional, y en su dinámica, sino también a todos aquellos sujetos —individuales y colectivos, públicos y privados— que participan materialmente de la realidad constitucional.

Ello sobre la premisa de que la Constitución es el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad y, en cuanto tal, el principal instrumento de integración política; parámetro primordial de validez del ordenamiento jurídico; mecanismo de garantía de los derechos humanos; proyecto y guía de convivencia social, y modelo de institucionalización de la dignidad de las personas y de la democracia no solo participativa sino también deliberativa, abierta y plural. Desde esta perspectiva, la pluralidad de intérpretes constitucionales implica reconocer un vínculo entre democracia, participación, Constitución e interpretación.

En general, se reconoce que la interpretación de la Constitución no puede ser una función exclusiva y excluyente de los jueces constitucionales, sino que en ella participan otros sujetos o agentes públicos y privados, como el Parlamento, organismos públicos y los partidos políticos, así como especialistas, organizaciones no gubernamentales, medios de comunicación, agrupaciones religiosas, otros grupos de la sociedad y la ciudadanía en general, aunque se reconoce también que la responsabilidad última de la interpretación de la Constitución se mantiene en la jurisdicción constitucional (Tribunal Constitucional).

Tradicionalmente se distinguen dos tipos de interpretación: la *auténtica*, llevada a cabo por los órganos jurídicos de aplicación (por ejemplo, tribunales, Parlamento —interpretación auténtica en sentido estricto— y órganos administrativos), y la interpretación *no auténtica*, que no se realiza por un órgano jurídico sino por una persona privada y, particularmente, por quienes participan del desarrollo de la ciencia jurídica (doctrinal). Solo la interpretación auténtica se considera vinculante, aunque otras interpretaciones pueden tener un carácter persuasivo. En general, se identifican diferentes tipos de interpretación constitucional según sus intérpretes: legislativa, administrativa, judicial, doctrinal y “popular”, esta última —como lo expresó Jorge Carpizo— realizada por “los habitantes en sus relaciones con las autoridades, cuando los primeros piensan que sus derechos han sido infringidos”, la cual puede llegar a tener relevancia, especialmente como opinión pública, y puede hacer que se realicen cambios trascendentes en el gobierno.

En la actualidad, la doctrina constitucional reconoce la importancia de los diversos partícipes en la interpretación constitucional. Como lo advirtió Raúl Canosa en su libro *Interpretación constitucional y fórmula política* (1988), la pluralidad de intérpretes implica un control de constitucionalidad disperso y más eficaz. Así lo ha destacado también Peter Häberle al expresar su tesis —en sentido normativo— acerca de la *sociedad abierta de los intérpretes constitucionales* (1975), según la cual en los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. Esta tesis supone el reconocimiento de sociedades pluralistas y otorga un papel más activo a los sujetos o destinatarios de la Constitución en la conformación

de la “realidad constitucional”, lo que significa el tránsito de la “sociedad cerrada” de los intérpretes constitucionales a la “interpretación *por y para* la sociedad abierta”; ello supone también la “democratización de la interpretación constitucional” frente a aquellas concepciones que reservan exclusivamente la interpretación de la Constitución al legislador o a los jueces constitucionales.

Häberle propone una sistematización de escenarios y participantes en la interpretación constitucional, a partir de la premisa de “quien vive la norma, también la interpreta”: *a)* las funciones estatales, que incluye al Tribunal Constitucional y a los sujetos a los que el orden jurídico encomienda la producción de decisiones obligatorias, pero revisables, como los órganos jurisdiccionales, legislativos y ejecutivos; *b)* los participantes, no necesariamente de carácter estatal, en los procedimientos constitucionales (jurisdiccionales, legislativos y administrativos); *c)* el “espacio público democrático-pluralista” (el proceso político como “gran excitador”), que incluye, pero no se limita a, medios de comunicación, el periodismo profesional, cartas de los lectores, iniciativas ciudadanas, asociaciones, partidos políticos (fuera de su participación orgánica), iglesias, instituciones de extensión cultural, pedagogos, asociaciones de padres de familia, quienes imprimen fuerza normativa al proceso político, previamente a la interpretación de la Constitución por los jueces, y *d)* la teoría del derecho constitucional, que tematiza las diversas formas de participación y ella misma participa en los diversos escenarios de la interpretación.

Desde esta perspectiva, la interpretación constitucional no se limita a una actividad puramente estatal, sino que en potencia tienen acceso a ella todas las fuerzas de la comunidad política que participan en el desarrollo, en forma independientemente, de un derecho constitucional material.

El reconocimiento de la pluralidad de intérpretes supone también el de la importancia de los votos minoritarios de los jueces constitucionales y su “fuerza normativa”, así como la relevancia del proceso político y de otras opiniones en el proceso constitucional, incluyendo a las partes en sentido formal y a otros sujetos, que pueden generar o detonar interpretaciones alternativas o confirmar una dada; para lo cual se han implementado mecanismos tales como la celebración de audiencias públicas en procesos constitucionales de interés general o a partir de la institucionalización de la figura del *amicus curiae*. Desde esta perspectiva, ningún tribunal constitucional puede válidamente ser indiferente o insensible a la interpretación de otros sujetos, como los ciudadanos y grupos pluralistas.

Siguiendo el modelo expuesto por Häberle, la tesis de la ampliación del círculo de los intérpretes de la Constitución encuentra su justificación en diversos tipos de razones provenientes de: *a)* la teoría de la interpretación; *b)* la teoría del derecho; *c)* la teoría constitucional, y *d)* la teoría democrática.

La interpretación es un proceso abierto y no una modalidad de recepción pasiva de criterios sin posibilidades alternativas; además la idea de los nuevos intérpretes constitucionales no es sino una consecuencia necesaria de la inclusión de la realidad en el proceso interpretativo —ya que los intérpretes participan y constituyen parte de esa realidad pluralista— y, por tanto, la norma no es un dato previamente determinado. Como lo apuntara Konrad Hesse, las normas constitucionales no son “completas ni perfectas”, y la Constitución es un “ordenamiento abierto”. Por otra parte (como lo han destacado Lucas Verdú, Raúl Canosa y el propio Häberle, entre otros), la “fórmula política” y

las “fuerzas pluralistas” de la sociedad inciden en la actividad interpretativa al formar parte del espacio público y de la realidad constitucional, siendo que la Constitución no solo es una estructuración del Estado, sino también de la sociedad. Adicionalmente, la teoría de los derechos humanos y la democracia inciden en la interpretación constitucional como factor de legitimación y también como un espacio de participación.

Finalmente, en las últimas décadas, la influencia de la jurisdicción internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional —su dimensión transnacional— ha ampliado también la noción de intérpretes constitucionales a las instancias supranacionales de protección de estos humanos, en especial a los tribunales regionales en la materia, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los cuales —como lo apunta uno de sus actuales integrantes, el juez mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor— se les reconoce cada vez más como intérpretes constitucionales por ser órganos últimos de control de convencionalidad, complementario al control de constitucionalidad nacional, y constitutivo de la función constitucional del derecho internacional como un *Ius constitutionale commune*.

**Salvador O. Nava Gomar**  
**Mauricio I. del Toro Huerta**

#### 604. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL (POLITICIDAD)

Los jueces, al interpretar, no son “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes” (Montesquieu), que era tanto como afirmar que expresaban exactamente la voluntad del legislador. El intérprete no puede expresar esta *voluntas legislatoris* que no pudo prever como la realidad futura evolucionaría, sino que, constreñido por esos cambios y por las circunstancias en torno, ha de hallar, en el enunciado normativo, un sentido, una norma concreta que permita a la disposición seguir siendo eficaz.

En esta labor, el intérprete está poniendo de su parte; creando, no se limita a la mera subsunción. Es verdad que la literalidad del precepto y su finalidad le constriñen y no puede extraer de las palabras de la disposición un significado incompatible con ellas ni tampoco puede pervertir la finalidad de la disposición ni sacarla de su contexto normativo. Siguen jugando, pues, los elementos literal, lógico, teleológico y sistemático de la interpretación, pero a su lado y modulándolos aparecen los elementos evolutivo, político y axiológico. Entra en el campo de acción del intérprete la ponderación que el peso que cada elemento presentará en un caso dado, porque la interpretación, y con ella el uso de tal o cual elemento interpretativo, es una tarea singular, para un caso concreto. Todos ellos vendrán catalizados por la creatividad del intérprete que, en esos márgenes tan amplios, habrá, tópicamente, de encontrar la solución correcta.

El intérprete goza, pues, de libertad —creatividad— para inclinarse entre una u otra opción interpretativa —retrógrada o progresista—, por aquella que mejor se ajuste a la realidad del momento (elemento evolutivo), a las circunstancias políticas del presente (politicidad) y mejor despliegue los valores constitucionales (factor axiológico). Pero como se trata de una realidad política, el intérprete supremo de la Constitución está llamado colaborar en el proceso de integración del Estado (Smend), al que, en último término, ha

de servir su labor hermenéutica. Es por ello por lo que ha de anticipar las consecuencias políticas de sus resoluciones para asegurarse de que su impacto no producirá un efecto desintegrador, ya que si lo que se pretende es que la norma extraída de un precepto constitucional regule efectivamente la realidad política sin perturbarla ni crear conflictos políticos evitables, el intérprete supremo ha de ser cuidadoso; es el ejemplo histórico del Tribunal Supremo de los Estados Unidos con su criterio de las cuestiones políticas para declinar pronunciarse acerca de asuntos que mejor tratarían el Ejecutivo o el Legislativo. Así evitaba convertirse, mediante un ejercicio de autocontrol, en actor político. Pero no siempre el Tribunal Supremo puede eludir pronunciamientos con repercusiones políticas —todos los suyos la tienen— y, por lo general, los máximos intérpretes carecen de un *certiorari* que les permita escoger los casos, así que ante la imposibilidad de evitar pronunciarse deben considerar las consecuencias políticas de sus resoluciones y escoger la solución interpretativa que, fruto de una argumentación cuidadosa, produzca la menor controversia política posible. Este proceder permite al máximo intérprete colaborar en el proceso de integración estatal.

La tesis de las *political questions* es en cierto modo falaz porque la Corte Suprema decide cuándo está ante una de ellas y debe declinar pronunciarse, y en esta decisión hay ya una opción política. Por lo demás, la materia con la que están hechas las disposiciones constitucionales es por esencia política; todo derecho constitucional es político, aunque no todo derecho político sea constitucional. Así que toda interpretación constitucional queda concernida por esa peculiar naturaleza que no es sino reflejo, en las disposiciones constitucionales, de la realidad política que vienen a regular.

Sin embargo, la necesaria compenetración entre normatividad política y normalidad, igualmente política, no puede implicar que el máximo intérprete se convierta en promotor de transformación social y política alguna, ni legítima una interpretación alternativa orientada ideológicamente por el intérprete, a quien corresponde la defensa de la Constitución mediante una interpretación que promueva su eficacia normativa. De la función transformadora de la realidad que las Constituciones contemporáneas suelen auspiciar no puede encargarse ningún intérprete, ni siquiera el intérprete supremo, sino el legislador democrático. Porque la especial apertura a posibles interpretaciones que presentan las disposiciones constitucionales favorece la libertad del intérprete supremo pero no le autoriza a cerrar opciones futuras para el legislador democrático que el constituyente haya dejado deliberadamente abiertas. Más bien se trata de hallar interpretaciones posibles y alternativas —fijando, eso sí, sus límites insoslayables— que, incluso, amplíen las posibilidades del legislador, dando cobertura a su legislación. En relación con la situación anterior se suscita el peligro opuesto: una interpretación constitucional tan abierta que acabe suponiendo una mutación de la Constitución. Son varias las formas por las cuales puede operarse una mutación a través de la interpretación, pero una de ellas es ampararse en el carácter polisémico de las disposiciones constitucionales para consagrar acciones legislativas *a priori* discutibles. En estos supuestos se consagra una nueva interpretación del precepto constitucional en la que encaje la nueva ley. El peligro radica en que la expansividad de la interpretación transforme radicalmente el orden jurídico y acabe defendiéndose la ley frente a la Constitución, y esta deje de

constituir y no decida nada, salvo un lábil y amplio marco donde con toda libertad se mueva el legislador.

*Raúl Canosa Usera*

#### 605. INTERPRETACIÓN CREATIVA

Es la acción y el resultado de la actividad que realizan los órganos jurisdiccionales facultados para ello —especialmente los jueces constitucionales—, mediante la cual se asigna un significado a la disposición normativa de una manera innovadora y que considera elementos que originalmente no fueron contemplados por el legislador.

Se denomina interpretación creativa en razón de la “creación” novedosa que realiza el juez. Por virtud de esta actividad se puede crear una norma jurídica con visión transformadora, que incluso pueda rebasar el contenido de la propia disposición emitida por el Parlamento.

Esta interpretación creativa es una manifestación del poder de los jueces para decidir —sobre todo— en los casos difíciles, implementando herramientas que permiten la creación de una nueva norma jurídica aplicable al caso concreto.

Dworkin señalaba que “las exigencias que denominamos ‘jurídicas’ y que englobamos bajo el concepto del ‘derecho’, son el resultado de una práctica social interpretativa, constructiva y creativa”. En consecuencia, la actividad del juez a través de la interpretación creativa atribuye un significado y sentido a la disposición jurídica, de conformidad con las exigencias del derecho en cuanto “realidad social”, es decir, el derecho se construye a partir de las exigencias que propician los actos de las personas, por ello se denomina interpretación creativa.

Esta interpretación considera elementos que el legislador no necesariamente advierte, pero que sí son tomados en cuenta por el juez, motivada por el contacto directo que este tiene con la realidad social a través del conocimiento de los casos que se someten a su consideración y en los que tiene que decidir de manera objetiva, por tanto, es un producto de la corriente de conocimiento del realismo jurídico.

Asimismo, es el acto mediante el cual, a la luz del contexto social, de la realidad jurídica, el juez, como intérprete calificado, diseña nuevas normas jurídicas apegadas a las necesidades que exige el derecho. Dicha interpretación no necesariamente comparte todas las fases de la creación de leyes, sino más bien se obtiene a partir de la aplicación de la norma jurídica al caso en concreto.

Estamos en presencia de una interpretación creativa o constructiva cuando el juzgador utiliza herramientas y técnicas propias de la interpretación apoyadas en el fenómeno social, en su evolución, sus características y exigencias de la práctica, incluso cuando hace uso de valoración al estar en presencia de principios que pueden colisionar.

Este tipo de acto surge como una consecuencia de que los criterios normativos e interpretativos vigentes son incapaces de solucionar un caso difícil planteado ante el juzgador, por ello, y citando a Dworkin, deberá implementar cuatro tipos de juicios: 1) preinterpretativo (*preinterpretative stage*); 2) justificación general (*general justification*); 3) juicio de encaje o acomodamiento (*fit*), y 4) juicio de ajuste o reforma (*reforming stage*).

El intérprete en este tipo de actividad deberá justificar la decisión que asuma a la hora de resolver el caso en concreto, la razón o razones por las cuales

la disposición normativa insatisface las exigencias prácticas para la resolución del asunto, cuidando en todo momento el respeto a los principios democráticos y la división de poderes.

*Fabiola Martínez Ramírez*

#### 606. INTERPRETACIÓN DOCTA

Explicación del sentido de la ley formulada por personas que se dedican profesionalmente a la investigación académica, o bien, a la cátedra del Derecho. Se trata de una interpretación con fines teóricos, por lo que sus autores emiten su opinión —por medio de manuales, tratados, libros de texto, opúsculos— sin perseguir un fin práctico específico (Arteaga Nava, en Ferrer Mac-Gregor, 2005). La doctrina en México es frecuentemente utilizada para consolidar la exposición de motivos de una pieza legislativa, mientras que los tribunales mexicanos también emplean la cita de especialistas para argumentar o engrasar sus sentencias, aunque con menor frecuencia.

Incluso en el ámbito del derecho internacional se puede sostener que la interpretación de los doctrinarios es una fuente de derecho. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece, en su artículo 38.1, que la Corte debe aplicar las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

Sin embargo, este tipo de interpretación no se encuentra exenta de críticas y cuestionamientos. Precisamente al tratarse de una exposición sobre el sentido que debe darse al derecho, que hipotéticamente se formula sin intereses o sin asumir una postura dentro de los conflictos políticos, al adoptar una supuesta posición supraclasista, en realidad termina ocultando que no hay interpretación fuera de la política; y ello hace evidente que incluso el intérprete forma parte de una clase social. Así, la interpretación docta e ilustrada pertenecería a una visión de tipo autoritario que busca dejar fuera de debate y de reflexión sus verdaderas motivaciones (Conde Gaxiola, 2008).

*Netzai Sandoval Ballesteros*

#### 607. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

Una de las categorías de la clasificación de la interpretación desde el ángulo del sujeto que la realiza es la interpretación doctrinal. Dicha clasificación se encuentra integrada, además, por la interpretación legislativa, ejecutiva, judicial, popular y mediática.

El sector de la interpretación doctrinal adquiere relevancia gracias precisamente al papel fundamental que juega la doctrina en el ámbito jurídico.

La doctrina es labor de los estudiosos del derecho, que incide en ocasiones en la creación y aplicación del derecho, y gracias a ella se logra la comprensión, interpretación, integración, sistematización, desarrollo, estudio y enseñanza del derecho. La doctrina jurídica, al igual que en otras disciplinas, ha sido objeto de una evolución paulatina que partió de la tradición oral y a la que se sumó en algún estadio la escritura, que ha permitido preservar el conocimiento y transmitirlo a lo largo de generaciones. La invención de la imprenta en el siglo XV, a la que han seguido numerosos avances técnicos y tecnológicos, han servido como vehículo de transmisión de ideas, información y conocimientos.

En suma, la doctrina se integra por las opiniones de los profesores y estudiosos del derecho en las diversas ramas del saber jurídico, las cuales tienen una deuda perenne con un gran número de autores que permitieron su creación, identificación, sistematización o desarrollo. No cabe duda, por ejemplo, que en el ámbito jurídico privado la doctrina ha tenido destellos muy importantes, gracias al desarrollo del *ius civile* romano; el *mos italicus*, derivado de la labor de los glosadores y post glosadores en el siglo XVI; así como la labor de los civilistas durante el siglo XIX. En el campo del derecho internacional podemos señalar las aportaciones de Hugo Grocio y Francisco de Vitoria. En el derecho procesal, la labor de autores como Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei y Niceto Alcalá Zamora y Castillo, entre muchos otros. En el campo del derecho procesal constitucional, por mencionar algunos ejemplos, las aportaciones iniciales de Hans Kelsen, y las posteriores de Mauro Cappeletti y Fix-Zamudio.

La doctrina presta servicios muy importantes al derecho, a los operadores jurídicos y al foro en general. En primer término, y también en un primer nivel, tenemos la aportación de conceptos y categorías, así como opiniones acerca del derecho vigente, a efecto de criticarlo, sistematizarlo, concordarlo o esclarecer su sentido y alcance. En un segundo nivel encontramos los estudios u opiniones acerca de la labor de los propios juristas o del ordenamiento en un nivel ulterior de abstracción, lo cual corresponde a los estudios teóricos del derecho. En un tercer nivel podríamos situar a los trabajos de filosofía del derecho, en donde se analizan los principios y cuestiones más básicas y abstractas del fenómeno jurídico; en este nivel se pretende dar respuesta a las preguntas acerca de qué es el derecho, por qué se obedece el derecho, qué es la justicia y muchos otros conceptos básicos.

De esta manera, la doctrina aporta conceptos, criterios, pautas, sistematizaciones o clasificaciones que sirven para generar la opinión jurídica dominante, pero también para cuestionar esta e impulsar nuevos paradigmas sobre los cuales los operadores jurídicos pueden crear y aplicar el derecho.

En resumen, la interpretación doctrinal son las opiniones de los profesores o estudiosos del derecho, que, sobre todo a través de sus obras, determinan el sentido y alcance de las expresiones del derecho. Tan importante ha sido la doctrina que incluso a los criterios emanados de los órganos jurisdiccionales se les denomina “doctrina” judicial o la “doctrina” del tribunal.

Aún más, la importancia de la doctrina en el ámbito del derecho ha sido de tal entidad que incluso se le ha dado en ocasiones el reconocimiento explícito de fuente, ya sea primaria o auxiliar del propio derecho, como lo ejemplifica el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que alude, entre otras fuentes del derecho internacional, a “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”, en calidad de medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho. En nuestro país se puede mencionar la Ley de Amparo de 1882, que en su art. 34 señalaba que las sentencias pronunciadas por los jueces de distrito debían fundarse en el texto constitucional, para cuya interpretación había que estar a las ejecutorias de la Suprema Corte y “las doctrinas de los autores”.

El porqué de la relevancia y el apoyo que encuentran los operadores jurídicos en la doctrina es una cuestión fuertemente enraizada en la importancia que otorgan los seres humanos al conocimiento y la experiencia, lo cual deviene posiblemente de los albores de la propia humanidad y su capacidad de

supervivencia, gracias al aprendizaje que otorga la experiencia. En la actualidad, el conocimiento y la experiencia es una de las fuentes de autoridad y, por ello, en el campo del derecho, invocar en nuestro apoyo o como justificación las opiniones de los estudiosos es uno de los diversos argumentos de autoridad que se utilizan con frecuencia.

En este sentido, hay que distinguir tres planos de la doctrina, uno como determinadora del sentido y alcance de las disposiciones jurídicas; dos, como generadora de argumentos o razones, y, tres, como referente de autoridad para fortalecer pretensiones, planteamientos o decisiones.

Es en el primer plano donde se ubica la interpretación doctrinal, que sirve de apoyo tanto al foro como a los operadores jurídicos, en la creación y aplicación del derecho a casos concretos. En la práctica se acude a la doctrina más de lo que abiertamente se reconoce, es decir, no es frecuente que los operadores jurídicos, en particular los jueces, citen expresamente la fuente doctrinal que les sirvió de guía, pauta o inspiración, aunque estas se traslucen por lo regular en las decisiones de todo tipo y rango de jueces y tribunales.

La pluralidad de enfoques y perspectivas con que se puede estudiar al derecho impiden que la doctrina sea un conjunto unidireccional y monolítico de pautas u opiniones, de ahí la necesidad de buscar una especie de uso *racional* de la doctrina, que en efecto valga por aquello que le da relevancia: el conocimiento y la experiencia; pero sobre todo por el hecho de que las razones que se invoquen resistan la crítica y deriven del estudio profundo y meditado de la institución jurídica de que se trate. Solo de esta manera la interpretación doctrinal puede seguir aportando de manera genuina a la creación y aplicación del derecho.

*Jorge Ulises Carmona Tinoco*

#### 608. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL/JUDICIAL/AUTÉNTICA

I. Para comprender las peculiaridades de la interpretación judicial es pertinente confrontarla con la interpretación doctrinal y con la interpretación auténtica. Y con este propósito es necesario introducir un marco conceptual en el cual encuadrar estos diversos tipos de actividad interpretativa. En particular, dos distinciones son indispensables.

a) Primera distinción. Con el vocablo “interpretación” se hace referencia, a veces, a la atribución de significado a un texto normativo —“El texto T tiene el significado S”—; en otras ocasiones a la calificación jurídica de una situación concreta —“El acto X constituye homicidio”—, calificación que después da fundamento a la solución (o a la propuesta de solución) de una específica controversia. Por lo tanto, es necesario distinguir entre:

— La interpretación “en abstracto” (“orientada a los textos”), que consiste en identificar el contenido de significado —es decir, el contenido normativo— expresado por, y/o lógicamente implícito en, un texto normativo sin referencia a algún supuesto de hecho concreto, y

— La interpretación “en concreto” (“orientada por hechos”), que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada “en abstracto”.

Mediante la interpretación en abstracto, los juristas resuelven problemas de ambigüedad del lenguaje normativo, concretizan principios, resuelven antinomias y colman lagunas. La interpretación en concreto, por su parte, resuelve problemas de vaguedad o “textura abierta” de las normas.

b) Segunda distinción. Con el vocablo “interpretación” a veces se hace referencia a un acto de conocimiento; en otras ocasiones a un acto de decisión, aunque otras tantas a un genuino acto de creación normativa. Por tanto, debemos distinguir:

— La interpretación *cognitiva*, que consiste en identificar, de un texto normativo, los diversos posibles significados posibles (teniendo en cuenta las reglas de la lengua, de las diversas técnicas interpretativas en uso, de las tesis dogmáticas propagadas por la doctrina, etcétera) *sin elegir alguno*;

— La interpretación *decisoria*, que consiste en la *elección*, entre los significados posibles, de un significado determinado, descartando los restantes;

— La interpretación *creativa* —o “construcción jurídica”— que consiste en atribuir a un texto un significado “nuevo”, que no figura entre los identificados o identificables en la interpretación cognitiva: prácticamente, consiste en formular una norma nueva, no expresa (que se considera “implícita” en las normas existentes).

Desde el punto de vista lógico (no psicológico, por supuesto), la interpretación decisoria y la interpretación creativa presuponen obviamente la interpretación cognitiva, y esta destaca, por así decirlo, la indeterminación del ordenamiento, es decir, la ambigüedad de los textos normativos es resuelta por ella; la interpretación creativa colma las lagunas y resuelve otros “defectos” del sistema jurídico.

II. Las distinciones apenas introducidas son útiles para ilustrar la distinción que se hará enseguida, que ya no se refiere a la actividad interpretativa, sino a los sujetos que típicamente la ejercitan: se trata sobre todo de los juristas, los jueces y (a veces) del propio legislador.

1. Se llama “interpretación doctrinal” a la realizada por los “juristas”, es decir, por los académicos —por los profesores de derecho— en sus estudios monográficos, manuales, ensayos, comentarios a sentencias, entre otros. La interpretación doctrinal es esencialmente, aunque no necesariamente (por lo menos porque los juristas académicos ejercitan comúnmente también la profesión de abogado), interpretación en abstracto. Puede ser indistintamente una actividad cognitiva (de valoración), decisoria o creativa.

Cuando un jurista se limita a la interpretación cognitiva contribuye al conocimiento del derecho. Cuando realiza una interpretación decisoria hace “política del derecho”: busca con ello influenciar las decisiones interpretativas de los órganos de aplicación (y especialmente de los jueces); su interpretación tiene valor de “recomendación” (propuesta *de sententia ferenda*) dirigida a los jueces. Cuando, por último, realiza una interpretación creativa contribuye —o por lo menos pretende contribuir— a la producción de derecho (*Juristenrecht*). Se entiende que la doctrina contribuye efectivamente a la producción de derecho cuando las normas (“apócrifas”) por ella formuladas se convierten en vigentes (“derecho viviente”) a través de las decisiones de los órganos de aplicación que las hacen propias (aplicándolas).

2. Se llama “interpretación judicial” a la realizada por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional. La interpretación judicial es necesariamente interpretación decisoria, a menudo creativa, y es necesariamente (también) interpretación en concreto (“además”, no solo eso, ya que, como he dicho, cualquier interpretación en concreto presupone lógicamente una interpretación en abstracto).

La interpretación doctrinal está desprovista de efectos jurídicos. Por supuesto, los juristas pueden, de hecho, influir en las decisiones de los jueces y de la administración pública (y de los órganos de aplicación en general). Pero ni los jueces ni la administración pública tienen obligación jurídica de adaptarse a las interpretaciones propuestas por los juristas. La interpretación judicial, por el contrario, sí tiene efectos jurídicos. Generalmente (con la excepción, sobre todo, de los jueces constitucionales) en los ordenamientos de *civil law*, esta es vinculante para “las partes, sus herederos o cesionarios” (así lo establece, por ejemplo, el Código Civil italiano). Ella, como suele decirse, tiene eficacia *inter partes*: tiene efectos circunscritos al caso concreto.

Hay que resaltar lo siguiente: la interpretación judicial es eficaz (normalmente) solo *inter partes*. Ello quiere decir, ante todo, que ninguna decisión jurisdiccional puede producir efectos jurídicos contra “terceros”, extraños al proceso. Pero también quiere decir que, en principio, ningún juez tiene la obligación de cambiarse con las elecciones interpretativas de cualquier otro juez, incluso si se trata de una Corte Suprema.

En otras palabras, en los ordenamientos de *civil law*, los “precedentes” jurisdiccionales —es decir, las decisiones jurisdiccionales de casos anteriores, similares, bajo cualquier aspecto esencial, al que se va a decidir— no son vinculantes para los otros jueces. Cada juez goza de total autonomía interpretativa, y está sujeto, en principio, a la ley, y a ella sola (esto se establece expresamente, por ejemplo, en la Constitución italiana). En este sentido, la jurisprudencia “no es” fuente formal del derecho.

Así están las cosas, en teoría. Sin embargo, es claro que si un juez, en la interpretación de una determinada ley, se aparta de las orientaciones interpretativas de la Corte Suprema, especialmente cuando se trata de criterios consolidados, es probable que su sentencia sea impugnada por la parte perdedora, y sea después anulada por la Corte Suprema. Por esta obvia razón, los precedentes —sobre todo los precedentes del Tribunal Supremo o de casación— ejercitan sobre los jueces una eficacia “persuasiva”; en otras palabras, son a menudo de hecho acatados, aunque no sean vinculantes.

3. Finalmente, se llama “interpretación auténtica” (por antonomasia) a la interpretación de la ley realizada por el mismo legislador mediante una ley sucesiva, cuyo contenido sea precisamente la determinación del significado de una ley precedente.

Se trata, obviamente, de una interpretación decisoria, y particularmente de una interpretación en abstracto. Dado que una ley que pretendiera interpretar “en concreto”, es decir, de determinar la solución de una específica controversia, o bien interferir en los procesos en curso, constituiría un ejercicio que no es de la función legislativa, sino de la función jurisdiccional; ella sería, por tanto, constitucionalmente ilegítima en todos aquellos ordenamientos constitucionales que reservan a los jueces la función jurisdiccional.

También la interpretación auténtica, como aquella judicial, tiene efectos jurídicos. Pero, mientras la interpretación judicial tiene eficacia solo *inter partes*, la interpretación auténtica, estando incluida en una ley, es vinculante —como cualquier otra ley— *erga omnes*, es decir, vincula a todo sujeto del ordenamiento.

**Riccardo Guastini**  
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

## 609. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

I. En la cultura jurídica moderna, la historia de las doctrinas normativas (o ideología) de la interpretación está atravesada por dos oposiciones fundamentales recurrentes; por un lado, la oposición entre una doctrina “literalista” y una doctrina “intencionalista”; del otro, la oposición entre una doctrina “estática” y una doctrina “dinámica”. Omitiendo la primera oposición, que no interesa en el presente contexto, la interpretación evolutiva es fruto precisamente de la doctrina “dinámica”.

a) La doctrina estática no recomienda cualquier “método” interpretativo, sino más bien un particular “producto” de la interpretación, a saber que la interpretación atribuya a los textos normativos un específico tipo de significado (cualesquiera que sea la técnica empleada para argumentarlo). Recomienda que el producto de la interpretación sea estable, que a cada texto normativo se le atribuya siempre el mismo significado (o bien que cada texto esté dirigido a expresar siempre la misma norma); que no se muten orientaciones interpretativas, que no se pongan en entredicho las interpretaciones ahora consolidadas, que la jurisprudencia no cambie de rumbo.

La doctrina estática, por lo tanto, favorece una postura genéricamente conservadora en materia de interpretación, en el presupuesto de que la estabilidad de la interpretación garantiza la “certeza del derecho”, es decir, la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones de cada sujeto: concretamente, previsibilidad de las decisiones de los jueces y, más en general, de los órganos de aplicación (la administración pública, pero también los supremos órganos constitucionales).

b) La doctrina dinámica, por su parte, alienta a los intérpretes a cambiar la interpretación incluso consolidada de los textos normativos —especialmente si se trata de textos normativos antiguos, como son a veces los textos constitucionales— para adaptar así incesantemente el derecho a nuevas circunstancias, a pesar de la inercia de las autoridades normativas (incluido el poder de revisión constitucional).

En otras palabras, la doctrina dinámica favorece la interpretación llamada “evolutiva”, útil para remediar, precisamente por vía interpretativa, el envejecimiento de los textos normativos (por la falta de reformas legislativas y/o por la falta de reformas constitucionales).

II. La interpretación evolutiva se caracteriza por su oposición a la interpretación histórica. Para comprender mejor este punto es necesario distinguir preliminarmente entre dos tipos de significado: a) significado “originario”, que es aquel que un texto normativo tiene (o tenía) al momento de su entrada en vigor, y b) significado “actual”, que es aquel que un texto normativo asume en el momento en que es interpretado y eventualmente aplicado. Se trata, obviamente, de significados potencialmente (aunque no necesariamente) divergentes, especialmente cuando el texto normativo interpretado es muy antiguo. Ahora bien:

1. Se llama “histórica” a la interpretación que atribuye a un texto normativo su significado original. A esta se le pueden adscribir dos versiones: a) una versión lingüística, que atribuye a un texto el significado lingüístico originario (o “histórico”, aquel que las palabras tenían en la época que se creó), y b) una versión intencionalista, que atribuye a un texto el sentido originalmente querido por el legislador.

2. Se llama, por el contrario, “evolutiva” —o también “dinámica”— a la interpretación que atribuye a un texto un significado actual (si difiere del original). Más en general, se llama “evolutiva” a toda interpretación que adscribe a un texto normativo un significado nuevo, diverso del usual o consolidado. La interpretación evolutiva es producto de la adaptación de viejas, o relativamente viejas, leyes (o Constituciones) a situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico (o por los padres constituyentes).

Para comprender lo distintos que pueden ser los resultados de la interpretación histórica y, respectivamente, evolutiva, se toma un simple ejemplo. La octava enmienda de la Constitución de los Estados Unidos —que data de 1791— prohíbe infligir penas “cruelles e inusuales”. Evidentemente, hoy en día son “inusuales” y son sentidas como “cruelles” sanciones penales que en 1791 no lo eran, por ejemplo, la pena de muerte. Por lo tanto, la disposición mencionada prohíbe la pena de muerte si se interpreta de modo “evolutivo”; mientras que la permite si se interpreta de modo “histórico”.

En efecto, la interpretación evolutiva no es en sí misma una específica técnica interpretativa: lo que “evoluciona”, en sentido estricto, no es la “actividad” interpretativa, sino más bien el “producto” de la interpretación. En otros términos, lo que cambia es el significado adscrito a un mismo texto normativo.

Se entiende que la interpretación evolutiva no puede ser argumentada haciendo referencia a la concreta voluntad del legislador (es decir, a la intención real de los legisladores de carne y hueso, puesto que existe y es cognoscible), que es, por el contrario, razonamiento fundamental de la interpretación histórica (en la variante internacional). Sin embargo, se puede argumentar: con referencia a la intención contrafactual del legislador, o en relación con la llamada “naturaleza de las cosas”: la interpretación de los textos normativos debe cambiar cuando cambien las circunstancias en las que estos deben ser aplicados.

De hecho, existe en la doctrina y en la jurisprudencia una técnica estándar para argumentar este tipo de interpretación: aquella que consiste en apelar a ciertos tipos de hechos —tal y como son percibidos y evaluados por el intérprete a la luz de sus ideas de justicia—, como el cambio en la conciencia social, la aparición de nuevas exigencias en la vida social (económica, política, etcétera), y similares.

Desde el punto de vista político, la interpretación evolutiva puede ser impugnada en razón de que los intérpretes no están habilitados para remediar la inercia de las autoridades legislativas, cambiando ellos mismos el derecho, por vía interpretativa, cuando no cambian los textos normativos. Si, por ejemplo, a los intérpretes se les permitiera atribuir a una cláusula constitucional un sentido diverso de aquel querido por los constituyentes, ellos sí sustituirían al poder constituyente (o al poder de revisión constitucional), usurpándolo.

Combinada con la doctrina intencionalista —se debe atribuir a los textos normativos no su significado literal, sino el significado que corresponde a la intención del legislador—, la doctrina dinámica de la interpretación da lugar a esa manera de ver (una evidente ficción) según la cual la intención de la autoridad normativa no se da una vez por todas, cristalizada en los documentos normativos, pero mágicamente evoluciona, adaptándose al mutar las circuns-

tancias. Esta formulación algo absurda oculta una idea llena de implicaciones prácticas.

La idea es, a grandes rasgos, la siguiente: que la intención del legislador no es tanto la norma que el propio texto expresa, sino más bien su *ratio*, su razón de ser; es decir, el propósito que la autoridad pretende perseguir o, aun, el “valor” o “principio” subyacente a la norma. En otras palabras: no la norma “expresa”, sino el principio —el valor ético-político— “implícito” subyacente, a partir del cual la autoridad normativa, se supone, era animada.

Ahora, un principio, un valor, una *ratio* son potenciales matrices de innumerables normas (ulteriores respecto a aquella en la que cristalizan originalmente) implícitas, idóneas para resolver situaciones nuevas, no previstas. Con el auxilio, principalmente, del argumento analógico, o bien de un argumento contrafactual: “si la autoridad normativa hubiese previsto la circunstancia F, la habría resuelto de conformidad con el principio P, en el modo G”.

Así que, desde este punto de vista, se resuelve a veces con la interpretación extensiva o analógica del texto en cuestión; otras veces no tanto con una interpretación peculiar —en sentido estricto— del texto, sino más bien con la creación de nuevas normas implícitas a partir del principio que se considera subyacente en el texto.

*Riccardo Guastini*

*(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)*

## 610. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN

La validez de las disposiciones que componen un orden jurídico no depende de su concreta aplicación sino de la corrección con la que han sido puestas en el ordenamiento. El propio Kelsen advirtió, sin embargo, que una general eficacia es condición de validez y, en todo caso, distinguía entre esta y aquella e incorporaba ambas a su teoría pura del derecho. En definitiva, toda disposición normativa aspira, siendo válida —estando vigente—, a ser también eficaz. Así, la eficacia se presenta como el punto de conexión entre el enunciado normativo y la realidad porque la norma eficaz somete la realidad a sus dictados: las personas que se mueven en el ámbito de la realidad, acomodan sus acciones a lo previsto la norma.

Las disposiciones del orden jurídico permanecen invariables en sus términos hasta su reforma o derogación, así que la mejor manera de resolver las antinomias entre ellas y la realidad que regulan es proceder a su reforma o a su derogación. No siempre, empero, son posibles los cambios legislativos, pues, como es sabido, cuanto mayor es el rango de la norma, más rígida resulta, de lo que se colige que las normas superiores, empezando por la Constitución que predetermina el contenido de las normas inferiores, no pueden cambiarse con facilidad. Esta rigidez que protege a las normas, especialmente las de la Constitución, vuelve estático al ordenamiento constitucional que difícilmente sufre transformaciones formales (reformas). Entonces, la vía principal de esa adaptación para dotar al ordenamiento de cierto dinamismo es justamente la de emplear el llamado elemento evolutivo que permite a las disposiciones normativas afrontar los cambios de la vida sin sufrir modificaciones en su texto, pero manteniendo su eficacia, es decir, regulando efectivamente la realidad. La evolutividad del ordenamiento es, en rigor, la aptitud de las disposiciones que lo integran para seguir regulando una realidad dinámica. Porque, como

recuerda Emilio Betti, hay una tensión latente entre las opuestas tendencias, estática y dinámica, del ordenamiento jurídico.

La interpretación evolutiva supone, como vemos, una elección del intérprete: optar entre la interpretación anteriormente dada a una disposición, pero que ya no permite someter la realidad, o extraer otra nueva que sirva a ese propósito. Esta posibilidad de elegir entre mantener el sentido normativo “tradicional” o desvelar otro hasta entonces oculto presupone un intérprete creador, alejado del modelo de juez ventrílocuo que imperó durante tanto tiempo.

En la esfera constitucional, la tensión entre normatividad y normalidad resulta notoria, más que en los demás ámbitos normativos. Esto sucede por varios motivos; el primero, por la especial rigidez de las disposiciones constitucionales cuya aspiración de permanencia suele, por lo general, ser digna de aprecio. La imposibilidad real de cambiarlas, a veces con una intangibilidad formalizada, produce, como consecuencia inevitable, que su adaptación tenga que llevarse a cabo por vías interpretativas, es decir, mediante la interpretación evolutiva, porque esta garantiza la “movilidad” de la que carecen las disposiciones interpretadas y asegura la expansión de su fuerza normativa.

El segundo motivo que favorece la tensión apuntada es la especial dinamicidad de la realidad política que el derecho constitucional regula. Ningún ordenamiento puede soportar que su norma suprema no sea satisfactoriamente eficaz, pues si así ocurriera, todo él se resentiría. Para hablar de una Constitución normativa, en los términos de Loewenstein, es necesario que su desarrollo legislativo y su interpretación favorezcan su eficacia. Y en esta labor es preciso advertir las peculiaridades de la interpretación constitucional que acaba siendo una interpretación tópica y, por ello mismo, imprecisa, pero que, en todo caso, ha de encaminarse a desplegar el valor normativo de la Constitución.

Wrobel'sky se refiere a la interpretación operativa de la Constitución, es decir, a aquella que despliega los efectos queridos en la ley fundamental. Por su parte, Hesse maneja una idea similar; según él hay que promover la voluntad de la Constitución. Ambos descubren la finalidad de toda interpretación de la Constitución que, por lo demás, comparten todas las disposiciones jurídicas. Se trata, pues, de que la Constitución regule efectivamente la realidad constitucional y, para ello, será necesario adaptarla a los cambios que en esta se produzcan.

Además de la rigidez del programa normativo y del sustancial dinamismo de su ámbito normativo hay otro factor que favorece la interpretación evolutiva de la Constitución: la textura abierta de sus disposiciones, su formalización en abstracto con abundancia de principios. No es que no haya reglas en la Constitución, que las hay, pero abundan los preceptos que, por su ambivalencia, amplían la esfera de discrecionalidad del intérprete; este no se halla sujeto a una literalidad estricta sino a unos términos que se prestan a las interpretaciones alternativas.

La textura de los preceptos constitucionales, junto con el resto de sus peculiaridades, favorece la creatividad del intérprete, la cual se asocia inevitablemente con la evolutividad, dado el carácter cambiante de la realidad política. La interpretación de las disposiciones constitucionales tiene que enfocarse en captar esas peculiaridades, a las que el intérprete ha de ser sensible.

En los términos de Hesse, el programa normativo, inserto en las disposiciones constitucionales, y el ámbito normativo (la realidad política) donde se proyectan, favorece, sino exige, una interpretación evolutiva. El programa normativo —el enunciado—, cuya literalidad opera como límite último de la interpretación evolutiva, se mantiene inalterable a veces durante siglos, pero el ámbito normativo, la realidad regulada, varía constantemente. Como aquel es muy difícil de reformar y en ocasiones deliberadamente no se desea cambiarlo para mantenerlo como símbolo, la interpretación evolutiva entra en juego para extraer, de los preceptos antiguos, normas nuevas, sentidos normativos ni siquiera imaginados por los autores.

*Raúl Canosa Usera*

### 611. INTERPRETACIÓN EXEGÉTICA

Método empleado y difundido por la escuela de la exégesis francesa, de enorme popularidad en América Latina a raíz de la influencia del Código napoleónico.

El racionalismo que inspiraba esta escuela implicaría que la ley es en sí misma la auténtica fuente de todo el derecho y que la labor jurisdiccional no podría ser considerada una labor creativa. Algunos de los pensadores que delinearon esta forma de pensamiento ilustran en forma verdaderamente plástica esta doctrina. Montesquieu señalaba que, en los Estados despóticos, el juez es él mismo su regla y que en el gobierno republicano es natural que los jueces se ajusten a la letra de la ley. En forma contundente afirmaba en *El espíritu de las leyes* que “los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor”.

De esta forma, la escuela de la exégesis sostiene que la única interpretación admisible es la que proviene del mismo sentido de los textos, asegurando que otras fuentes del derecho resultarían falsas fuentes de decisión. Menciona Blondeau, en una memoria de 1841 leída en la Academia de las Ciencias Morales y Políticas, que el intérprete, en un sistema de derecho codificado, necesariamente debe obtener todas las decisiones legales de la ley misma. Esta idea resultaba atractiva al afirmarse que las grandes compilaciones legislativas, como el Código de Napoleón, harían imposible la existencia de casos no previstos. En gran medida, esta escuela afirma que la ley es omnipotente y omnicompreensiva.

La interpretación exegética no es entonces una interpretación libre, sino limitada a la búsqueda de la intención del legislador. Uno de sus principales instrumentos resultaría el método gramatical que se fundamenta en un razonamiento sobre el lenguaje común, apelando al significado ordinario de las palabras y a las reglas gramaticales comúnmente aceptadas (Atienza, 2013, p. 218).

En relación con otras escuelas y métodos de interpretación, resulta destacable que la interpretación exegética suele menospreciar otro tipo de interpretaciones y denominarlas incluso falsas. En franco contraste, estas escuelas no rechazan la importancia del texto de la ley ni le niegan carácter de fuente del derecho, sino que sostienen la necesidad de realizar mayores análisis —especialmente ante casos difíciles— que permitan dar sentido y coherencia al sistema jurídico en su conjunto.

Al analizar las importantes y sólidas críticas que se formulan en contra de esta escuela de pensamiento, debe tomarse en cuenta que existía un contexto histórico en el que surge la exégesis. Cuando se piensa que en la Francia revolucionaria y posrevolucionaria los jueces seguían teniendo una raíz y abolengo aristocrático, es natural comprender que los pensadores ilustrados y revolucionarios observaran con gran desconfianza el cargo mismo de los jueces, tratando de limitar su poder —y sus facultades de interpretación— al máximo posible.

*Netzai Sandoval Ballesteros*

## 612. INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

I. La interpretación extensiva es un tipo de interpretación “correctora”; esta, a su vez, se contrapone a la interpretación considerada “declarativa”.

El uso de estas expresiones presupone la (ingenua) teoría cognitiva de la interpretación: esa teoría entiende que los textos normativos incorporan un significado intrínseco preexistente a la interpretación, susceptible de descubrimiento o conocimiento, de “declaración” justamente; así, la interpretación —o al menos la “buena” interpretación— consiste precisamente en comprobarlo y no manipularlo.

a) Se entiende generalmente como “interpretación declarativa” a la que atribuye a un texto normativo su significado (se supone) “propio”, sin alterarlo en modo alguno.

b) Se entiende como “interpretación correctora”, trivialmente, cualquier interpretación no declarativa. La interpretación correctora, entonces, puede ser ya sea “extensiva” (*lex minus dixit quam voluit*), ya sea “restrictiva” (*lex magis dixit quam voluit*).

Hay que decir que —como consecuencia de la inevitable vaguedad de los enunciados (términos que denotan clases) en todos los lenguajes naturales— el campo de aplicación de cada norma es indeterminado, así que pueden darse casos concretos que seguramente entran en su ámbito, casos que a su vez claramente están excluidos y, finalmente, casos “difíciles” de dudosa cualificación. Bueno, la interpretación extensiva y la interpretación restrictiva constituyen dos formas alternativas de reducir la vaguedad de los enunciados y, por tanto, de precisar el campo de aplicación de las normas.

II. Existen, de hecho, dos estrategias fundamentales para reducir la vaguedad: la técnica de la analogía (o de la igualdad “sustancial”) y la técnica de la disociación (o de la diferencia “sustancial”).

Supongamos que tenemos una disposición normativa que atribuye una determinada consecuencia jurídica para el supuesto “edificio en ruinas”, y tener que resolver una controversia relativa al colapso de un balcón. Ahora bien:

1. *Analogía*. Una primera estrategia para reducir la vaguedad consiste en sostener que —a la luz de una supuesta *ratio legis* (el propósito que la norma tenía la intención de perseguir) — el colapso de un balcón es en todo “análogo” a la ruina de un edificio, es decir, merece la misma regulación jurídica. Se puede concluir que la norma sobre la ruina de edificio se aplica “también” al supuesto “colapso de un balcón”.

Este es un ejemplo de interpretación extensiva, basado en el empleo del argumento analógico. Por esta vía, el área de “penumbra” de la norma se

reduce, incluyendo en ella la clase de situaciones marginales “colapso de balcón”.

2. *Diferencia.* Una segunda estrategia consiste en sostener, a la inversa, que la ruina del edificio y el colapso del balcón —aun a la luz de una supuesta *ratio legis*— son situaciones sustancialmente “diversas”, así que merecen diferentes regulaciones jurídicas. Con la conclusión de que la norma sobre la ruina del edificio “no” se aplica al supuesto “colapso del balcón”.

Este es un ejemplo de interpretación restrictiva, basada sobre el argumento de la disociación (lo que los juristas del *Common Law* denominan *distinguishing*). De nuevo, para esta vía, el área de “penumbra” de la norma se reduce, excluyendo de ella la clase de casos marginales “colapso del balcón”.

III. Las expresiones “interpretación extensiva” e “interpretación restrictiva” pueden denotar dos cosas diversas (diferentes conceptualmente, aunque no siempre distinguibles en concreto).

Ponemos nuevamente un simple ejemplo. Supongamos que tenemos que decidir qué hacer con una norma que se aplica a las “viviendas”. A su vez, estamos de acuerdo en que el vocablo “vivienda”: denota el apartamento en el que uno vive, y por lo tanto se extiende, sin duda, a la recámara y a la cocina; no comprende seguramente la oficina donde se trabaja; es dudoso si se aplica a la bodega posiblemente anexa a un departamento. Ahora bien:

1. En un primer sentido (restringido, podremos decir) constituye: *a*) interpretación extensiva aquella que aplica la norma en cuestión también a la bodega, y *b*) interpretación restrictiva aquella que no aplica la norma a la bodega.

2. En un segundo sentido (amplio, digamos) constituye: *a*) interpretación extensiva —o, más precisamente, aplicación analógica— aquella que aplica la norma también a la oficina, y *b*) interpretación restrictiva aquella que no aplica la norma a todo el departamento, pero incluye (digamos) la cocina.

La diferencia entre los dos tipos de interpretación extensiva está en lo siguiente: la del primer tipo reduce la indeterminación —la “zona de penumbra”— de la norma, extendiendo su ámbito de aplicación también a los casos dudosos; la del segundo tipo, por el contrario, produce una norma nueva con el auxilio del argumento analógico (la supuesta similitud, a la luz de una supuesta *ratio legis*, entre apartamento y oficina).

La diferencia entre los dos tipos de interpretación restrictiva, a su vez, está en lo siguiente: la del primer tipo reduce la indeterminación de la norma, restringiendo su campo de aplicación solo a los casos claros (y excluyéndolo a los casos dudosos); la del segundo tipo, por el contrario, mediante el argumento de la disociación (recámara y cocina son supuestos “sustancialmente diversos”) introduce en la norma una cláusula de excepción (la recámara, exceptuando la cocina), el que —hay que señalar— equivale a sustituir la norma original (“si habitación, entonces X”) con una norma diversa (“si habitación y no cocina, entonces X”).

La interpretación extensiva y la restrictiva del primer tipo son operaciones meramente interpretativas: consisten en determinar el significado de los enunciados usados por la autoridad normativa para diseñar los supuestos.

La interpretación extensiva y la restrictiva del segundo tipo son más bien operaciones “constructivas” —de construcción jurídica— que consisten, respectivamente, en formular una norma nueva, no expresa (interpretación ex-

tensiva), y en formular una excepción no expresa, o sea, como he dicho, en sustituir una norma con otra (interpretación restrictiva).

IV. Desde tiempo inmemorable se ha discutido en la doctrina si existe una diferencia entre interpretación extensiva y aplicación analógica.

El argumento analógico (o *a simili*) consiste trivialmente en la aducción de que dos casos son similares, análogos o también “sustancialmente iguales”, así que merecen la misma consecuencia jurídica. Ahora bien, este argumento puede ser empleado para sostener dos tipos de conclusiones algo diversas: una mera interpretación extensiva y, respectivamente, la formulación (la construcción) de una norma no expresa en presencia de una laguna (verdadera o imaginaria).

La interpretación extensiva es un tipo de interpretación *en concreto*: tiene que ver con la aplicación a casos concretos de una norma (vaga) previamente identificada. Es un modo de reducir la vaguedad de la norma de que se trata, así como incluir un caso dudoso dentro de su campo de aplicación.

La construcción, mediante analogía, de una norma no expresa —con el propósito de colmar una laguna— pertenece, por el contrario, al dominio de la interpretación “en abstracto” (entendida en sentido amplio): concierne no al ámbito de aplicación de una o de otra norma, sino a la identificación misma de las normas vigentes.

Sin embargo, la línea de demarcación entre la interpretación extensiva propiamente dicha y la construcción de una norma no expresa es muy sutil. Si vemos las cosas desde el punto de vista del significado literal *prima facie*, de hecho, una y otra se resuelven simplemente conectando una consecuencia jurídica a un caso que “no” entra en el significado “literal” de la disposición de la cual se trata. Por aquellos que se inclinan a interpretar literalmente y, en particular, a argumentar “a contrario” los casos dudosos, de incierta cualificación, “no” entran en el campo de aplicación de la norma. Desde este punto de vista, la sedicente interpretación extensiva no constituye verdadera interpretación, sino creación (encubierta) de una norma nueva no expresa. Y la diferencia entre interpretación extensiva y construcción de una norma nueva parece reducirse, trivialmente, a un diverso modo de argumentar o de construir verbalmente una misma operación.

Por ejemplo, se puede aplicar una norma en materia de “religión” al movimiento llamado *Scientology*, aduciendo indiferentemente: o que la categoría no está expresamente regulada, sino *Scientology* “es similar a” una religión, o que “es” una religión en sentido amplio. En uno de los casos evidentemente se construye una norma no expresa, se crea una norma nueva; en el otro se extiende el significado del término “religión” al área de penumbra del concepto, y se subsume el caso dudoso en la disposición así interpretada: pero el resultado no cambia.

**Riccardo Guastini**

*(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)*

### 613. INTERPRETACIÓN GENÉTICA

Especialmente en el ámbito del derecho, el término interpretación está fuertemente vinculado a la idea de explicar (Raz). Así, la interpretación genética sería un método de explicar el derecho a partir del contexto en el que se emite. Junto con el texto formal de la ley, hay diversos instrumentos que precisamente le dan “contexto” y que pueden ser tan diversos como las exposiciones de

motivos de las iniciativas, los dictámenes, los votos particulares y todos los trabajos legislativos en los que se exponen los razonamientos que llevan a un cuerpo legislativo a emitir una norma. La interpretación genética busca entonces explicar el sentido de la ley a partir de su contexto.

La idea de interpretación genética resultaría diversa a la idea de “interpretación auténtica”, porque esta última se relaciona más con un tipo especial de autorización para que el mismo órgano que emitió la ley sea el encargado de su interpretación. Puede tratarse de “leyes interpretativas” o de órganos —como el Tribunal de Casación francés— que le requieren al cuerpo legislativo una interpretación de las normas previamente emitidas.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido que la interpretación de las leyes puede ser también una facultad del poder legislativo y no únicamente de los órganos jurisdiccionales (tesis P./J. 69/ 2005 emitida por el Pleno de la SCJN, publicada en la *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Novena Época, julio de 2005, t. XXII, p. 790, de rubro: “Leyes. Su interpretación no solo compete al Poder Judicial de la Federación a través de sus resoluciones, sino también al órgano legislativo correspondiente, siempre y cuando cumpla los mismos requisitos que deben observarse para su formación. (Legislación del Estado de Nuevo León)”), pero que dicha interpretación se encuentra sujeta a ciertos límites y que el contenido de esas normas interpretativas puede ser objeto de control de constitucionalidad por parte del mismo Tribunal Constitucional mexicano, con la evidente posibilidad de considerarlas inconstitucionales (tesis P./J. 87/2005 emitida por el Pleno de la SCJN, publicada en la *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Novena Época, julio de 2005, t. XXII, p. 789, de rubro: “Interpretación auténtica de la ley. Sus límites”).

En este sentido, cuando el propio cuerpo normativo establece conceptos o definiciones en sus disposiciones iniciales, sería posible afirmar que nos encontramos ante interpretaciones auténticas.

*Netzai Sandoval Ballesteros*

#### 614. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

Desde el punto de vista etimológico, el vocablo “interpretación” proviene del latín *interpretatio* (*onis*) y este, a su vez, del verbo *interpretor*, que significa “servir de intermediario”, “venir en ayuda de” o, por extensión, “explicar”.

A su turno, *interpretor* deriva del sustantivo *interpres* (*etis*): “intermediario” o “agente”. Es importante observar que *interpres* alude también al traductor, el “intermediario” que pone en lenguaje accesible lo que se encuentra en un lenguaje desconocido. De ahí que *interpres*, por extensión, se aplique a aquel que explica, al que esclarece, al que da sentido.

En consecuencia, interpretación significa “explicación”, “esclarecimiento”, en un sentido general, interpretar significa “explicar”, “esclarecer” y, por ende, “descifrar” el sentido de alguna cosa.

Por su parte, “gramatical” deriva del latín *grammaticālis*, que puede traducirse como perteneciente o relativo a la gramática; que se ajusta a las reglas de la gramática.

A su vez, “gramática” del latín *grammaticus*, es la parte de la lingüística que estudia los elementos de una lengua, así como la forma en que estos se organizan y se combinan.

Por tanto, vinculando ambos conceptos, la “interpretación gramatical” responde a la idea de que hay que otorgarles a las palabras su sentido normal, es decir, el que tienen en la vida cotidiana. Cuando las expresiones empleadas sean técnicas, se les deberá interpretar teniendo en cuenta la acepción técnica-jurídica del vocablo.

Sin interpretación no se podría aplicar el derecho. La interpretación de las normas jurídicas es un tema trascendental, que adquiere importancia decisiva hasta el extremo de que se puede cambiar el significado gramatical de la ley suprema, hacer que el sistema agonice o resplandezca.

La interpretación jurídica puede ser examinada desde dos ángulos: *a)* según quien la realiza, puede ser legislativa, administrativa, judicial, doctrinal y popular; y *b)* desde el ángulo de su contenido, que puede ser gramatical, histórica, política y económica.

Otros autores refieren que la interpretación puede ser examinada desde el punto de vista de su resultado y de la fuente de donde proviene. Según el primer criterio, la interpretación puede ser: *1)* literal, ateniéndose al sentido conforme a la letra del texto del precepto; *2)* extensiva, cuando se aplica el precepto a situaciones que de manera expresa no abarca, pero se puede considerar que de forma implícita están incluidas, y *3)* restrictiva, cuando se reduce la significación gramatical del precepto. Ahora bien, la interpretación, según la fuente de donde proviene, puede ser auténtica, judicial y doctrinal.

El lenguaje interpretado (lenguaje objeto) puede ser simbólico, ideográfico, algorítmico o idiomático, verbal o escrito.

Las palabras que emplea la Constitución deben ser entendidas en su sentido general y común, a menos que se desprenda de manera clara de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido legal técnico; y en ningún caso ha de suponerse que un término constitucional es superfluo o está de más, sino que su utilización obedeció a un designio preconcebido de los autores de la ley suprema.

Debe considerarse que las palabras sueltas, aisladas o por sí solas, en primer lugar, no tienen un sentido preciso e inequívocamente definido, pues este empieza a adquirirlo dentro del contexto de la frase; y, en segundo lugar, que ni siquiera la frase tiene una significación determinada por sí misma, ya que su genuina significación la adquiere dentro del contexto real en que es emitida, partiendo de los puntos de referencia del contorno o circunstancia.

No debe confundirse la interpretación con la hermenéutica. Esta última es la disciplina científica cuyo objeto es el estudio y la sistematización de los principios y métodos interpretativos. En cambio, la *interpretación* es la aplicación de la hermenéutica; esta descubre y fija los principios que rigen a aquella; es la teoría científica del arte de interpretar. Interpretar es desentrañar el sentido de la expresión, por lo que no se equivoca quien usa como equivalentes los términos interpretar y comprender.

*Raúl Contreras Bustamante*

## 615. INTERPRETACIÓN JURÍDICA

En términos generales, cuando se habla de interpretación jurídica se hace referencia al proceso mediante el cual se dota a un texto normativo de significado o contenido, a través de la elección que realiza el operador de la interpretación.

Esto último sirve para señalar que la actividad interpretativa de textos jurídicos (disposiciones fundamentales, leyes, códigos, reglamentos, entre otros) se realiza básicamente por algunos operadores típicos, y en función de quién es el intérprete, suelen asumirse los siguientes tipos de interpretación jurídica: auténtica, judicial, doctrinal, oficial y la surgida de otras fuentes (como la que realizan las partes en el proceso o la llevada a cabo por la opinión pública, por mencionar algunos de los muchos ejemplos existentes).

Desde esta perspectiva, “interpretar” implica, por un lado, clarificar el “significado” de una determinada palabra inserta en el lenguaje jurídico y, por el otro, determinar el campo de aplicación de ese texto normativo.

En relación con esto último, Riccardo Gustini ha insistido en que la línea de demarcación entre las dos cosas es bastante sutil. No obstante, la distinción conceptual es clara: una cosa es preguntarse por el significado de las palabras y otra preguntarse sobre las supuestas intenciones del autor de la ley (p. ej., una cosa es indagar si el vocablo “hombre” significa, en un contexto determinado, ser humano, o bien, masculino de la especie humana, y otra es determinar si el legislador, al decir “atención al que haga esto”, entendía una advertencia o una amenaza).

Lo antes expuesto requiere de algunas precisiones, ya que el vocablo estudiado no es utilizado de manera uniforme por los doctrinarios. Así, se habla de un concepto restringido y de uno amplio de interpretación jurídica.

El primero parte del aforismo latino *in claris non fit interpretatio* (cuyo origen se remonta entre los siglos III y II a.C., época en la cual sobresalieron juristas como Sabino, Próculo, Gayo, Papiniano, Ulpiano y otros, siendo posteriormente adaptado por los operadores jurídicos en consonancia con el Digesto) con el cual se entiende que el quehacer interpretativo no tiene que ser aplicado a cualquier texto, sino solamente a los textos vagos, ambiguos o confusos; por lo que, según esta corriente, ahí donde no existan dudas no tiene por qué interpretarse.

En un sentido amplio, “interpretación” se emplea para referirse a cualquier atribución de significado de una disposición normativa, independientemente de si su significado es claro u oscuro, evidente o discutible, preciso o genérico. Ello por el hecho de que las palabras —y por tanto, los enunciados normativos que las utilizan— no tienen un significado propio y único; por el contrario, cada una de ellas tiene un significado diverso que depende del orden que tengan dentro de un determinado precepto, o incluso, tomando en consideración el contexto general de la ley o de otras leyes.

Quienes adoptan el concepto restringido, regularmente identifican la “disposición” con la “norma”, pues según ellos, la interpretación jurídica tiene como objeto a esta última. Por su parte, quienes se acogen como partidarios del concepto amplio consideran que en todo precepto legal puede distinguirse entre “disposición” —texto o enunciado normativo— y “norma” —contenido normativo— (Vezio Crisafulli).

Esta distinción es indispensable no solo conceptualmente, sino también a efectos prácticos, ya que el operador de la interpretación analiza la disposición normativa que va a utilizar en relación con el caso que tiene que regular (p. ej., un comportamiento), y extrae de dicha disposición la norma que se encuentra lista para aplicarse.

Es verdad que todo texto normativo necesita ser “interpretado”; sin embargo, no se debe perder de vista que la actividad interpretativa se presenta

como más problemática dependiendo de la dificultad que suponga desenrañar el sentido de la disposición, sobre todo cuando se tiene que elegir — como señala Karl Larenz— entre las diversas normas que se pueden extraer de un mismo texto normativo. También cuando el intérprete se encuentra con conceptos que tienen la función de atribuirle al derecho una capacidad de adaptación y variabilidad, dependiendo del tiempo y de las circunstancias (a este tipo de conceptos se les suele llamar “conceptos válvula”, porque son comparables con una válvula de seguridad, que se adapta a la continua evolución de la vida social y política. Todos estos conceptos requieren indudablemente una operación valorativa para tener un contenido determinado), o incluso cuando se presentan conceptos indeterminados que, la mayoría de las veces, las leyes no definen, por lo cual su determinación depende, en gran parte, de la tradición jurídica o de la doctrina. Dentro de este tipo de conceptos se encuentran “las buenas costumbres”, “la causa justa”, “un modo honesto de vivir”, “la justa retribución” y “la buena fe”, por mencionar algunos.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

#### 616. INTERPRETACIÓN LEGAL

En el marco de las discusiones teóricas del derecho, sin duda, las referentes a la interpretación han adquirido una importancia inusual en los últimos años. Ha sido tal el tratamiento del tema que algunas personas piensan que la filosofía del derecho, en buena medida, se dedica exclusivamente a este tópico y al de la argumentación o, puesto en otros términos, que agotamos las discusiones filosóficas del derecho con el tema interpretativo y argumentativo. Voy a aprovechar esta colaboración para avanzar ciertas advertencias sobre las discusiones de interpretación en el derecho y sobre todo deslindar las diferentes preguntas que tenemos que plantear para discutir el tema.

¿Qué nos interesa saber de la interpretación legal? ¿Qué es en sí la actividad interpretativa?, o bien nos interesa ¿Cómo interpretan los tribunales, o cómo deben interpretar los tribunales? ¿Solo la llevada a cabo por la función jurisdiccional o también la interpretación realizada por otros oficiales del derecho? ¿Qué relación tiene la actividad interpretativa con otras funciones propias del derecho?

Como podemos ver, las reflexiones pueden ser muy variadas y las preguntas lo suficientemente amplias como para abordarse de manera separada. No es lo mismo, desde un plano descriptivo, preguntarse cómo interpretan los tribunales, a indagar, desde el plano prescriptivo, cómo deben interpretar, finalmente en estos casos, como lo dice Joseph Raz, nos preguntamos sobre el “cómo interpretar”. O bien, nos podemos centrar en la pregunta “qué es en sí la actividad interpretativa”, es decir, analizar la naturaleza de la interpretación legal y comparar la interpretación que se lleva a cabo en el derecho con otras actividades interpretativas, como la interpretación de obras de arte, o la interpretación musical o la interpretación literaria.

Desafortunadamente, “algunas” discusiones en el ámbito jurídico pasan por alto deslindar este tipo de interrogantes indispensables y se limitan al tema de la interpretación legal en el seno de los tribunales. La razón no debe extrañar: el tema de la interpretación jurídica es la cara más práctica de la filosofía del derecho, y los abogados exigen discusiones prácticas para sus actividades

diarias. Pero espero que quede claro que, por una parte, la filosofía del derecho no se agota con el tema de la interpretación legal, y que el tema de la interpretación jurídica no se agota con el tema de la interpretación en los tribunales. Para agotarlo tenemos que plantearnos otras cuestiones.

Además, el tema de cómo interpretan los tribunales o cómo deben interpretar es un muy contingente que depende de las circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales de cada sistema jurídico. Quizá por esto, H. L. A. Hart siempre fue cauto en avanzar una “teoría” completa de la interpretación, y más bien se dedicó a preguntas más concretas y posibles de atender desde la filosofía del derecho.

Una de estas preguntas más concretas que podemos plantearnos es la formulada por el realismo jurídico, consistente en reflexionar hasta qué punto los tribunales están constreñidos por las normas jurídicas en sus decisiones. La pregunta nos lleva al tema de los límites del derecho, también al tema de cuándo el derecho se agota en sus respuestas correctas y cuándo los tribunales tienen discrecionalidad para decidir ante varias alternativas viables, o cuando pueden tomar el papel de legisladores ante la ausencia del derecho. Y estas son preguntas sumamente complicadas en el terreno filosófico, que tienen que ver con la vaguedad del derecho, con la seguridad jurídica y la noción de Estado de derecho, y con principios de organización política, tal como el de la división de poderes.

Junto con H. L. A. Hart, muchos pensamos que estas preguntas más concretas acerca de la interpretación jurídica se pueden distinguir de otras que le interesan al filósofo, sobre todo de la pregunta: ¿qué es el derecho? Es decir, una cosa es preguntarse qué es el derecho y otra cómo se interpreta ese derecho.

Pero las cosas no suelen ser tan unánimes en filosofía, Ronald Dworkin nos dice que la pregunta ¿qué es el derecho? se contesta al voltear la mirada hacia la actividad interpretativa que se realiza en lo jurídico. Para Dworkin, el concepto derecho, junto con conceptos de la moral y la política siempre se interpretan. Y así como el juez interpreta, por ejemplo, el concepto “alimentos” para decidir un caso de pensión, el filósofo interpreta conceptos más abstractos como el de derecho mismo, el de justicia o el de equidad, para saber su naturaleza. Debo advertir que Dworkin no llega a esta conclusión “únicamente” analizando lo que hacen los tribunales, más bien la idea es producto de un análisis exhaustivo de lo que es la actividad interpretativa en el derecho y otros dominios.

Esta actividad interpretativa que Dworkin ve en el centro de las preguntas filosóficas en el derecho tiene dos componentes indispensables: uno fáctico que analiza el material jurídico existente, material como los textos constitucionales, legales, jurisprudenciales, etcétera, y otro evaluativo, donde se pregunta acerca del valor moral de la práctica sobre la cual discutimos. En este componente moral nos preguntamos cuál es el valor que sirve, por ejemplo, el derecho. La parte evaluativa y moral le da sentido a la parte fáctica del material jurídico existente, y así llegamos a conclusiones de interpretación sobre lo que “es” el derecho, por ejemplo.

Pero independientemente de que la interpretación esté en el centro de nuestra actividad explicativa de la naturaleza del derecho, como en Dworkin, o bien en un lugar accesorio como en H. L. A. Hart, podemos, de manera

preliminar, extraer ciertas coincidencias entre las diferentes tradiciones filosóficas para saber qué es lo que caracteriza la interpretación jurídica.

La interpretación jurídica se caracteriza por tener dos elementos en juego que se sopesan al intentar dar una explicación a sus directivas. El elemento de la certeza, producto de un derecho expedido con anterioridad y generado a través de ciertas fuentes sociales como la legislación, precedente, etcétera, y otro elemento de desarrollo, es decir, una tarea de tratar de ajustar el derecho a condiciones sociales actuales y para casos posteriores. ¿Qué tanta importancia tiene el elemento de la certeza a diferencia del elemento de desarrollo? ¿Cuándo inicia uno de estos elementos y termina el segundo? Contestar estas preguntas es la tarea de las teorías de la interpretación, y las diferentes respuestas que tenemos explican las disputas teóricas con las que contamos hoy en día en la filosofía jurídica contemporánea.

*Juan Vega Gómez*

### 617. INTERPRETACIÓN LINEAL

La interpretación jurídica tiene muchas acepciones, principalmente, la actividad de interpretar una disposición legal o el resultado de esa actividad, que es cuando se dice que la interpretación es un significado asignado por el intérprete a una ley. De igual manera, se distingue el objeto de la interpretación, que es el *enunciado normativo* contenido en ley, y el significado que se le asigna a esa disposición, que es propiamente la *norma* que regula una situación de hecho y que tiene consecuencias jurídicas (Guastini).

Sin embargo, desde la hermenéutica jurídica, advertimos un elemento común a todas las acepciones, que es la ineludible actividad creativa del operador jurídico en la que, por un lado, se interpreta el hecho objetivo de conocimiento y, por el otro, el sujeto determina el sentido que prevalece en ese caso concreto al momento de interpretar una norma impregnándolo de una intencionalidad propia de conformidad con su *horizonte de comprensión* (Gadamer), es decir, se realiza una operación lógica en la que se deducen consecuencias jurídicas de una premisa de carácter general ante un hecho concreto de aplicación, tanto objetiva como subjetivamente.

A partir de las acepciones señaladas encontramos que la interpretación lineal se refiere tanto a una *metodología del derecho* como a una *práctica jurídica*. Desde la metodología, es el formalismo que pregona el positivismo jurídico y el modelo dogmático decimonónico que estructuró Savigny, principalmente, con los métodos interpretativos literal, gramatical, histórico y sistemático. Por otra parte, se refiere a la actitud que el operador jurídico realiza en la práctica, al momento de interpretar las normas jurídicas, siendo consciente o no de su adscripción a esa doctrina jurídica.

Por lo anterior, *la interpretación lineal* es aquella actividad que realiza de manera rigurosa el sujeto interpretante (operador jurídico) en relación con el objeto interpretado (norma) para aplicar el método del silogismo deductivo, que va de la premisa mayor —que establece el enunciado normativo de carácter universal— a la premisa menor —que representa el hecho concreto de forma particular—, para finalmente deducir las consecuencias jurídicas que se encuentran establecidas en el texto de la ley (resultado).

En ese sentido, la interpretación es lineal porque traza un camino recto en la actividad del sujeto interpretante hacia el objeto interpretado, pues, de

conformidad con la dogmática decimonónica y el positivismo jurídico legalista, se realiza un mero acto de voluntad, en la asignación de un significado al texto legal, al reproducir de manera estricta el sentido gramatical y literal de las palabras inscritas en la norma (Vigo). Dicha actividad se realiza con la finalidad de encontrar el espíritu de lo que quiso decir el legislador de forma originaria, sin tomar en consideración las circunstancias concretas de hecho para aminorar el rigor de la ley desde una perspectiva de la *equidad*, además de soslayar los principios jurídicos que contienen exigencias de *moralidad* y de *justicia* (Alexy y Dworkin).

Ahora bien, es preciso aclarar que esta interpretación ha sido normalmente considerada como una característica del positivismo jurídico; sin embargo, acertadamente, Hart nos alerta sobre la diversidad de vertientes del positivismo jurídico y sobre la imposibilidad de identificarlo con el deductivismo legal. En ese sentido, tanto Hart como Kelsen —desde diferentes puntos de vista y fundamentos epistemológicos— reconocían la imposibilidad de controlar la decisión jurídica desde el contenido de una norma mediante la aplicación de un método seguro (Rodríguez Puerto).

Sin embargo, aun con la citada aclaración, el nuevo paradigma del *Estado constitucional de derecho* cuestiona la falta de valoración, en el ámbito jurídico, de todos los *elementos extralegales* necesarios para justificar la decisión. Dicha exclusión conlleva que las ponderaciones entre principios en conflicto sean totalmente irracionales, cuestión que controvierte la doctrina no positivista (Alexy, Dworkin y Atienza).

Por lo anterior, se ha constatado la *insuficiencia del modelo dogmático* ante los retos y problemas suscitados a partir de la Segunda Guerra Mundial, para terminar por separar la identidad entre el derecho y la ley, y advertir que la *injusticia extrema no puede ser derecho* (Radbruch, Alexy y Vigo). Estos cambios han producido una serie de modelos teóricos, entre otros, que tratan de explicar la problemática de los derechos fundamentales como normas que reconocen principios y valores en el ordenamiento fundamental de un Estado: las teorías de la *argumentación jurídica*, ciertas versiones de la *filosofía analítica* centradas en el giro lingüístico, el resurgimiento de teorías *iusnaturalistas*, el *positivismo incluyente*, el *neoconstitucionalismo*, el *positivismo constitucionalista*, y finalmente, la *hermenéutica* (Massini).

Por lo que refiere a la *hermenéutica jurídica*, su nuevo “método” es el *círculo hermenéutico*, que propone romper con el esquema lineal sujeto-objeto y sostener que la interpretación jurídica ya no es un mero acto de conocimiento como coherencia legalista entre normas y hechos, para deducir consecuencias de forma mecánica, sino que también es un *acto intencional* en el cual el sujeto interpretante, si bien asigna un significado de conformidad con su conocimiento previo en la comprensión del caso desde una tradición, también lo debe hacer en función de hechos, pruebas, circunstancias particulares del caso, sin dejar de considerar los contenidos normativos de los principios jurídicos establecidos en la Constitución como derechos fundamentales o en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

La abolición del esquema lineal por el círculo hermenéutico se traduce en la actividad interpretativa del operador jurídico, en la comprensión del caso concreto, que va constantemente del todo a la parte (norma al hecho) y de la parte hacia el todo (del hecho a la norma): lo fundamental del círculo inteligible de la comprensión es ampliar la unidad del sentido comprendido en

círculos concéntricos (Gadamer) para entender el derecho desde una *perspectiva dialógica* como normas que contienen principios y reglas y su vinculación con las esferas del derecho y la moral a la luz del caso concreto (Flores), como se explica en la *interpretación monológica*. Así, Karl Engisch habla en relación con el círculo hermenéutico de una “continua interacción”, de un ir y venir de la mirada entre la norma y el hecho de una realidad concreta, es decir, elaborar concretas proposiciones jurídicas en relación con el contenido de hecho y su construcción en relación con la norma.

Por ello, la hermenéutica jurídica busca la comprensión de la realidad humana que se mueve en el *círculo de la intelección*. Kaufmann afirma, en ese sentido, que ese círculo no es lógicamente vicioso, ni menos merece ser evitado; el interés científico tiene que trasladarse precisamente a esa *precomprensión* y necesariamente acude a un modelo de conocimiento más flexible para entrar en el complejo mundo de la valoración y la apreciación de lo razonable. El mismo maestro de Gadamer, Martin Heidegger, nos hace una prevención fundamental: “lo determinante no es salir del círculo, sino entrar en él de la manera correcta”.

Aristóteles advertía que la ética humana no es el mero conocimiento o descripción de los comportamientos, ni tampoco un actuar sin orientación en el vacío. El conocimiento de las cuestiones humanas recibe una directriz de la razón superior y se mueve por fines justificados, particularizando y aplicando el *razonamiento práctico* en la interpretación del derecho (Osuna) para encontrar las razones por las cuales los *bienes humanos* deben ser reconocidos en las normas y descubiertos por el operador jurídico en su interpretación.

**Antonio Flores Saldaña**

#### 618. INTERPRETACIÓN MONOLÓGICA

Al igual que la *interpretación lineal*, la interpretación monológica es una actividad que realiza el intérprete del derecho para asignar un significado a una disposición legal; sin embargo, cuando se refiere a que esa actividad tiene un objeto “mono-interpretativo”, alude a que, en la asignación del significado de la norma solamente se toma en consideración, y de manera exclusiva, la decisión “puesta” por el legislador al momento de emitir una ley: su positividad.

Bajo esa lógica formalista, la *interpretación monológica* constituye esa actividad del operador jurídico en la que determina el significado de una disposición normativa con base en los elementos proporcionados por el legislador de conformidad con el procedimiento de creación normativa, excluyendo cualquier consideración de carácter moral, ético o de otra índole que no sea estrictamente jurídico-positiva; por lo que se sostiene una separación tajante entre el derecho y la moral, así como la idea de un sistema jurídico fuerte y jerarquizado.

De conformidad con esta definición, advertimos que el operador jurídico, al momento de interpretar la norma desde la perspectiva “monológica”, no se comunica con el ámbito de la moral o de la ética, sino que determina las consecuencias jurídicas de la ley conforme al silogismo deductivo que se describe en la *interpretación lineal*. Por ende, si en la interpretación de las normas el sujeto interpretante habla en “monólogo”, se incurre en un reduccionismo metodológico, muy propio del positivismo jurídico, que sostiene la pureza del

derecho en relación con la moral, en tanto que aquel puede tener cualquier contenido en función de su carácter meramente descriptivo, tal y como sostuvo la más acabada expresión del derecho racionalista: la *Teoría pura del derecho*, de Hans Kelsen.

Así, en la práctica jurídica, cuando se interpreta una norma desde el rigorismo formal de la deducción lógica de la ley, separado de cualquier valoración moral, se adopta la doctrina del positivismo jurídico, sin que esa doctrina sostenga que el único método de interpretación válido sea el deductivo (Rodríguez Puerto). Empero, en la práctica se aplica tal silogismo para resguardar la seguridad jurídica, en el entendido de que cualquier consideración basada en la justicia o en los valores morales es irracional e irrelevante para el derecho y que la interpretación es un mero acto de voluntad en la asignación de un significado adscrito a la norma por el legislador de forma acrítica (Kelsen).

Contrario a la perspectiva *monológica* de la interpretación, la hermenéutica jurídica analiza al derecho desde una *proyección dialógica*, considerando que en el derecho contemporáneo existen temas recurrentes de los doctrinarios donde se plantea la exigencia de la *operatividad de la Constitución* como norma jurídica y su tutela por los tribunales constitucionales (García de Enterría). Además, sostiene la prevalencia de los derechos humanos hacia todo el ordenamiento jurídico, tanto de aquellos que se encuentran reconocidos en las normas constitucionales como los reconocidos en los tratados internacionales en la materia, al mismo nivel que la propia Constitución (Ferrer Mac-Gregor).

Así, los referidos temas hacen hincapié en el *aspecto dialógico del derecho* desde los siguientes *elementos binarios* sobre los cuales el operador jurídico debe preguntarse al momento de interpretar una norma constitucional o convencional: *a) vinculación jurídica de la moral y el derecho*. Si el derecho y la moral tienen algún tipo de relación y si esta relación es necesaria o no, es decir, si la relación entre el derecho y la moral es necesaria o contingente; *b) distinción normativa de los derechos fundamentales: reglas y principios*. Si las normas que contienen derechos fundamentales deben distinguirse entre reglas y principios por su contenido material indeterminado, que exige un juicio de valor; *c) idoneidad de la ponderación*. Si se adopta la distinción o no entre reglas y principios, el jurista deberá determinar si en la interpretación de los derechos fundamentales existe una metodología específica para su ponderación (Alexy, Dworkin y Atienza), entre las que se encuentran las herramientas hermenéuticas del principio de proporcionalidad, el contenido esencial de los derechos fundamentales, interpretación conforme, interpretación pro persona, o cualquier otro método de interpretación desde un aspecto dialógico, y *d) naturaleza de la función jurisdiccional*. En la contestación a la pregunta anterior se determinará el papel central que ocupan, en el ejercicio de la jurisdicción, los jueces de control de la constitucionalidad de los actos del poder y de los particulares, así como el control difuso por los jueces ordinarios (Flores Saldaña).

Por otra parte, la metodología de la interpretación monológica propone el modelo de un sistema jurídico fuerte y jerarquizado. Kelsen construyó la pirámide jurídica que adopta un régimen normativo estricto y escalonado de autorización sucesiva de actos jurídicos, es decir, la Constitución autoriza a la ley, la ley al reglamento, la ley y el reglamento a los actos administrativos, las

sentencias, los contratos y cualquier acto o hecho jurídico que reconozca el derecho. Fuera de dicha escala normativa, no es derecho, como las consideraciones de valor que se deducen de los juicios éticos o morales.

Por ende, la perspectiva monológica de la interpretación sostiene un sistema jurídico fuerte, al no permitir ningún elemento de valor moral que no sean las normas positivas que se deducen de ese *monopolio de validez normativa*, sustentado en estructuras formales y deductivistas, esto es, el sistema jurídico como una jerarquía pétrea y escalonada, que parte de la Constitución como la cúspide del sistema jurídico y que establece cinco exigencias de ese sistema con apariencia de coherencia y perfección: unidad, jerarquía, coherencia, completitud y economía (Vigo).

Contrario al método de la interpretación monológica, el sistema jurídico multinivel de protección de los derechos humanos que plantea la hermenéutica jurídica, aplicada al control de convencionalidad, rompe de manera necesaria con el *sistema monológico y jerárquico kelseniano*, para entrar a un *sistema dialógico-jurisprudencial* de los derechos humanos; ya no prevalece la norma de mayor jerarquía (*monológica formal*), sino que se determina en función de una *jerarquía móvil* basada en el respeto a la dignidad humana y los derechos humanos (*dialógica material*), es decir, la norma que determina la menor restricción y mayor beneficio a la persona.

La Constitución ya no es la cúspide de la pirámide del sistema jurídico jerarquizado, por tanto, ya no puede proporcionar todas las respuestas. Ahora el sistema jurídico se encuentra reformulado a la luz de un *bloque normativo bifronte* (Constitución-tratados internacionales) en el que resultan vinculantes las jurisprudencias tanto de los tribunales constitucionales nacionales como de las cortes internacionales de derechos humanos hasta alcanzar un *diálogo jurisprudencial multinivel* hacia una integración regional, comunitaria o universal en materia de derechos humanos (Flores). Sin embargo, no en todos los casos se realiza un control de la constitucionalidad y convencionalidad de la norma controvertida cuando no se vulnera un derecho humano, por ende, coexisten la pirámide kelseniana y el bloque de *constitucionalidad y convencionalidad*, lo cual no significa que las normas de derechos humanos dejen de ser obligatorias, por lo que el operador jurídico deberá realizar, en todos los casos, la interpretación de las normas de derecho fundamental desde la perspectiva dialógica del derecho antes señalada, procurando siempre la *concordancia práctica* de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, sin sacrificar un derecho a costa de otro (Hesse).

**Antonio Flores Saldaña**

## 619. INTERPRETACIÓN OFICIAL

Toda persona que inquiera sobre el sentido y alcance de las disposiciones jurídicas está interpretándolas. Esto hace necesario contar con algún criterio para distinguir la interpretación de quienes crean y aplican el derecho en calidad de autoridades, de aquella que pueden realizar otros sujetos, pero que no posee eficacia jurídica; la primera puede calificarse como “oficial y orgánica”, y la segunda “no oficial o no orgánica”, desde otro ángulo, una es la de los operadores jurídicos (órganos de creación y aplicación del derecho), y la otra la aportada por abogados, los medios de comunicación, los grupos sociales y personas en general.

La diferencia esencial entre la interpretación “oficial” y la “no oficial” es que la primera vincula, es decir, obliga a los destinatarios a su cumplimiento, y llegado el momento, se puede hacer exigible. La segunda, en cambio, a pesar de no tener este carácter, sí puede orientar o influir en aquella que realicen los operadores jurídicos.

Aunado al aspecto vinculante u obligatorio de la interpretación “oficial”, esta puede ser, desde otros ángulos, “implícita” y en ocasiones también “explícita”. La interpretación, como uno de los momentos del procedimiento de creación o aplicación de la norma, se entiende comprendida de tal forma en este, que no es necesario llamar la atención del sujeto para que la realice, en este caso es “implícita”.

En cambio, la interpretación es “explícita” cuando el orden jurídico faculta expresamente para realizarla a determinado órgano, el cual lo hace de manera manifiesta, deliberada, intencional y directa; esta generalmente es de observancia obligatoria. Asimismo, este tipo de interpretación puede o no ser “definitiva”, esto es, en los casos en que la determinación del sentido de las disposiciones sea susceptible de ser analizada por otro órgano que tenga a este respecto la última palabra, la interpretación que lleve a cabo el primero es “provisional”; por el contrario, si esto no sucede, puede considerarse como “última” o “definitiva”.

Dentro de las diversas categorías que admite la interpretación oficial, la que llevan a cabo los jueces, en la mayoría de las ocasiones, es considerada como la última y definitiva, sin embargo, esta última requiere una explicación ulterior, pues entre los órganos de creación y aplicación del derecho debe existir una estrecha relación de cooperación, de manera que la interpretación judicial perdura hasta que el órgano legislativo realiza algún cambio a la normatividad, luego de lo cual cae de nuevo en el ámbito administrativo o judicial para efecto de la determinación de su sentido y alcance.

La idea de la interpretación oficial tiene lugar no solo en el ámbito doméstico, sino que se extiende también al ámbito internacional. Por ejemplo, en relación con la garantía internacional de los derechos humanos, corresponde, en algunos casos, la interpretación oficial de los tratados a órganos jurisdiccionales y, en otros casos, a los órganos cuasi jurisdiccionales. Así ocurre, por ejemplo, con la actividad que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que ante los casos de Estados que aún no ratifican la Convención Americana, posee la interpretación oficial última y definitiva.

Por otra parte, cuando es la Corte Interamericana quien provee en los casos contenciosos el sentido y alcance de las disposiciones de la Convención Americana o de otros tratados en el ámbito del sistema interamericano, lo hace con el carácter de intérprete oficial de la Convención, lo cual se refuerza con la atribución adicional que posee de emitir opiniones consultivas a instancia de los Estados o los órganos de la OEA, legítimados para tal efecto. Los operadores jurídicos al interior de los Estados si bien tienen a su cargo la interpretación oficial de la Convención en el ámbito doméstico, esta no es la última y definitiva, misma que se deposita en la Comisión o, en su caso, en la Corte Interamericana según lo apuntamos.

Otro tema vinculado con la interpretación oficial de las disposiciones es el de los cánones, principios y materiales para llevar a cabo dicha actividad. Los cánones son medios de aproximación a los textos normativos que per-

miten determinar racionalmente su sentido y alcance; entre los cánones más extendidos están los de carácter semántico, sistemático, teleológico, histórico y funcional, según se concentre en el significado o los usos del lenguaje, la posición de la disposición frente a otras reglas del ordenamiento, el fin último al que atienda la disposición, los hechos o acontecimientos que impulsaron su establecimiento y el papel que juegan para posibilitar la dinámica institucional de aplicación de las disposiciones.

Por lo que se refiere a los principios para llevar a cabo la interpretación, en específico la interpretación oficial, son máximas o pautas generadas en el devenir histórico de las diversas ramas del derecho, que concentran la experiencia acumulada y dan a las propias ramas su individualidad y razón de ser frente a las demás, aunque hay algunos de aplicación general. Por ejemplo, el principio que afirma que las excepciones son de interpretación estricta no se aplica a alguna rama en lo particular, sino que podríamos afirmar que resulta apropiada para todas; por otro lado, el principio que señala que lo no prohibido está permitido opera en el ámbito del derecho civil, mientras que el principio que expresa que las autoridades solo pueden llevar a cabo aquello que expresamente les está señalado es propio del ámbito administrativo. En el campo de la interpretación constitucional, por ejemplo, son célebres los principios propuestos por Linares Quintana, quien afirma: *a)* en la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico o finalista de la Constitución, que es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad de la persona; *b)* la Constitución debe interpretarse con un criterio amplio, liberal y práctico; *c)* las palabras empleadas en la Constitución deben ser entendidas en su sentido general y común, a menos que resulte claramente de su texto que el constituyente quiso referirse a su sentido legal técnico; *d)* la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, ninguna disposición debe ser considerada aisladamente; *e)* se debe tener en cuenta no solamente las condiciones y necesidades existentes al tiempo de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación y aplicación; *f)* las excepciones y los privilegios deben interpretarse con criterio restrictivo, y *g)* los actos públicos se presumen constitucionales en tanto, mediante una interpretación razonable de la Constitución, puedan ser armonizados con esta.

Por último, en cuanto a los materiales o instrumentos para llevar a cabo la interpretación oficial, estos poseen en cada país, o en el ámbito internacional, matices diversos, los cuales están determinados por su evolución jurídica, la técnica legislativa, el interés doctrinal en el estudio de la interpretación y el papel que desempeñen los operadores jurídicos. Los siguientes son solo algunos de los instrumentos de interpretación relevantes en el ámbito doméstico: *Diario de los Debates*, exposiciones de motivos de las reformas normativas, estudios doctrinales, estudios de derecho comparado y las propias decisiones judiciales. En el ámbito internacional, por lo que se refiere a los tratados internacionales, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en sus arts. 30 y ss., otorga un papel relevante a todos aquellos documentos en que se encuentre plasmada la voluntad de los Estados partes, e incluso, en algún momento, a los trabajos preparatorios que reflejan en parte las posturas de las delegaciones que representaron a los Estados en su formación.

*Jorge Ulises Carmona Tinoco*

## 620. INTERPRETACIÓN PREVISORA

Este tipo de interpretación admite, como ha señalado claramente Néstor Pedro Sagüés, la existencia del valor “previsibilidad” en el mundo jurídico-político y obliga a considerarlo en el proceso de funcionamiento de la norma. Esto se traduce en que el intérprete, al realizar su labor, debe considerar las consecuencias que tendrán el significado y el alcance que les asigne a una norma, tanto en el caso concreto como en el medio social en el que esta puede impactar.

Esta forma de interpretar puede evitar las consecuencias que la falta de previsión en el ámbito judicial podría ocasionar; sin embargo, la conveniencia en la forma de interpretar encuentra obstáculos de manera reiterada pues, en virtud de la doctrina, los elementos que debe tomar en consideración el juez al desentrañar el significado de los preceptos normativos deben escindirse de aquellos que se tienen en cuenta en el plano político. Bertrand de Jouvenel, por ejemplo, en una de sus obras más significativas (*La teoría pura de la política*) puntualiza las diferencias que existen entre la función decisoria judicial y la política. Para él, mientras que la función judicial debe ocuparse únicamente de los hechos que afectaron a una o varias personas en un momento determinado en el pasado (y, por ende, solo al estado del mundo entonces existente), la decisión política, por el contrario, se configura como un esfuerzo tendente a afectar el estado futuro del mundo, que implica hacer conjeturas sobre la manera en que se desarrollará la decisión (y, por consiguiente, la necesidad de considerar hechos futuros, esto es, de contingencias). De esta manera, para que una decisión judicial sea correcta, lo único que se requiere es que los hechos pasados sean comprobados con suficiencia y que la norma pertinente sea aplicada en forma debida a los mismos. No se requiere, por tanto, que los órganos judiciales consideren las consecuencias prácticas de su decisión, pues ello solo debe corresponder a los órganos decisorios de tipo político que pueden actuar, a diferencia de los jueces, con base en expectativas.

Argumentos como los expuestos por De Jouvenel, más allá de la resonancia que han tenido entre algunos de los operadores jurídicos, han encontrado oposición entre autores que, como Goldschmidt o Sagüés, destinan un valor significativo a la previsibilidad en la interpretación de las normas. Para este último, por ejemplo, la interpretación en este terreno no es exclusivamente “cuestión de normas”, pues también abarca un momento fáctico con tres caracteres que implican: *a*) tomar en cuenta los hechos del caso en examen; *b*) los hechos que mostraron el pronunciamiento de la norma (que son indispensables para comprender la finalidad del legislador), y *c*) los hechos que se producirán en el futuro, de interpretarse la norma en uno u otro sentido. A este momento fáctico, Néstor Pedro Sagüés añade un momento axiológico, pues si bien es importante prever qué ocurriría si la norma se aplica de cierta manera, también es fundamental cuestionar la admisibilidad de los resultados, es decir, si configuran o no a los valores jurídicos básicos. Por ello, no debe olvidarse que una cantidad importante de las constituciones contemporáneas contienen valores relativos al régimen democrático, la justicia social, la dignidad, etc., cuya esencia debe ser protegida a partir de construcciones lógicas, racionales y axiológicas que, a cargo de los intérpretes, deben actuar, con la finalidad de no transgredir esos principios, valorando los contextos en que las normas deben aplicarse y las consecuencias que sobre ellos tendrá esa aplicación.

Para ejemplificar la forma en que se ha presentado en la práctica la interpretación previsor, uno de los casos a los que se recurre con frecuencia es *Naftalin vs. King* (II) (257 Minn. 498, 102 N. W. 2d 301, 1960), en el cual la Corte Suprema de Minnesota, después de analizar la conformidad con la Constitución local de cierta deuda pública (*state indebtedness*) contraída por ese estado, determinó que si bien las disposiciones que dieron paso a ese endeudamiento podían ser consideradas contrarias a la Constitución de Minnesota, no se declararía la inconstitucionalidad pues, de hacerlo, podría ocasionar más perjuicios que beneficios, desde un punto de vista estructural. Esto se determinó considerando que diversas obras relacionadas con la ampliación, rehabilitación y reparación de escuelas, prisiones, hospitales y otras edificaciones destinadas a la prestación de servicios públicos podrían abandonarse o demorarse, de tal manera que la declaración de inconstitucionalidad podría causar serios problemas relativos a los servicios, a los que los fondos derivados de la deuda que había adquirido el estado estaban destinados. La decisión de la Corte de Minnesota demuestra que en ocasiones los órganos de control pueden abstenerse de aplicar una doctrina que podría considerarse adecuada —desde el punto de vista normativo— pero que se considera dañina para ciertos valores, al tomar en cuenta consideraciones consecuencialistas. Sentencias como esta son —como indica Sagüés— una prueba clara de que la previsibilidad no es solo un valor político, sino también un valor jurídico de gran importancia, dado que, al apreciarse las repercusiones y resultados del proceso exegético, se pueden evitar los efectos nocivos de una aplicación efectiva, fría y aséptica de la ley.

***Raúl Contreras Bustamante***

## 621. INTERPRETACIÓN PRINCIPIALISTA

La interpretación principialista se refiere al modelo para la comprensión, significación y determinación del alcance de todas las normas jurídicas (reglas y principios), tomando como parámetro informador a los principios considerados como derechos humanos en la Constitución de la república; de ahí su naturaleza “principialista”.

Este tipo de interpretación se desarrolla concretamente en los Estados constitucionales de derecho, en los cuales se considera a la Constitución como una verdadera norma jurídica, la que, además de señalar la distribución de funciones entre los poderes públicos, reconoce un catálogo de derechos humanos (principios) que orientan todas las actividades de los entes públicos.

El surgimiento de este modelo de interpretación se debe a la distinción que actualmente se hace entre las normas jurídicas que componen el derecho, a saber, reglas y principios. En dicha diferenciación, los principios han adquirido una importancia notable para la configuración del fenómeno jurídico, prácticamente después de la Segunda Guerra Mundial, con el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos y del reconocimiento de los mismos en diversas constituciones del mundo.

La interpretación que se comenta considera a los principios como criterios indispensables para dotarlos de significado y sentido a todas las normas jurídicas, ya que los mismos se refieren a ideales (morales) positivizados en una norma fundamental, necesarios para conseguir una forma de vida digna, como son la igualdad, libertad, seguridad jurídica, intimidad, entre muchos otros.

Los jueces ordinarios y constitucionales recurren al modelo de interpretación principialista desde dos enfoques: por un lado, para interpretar las reglas jurídicas con base en los derechos humanos, así podrían inaplicar o calificar como inconstitucional una regla que no pueda ser comprendida o entendida bajo el contenido esencial de los derechos humanos, siempre y cuando justifiquen ampliamente tal inaplicación o inconstitucionalidad y, por el otro, para interpretar las normas sobre derechos humanos (principios) conforme a los derechos humanos. Lo anterior no es tautológico, ya que los derechos tienen una dimensión de interdependencia. Por ello, para identificar el alcance de algún derecho humano, se necesita considerar a los demás derechos, ya que los mismos tienen una vocación técnica integral (p. ej., el derecho humano a la vida no puede ser analizado e interpretado al margen de los derechos humanos a la salud, la alimentación y el agua). En el mismo sentido, el derecho al sufragio activo y pasivo no puede ser comprendido ni aplicado sin considerar el derecho a la libertad de expresión y de asociación política.

En tal tesitura, la interpretación principialista se sustenta en dos pilares: la interpretación conforme y el principio pro persona, los cuales se reconocieron en la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

El primer pilar señala que, para aplicar un modelo de interpretación principialista, es necesario considerar los derechos humanos reconocidos en las normas jurídicas del ámbito nacional e internacional, esto es, recurrir al principio de interpretación conforme, que entiende que las normas jurídicas se aplicarán e interpretarán con base en los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, los cuales conforman —jurisprudencialmente hablando— un parámetro de control de regularidad constitucional de todas las normas y actos del orden jurídico, de acuerdo con los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (contradicción de tesis 293/2011).

El segundo pilar implica que, para potencializar a su máxima expresión el modelo de interpretación principialista, se requiere aplicar el principio pro persona, el cual señala que en la comprensión y aplicación de las normas jurídicas, se debe optar por la que represente el mayor beneficio hacia la persona (criterio maximalista), de esta manera, la compatibilidad de las prerrogativas de los derechos humanos con la interpretación que se exhiba de las normas jurídicas (como lo demanda la interpretación de corte principialista) comporta considerar el fundamento mismo de los derechos, esto es, la dignidad humana, por lo que se debe actuar siempre en aras de conseguir su máximo alcance.

En el ámbito judicial, la interpretación principialista no puede ser ejercida sin considerar determinando modelo de argumentación jurídica (p. ej., Toulmin, MacCormick, Alexy, Atienza o cualquier otro), el cual resulta útil e indispensable para justificar de forma razonable y correcta una toma de postura, en este caso, el significado concreto que se le asigne a las normas jurídicas. Así, la interpretación y la argumentación son elementos de una misma materia, los cuales no deben ser asumidos de manera separada, ya que cuando un decisor presenta ante un auditorio cierta interpretación principialista, esta debe estar respaldada con un amplio aparato argumentativo que desdoble diversas razones para justificar la interpretación, el cual, además,

debe ser sometido a determinados criterios de corrección a fin de evaluar la argumentación de cara a las partes y a la sociedad.

En México, la interpretación principialista se encuentra en un proceso de evolución constante, ya que las reformas constitucionales y los criterios jurisprudenciales que la sustentan —de forma implícita— son relativamente recientes (parten de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011). Por esta razón, la misma ha sido poco explorada en el contexto académico, aunque desde el ámbito judicial se ha contribuido notablemente a su comprensión, en concreto, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

*Juan Manuel Romero Martínez*

## 622. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Este tipo de interpretación sirve a los tribunales constitucionales para declarar la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo de un texto sin afectar la totalidad de este, produciendo un efecto de reducción en los supuestos a los que son aplicables las consecuencias jurídicas derivadas del precepto.

Se suele emplear en relación con preceptos que pecan de demasiada generalidad, ambigüedad o exceso, de manera que el texto de la disposición impugnada deberá entenderse en la forma establecida por el órgano jurisdiccional en la sentencia, que viene así a detallar lo genérico, a concretar lo que era ambiguo o a distinguir donde la ley no lo hacía.

El efecto reductor, que censura parte del contenido normativo derivado de una disposición que expresa diversos sentidos, es consecuencia de la eliminación de un determinado contenido preexistente, que hace que el contenido inalterado asuma un significado nuevo y diverso de aquel que tenía originalmente; por tanto, esta forma de interpretar el ordenamiento jurídico no puede —en rigor— calificarse como un instrumento que tenga un efecto puramente negativo, de sola anulación de normas, porque modificar (al reducir) el significado normativo de la disposición también tiene un carácter creativo, que añade una norma nueva.

Regularmente, esta interpretación se aplica conforme al esquema siguiente: la disposición normativa *a* contempla las normas *b + c*, de las cuales solo *c* es inconstitucional.

Los tribunales suelen emplear esta interpretación, por ejemplo, cuando declaran la inconstitucionalidad de un artículo del Código Penal en la parte que prevé la aplicación de la medida de seguridad de internamiento en un hospital psiquiátrico a los menores de edad, sobre todo si se tiene en cuenta que el artículo no preveía textualmente esta posibilidad, pero por su generalidad podía también entenderse aplicable a los menores, supuesto que el Tribunal considera no se ajusta a la Constitución y, con la sentencia, se reduce el contenido normativo del artículo.

En otras ocasiones, cuando los tribunales utilizan la interpretación restrictiva, emplean las siguientes fórmulas: se declara la inconstitucionalidad del precepto “en cuanto excluye”; “en cuanto se refiere”; “en cuanto es aplicable”; “en la medida en que”; “en la parte que prevé”, o “en la parte que no excluye” su aplicación a cierto supuesto o en general a cierta norma.

En ese sentido, se pueden ubicar sentencias pronunciadas sobre la constitucionalidad de un precepto que contempla el derecho de padres, profesores

y alumnos a intervenir en el control y la gestión, común a todos los centros escolares privados, sin distinguir la ley en relación con los centros sostenidos por fondos públicos. En casos como este, el Tribunal emplea una interpretación restrictiva y declara la inconstitucionalidad del artículo en cuanto se refiere a los centros sostenidos por la administración con fondos públicos, no siendo opuestos a la Constitución en tanto se trata de centros privados con ese tipo de financiamiento.

También se pueden identificar pronunciamientos en los que los jueces constitucionales se enfrentan a un contenido normativo parcialmente contrario a la Constitución y lo que hacen en algunas ocasiones es declarar la inconstitucionalidad de esa parte del precepto sin afectar la parte que es completamente acorde con la norma suprema. En estos casos se realiza una interpretación restrictiva, para que el artículo no se aplique en algunos de los supuestos que inicialmente estaban contemplados en él. Un ejemplo de ello es cuando un enunciado normativo establece la posibilidad de que un menor de edad pueda ser sancionado con multa o arresto por causar destrozos en la vía pública, entonces, opera la restricción, declarando la invalidez del artículo, en cuanto permite imponer arrestos a los menores de edad, y se declara constitucionalmente válido solo respecto a la imposición de multas.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

### 623. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

En la doctrina jurídica, esta interpretación es un concepto que con dificultad encontraremos en un diccionario convencional; no obstante, si hacemos un ejercicio de descomposición y composición en las definiciones, podemos deducir qué es lo que pretende significar.

La Real Academia Española (RAE) define a la interpretación como “la acción y efecto de interpretar” y si a este le sumamos el adjetivo de teleológica, también determinado por la RAE como “perteneciente o relativo a la teleología”, es decir, a la doctrina de las causas finales, podemos deducir que, en términos llanos, la interpretación teleológica consiste en atribuir el significado a una norma considerando la finalidad del precepto.

En la doctrina, Riccardo Guastini refiere que la interpretación teleológica “Corresponde al fin de la ley o a la *ratio legis*, entendida como la intención ‘práctica’ de la autoridad normativa, es decir, lo que ella quería hacer”. Por su parte, Víctor Emilio Anchondo Paredes apunta que la interpretación teleológica “Supone la búsqueda del sentido de la norma, que va más allá del simple texto; exige encontrar la finalidad propuesta con su creación; hallar el propósito perseguido por la misma”.

Por nuestra parte, entendemos que cuando nace la necesidad de esclarecer el significado de una norma, debido a la existencia de opacidad o disensión con su contenido, el intérprete puede seleccionar e implementar alguno de los métodos de interpretación jurídica. En un sentido general, dentro del ámbito jurídico, la interpretación implica asignarle determinado alcance y sentido a un texto normativo; y para este fin, la ciencia jurídica ha establecido diversos métodos de interpretación. Pensemos, por ejemplo, en el gramatical, sistemático, histórico, genético, acorde al uso alternativo del derecho, analógico o extensivo, teleológico, entre otros.

En el mismo sentido, Óscar José Dueñas Ruiz puntualiza que “La metodología en la hermenéutica tiene por objeto ordenar conocimientos (filosóficos, gramaticales, históricos, etc.) para la perfección de una interpretación que permita el calificativo de acertada”, dado que responde a una atención cuidadosa, cuyo propósito es la obtención de la verdad. Asimismo, los métodos de interpretación jurídica pueden apelar a razones literales, conceptuales o lógicas.

En el caso particular de la interpretación teleológica, podemos referir que es aquel método que busca la finalidad de la norma, pues persigue el designio normativo, apelando al espíritu del enunciado, considerando diversos factores como los antecedentes de la norma, el sistema jurídico y la realidad social, ya que, para hallar el sentido final de un precepto, es indispensable revelar las intenciones que propiciaron la producción normativa. Siguiendo a Pierluigi Chiassoni, este método de interpretación prescribe a los intérpretes a utilizar los recursos constituidos por consideraciones finalistas, cuya relevancia interpretativa refleja la adhesión al principio de razón suficiente (*nulla lex sine ratione*).

Para el método de interpretación teleológico, el intérprete —antes que cualquier otro elemento— debe valorar la noción de fin de la norma jurídica, para lo cual debe cuestionar el interés que desde el punto de vista jurídico busca favorecer el precepto. Una vez que el intérprete conozca este elemento, decidirá la polémica, analizando la disposición, de suerte que por su aplicación derive el efectivo resguardo del propósito que la norma pretende garantizar.

La interpretación teleológica procura atribuir a una disposición normativa la significación que concuerda con la intención de la ley, pues se parte de la idea de que el precepto es un medio para alcanzar un fin. Este método de interpretación de la ley se fundamenta en la noción de que el legislador, al momento de crear una norma, está contemplando determinados objetivos, para los cuales las leyes constituyen un medio, y que al interpretar de forma invariable se deben observar. Cabe señalar que es posible que la interpretación teleológica deba tomar en cuenta diversos tipos de “finalidades”, como el fin de una norma en específico; el fin ordinario de una materia en cuestión; los fines generales del derecho, e incluso, los fines de la sociedad.

Este método interpretativo posee una gran virtud, como lo es rastrear la esencia y finalidad de la norma; sin embargo, el mayor inconveniente para su aplicación consiste en diagnosticar cuál es este propósito. Al respecto, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas sostiene que “Si se obtiene del texto objeto de interpretación el argumento teleológico se confundirá con el criterio gramatical; por otro, si la finalidad se investiga teniendo en cuenta otros enunciados o documentos normativos, el argumento teleológico se acerca mucho al criterio sistemático”, por tanto, y como podemos vislumbrar, para realizar un correcto empleo del método de interpretación teleológica hay que guardar mucha cautela, dado que, para desentrañar el espíritu del contenido normativo, se debe reparar en múltiples variables, que pueden oscilar desde el objeto de una norma individual hasta los fines de un sistema jurídico y su sociedad.

Para ejemplificar el uso del método interpretativo de la ley en cuestión, recordemos una tesis aislada de la Décima Época publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, en la que se realiza una interpretación teleológica del

artículo 48 de la Ley de Amparo, a la luz del principio hermenéutico pro persona, que refiere: “El artículo 48 de la Ley de Amparo establece que, por excepción, los jueces deben pronunciarse sobre la suspensión del acto reclamado, aun cuando consideren que no son competentes para conocer del juicio, previo a plantear su incompetencia, entre otros supuestos, cuando el acto reclamado implique ‘peligro de vida’”. Este precepto no admite solamente una interpretación literal, conforme a la cual, “el peligro de vida” se actualice solo en casos en que haya una persecución letal o una pena de muerte o casos como los que, en otras épocas históricas, era natural entender que quedaban referidos en tal expresión, en los que directamente se viera comprometida la vida de un individuo. Una interpretación de esta índole, sensible a las problemáticas actuales y a la protección de los derechos humanos, lleva a considerar que son diversas las hipótesis que, *de facto*, pueden representar un riesgo o amenaza a la subsistencia de las personas, como sucede en determinados casos, en torno a ciertos riesgos o afectaciones a la salud que comprometen la subsistencia o integridad de las personas, pues son esas situaciones de alto y sensible riesgo las que la legislación de amparo ha querido acoger, otorgándoles una protección especial y de amplio acceso, haciendo inaplazable y de carácter urgente proveer la medida cautelar.

*Raúl Contreras Bustamante*

#### 624. INTÉRPRETE INDÍGENA

Es la persona que mediante el uso de un lenguaje establecido hace posible la comunicación entre un sujeto o comunidad indígena y algún otro interlocutor que no conoce la lengua, costumbres, tradiciones, cultura y demás especificidades propias del lugar de donde aquel es originario.

Bajo la premisa de que el derecho indígena se basa en un modelo de respeto a las diferencias culturales de las personas, se concibe al intérprete como un auxiliar de la comunicación, que constituye una prerrogativa para las personas indígenas, y una obligación de las autoridades en proporcionarlo.

Mediante el intérprete, las autoridades están en posibilidad de entablar un diálogo con las personas o grupos indígenas, además permite un primer acercamiento con los rasgos particulares del grupo social, para que a partir, no solo de un lenguaje sino de toda una cosmovisión basada en una diversidad cultural, las autoridades y operadores jurídicos puedan entender sus costumbres y tradiciones.

La concepción del intérprete se desarrolla bajo la postura de que la lengua es una manifestación cultural, y como tal, es un instrumento característico de la comunicación humana, materializada mediante el uso de un lenguaje y un canal de comunicación común.

El derecho a contar con un intérprete se inscribe en el marco de los derechos fundamentales a la comunicación y defensa adecuada, ya que parte del criterio de que una persona tiene derecho a exponer sus argumentos en su lengua originaria, y es al Estado a quien le corresponde allegarse de los medios necesarios para poder entablar una comunicación adecuada y oportuna con las personas o comunidades indígenas.

Desde la perspectiva de acceso a la justicia, el intérprete es un auxiliar de comunicación entre la persona o comunidad indígena, con algún órgano del

Estado, mediante el empleo de canales de comunicación como la escritura, la voz, signos o señas; con la característica imprescindible de conocer la cultura y especificidades propias de la comunidad para poder establecer, a partir de esa cosmovisión, una traducción apegada a una realidad indígena. Se trata de justicia en lengua indígena.

Así, la interpretación debe partir de la particular cosmovisión de la comunidad indígena; esto es, poder conocer costumbres y especificidades culturales y, en su caso, advertir si estas han influido en el comportamiento de la persona.

El intérprete indígena responde a la necesidad de reducir la distancia cultural que *de facto* opera entre una persona indígena y las reglas de un sistema judicial inspirado en códigos que no incluyen la visión de determinadas minorías culturales.

Desde la perspectiva de acceso a la justicia, todas las autoridades al inicio de un juicio o procedimiento, o simples peticiones, tienen la obligación de garantizar a la persona o comunidad indígena la asistencia de un traductor para que les dé una voz a partir de la cosmovisión particular de una realidad diferente.

La figura del intérprete se funda en la idea del equilibrio de oportunidades en el acceso a la justicia, pues se concibe a las comunidades indígenas como un grupo históricamente desprotegido y en desventaja económica, cultural y social, en cuanto al ejercicio de los derechos.

Así, toda comunicación de las autoridades del Estado con una persona indígena debe realizarse en su lengua; de manera que en juicios, procedimientos o incluso peticiones, la persona o comunidades indígenas tengan el derecho de acceso en su propia lengua; pues corresponde a las autoridades designar un intérprete que auxilie en el proceso de comunicación.

El derecho a un intérprete implica, entre otras cuestiones, un reconocimiento a la composición multicultural de los Estados; y una reconciliación con grupos sociales, históricamente en desventaja en relación con el ejercicio de los derechos mínimos que garantizan la dignidad de los seres humanos.

El reconocimiento de los derechos indígenas corresponde a las autoridades, por lo que en el caso que se tenga duda sobre el origen o pertenencia indígena de una persona es obligación de las autoridades indagar sobre el tema.

Así, una vez determinada la calidad indígena de una persona, esta tiene derecho a la asistencia, en todo momento, de un intérprete; pues, en la comunicación entre las personas o grupos indígenas deben considerarse las costumbres, tradiciones, el sistema jurídico del estado en el que ocurran los hechos o se ventile la controversia, la regulación jurídica indígena en particular y las normas del sistema internacional de los derechos humanos.

En este contexto, las personas indígenas no se encuentran en un grado de excepción respecto de las demás partes en un proceso, sino que lo trascendente es analizar los planteamientos jurídicos desde su cosmovisión, es decir, se juzga desde la diferencia, respetando los derechos humanos y la multiculturalidad.

**Graciela Rocío Santes Magaña**  
**José Artemio Zúñiga Mendoza**

## 625. INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN

I. *La posición del Tribunal Constitucional.* ¿Cómo podemos caracterizar a este órgano en la división de poderes? Kelsen construyó la idea de “legislador negativo”. Eisenmann se refería a un “poder constituyente por defecto”. García de Enterría a un “comisionado del poder constituyente” para la defensa de la Constitución. A mi entender, las tres caracterizaciones no son adecuadas, y las dos últimas, pese a sus matices, entrañan una hipérbole, pues su labor no puede confundirse con el ejercicio extraordinario de la soberanía popular propio del poder constituyente. Un tribunal constitucional es un poder constituido, limitado y que ejerce sus funciones habitualmente; tampoco debería decidir en lugar del poder de reforma, sustituyéndolo, ni siquiera ocupar sus silencios en aquellos espacios constitucionales vacíos, propios del poder de modificar una Constitución. Bien es verdad que las Constituciones cambian por su reforma o a través de la interpretación constitucional, y ambas actúan en terrenos colindantes. Pero no es casual que ni la Constitución española ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) prevean la posibilidad del control de constitucionalidad material de la reforma. Una cuestión muy debatida en derecho comparado y que sí es enjuiciada por otras Cortes iberoamericanas. Tampoco es fortuito que el Tribunal Constitucional español esté sometido no solo a la Constitución y a sus reformas, sino también a su Ley Orgánica por mandato del art. 1.1, LOTC. Una y otra pueden derogar alguna de sus competencias o abrogar su doctrina jurisprudencial. Curioso poder constituyente sería aquel sometido a una ley orgánica o al poder de reforma que es derivado del primero. Por lo demás, las delegaciones o comisiones deben ser expresas en vez de tácitas o presuntas. Las dos tesis que acaban de refutarse no me parecen convincentes.

II. *El intérprete supremo de la Constitución.* Conforme al art. 1.1, LOTC, un precepto de matriz alemana, el Tribunal Constitucional es el “intérprete supremo de la Constitución” y, en realidad, de todo el bloque de la constitucionalidad. Con esa condición puede aclarar el sentido de los preceptos constitucionales si resultase ambiguo, oscuro o necesitado de concreción. Segundo, cabe integrar las normas constitucionales y cubrir sus lagunas allí donde no sea explícito el sentido de las mismas pero resulte inmanente, haciendo que aflore. Tercero, puede incluso interpretar tales disposiciones de manera constructiva de nuevas normas; el carácter constructivo de la interpretación constitucional es uno de sus rasgos diferenciales. Si la interpretación constitucional debe consistir normalmente en hacer explícitas las normas constitucionales con criterios de justicia y razón antes que en edificar un derecho nuevo. La jurisprudencia constitucional participa de las fuentes de creación del derecho, formando verdaderas normas mediante la exégesis de otras que se adhieren a las de rango constitucional. El juez de la ley es artífice del derecho (Zagrebelsky). En la labor de un intérprete supremo, el deslinde entre creación y aplicación del derecho se difumina, aunque no desaparezca, ni las normas se creen del mismo modo por sentencias que mediante leyes: “... El Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, *la definición de la norma*, se impone a todos los poderes públicos” (STC 1/1981).

III. *La apertura de las normas constitucionales. La politicidad de los conflictos.* Las normas constitucionales incorporan cláusulas muy generales, dotadas de un

alto grado de abstracción e indeterminación. Su exégesis suele reclamar una declaración, fundada en una argumentación que supera la decisión del caso concreto. Además, bastantes de los conflictos jurídicos que enjuicia la jurisdicción constitucional, y deben resolverse con arreglo a esas normas tan generales, se adentran en el dominio de las tensiones políticas, lo que dificulta hallar un adecuado distanciamiento *supra partes*. Estas decisiones son, pues, parte de una dirección política de Estado y, en ese sentido —pero solo en ese—, son políticas.

IV. *Los intérpretes de la legalidad y la interpretación conforme.* El Tribunal es el intérprete supremo de la Constitución “pero no del resto del ordenamiento jurídico” (STC 74/1987). No es juez de la legalidad. Una labor que corresponde a los órganos que integran el Poder Judicial. Pero cualquier Tribunal Constitucional, aunque en teoría acepte estos límites, sobrepasa a veces tales fronteras, siendo difícil saber cuándo se adentra en territorios de legalidad. Por eso ha podido llegar a decirse: “...este Tribunal que, en cierto sentido, es... no solo defensor de la Constitución, sino defensor también de la ley” (STC 17/1981). La explicación de esta perspectiva equivocada —por excesiva— reside en que, efectuar una interpretación constitucional, reclama “bucear” —ahondar— en la legalidad para comprenderla antes de poder volver a la superficie a la altura de la jerarquía de las normas constitucionales. En particular, ciertos derechos relacionales —especialmente, el proceso debido— abocan a una interpretación conforme a la Constitución de las leyes. Es probable que, utilizando la interpretación conforme, algunos tribunales constitucionales puedan haberse desbordado e invadido funciones nomofilácticas y casacionales. Se genera entonces un “efecto llamada” de cualesquiera pleitos hacia la jurisdicción constitucional y se menoscaba el recto funcionamiento de los otros órdenes jurisdiccionales. La única salida radica en depurar los límites de la interpretación constitucional.

V. *¿Un legislador negativo? Un órgano constitucional y jurisdiccional. Vinculación.* Está muy difundida la caracterización de Kelsen como “legislador negativo”. Pero no me parece que pueda ser aceptada. Le preocupaba al clásico ubicar el nuevo órgano dentro de la triada horizontal de poderes, para superar dos objeciones a su creación: la soberanía del Parlamento y la separación de poderes. Por eso afirmaba que el órgano al que se confiere el poder de anular las leyes no ejerce verdaderamente una función jurisdiccional sino otra semejante a fijar una norma general, y concluía que un tribunal con tal poder es un órgano del Poder Legislativo; solo después diría que la decisión de un tribunal constitucional de anular una ley tiene el mismo carácter que “una ley de derogación u otra ley”, es decir, “un acto negativo de legislación”, y es una función legislativa, lo que justifica que sus miembros sean elegidos por el Parlamento.

Pero, en los ordenamientos contemporáneos, el Tribunal Constitucional no se integra orgánicamente en el Parlamento ni ejerce funciones legislativas. Es un órgano jurisdiccional, independiente, dotado de una jurisdicción propia, que dicta sus decisiones motivadamente, en forma de sentencia, tras tramitar unos procesos y resolver unas pretensiones con congruencia. La moderna organización constitucional ya no se articula desde el corsé de la vieja concepción tripartita de poderes y funciones, por ello, en muchos países se solventa su posición acudiendo a la categoría de “órgano constitucional”. Un

órgano al margen de los poderes clásicos y ubicado en situación de paridad con los mismos, según argumentaron Sandulli y García Pelayo.

Las funciones de la jurisdicción constitucional asumen frecuentemente un papel “positivo”, según se hace evidente en las “sentencias interpretativas” frente a aquellas en las que se declara la nulidad y que tienen prevalentemente una dimensión negativa. No obstante, los efectos generales, derivados de la “vinculación” del legislador a la doctrina jurisprudencial, más allá del caso concreto enjuiciado, existen también en las sentencias de declaración de inconstitucionalidad (art. 38.1, LOTC).

VI. Los tribunales constitucionales no son un poder constituyente ilimitado, ni siquiera otro derivado de reforma, tampoco un legislador negativo, pues están sometidos a los primeros, pero solo al segundo cuando configura su Ley Orgánica. La función de intérprete supremo de la Constitución tiene una dimensión positiva, más jurídica que la de “defensa de la Constitución”, porque no se contenta con preservar contenidos, anulando leyes, sino que suministra criterios y principios. Es la propia de órganos jurisdiccionales, no de árbitros políticos, pero al tiempo son órganos constitucionales ubicados en el flujo de una concreta división de poderes.

*Javier García Roca*

## 626. INTERSEXUALIDAD

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI), determinó que el concepto de intersexualidad se estableció para describir las situaciones en las que el cuerpo sexuado de una persona varía respecto del estándar de corporalidad masculina o femenina culturalmente vigente. Igualmente, hace referencia a las personas que al momento de nacer tienen variaciones en las características sexuales físicas, incluyendo las de tipo genético, hormonal o anatómica atípica.

Así, intersexualidad es un concepto que se refiere a los casos en los que la fisiología de una persona no se ajusta a los estándares conocidos para los dos sexos que la cultura ha normalizado como femenino y masculino. Es un término general que incluye diversos estados de intersexualidad, por lo que los rasgos sexuales de nacimiento en las personas con características intersexuales podrían relacionarse en diferente gradación a ambos sexos. Ello no siempre es fácilmente identificable o evidente en el nacimiento, pues algunas variaciones lo son hasta la etapa de la pubertad o la adolescencia, y otras requieren exámenes médicos para conocerlas.

De este modo, una persona que desde el nacimiento posee características biológicas femeninas y masculinas —como genitales o cromosomas— puede tener dificultades a la hora de asignársele un sexo. En relación con ello, la intersexualidad es una variación sexual que ocurre ordinariamente en los seres humanos y no representa un problema de salud o médico. Existen datos estadísticos que evidencian que una de cada cien personas son *intersex*. Algunas poseen una unión cromosómica que no corresponde al XX (femenina) o XY (masculina), sino, por ejemplo, son XXY. En otros casos encontramos genitales u órganos sexuales indeterminados, por ejemplo, quienes tienen tejido testicular y ovárico. Igualmente, no hay que pasar por alto que hay quienes nacen con genitales que tienen la apariencia de ser masculinos o femeninos,

pero sus órganos internos u hormonas, que son segregadas, no tienen coincidencia con esa lectura superficial.

En este orden de ideas, la diversidad en los cuerpos se refiere a un gran abanico de posibilidades que no están estandarizadas y, por tanto, van más allá de las concepciones ordinarias de cómo deben ser los cuerpos de un hombre o una mujer. De este modo, *intersex* es un término paraguas que incluye las diferentes formas de los cuerpos, máxime que existe evidencia científica de la gran cantidad de variantes (de hecho, hay alrededor de 40 manifestaciones corporales).

Si se mira desde las perspectivas de igualdad, inclusión, derecho a la identidad y libre desarrollo de la personalidad, así como de la reivindicación que los colectivos *intersex* hacen del concepto, se considera que el término intersexual es el apropiado y, con ello, se rechaza el uso de expresiones como hermafroditismo o pseudohermafroditismo, usado en el pasado en contextos médicos.

Finalmente, las personas *intersex* pueden identificarse como tales, como mujeres, hombres, ambos, o ninguno de los dos.

***Eréndira Nohemí Ramos Vázquez***

## 627. INVESTIGACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS JUDICIALES

La investigación de los servidores públicos se encuentra orientada a determinar si en el ejercicio de sus funciones han incurrido en actos u omisiones, es decir, en alguna causa de responsabilidad prevista en ley.

La palabra “investigación” deriva del latín *investigatio*, *-ōnis* que significa acción y efecto de “investigar”, palabra también de origen latino *investigāre*.

Dentro del Título IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentran cuatro tipos de responsabilidades: política, penal, civil y administrativa.

Servidor público judicial es aquel que presta un servicio al Estado en el ámbito del Poder Judicial federal o local, bien sea que se desempeñe directamente en un órgano formal y materialmente jurisdiccional o en funciones de carácter administrativo vinculados con la función pública de impartición de justicia; concepto en el que se incluyen los defensores y los asesores jurídicos, y cada una de esas categorías tiene una correspondiente forma de investigación.

En el desempeño jurisdiccional del juzgador, por regla general, se excluye de la investigación el arbitrio judicial, para garantizar la independencia y autonomía del titular, y solo se puede abordar cuando se aduce que existe contradicción notoria y objetiva con el orden normativo o que se falló en contra de las constancias que obran autos. Y está surgiendo una nueva vertiente que abarca la revisión de la uniformidad o regularidad del criterio.

En el derecho comparado, el procedimiento de responsabilidad de los funcionarios del Poder Judicial se encuentra relacionado principalmente con la garantía de independencia para ejercer su función. En esa virtud, los juzgadores, así como su personal, pueden ser sujetos de responsabilidades administrativas, civiles, penales e incluso patrimoniales.

La actuación del servidor público estrictamente jurisdiccional frente al orden interno puede ser investigada en diversos aspectos: en su actuación como juzgador; en sus relaciones con los subalternos, y entre estos y respecto de su honestidad. En este último renglón, la investigación, en la esfera federal, comprende la situación y evolución patrimonial, en donde se puede investigar

también al cónyuge del servidor público; concubina, en su caso, y dependientes económicos, análisis que puede verificarse sobre sus ingresos, propiedades, cuentas bancarias, e incluso su situación fiscal.

En el ámbito federal, el nombramiento lleva expreso el reconocimiento de la potestad del Consejo de la Judicatura para investigar todos esos rubros, a través de su Contraloría, la Comisión de Disciplina y la Comisión de Vigilancia y Evaluación.

El inicio de una investigación a un servidor público judicial se efectúa a través de una queja o denuncia; también puede llevarse a cabo de oficio, como resultado de una visita extraordinaria, por determinación del Pleno, por inconsistencias en la situación patrimonial o cuando se presume la existencia de irregularidades.

Los servidores judiciales en el Poder Judicial Federal se encuentran sujetos al régimen general de responsabilidad de los servidores públicos establecido en los arts. 110-113 de la Constitución federal.

El art. 131 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece un catálogo de causales por las que puede iniciarse un procedimiento administrativo, entre ellas: realizar conductas que atenten contra la independencia judicial; ineptitud o descuido de funciones; impedir que las partes ejerzan sus derechos; no preservar la dignidad, imparcialidad y profesionalismo de la función; prejuzgar sobre asuntos; abandonar la residencia del tribunal o juzgado; dejar de desempeñar las funciones del cargo; realizar nombramientos o promociones infringiendo disposiciones. Y el art. 135 de esa ley contempla como sanciones aplicables en los casos de responsabilidad de los juzgadores y demás sujetos: el apercibimiento privado o público; la amonestación privada o pública; la sanción económica; la suspensión; la destitución del puesto, y la inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público.

Al concluir los primeros seis años en su encargo, los magistrados de circuito y jueces de distrito son sujetos a un procedimiento de ratificación.

De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para la ratificación de magistrados de circuito y jueces de distrito, el Consejo tomará en consideración el desempeño que se haya tenido en el ejercicio de su función, principalmente: los resultados de las visitas de inspección; el grado académico, que comprende el nivel de estudios con que cuente el servidor público, así como los diversos cursos de actualización y especialización acreditados de manera fehaciente; no haber sido sancionado por falta grave con motivo de una queja de carácter administrativa.

Respecto de los procedimientos de investigación que se llevan a cabo en relación con los servidores públicos de los poderes judiciales locales, encontramos que en la mayoría de los estados de la República mexicana se reproduce parte del sistema implementado por el fuero federal, descrito en párrafos anteriores.

*Juan Carlos Cruz Razo*

## 628. *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* EN AMÉRICA LATINA

El proyecto del *ius constitutionale commune* en derechos humanos para América Latina (ICCAL) se define como un proyecto político, jurídico y cultural, sus-

tentado en la convicción de que solamente bajo una mirada transformadora, el derecho público y su ciencia pueden enfrentarse exitosamente a los desafíos contemporáneos. La idea de un derecho constitucional común latinoamericano tiene larga data, y está imbricada en la década de los setenta con la recuperación de la democracia de cara a las dictaduras militares dominantes en esa época en la región y a las violaciones masivas de los derechos humanos. Sin embargo, en el siglo XXI, el *ius constitutionale commune* ha adquirido un renovado perfil.

La apertura y la globalización hacen surgir la pregunta de cómo entender las estructuras fundamentales del derecho público. El concepto del derecho común latinoamericano emerge como una estrategia para dar respuesta a tal interrogante. Se trata de una noción parecida al concepto del derecho común europeo. Similares son también las estrategias que sustentan a otros conceptos (derecho de la humanidad, derecho cosmopolita, derecho global o derecho transnacional, entre otros). El ICCAL, por tanto, no es una mera emulación de teorías europeas, sino una construcción a partir del contexto latinoamericano, que tiene presente las experiencias de constitucionalismo transnacional en otras regiones. Conforme a la construcción emergente del intercambio académico entre el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público y expertos latinoamericanos se busca perfilar las características, las tendencias, las tensiones y las potencialidades del ICCAL en derechos humanos.

Este proyecto se basa en la tríada integrada por sus objetivos, conceptos clave y desafíos. Entre los objetivos centrales se examina la promoción y observancia de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, el desarrollo de la estatalidad abierta y la conformación de instituciones internacionales eficaces y legítimas. La sistematización de los conceptos clave gira en la órbita del diálogo, de la inclusión y del pluralismo normativo. Los rasgos esenciales incluyen una concepción integral del derecho público, la argumentación fundamentada en principios y la mayor relevancia que se asigna al derecho comparado. Se está dando a conocer como la fórmula del 3x3.

En cuanto a los objetivos: primero, el nuevo derecho público promovido por el ICCAL se inspira en tres principios fundamentales: el respeto a los derechos humanos, al Estado de derecho y a la democracia. En este sentido, el derecho no es concebido solamente como un instrumento de poder, sino que tiene una capacidad emancipadora. El segundo objetivo implica la concretización del Estado abierto al derecho internacional, a las instituciones internacionales, así como a la comparación jurídica como herramienta decisiva para el progreso. Los Estados latinoamericanos han optado por abrirse al derecho internacional de los derechos humanos para salvaguardar los principios fundamentales de sus Constituciones mediante las cláusulas de apertura que otorgan a los tratados de derechos humanos rango constitucional y primacía. Adoptar una postura favorable al Estado abierto genera un cambio de paradigma para redimensionar un concepto vertebral del derecho constitucional tradicional como es el de soberanía. El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a las dinámicas transnacionales contemporáneas. El universalismo argumenta que es posible un derecho público eficaz y legítimo más allá del Estado-nación, y esta es también una tradición con gran peso y arraigo. El tercer objetivo consiste en destacar

que hacen falta instituciones más allá del Estado para un mejor desarrollo de los principios fundamentales, ya que desarrollan una contribución sustancial a un sólido sistema de derechos humanos a través del fortalecimiento y el respaldo externo, así como facilitan la atención de los problemas de la gobernanza global.

Los tres conceptos clave son diálogo, inclusión y pluralismo normativo. El concepto de diálogo se utiliza en el ICCAL limitado a la calificación del fenómeno del diálogo entre tribunales, destacando el papel que desempeña en la justificación y fundamentación de argumentos de las resoluciones judiciales. El concepto de diálogo no exige armonía, pero solamente funciona si las partes están involucradas en un proyecto común. De no haber aceptación de esta premisa, existe solo interacción, pero no diálogo. El concepto inclusión del nuevo derecho público pretende lograr la inclusión de todos en los grandes sistemas sociales: en el sistema de la salud, en el sistema de la educación, en el sistema económico y de trabajo, en el sistema político. En otras palabras, el nuevo derecho público debe ser un derecho que combata la exclusión. El concepto del pluralismo jurídico abandona la discusión tradicional acerca de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno desde los conceptos doctrinales y teóricos del monismo y el dualismo. Pluralismo jurídico como concepto resulta más apto para describir y analizar la constelación posnacional. Aplicado al derecho común latinoamericano, es necesario concebirlo no como un ordenamiento único, sino como una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad. Ese derecho estaría compuesto por normas internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, a la vez, por normas nacionales con la misma vocación, como son, por ejemplo, las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas. La concepción pluralista rechaza el paradigma de jerarquía como mecanicismo que define la relación entre distintos ordenamientos.

El primero de los rasgos esenciales se relaciona con la concepción del derecho público como disciplina que abarca el derecho constitucional y el derecho internacional; es decir, el ICCAL se inspira en una concepción integral del derecho público. Aunque jurídicamente permanecen como ordenamientos distintos, los académicos y operadores del nuevo derecho público deben estudiarlos como regímenes imbricados. Hoy en día, cuando en Argentina, Brasil o México se plantea ante un tribunal una cuestión que puede afectar a un individuo en su entorno vital, cada operador jurídico debe buscar los argumentos relevantes tanto en la Constitución nacional como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia interamericana. Esta postura marca un nuevo hito en la constelación binaria de derecho constitucional y derecho internacional. En segundo lugar, el ICCAL se caracteriza por la argumentación basada en principios. Ello significa también un cambio trascendente, porque va contra el normativismo tradicional, focalizado principalmente en las reglas. El nuevo derecho público conlleva una cultura jurídica que concede mayor espacio a los principios, es decir, a las normas más amplias con elevado contenido ético. El tercer rasgo radica en el fortalecimiento de la comparación jurídica, con la finalidad de que los operadores jurídicos se entiendan como parte de un mundo jurídico que es más amplio que el Estado-nación. La comparación es un mecanismo fundamental para entenderse a sí mismo y también para aprender de otros sistemas. Sin duda,

en Latinoamérica existe una gran diversidad, pero existen también similitudes y convergencias, aportes, experiencias y evoluciones comunes en los distintos países de la región, que permiten a unos aprender de los otros, favoreciendo y dando sentido a un derecho común.

En el espacio jurídico latinoamericano se está conformando una cultura jurídica común con base en el cuerpo normativo, doctrinario y jurisprudencial en derechos humanos, y el proyecto de investigación sobre el *ius constitutionale commune* se propone su sistematización. El ámbito interamericano se caracteriza por un fenómeno de construcción de una comunidad jurídica alrededor de la Convención Americana de Derechos Humanos y de todo el *corpus iuris* interamericano, al que se integran las decisiones de los órganos guardianes del sistema, tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha construcción tiene como pilar que las Constituciones de los países del sistema interamericano comparten una serie de valores y principios centrados en la dignidad humana y los derechos que de ella irradian. Las cláusulas de apertura constitucional y el principio *pro homine* conforman dos fundamentos básicos para promover el diálogo jurisdiccional, al que se suma el mecanismo del control de convencionalidad, en su modalidad difusa y concentrada. Los sistemas jurídicos propios de cada país se enriquecen con el sistema interamericano, y viceversa, y es posible visibilizar el enorme conjunto de impactos indirectos en ambas direcciones. Sin embargo, el ICCAL trasciende la esfera meramente regional, ya que opera en un modelo multinivel de protección, con un desarrollo progresivo y expansivo, aunque no uniforme ni necesariamente a la misma velocidad. El proyecto del *ius constitutionale commune* describe una utopía útil de avanzar en un constitucionalismo democrático.

**Armin von Bogdandy**

Adriano Estrada · María Dolores Madrid Cruz · Daniel  
Goyri · Mónica González Contró · Alina Gabriela Dí  
Lucía Piña Hernández · Diego Valadés · Héctor Fix-  
Fierro · Yasmín · Giorgia Pavani · Manuel Eduardo Góngora  
Gómez · Ma. Macarita Elizondo Gasperín · Pedro Antonio  
Reyes · Pedro Salazar Ugarte · Luis Espinosa Morales ·  
Enrico Rolla · Jesús Enrique Fuentes · María de la Torre Joaquín  
Castaño · Jaime Arturo Verdín Pérez · José Antonio Bretón  
López · Fernando Angulo Jacobo · Manuel González Oropesa  
Ceballos · Mario Cruz Martínez · Mauricio Lara Guadarrama  
Cortés · Tortolero Cervantes · Jorge Mario Pardo Rebolledo ·  
Hobelsberger · Armin von Bogdandy · Francisco Escobar  
Cortés · Leonardo García Jaramillo · Rafael Estrada Michel  
Ceballos · Jorge Fernández · Manuel Eduardo Góngora-Mera · Teresa  
Flores Saldaña · César Astudillo · Roberto Fraga Jimenez  
Mavčič · Domingo García Belaunde · María de Jesús M  
Janine M. Otálora Malassis · Javier García Roca · Flavio  
Cruz · Caterina Drigo · Lucio Pegoraro · Gumesindo C  
García Ruiz · Pablo Pérez Tremps · Amelia Gascón Ce  
chetti · Óscar Parra Vera · Serena Baldín · Carina X. C  
Cruz · Sergio García Ramírez · Sofia Sagüés · Alfredo G  
Gómez · Gómora Juárez · Yasmín Esquivel Mossa · Alejandra C  
Cruz · Rubén Hernández Valle · Diego Valadés · Gonzá  
Gómez · Virdzhiniya Petrova Georgieva · Jorge Alberto G  
Gómez · Norma Lucía Piña Hernández · Luis Raúl Gonzá  
Gómez · Arturo Guerrero Zazueta · Yasmín Esquivel Mossa · Ber  
Cruz · Arturo Zaldívar Lelo de Larrea · Iván Carlo Gu  
Guzmán García · Sabrina Ragone · Salvador Herenc  
Gómez · Aguirre · Raúl Israel Hernández Cruz · José He  
Gómez · Ariel Dulitzky · Héctor Fix-Fierro · Carlos  
Gómez · Liana · Juan Luis González Alcántara Carrancá · Herr



## 629. JUEZ CONSTITUCIONAL (PERFIL)

El *perfil* se puede definir como el conjunto de rasgos peculiares que caracterizan a alguien o algo, en este sentido, cuando se habla del perfil del juez constitucional se hace referencia al conjunto de rasgos que deben tener aquellos juristas que son los guardianes de la Constitución.

En la conformación del perfil del juzgador se deben tomar en cuenta dos tipos de rasgos. En primer lugar se encuentran los de carácter subjetivo que atienden al juez como persona, y que son necesarios para desempeñar adecuadamente el cargo, vinculados con su vocación, aptitud, valores y visión; por otro lado se encuentran aquellos de carácter objetivo, relacionados con los conocimientos y experiencia con que deben contar los juzgadores para dictar sus sentencias.

*Rasgos subjetivos:*

— *Vocación de servicio.* La labor de juzgar requiere de una vocación específica, pues un juez comprometido con el derecho y la justicia debe dedicar todo su tiempo y esfuerzo al estudio de los casos sometidos a su consideración, de las normas y la jurisprudencia.

Esta dedicación se ve recompensada con el dictado de cada sentencia, pues a través de las mismas se materializan las horas de trabajo y reflexión, en beneficio de los justiciables y de la sociedad en general.

— *Aptitud psicológica.* Es importante que aquellas personas que se desempeñan como juzgadores se encuentren en un estado psicológico óptimo, pues ello es la base para que puedan emitir sus juicios con objetividad, además de esta manera se excluyen preconcepciones alejadas de las normas, tanto en el dictado de las sentencias como en el trato con las partes y los subordinados.

— *Valores de la ética judicial.* Un buen juez no solo es aquel que dicta sus resoluciones con apego a la normatividad, fundando y motivando en todo momento sus determinaciones, sino que también es aquel que cuenta con diversas virtudes que le permiten mejorar su desempeño día a día, alejado de influencias ajenas al derecho.

Los jueces deben ser un ejemplo no solo al interior del órgano jurisdiccional del que son titulares, sino que deben ser un ejemplo de vida, comprometidos con los valores y la verdad, alejados de los vicios que puedan afectar o comprometer su desempeño.

En México los juzgadores del Poder Judicial de la Federación deben guiar su actuar bajo los principios de independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia, los cuales se encuentran previstos en la Constitución.

— *Hombres y Mujeres de Estado.* Los jueces constitucionales definen el rumbo del sistema jurídico al interpretar la Constitución y, en su caso, al expulsar del sistema jurídico las normas que se opongan al texto fundamental, lo cual incluso puede tener repercusión en la agenda y en las políticas públicas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

En este tenor, se requiere que los jueces constitucionales tengan una visión amplia que les permita advertir de forma íntegra, las posibles consecuencias que pueden tener sus resoluciones y la forma cómo incidirían en el Estado.

— *Determinación en el dictado de las sentencias.* Con relación al punto que precede, los jueces constitucionales son sabedores que sus resoluciones pueden impactar de forma importante el destino del Estado, lo anterior conlleva a la

responsabilidad de que tomen sus decisiones con total firmeza, independientemente si resultan o no populares a la vista de las personas.

*Rasgos objetivos:*

— *Conocimiento constitucional especializado.* Los jueces constitucionales como guardianes de la Constitución deben contar con los conocimientos especializados para llevar a cabo esta labor; en este sentido deben ser expertos, entre otras cuestiones, en derecho constitucional, derechos humanos, derecho procesal constitucional, teoría de la constitución, argumentación jurídica, interpretación jurídica e interpretación constitucional.

— *Conocimiento de otras materias.* Para que los jueces constitucionales lleven a cabo su labor, no solo se requiere que sean expertos sobre las materias antes mencionadas, sino también sobre las materias bajo las que se rige la norma impugnada o bajo las que se encuentran regulados tanto el acto como la resolución que se considera inconstitucional.

Lo anterior es así, pues para determinar si una norma se apega o no al texto constitucional se requiere saber cómo funciona el sistema, y la forma cómo interactúa la disposición, el acto o la resolución dentro del mismo.

— *Conocimiento de derecho internacional.* Cuando los Estados se encuentran dentro de un proceso de integración regional, se elaboran documentos fundacionales, en este sentido los jueces constitucionales no pueden ser ajenos a los mismos, y para resolver los asuntos sometidos a su consideración deben tomar en cuenta dichos documentos, tomando como base el sistema de recepción de los mismos.

De esta forma los jueces también deben tomar en consideración la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales, que sean vinculantes y tengan repercusión en los asuntos sometidos a su jurisdicción.

— *Conocimiento del derecho internacional de derechos humanos.* Existen sistemas jurídicos, como el de México, en el que los jueces constitucionales —e incluso los jueces de instancia— deben ser jueces de derechos humanos, esto es, no solo deben interpretar la Constitución para proteger los derechos fundamentales contenidos en la misma, sino también los tratados internacionales que contienen derechos humanos.

En este sentido, deben realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, bajo los principios adoptados para ello como el *pro persona* y el de interpretación conforme, lo cual, incluso propicia el diálogo entre la jurisprudencia interna y la de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

— *Conocimiento de derecho comparado.* Los jueces constitucionales deben conocer los principales criterios de las cortes y tribunales constitucionales, en la medida en que pueden resultar orientadores en el dictado de sus sentencias.

— *Conocimiento de la gestión de un órgano jurisdiccional.* Los jueces deben saber administrar los recursos humanos y materiales del órgano jurisdiccional del que son titulares, con la finalidad de que exista una adecuada distribución de las cargas de trabajo, y que sea eficiente en la sustanciación de los procedimientos.

Como se puede advertir, los jueces constitucionales comparten con los jueces de instancia diversos rasgos, pues la labor de juzgar al final implica la conformación de un perfil común, el que se debe especializar en atención a las materias que conocen los juzgadores.

Debe destacarse que el perfil del juzgador constitucional, se debe forjar momento a momento, pues las relaciones sociales y por ende el derecho evolucionan y los jueces se deben estar atentos a las nuevas circunstancias, lo que implica que deban dedicarse al estudio constante.

*Luis Fernando Angulo Jacobo*

### 630. JUEZ CONSTITUCIONAL EN MATERIA ELECTORAL

Es el juzgador que tiene a su cargo la protección y conservación de los principios constitucionales en materia electoral, mediante la revisión, a través de un sistema de medios de impugnación, de los actos y resoluciones de las autoridades electorales. Se considera juez constitucional porque su principal elemento de confronta es la Constitución, con lo cual se convierte en un juez constitucional especializado. La actuación de estos juzgadores ha construido en México una muy interesante doctrina jurisprudencial, en ocasiones basada en argumentaciones derivadas de la interpretación y aplicación de instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano.

La justicia constitucional electoral es de reciente desarrollo en nuestro país, deriva principalmente del reconocimiento a nivel constitucional de la complejidad electoral, toda vez que anteriormente los partidos políticos y las elecciones eran regulados fundamentalmente en leyes secundarias. Con el reconocimiento constitucional se generó también la exigencia de mecanismos jurisdiccionales para revisar el cumplimiento de los principios constitucionales en el actuar de las autoridades administrativas y jurisdiccionales en materia electoral.

En México, dada la organización federal y la existencia formal de un federalismo judicial, los jueces constitucionales pueden tener como ámbito de actuación la materia electoral federal o local. Esto significa que jurisdiccionalmente la materia electoral se organiza en una instancia federal, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y 32 instancias locales, que pueden ser tribunales autónomos, salas especializadas o tribunales adscritos al Poder Judicial local. A pesar de que no se trata de una organización jerárquica, los jueces federales pueden llegar a revisar la actuación de los jueces locales, a través de los mecanismos procesales que se ponen a disposición de los justiciables en la materia.

En el caso de los jueces constitucionales electorales federales, estos pertenecen al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, mismo que se integra por una Sala Superior y cinco salas regionales, que corresponden a cada una de las circunscripciones electorales en que se divide el país. Estos jueces constitucionales en materia electoral reciben el nombre de magistrados electorales. Los requisitos exigidos a los integrantes de la Sala Superior difieren de los de los integrantes de salas regionales; los primeros deberán satisfacer como mínimo los requisitos exigidos para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mientras que los integrantes de las salas regionales deberán cumplir al menos con los requisitos exigidos para ser magistrado de tribunal colegiado de circuito.

De acuerdo con la propia Constitución mexicana, para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; poseer

el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello; gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión, pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena; haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación y no haber sido secretario de Estado, procurador general de la República o de justicia del Distrito Federal, senador, diputado federal ni gobernador de algún estado o jefe del Distrito Federal, durante el año previo al día de su nombramiento. Asimismo, se prevé que los nombramientos de los ministros deberán recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica. Estos son requisitos que mínimamente deben considerarse en la designación de los jueces que integran la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

En el caso de los magistrados de tribunal colegiado de circuito, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación señala de manera genérica que para poder ser designado magistrado de circuito se deben cumplir los siguientes requisitos: ser ciudadano mexicano por nacimiento, que no se adquiera otra nacionalidad y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos; ser mayor de treinta y cinco años; gozar de buena reputación; no haber sido condenado por delito intencional con sanción privativa de la libertad mayor de un año; contar con título de licenciado en derecho expedido legalmente y práctica profesional de cuando menos cinco años, además de los requisitos previstos en la propia ley orgánica respecto de la carrera judicial. Estos son requisitos a considerar en la designación de los jueces que integran las cinco salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

La Sala Superior se integra por siete magistrados, mientras que las cinco salas regionales se integran cada una por tres magistrados. En total, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación cuenta con veintidós jueces constitucionales en materia electoral. Todos ellos son designados por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión a partir de ternas enviadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de manera que la injerencia del presidente de la República en dicho procedimiento ha sido excluida, con el objeto de garantizar la autonomía e independencia del Tribunal Electoral. Ello no obsta para que en la etapa final en el Senado exista una politización en la designación de los magistrados electorales.

En la actualidad los magistrados electorales son elegidos para ocupar su cargo nueve años, a excepción de quienes se elijan por tres o seis años, para conseguir el escalonamiento que se fijó en la reforma constitucional de 2007. En la elección por parte del Senado, la Constitución exige una votación calificada de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores. La elección de los magistrados electorales será escalonada, de forma que cada tres años se renueven parcialmente la Sala Superior y las salas regionales.

El estatuto de los jueces constitucionales en materia electoral, por cuanto hace al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se encuentra establecido en la propia Constitución, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

En el ámbito de las entidades federativas, la designación de los jueces constitucionales en materia electoral presenta diversas variantes, en algunos casos incluso se contemplan exámenes de conocimiento. La preponderancia del Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo se ha hecho evidente en numerosas ocasiones, lo cual ha generado la impronta de parcialidad en la actuación de los órganos jurisdiccionales electorales locales. Con la reforma política de 2013 se prevé un sistema que garantice mayor imparcialidad en el desempeño de la función que les corresponde.

Asimismo, debe tenerse presente que el art. 116, frac. IV, incisos b) y c), de la Constitución mexicana, prescribe que en materia electoral las Constituciones y leyes de los estados garantizarán, por un lado, que las autoridades electorales ejerzan la función electoral bajo los principios de certeza, imparcialidad, independencia, legalidad y objetividad, y, por el otro, que las autoridades que tengan a su cargo la organización de las elecciones y las jurisdiccionales que resuelvan las controversias en la materia, gocen de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones.

El reconocimiento de los jueces electorales como jueces constitucionales está a tono con la pretensión de considerar que la justicia electoral es justicia constitucional.

Finalmente, dada la división existente entre el control abstracto y concreto de la constitucionalidad en México, debe señalarse que de manera específica también son jueces constitucionales en materia electoral, los ministros integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al fallar en las acciones de inconstitucionalidad que se presenten en materia electoral.

*David Cienfuegos Salgado*

### 631. JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En términos amplios, se entiende por juez contencioso administrativo a aquel funcionario del Estado al que se le confieren facultades jurisdiccionales para resolver las controversias que se susciten entre la Administración pública y los particulares.

En el sistema jurídico mexicano, estos jueces realizan, además del control de legalidad de los actos de la Administración pública, la función de imponer sanciones a los servidores públicos que hubieren cometido alguna falta administrativa grave, así como a los particulares que haya intervenido en los actos relacionados con su comisión. En este sentido, cuentan con atribuciones para establecer en contra de los responsables las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que resulten por los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda pública o al patrimonio de los entes públicos, como consecuencia de dichas faltas.

Tales jueces pueden estar adscritos formalmente en el poder ejecutivo (lo que es propio de la tradición ortodoxa francesa de separación de poderes), al poder judicial, o bien, pertenecer a un órgano dotado de autonomía constitucional, como en el caso de México.

Cualquier Administración pública eficiente y moderna en un Estado democrático de derecho presupone la existencia de una jurisdicción especializada en el control de legalidad de los actos que conciernen al ejercicio del poder ejecutivo, pues esta constituye la principal garantía de que los actos administrativos responderán al necesario equilibrio que debe existir entre el interés general y el respeto a los derechos humanos.

En este sentido, los jueces que realizan tal función, sin importar si formalmente se encuentran adscritos o no al poder judicial del Estado, deben gozar de todas aquellas garantías que aseguren la independencia en su labor de impartición de justicia, que implican, al menos, una remuneración adecuada e irrenunciable y la estabilidad en el ejercicio del cargo.

Lo anterior cobra mayor realce en el sistema jurídico mexicano, considerando que, además del control de legalidad que realizan, estos jueces llevan a cabo una importante función en la determinación de faltas administrativas graves que se relacionan con la comisión de hechos de corrupción, así como en la consecuente imposición de sanciones en contra de los infractores, que pueden ser tanto servidores públicos como particulares.

De esta forma, las garantías de independencia judicial permiten asegurar que, con total imparcialidad, los jueces contencioso-administrativos verificarán que los actos del poder ejecutivo se apeguen de manera invariable al principio de legalidad, cuidando que exista un correcto equilibrio entre la eficiencia de la Administración, la satisfacción del interés general y la protección de los derechos humanos y los intereses legítimos de las personas, lo que constituye la principal característica del principio de “buena administración” referido expresamente en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y que se encuentra implícito en las constituciones de los Estados democráticos de derecho.

*Yasmín Esquivel Mossa*

### 632. JUEZ CONTINENTAL

Se puede entender por juez continental aquel juez propio del mundo europeo de tradición romano germánico que se contraponen al juez de tipo insular o del *common law*. Ese modelo de juez es común a los países del centro y sur de Europa, el que luego fue replicado en la mayoría de las repúblicas latinoamericanas.

El juez continental se caracteriza, en primer lugar, por reunir dos rasgos copulativos que se refieren a su calidad de profesional del derecho y funcionario público. Profesional del derecho por cuanto para ser nombrado juez se requiere tener el título de abogado. Funcionario público puesto que ese abogado ejerce un cargo y función pública de carácter permanentes. Una vez seleccionado y designado por los órganos estatales competentes, desarrolla su trabajo jurisdiccional dentro de una estructura estatal permanente.

Es habitual que el juez continental sea un profesional del derecho que comienza tempranamente su labor como juez, una vez que se ha titulado de abogado y posteriormente ha sido designado en el cargo. Nombrado como juez, se mantiene en la estructura judicial inamoviblemente hasta su jubilación desempeñando distintos cargos y funciones dentro de la estructura judicial. Es decir, es común que el juez continental desarrolle una carrera judicial. La idea de carrera judicial está ligada a la existencia de una estructura judicial

con diversos grados jurisdiccionales, que en mayor o menor medida se estructura de un modo jerárquico, teniendo los jueces que se encuentran en la cúspide de la organización poderes de control sobre el trabajo jurisdiccional desarrollado por los jueces inferiores. Esos jueces, que se acostumbra a denominarlos jueces superiores, tienen gran prestigio social, mayor estatus y reciben una remuneración acorde con él. Debido a esta estructura jerárquica del Poder Judicial, el juez continental recibe claros incentivos para hacer carrera judicial intentando llegar a la cúspide de la estructura.

En segundo lugar, el juez continental se caracteriza por su carácter preminentemente técnico y no político. El modelo sobre el que se basa su función supone un rol aplicador antes que creador de derecho. Derivado de este carácter esencialmente técnico de los jueces continentales, la defensa de la Constitución nunca se les ha encargado a ellos.

Solo desde 1920 se opta en Europa por la idea de una defensa de la Constitución en manos de jueces, pero no de cualquier juez, sino a cargo del juez constitucional que no corresponde a ese modelo de juez funcionario y de carácter eminentemente técnico. Se puede distinguir entonces entre un juez continental ordinario y un juez continental de carácter constitucional. Este último en exclusiva defiende la Constitución.

La razón para excluir al juez continental ordinario de la defensa de la Constitución obedece a las siguientes razones: en primer lugar, porque la Constitución en el siglo XIX no era una norma jurídica que había que defender judicialmente. La Constitución para los jueces continentales constituía solo un horizonte normativo de carácter programático y político. En segundo lugar, porque la ley en ese periodo era expresión de libertad, así como manifestación de la soberanía popular. De acuerdo con esta concepción ideológica, el pueblo que se expresa libre y racionalmente en la ley no se equivoca ni puede vulnerar la Constitución. En tercer lugar, los jueces no podían anular leyes o derogarlas porque ello habría comportado una supresión del principio de separación de poderes. Y finalmente, porque existía una desconfianza hacia los jueces, debido al arraigo al mundo aristocrático de ellos que los llevaba a rechazar cualquier innovación liberal. Tal adscripción social y política de los jueces explica que luego en la Francia postrevolucionaria no se les permitiera ejercer ningún control sobre las acciones legislativas. Tampoco tenían la facultad para controlar los actos administrativos.

Los jueces europeos postrevolucionarios debían limitarse a aplicar la ley, y si tenían dudas de cómo interpretarla, como estos no eran otra cosa que los “labios que pronuncian las palabras de la ley, ó seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza, ni su rigor” (Montesquieu), debían reenviar el caso al Parlamento para que este interpretara y revisara autorizadamente el rigor de la ley (*référé législatif*). Por otra parte, la infracción de la ley por los jueces era una tarea que controlaba el Parlamento vía casación. Con el tiempo esa función anulatoria o de casación se convierte en actividad propia de los jueces de casación. El paso que siguió durante el siglo XIX fue que jueces especiales (Consejo de Estado) pudieron también enjuiciar los actos de la administración. El juez continental poco a poco conquistó su lugar en el Estado de derecho europeo.

En Europa, el control de constitucionalidad de las leyes solo se concreta a partir de 1920, fecha en que se crean los tribunales constitucionales austriaco

y checoslovaco. De este modo, a diferencia de los jueces estadounidenses, en Europa la labor de defensa de la Constitución, con la posibilidad de anular o derogar leyes contrarias a la Constitución, era tarea exclusiva de tribunales especiales denominados tribunales constitucionales. Esa labor de defensa de la Constitución no correspondía a los jueces ordinarios.

¿Cuál es entonces la relación del juez continental ordinario con la Constitución? Desde fines del siglo XVIII y hasta la primera mitad del siglo XX, la Constitución para los jueces continentales constituía solo un horizonte normativo de carácter programático y político. Esto quiere decir que el juez continental no aplicaba la Constitución como norma jurídica, ni podía anular ni derogar leyes contrarias a la Constitución, así como tampoco interpretarlas en un sentido constitucional.

Esta situación comienza a cambiar en 1929 cuando se reforma la Constitución austriaca y se crea la figura de la cuestión de inconstitucionalidad. Esto significó implicar a los jueces ordinarios con la defensa de la Constitución cuando esta se veía contrariada por una ley inconstitucional, pero no para que ellos practicaran ese acto anulatorio o derogatorio, sino para que plantearan la cuestión al Tribunal Constitucional, único órgano autorizado para realizar tal cometido. La cuestión de inconstitucionalidad se realiza en el contexto de un proceso judicial pendiente ante los jueces ordinarios, pasando a ser una cuestión incidental dentro de ese proceso judicial principal.

Después de la Segunda Guerra Mundial la situación cambia, siempre en el sentido de implicar más activamente a los jueces ordinarios con la defensa de la Constitución. Además de la atribución de deducir la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al juez ordinario continental se le atribuyó el poder de interpretar la ley de conformidad con la Constitución. Esto supone un amplio poder de interpretación de la ley en clave constitucional, cuestión que el modelo de juez continental del siglo XIX nunca supuso. Por lo demás, ese amplio poder interpretativo que se le dio al juez ordinario comportó para este la posibilidad de operar con los principios constitucionales y aplicarlos a situaciones concretas que antes solo podían ser resueltas por la ley o en su defecto por la equidad. La Constitución pasa de este modo a configurarse en norma jurídica aplicable directamente por los jueces, muchas veces en forma de reglas jurídicas constitucionales, pero, la mayoría de las veces, a través de principios constitucionales que permiten solucionar situaciones jurídicas donde se ven implicados derechos fundamentales, o bien, con el fin de coordinar los intereses tutelados por la ley con los derechos de las personas implicados en una controversia jurídica.

Actualmente, el juez continental aparece fuertemente vinculado a la Constitución que la concibe como la primera norma jurídica del ordenamiento jurídico. Sin embargo, pese a ese carácter de norma jurídica y a la concepción que ella debe ser aplicada en las controversias judiciales, el juez continental ordinario no aparece facultado para anular, derogar, así como tampoco inaplicar una ley contraria a la Constitución. Esta labor es exclusiva de los jueces continentales constitucionales: de los jueces del Tribunal Constitucional.

*Andrés Bordalí Salamanca  
Felipe Paredes Paredes*

## 633. JUICIO DE INCONFORMIDAD EN MATERIA ELECTORAL

La democracia como principio representa un pilar fundamental para el ejercicio de los derechos y libertades de la persona, se refuerza y profundiza con la participación permanente de los diversos actores políticos en igualdad de oportunidades en la contienda electoral, e incorpora la obligación de que el acceso y el ejercicio del poder se encuentren sujetos a un marco normativo fundamental, encabezado por la carta magna y los instrumentos internacionales incorporados a la misma, así como su interpretación por los órganos calificados para ello.

Así, a través del ejercicio de la impugnación como derecho que posibilita la enmienda de un acto de autoridad que lesiona los derechos fundamentales —especialmente aquellos que provienen de una resolución que afecta la esfera jurídica—, encontramos diversos medios contemplados en la legislación nacional electoral, que se pueden interponer durante el proceso electoral y de consulta popular con el fin de garantizar la legalidad y, sobre todo, la constitucionalidad de los actos, resoluciones y resultados electorales, entre ellos el juicio de inconformidad.

Este medio de impugnación tiene procedencia durante el proceso electoral federal, exclusivamente en la etapa de resultados y declaraciones de validez, y procede para impugnar las determinaciones de las autoridades electorales federales que violen normas constitucionales o legales relativas a las elecciones de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, senadores y diputados.

Los actos que pueden ser impugnados mediante este proceso, en términos de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, son: *a)* en la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos: *i)* los resultados consignados en las actas de cómputo distrital respectivas, por nulidad de la votación recibida en una o varias casillas o por error aritmético, y *ii)* por nulidad de toda la elección; *b)* en la elección de diputados por el principio de mayoría relativa: *i)* los resultados consignados en las actas de cómputo distrital, las declaraciones de validez de las elecciones y el otorgamiento de las constancias de mayoría y validez respectivas, por nulidad de la votación recibida en una o varias casillas o por nulidad de la elección, *ii)* las determinaciones sobre el otorgamiento de las constancias de mayorías y validez respectivas, y *iii)* los resultados consignados en las actas de cómputo distrital por error aritmético; *c)* en la elección de diputados por el principio de representación proporcional, los resultados consignados en las actas de cómputo distrital respectivas: *i)* por nulidad de la votación recibida en una o varias casillas, o *ii)* por error aritmético; *d)* en la elección de senadores por el principio de mayoría relativa y de asignación a la primera minoría: *i)* los resultados consignados en las actas de cómputo de la entidad federativa, las declaraciones de validez de las elecciones y el otorgamiento de las constancias de mayoría y validez o de asignación de primera minoría respectivas, y *ii)* los resultados consignados en las actas de cómputo de entidad federativa, por error aritmético; *e)* en la elección de senadores por el principio de representación proporcional, los resultados consignados en las actas de cómputo de entidad federativa respectivas: *i)* por nulidad de la votación recibida en una o varias casillas o, *ii)* por error aritmético.

Este recurso debe entenderse como un verdadero medio de control constitucional, por virtud del cual se analiza la conformidad de los actos de autoridad frente a la norma fundamental. Deberá presentarse por escrito ante la

autoridad u órgano partidista en un plazo de cuatro días, contados a partir del día siguiente a aquel en que se concluya la práctica de los cómputos, señalado como responsable del acto o resolución impugnado.

Asimismo, dentro de las 24 horas siguientes al vencimiento del plazo de 72 horas, la autoridad u órgano responsable del acto o resolución impugnada deberá remitir al órgano competente del Instituto o a la Sala del Tribunal Electoral el expediente completo con todas las actas y las hojas de incidentes levantadas por la autoridad electoral, así como los escritos de incidentes y de protesta que se hubieren presentado, en los términos de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales y la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación.

El artículo 54 de este último ordenamiento dispone que el juicio de inconformidad solo puede promoverse por los partidos políticos o los candidatos, exclusivamente cuando, por motivos de inelegibilidad, la autoridad electoral correspondiente decida no otorgarles la constancia de mayoría o de asignación de primera minoría. En todos los demás casos, solo podrán intervenir como coadyuvantes en términos de lo establecido en la ley.

Por consiguiente, cuando se impugne la elección del presidente de los Estados Unidos Mexicanos por nulidad de toda la elección, dicho juicio deberá ser planteado por el representante del partido político o coalición registrado ante el Consejo General del Instituto Nacional Electoral.

Es importante señalar que las sentencias que decidan sobre dicho recurso tienen diversos efectos, conforme a lo que estipula la ley respectiva: *a)* confirmar el acto reclamado; *b)* declarar la nulidad de la votación emitida en una o varias casillas para la elección presidencial, en consonancia con los supuestos contemplados en la misma regla; *c)* declarar la nulidad de la votación emitida en una o varias casillas cuando se den los supuestos contemplados en la disposición normativa, y modificar, como consecuencia las actas de cómputo distrital y de entidades federativas respectivas, según la elección que corresponda; *d)* revocar la constancia expedida en favor de una fórmula o candidato a diputado o senador; otorgarla al candidato o fórmula de candidatos que resulte ganadora como resultado de la anulación de la votación emitida en una o varias casillas y, en su caso, modificar las actas de cómputo distrital y de entidad federativa respectivas, según la elección que corresponda; *e)* declarar la nulidad de la elección de diputados o senadores y, en consecuencia, revocar las constancias expedidas cuando se den los supuestos contemplados en la ley; *f)* revocar la determinación sobre la declaración de validez o de asignación de primera minoría en las elecciones de diputados y senadores, según corresponda; *g)* hacer la corrección de los cómputos distritales, de entidad federativa o nacional cuando sean impugnados por error aritmético, y *h)* declarar la nulidad de la elección presidencial cuando se actualicen los supuestos previstos en la ley.

Empero, de la interpretación de la ley dispuesta se advierte la importancia del presente recurso, el cual permite plantear violaciones a los derechos fundamentales en aras de la democracia y garantizar el principio de representación, preservando las bases conforme a las cuales habrá de sustanciarse y, en su caso, resolverse la elección de quienes ocuparán determinados cargos públicos.

*Jaime Arturo Verdín Pérez*

## 634. JUICIO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

1. La justicia constitucional representa la superación de las teorías de la c. d. “defensa política” de la Constitución, alimentadas por el constitucionalismo francés del periodo revolucionario.

Con base en estas últimas, el respeto de la Constitución debía ser asignado —en obsequio al principio de la soberanía nacional— a órganos políticamente representativos (como el Senado, el Tribunal de *censores* o una *jurie constitutionnaire*), a órganos internos al Poder Legislativo o a órganos consultivos (como el Consejo de Estado). Contrariamente, en las experiencias de justicia constitucional, la revisión de la conformidad de una ley a la Constitución está conformada por un órgano externo al procedimiento legislativo, dotado de los requisitos de imparcialidad y de profesionalidad.

Por otro lado, el proceso constitucional se distingue de otros procedimientos jurisdiccionales por algunas peculiaridades, como un elevado grado de flexibilidad en la utilización de los procedimientos; en resumen, los jueces constitucionales adoptan autónomamente las normas procesales complementarias, pueden modificar una práctica anterior o derogar a la normativa vigente.

Tal “discrecionalidad” está justificada por la naturaleza de la actividad desarrollada por los jueces constitucionales, la cual se distingue de los jueces comunes por una intrínseca taza de *politicidad*, derivada del efecto de sus decisiones. Viene considerado que el proceso constitucional posee la peculiaridad de concluirse con decisiones, cuyos dispositivos y las *rationes decidendi* son vinculantes para los poderes públicos, incluidos los jueces del orden común.

2. Históricamente, las experiencias de justicia constitucional se han inspirado a dos prototipos —el norteamericano y el austriaco— que datan, el primero, de inicios del siglo XIX, y el segundo, de inicios del siglo XX.

La revolución norteamericana aspiraba a un legislador limitado por la Constitución, e individualizaba en los juicios el poder más idóneo a contrastar sus eventuales abusos. En particular, Hamilton sostiene en *The Federalist* que la función de “freno” ejercida por los jueces se debía manifestar, principalmente, declarando nulos todos los actos contrarios al evidente entendimiento de la Constitución: tal principio fue precisado sucesivamente por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, la cual, al momento de la controversia *Marbury vs. Madison* de 1803, afirmó que un acto legislativo contrario a la Constitución debe tenerse por nulo, toda vez que los poderes del legislador son definidos y limitados por la Constitución.

Las características esenciales del control de constitucionalidad como se ha consolidado en los Estados Unidos de América, pueden ser resumidos del siguiente modo: se trata de un control difuso, concreto, eventual, con efectos *inter partes* en sus decisiones.

Respecto a su carácter difuso, compete a todos los jueces desaplicar las normas incompatibles a la Constitución. Consecutivamente, la decisión del juez no tiene efectos generales (*erga omnes*): distinta es la hipótesis en la cual la incompatibilidad con la Constitución sea declarada por la Corte Suprema, ya que en este caso la *ratio decidendi* constituye un “precedente” y vincula *pro futuro* a los jueces.

Por otro lado, el control de constitucionalidad se debe manifestar en el ámbito de un juez relativo a *cases and controversies*; en otros términos, debe exis-

tir una contención. Como consecuencia queda excluido que la Corte Suprema pueda pronunciarse sobre cuestiones abstractas —previstas, por ejemplo, mediante recursos preventivos— o ejercitar un poder consultivo sobre la forma de *advisory opinions* o de *references*.

Una característica ulterior del sistema consiste en el hecho de que el control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema es eventual: de hecho, la Corte puede seleccionar los casos (*certiorari*), o ya sea abstenerse de juzgar sobre cuestiones de naturaleza propiamente política, de tal modo para no alterar el principio de la separación de poderes (*political question*).

Además, con algunas limitadas experiencias en Europa (Noruega, Dinamarca, Suecia), este tipo de justicia constitucional ha ejercido influencia principalmente en algunos sistemas pertenecientes al *Commonwealt* (como Canadá e Israel) y en América Latina (como referentes se encuentran Argentina, México y Brasil).

3. Por el contrario, en Europa continental se ha asentado una idea de justicia constitucional contrapuesta, que tenía su realización práctica, primero en el sistema constitucional checoslovaco, y posteriormente en la Constitución austriaca de 1920. A su institución contribuyó en gran medida la aportación teórica dada por dos respetables juristas, Jellinek y Kelsen.

En su planteamiento inicial la justicia constitucional se caracterizaba como un sistema centralizado y abstracto: el primer elemento fue enfatizado de la prohibición para los jueces de controlar las leyes posterior a su promulgación; el carácter abstracto derivaba del hecho que el juez constitucional podía ser accionado solamente a través de un recurso por parte de los órganos supremos del Estado y de los *Länder*. Por otra parte, el recurso podía ser presentado solamente en los tres años sucesivos a la entrada en vigor de la ley. Para acentuar la característica de la justicia constitucional como “legislador negativo”, la normativa preveía que las sentencias de deslegitimación producían un efecto *ex nunc*, equiparable a la abrogación legislativa.

El sistema austriaco de justicia constitucional ha manifestado una indudable capacidad expansiva en Europa, al punto que diversos autores califican las formas de control centralizado y abstracto de constitucionalidad como “modelo europeo” de justicia constitucional.

Inicialmente, el control centralizado de constitucionalidad fue introducido también en las Constituciones italiana (1948) y de la República Federal Alemana (1949); entonces, al final de los años setenta, fueron instalados tribunales constitucionales en España y en Portugal, apenas consolidados sus regímenes democráticos. Por último, después de la crisis de los regímenes comunistas, experiencias similares se expandieron en diversos sistemas de la Europa oriental.

La experiencia comparada evidencia cómo la circulación de las experiencias jurídicas favorece un acercamiento entre sistemas contrapuestos de justicia constitucional, pero al mismo tiempo favorece formas de contaminación. Al respecto es particularmente interesante la experiencia de América Latina, que representa fórmulas peculiares de justicia constitucional. Por ejemplo, referente a la variedad de modelos de acceso a la justicia constitucional, se tiene la coexistencia de formas de control difuso y concreto (Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia, Ecuador, Brasil, Argentina), así como de control preventivo y sucesivo (Bolivia, Colombia, Chile).

4. En general, el juez de legitimidad constitucional puede ser activado mediante recurso o seguido de una cuestión planeada por un juez dentro de un proceso (véase Control de constitucionalidad en vía incidental).

El recurso de constitucionalidad representa un procedimiento típico de los sistemas abstractos de justicia constitucional, desde el momento en que el juez constitucional puede ser activado por un número predeterminado de órganos y dentro de un periodo de tiempo predefinido: para estos efectos, el recurso puede ser interpuesto de forma preventiva —anterior a la publicación y entrada en vigor de las normas— o de forma sucesiva.

Los recursos preventivos de constitucionalidad están previstos en Europa (Francia, Rumania, Hungría, Eslovenia y Lituania), así como en América Latina (Chile, Ecuador, Bolivia y Colombia). En general, tales recursos tienen por objeto las leyes y los actos con fuerza de ley, las leyes orgánicas, las leyes de revisión constitucional, los tratados internacionales y los reglamentos parlamentarios. Mientras, desde el punto de vista subjetivo, los recursos pueden ser presentados por órganos constitucionales o por un cierto número de parlamentarios.

En los recursos sucesivos de constitucionalidad, un rol particular es reservado a los grupos parlamentarios. Tal competencia pretende asegurar una garantía a las oposiciones políticas contra decisiones legislativas tomadas por la mayoría en contraste con las normas de la Constitución. Recursos sucesivos de constitucionalidad están previstos en España, en la República Federal de Alemania, en Austria, en Bélgica y en Italia.

En algunos sistemas está permitida la coexistencia tanto de un limitado recurso preventivo, como de un recurso sucesivo de constitucionalidad (Portugal, Sudáfrica).

*Giancarlo Rolla*

*(traducción de Emanuel López Sáenz)*

#### 635. JUICIO DE PROCEDENCIA (DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA O DESAFUERO)

En el marco constitucional mexicano se encuentran previstos fundamentalmente dos procedimientos jurisdiccionales que son desahogados por el poder legislativo federal: el juicio político y la declaración de procedencia.

Este último, también conocido como juicio de procedencia o desafuero, se encuentra regulado en los artículos 108, 109 párrafo primero fracción II y párrafos segundo y tercero, 111, 112 y 113, párrafo segundo, todos del título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), así como en los capítulos III y IV del título segundo de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

*Concepto.* El llamado desafuero, también denominado *inmunidad procesal* por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, registro 179940) es un procedimiento constitucional materialmente jurisdiccional y formalmente legislativo, por medio del cual —exclusivamente— la Cámara de Diputados determina por mayoría absoluta de sus miembros (es decir, por la mitad más uno de los presentes) si ha o no lugar a proceder penalmente contra los servidores públicos referidos en el artículo 111 de la CPEUM, cuando se presuma que han cometido algún delito durante el tiempo de su encargo, debiendo comprobar la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputa-

do, así como la subsistencia del fuero constitucional cuya remoción se solicita dictaminar si ha lugar a proceder penalmente en contra del inculpado.

*Antecedentes constitucionales.* El título cuarto de la carta magna ha sido reformado en 15 ocasiones, de las cuales, la más importante es la publicada mediante decreto en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de diciembre de 1982, que viene a configurar en sus elementos principales la figura jurídica del juicio de procedencia como la conocemos actualmente.

Entre los cambios sustanciales que realizó el constituyente permanente en la citada reforma constitucional se encuentran: sustituir el nombre del título cuarto, cambiando el concepto de “funcionario público” por el de “servidor público”, para establecer la naturaleza del servicio a la sociedad del gobernante; establecer con claridad las responsabilidades políticas, penales y administrativas; eliminar la confusión derivada de una terminología que tendía a otorgar un fuero permanente de hecho, al distinguir entre “delitos y faltas oficiales” y “delitos comunes”, previendo que corresponde a la legislación penal determinar las sanciones por cualquier delito cometido por el servidor público; derogar la potestad expresa del presidente de la República para solicitar la destitución de los servidores públicos del Poder Judicial Federal y locales, ante la Cámara de Diputados, por *mala conducta* de estos, garantizando una independencia necesaria y fundamental de la autoridad judicial; precisar que los servidores públicos que se encuentren separados (definitivamente) de su encargo no tendrán la inmunidad procesal; sin embargo la SCJN ha señalado que el servidor público que haya cometido un delito durante el ejercicio de su cargo, al momento de una separación temporal mediante licencia no pierde la inmunidad constitucional, ya que al ser procedimientos distintos, tienen consecuencias jurídicas distintas (registro 304181); ampliar el término mínimo de prescripción a tres años y contemplar que la misma deba interrumpirse en tanto se goce del fuero.

Consecuentemente, y en razón de la citada reforma constitucional de 1982, se expidió la Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos el 31 de diciembre del mismo año, la cual regula el juicio político y el juicio de procedencia.

*Sujetos a juicio de procedencia.* Los servidores públicos que cuentan con la inmunidad procesal y, por ende, están sujetos al juicio de procedencia son: los diputados y senadores del Congreso de la Unión, los ministros de la SCJN, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el fiscal general de la república, así como el consejero presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral; el presidente de la República (solo en los términos del art. 110 constitucional) y, por delitos federales, los ejecutivos de las entidades federativas, los diputados locales, los magistrados de los tribunales superiores de justicia de las entidades federativas, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales y los miembros de los organismos a los que las constituciones locales les otorgue autonomía.

*Procedimiento.* 1) Previamente debe existir una denuncia o querrela por particulares o requerimiento del ministerio público, cumplidos los requisitos procedimentales respectivos para el ejercicio de la acción penal; 2) una vez presentada la denuncia ante la Cámara de Diputados, esta es turnada por la Secretaría General a la Sección Instructora, instancia integrada por cuatro

diputados federales, encargada de practicar todas las diligencias conducentes para establecer la existencia del delito y la probable responsabilidad del imputado, así como la subsistencia del fuero constitucional cuya remoción se solicita; 3) concluida esta averiguación, la Sección dictamina si ha lugar a proceder penalmente en contra del inculcado en un plazo de 60 días hábiles prorrogables; 4) de ser procedente, la Sección Instructora da cuenta a los secretarios de la Cámara de Diputados; 5) dada cuenta del dictamen correspondiente, el presidente de la Cámara anuncia a esta que debe erigirse en Jurado de Procedencia al día siguiente a la fecha en que se hubiese depositado el dictamen, haciéndolo saber al inculcado y a su defensor, así como al denunciante, al querellante o al ministerio público, en su caso; 6) el día designado, previa declaración al presidente de la Cámara, el Pleno de la Cámara conoce en Asamblea del dictamen que la Sección le presente. Acto continuo se concede la palabra al denunciante y enseguida al servidor público o a su defensor, o a ambos, si alguno de estos lo solicitare, para que aleguen lo que convenga a sus derechos, el denunciante tiene la posibilidad de replicar y, si lo hiciere, el imputado y su defensor pueden hacer uso de la palabra en último término. Retirados el denunciante y el servidor público y su defensor, se procede a discutir y a votar las conclusiones propuestas por la Sección Instructora.

*Consecuencias de la declaración de procedencia.* El efecto de la declaración de que ha lugar a proceder contra el inculcado es separar al servidor público de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Si este culmina en sentencia absolutoria, el servidor público podrá reasumir su función. Si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto.

Si fuese funcionario federal de los señalados en el artículo 111 de la carta magna y la Cámara de Diputados declara que ha lugar a proceder contra el inculcado, este quedará inmediatamente separado de su empleo, cargo o comisión y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes. Si fuese funcionario local de los referidos en el mismo artículo a quienes se les hubiere atribuido la comisión de delitos federales, la declaración de procedencia que al efecto dicte la Cámara de Diputados se remitirá a la Legislatura local respectiva, para que en ejercicio de sus atribuciones proceda como corresponda y, en su caso, ponga al inculcado a disposición del ministerio público federal o del órgano jurisdiccional respectivo.

*Emanuel López Sáenz*

### 636. JUICIO DE RESPONSABILIDAD

El vocablo “responsable” aparece recogido por primera vez en 1737 en el *Diccionario de autoridades*, descrito literalmente como: “adj. de una term. El que está obligado à responder, ò satisfacer por algun cargo”. La noción responsabilidad deriva del verbo latino *respondere*, que significa responder. Denota la cualidad de aquel que reconoce y acepta las consecuencias de un hecho realizado libremente y es capaz de responder por sus compromisos.

El “juicio de responsabilidad” o “juicio político”, las denominaciones más utilizadas en los diversos textos constitucionales, es un proceso materialmente jurisdiccional mediante el cual se sanciona a los servidores públicos, tanto de elección popular como de designación (directa e indirecta), por violaciones a la Constitución y a las leyes secundarias. El órgano que juzga puede ser

o no formalmente jurisdiccional, pues algunos documentos supremos encomiendan esta atribución a los parlamentos, y en otros, a los tribunales; pero en todos los casos se exige como requisito de procedibilidad que la acusación provenga de la representación popular, debido al carácter representativo de los sujetos cuya conducta se cuestiona y a la sanción que se impone: la destitución y/o la inhabilitación en el servicio público de 1 a 20 años.

En el mundo antiguo se encuentran antecedentes de la institución desde el siglo XVIII a. C. en el Código de Hammurabi (Procedimiento, párrafo 5), que menciona la posibilidad de inhabilitar jueces por actuar de forma ilícita. En época moderna, la referencia se sitúa en la Inglaterra del siglo XIV, pero es hasta el siglo XV cuando se consolida como mecanismo para frenar el abuso del poder, con el juicio seguido por el Parlamento contra Carlos I con motivo de los abusos en que incurrió, cuya sentencia ordenó su decapitación. Esta facultad del Parlamento, en la lucha contra el autoritarismo y la preservación de las libertades, se trae a las colonias inglesas en América como *impeachment*, donde hasta la fecha se reglamenta para que el Senado juzgue y destituya al presidente, vicepresidente y cualquier funcionario civil de la rama ejecutiva, culpable de traición a la patria, cohecho y otros delitos y faltas graves (art. II, sección 4).

A pesar de que la institución cayó en desuso en Inglaterra, debido a la vigencia del sistema parlamentario, que juzga la responsabilidad política del primer ministro y del gabinete mediante la censura, en otros países de sistema presidencial sigue manteniendo vigencia. A continuación se muestra un listado de carácter enunciativo que lo ejemplifica, así como los numerales de cada texto constitucional que lo regulan.

En Argentina bajo la denominación de “juicio político”, el Senado juzga y destituye al presidente y otros servidores de la función ejecutiva (arts. 53, 59 y 60); en Brasil, la Cámara de Diputados autoriza y el Senado juzga al presidente, vicepresidente y ministros (arts. 51 y 52); en Chile, como “juicio de responsabilidad”, el Senado juzga al presidente y demás miembros de la función ejecutiva, previa acusación de la Cámara de Diputados (arts. 49, 52 y 53); en Colombia, bajo la “moción de censura”, el Senado juzga y destituye al presidente, y la Cámara de Representantes hace lo propio con los otros servidores de la función ejecutiva (arts. 135, 174 y 175); en Ecuador, con el “enjuiciamiento político”, la Asamblea Nacional destituye al presidente y demás miembros de la función ejecutiva (arts. 129-131); en México, con el “juicio político”, la Cámara de Diputados acusa y el Senado juzga a servidores de alta jerarquía de los tres poderes públicos, pero el presidente es irresponsable políticamente de sus actos (arts. 108-111); en Panamá, la Asamblea Legislativa conoce y juzga de las acusaciones contra el presidente y los magistrados de la Corte Suprema (art. 154); en Venezuela, el procedimiento para sancionar al presidente es formal y materialmente político: la revocación popular de su mandato por la Asamblea Nacional (arts. 233 y 266).

En los países del continente europeo predominan los procedimientos formalmente jurisdiccionales. En Alemania, mediante la “moción de enjuiciamiento”, el Tribunal Constitucional priva del cargo al presidente a petición de la Cámara (art. 61); en Austria, el Tribunal Constitucional conoce de las acusaciones de “responsabilidad constitucional” del presidente federal a pedido de la Asamblea (arts. 57, 63, 68 y 142); en España, la responsabilidad del

presidente y de los demás miembros del gobierno se plantea ante el Tribunal Supremo a iniciativa del Congreso (art. 102); en Francia, se destituye al presidente mediante propuesta del Parlamento constituido en Alto Tribunal de Justicia (art. 68), y en Italia, el presidente es acusado ante el Tribunal Constitucional por los miembros del Parlamento (arts. 90 y 134). En Asia, bajo la figura de “juicio político” en Japón se juzga la responsabilidad de los miembros de la función judicial, pues el primer ministro y demás servidores de la función ejecutiva se sujetan a la “moción de censura” de la Cámara de Representantes (arts. 69, 70, 78 y 90). En la India, el jefe de Estado se sujeta al *impeachment* y se remueve por el Parlamento (arts. 56, 61, 67 y 75). En Uganda, en el continente africano, la responsabilidad del presidente se analiza por jueces *ex profeso* y si estos determinan, *prima facie*, la procedencia de la remoción, esta la decreta el Parlamento (art. 107), y en Sudáfrica, constituida como República en 1996 que se completó el proceso de democratización e igualdad, si la Asamblea Nacional aprueba una moción de falta de confianza en el gabinete, que excluya al presidente, este debe reconstituirlo; pero si la moción es para él, entonces debe renunciar junto con todo el gabinete (arts. 52, 92 y 102).

Dentro del derecho procesal constitucional, el “juicio de responsabilidad” o “juicio político” se incorpora como una garantía constitucional de carácter instrumental que tiene como objetivo la defensa de la Constitución, al sancionar a los servidores públicos de alta jerarquía que defraudan la confianza que se puso en ellos y violentan sus disposiciones. Normativamente representa un mecanismo de limitación del ejercicio del poder de la función ejecutiva por la representación popular, que se deriva del principio de división de poderes para exigir responsabilidad al mandatario, y políticamente constituye un límite a la concentración del poder en manos del Ejecutivo.

La justificación del juicio parte de la premisa de que el Estado tiene a su cargo la realización de ciertos fines que requieren del desarrollo de actividades por medio de sus órganos. Estos actúan a través de personas físicas elegidas por diversos sistemas de representación, en quienes se deposita el alto honor de ser uno de sus mandatarios. Debido a ello, deben sujetar su actuación a las normas reguladoras que rigen la función pública en todo Estado constitucional de derecho. Y si bien el cargo conferido puede considerarse un privilegio, quien lo asume no puede desligarse del cúmulo de obligaciones y responsabilidades que conlleva, por ello queda obligado a rendir cuenta de sus actos y a responder por ellos.

*Eréndira Salgado Ledesma*

### 637. JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL

I. DEFINICIÓN. Medio procesal de control constitucional en materia electoral a través del cual se verifica la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones definitivos de las autoridades competentes en las entidades federativas para organizar y calificar los comicios, que sean determinantes para el desarrollo del proceso electoral o el resultado final de las elecciones.

II. ANTECEDENTES. El juicio de revisión constitucional electoral (en lo subsecuente JRC) es creado mediante el decreto de reformas constitucionales de 22 de agosto de 1996, que se materializaría a nivel secundario con la expedición de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral del 22 de noviembre de ese mismo año. Es resultado de un proceso

de negociación entre las fuerzas políticas nacionales, cuyo objetivo fue detener la creciente falta de credibilidad de las autoridades electorales locales en situaciones de alta competitividad electoral. En específico, por los conflictos post electorales de Tabasco, Yucatán y Huejotzingo, Puebla, entre otros.

III. REQUISITOS ESPECIALES DE PROCEDIBILIDAD. El JRC tiene requisitos de procedibilidad generales (aplicables a todos los medios de impugnación en materia electoral) y especiales. Entre los primeros se encuentran los formales: presentar la demanda por escrito, hacer constar el nombre del autor, señalar el domicilio para oír notificaciones, identificar el acto o resolución combatido (o la omisión, en su caso), mencionar los hechos y agravios, ofrecer y aportar las pruebas, acreditar la personería de la parte actora (siempre un partido político, coalición o, en su caso, candidatos independientes) y, por supuesto, hacer constar el nombre y firma autógrafa del actor.

Para acreditar la personería de la parte actora, por regla general, se debe presentar ante el órgano jurisdiccional la copia certificada del registro de los representantes de los partidos políticos ante los órganos electorales administrativos, con los nombramientos de los dirigentes partidistas o con los documentos que acrediten que la persona cuenta con facultades estatutarias para representar al instituto político. La Sala Superior ha considerado que cuentan con personería los representantes de los partidos políticos registrados ante los órganos electorales materialmente jurisdiccionales, aunque estos no sean formalmente autoridades responsables ni sus actos sean impugnables directamente en el JRC. En el caso de que en una demanda aparezca una pluralidad de promoventes, es suficiente con que uno solo la acredite para tener por satisfecho el requisito. Asimismo, debe tenerse por acreditada la personería cuando conste en el expediente respectivo.

Entre los requisitos especiales del JRC se encuentran que los actos sean definitivos y firmes, es decir, no susceptibles de modificarse mediante ulterior recurso en la cadena impugnativa local. La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha sostenido que el JRC solo procede contra aquellos actos en los que no exista posibilidad alguna de revocación, nulidad o modificación, porque no existan medios ordinarios para conseguir la reparación constitucional. Sin embargo, la propia Sala Superior ha desarrollado una línea jurisprudencial en la que estableció una causa de excepción a esta regla, la cual consiste en la vía *per saltum*, esto es, si el agotamiento de los medios de impugnación ordinarios implican la merma o extinción del derecho de la parte actora, debe tenerse por cumplido el requisito. Si bien la Sala Superior ha ido matizando la procedencia *per saltum* en varios medios de impugnación, señalando que debe promoverse el medio local y después desistirse para promover ahora el medio de impugnación federal dentro del plazo de procedencia, este mecanismo resulta muy efectivo para reducir irregularidades, como en los casos en que los plazos son reducidos, la autoridad no se encuentre instalada, no existan reglas procesales o la actitud de la autoridad sea contraria a los principios de imparcialidad o independencia.

Respecto al requisito de procedibilidad de que se viole algún precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este debe entenderse de manera formal, es decir, que la demanda señala que se vulneró un precepto constitucional, con independencia de si, en el fondo, la violación constitucional se acredite.

En relación con la determinancia, el JRC resulta procedente solo en aquellos supuestos en que la violación resulte determinante para el desarrollo del proceso electoral o el resultado final de las elecciones. El objetivo de este medio de impugnación es que solo lleguen al conocimiento del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación aquellos casos de verdadera importancia, que tengan la posibilidad de cambiar o alterar el proceso electoral, es decir, que la infracción tenga la posibilidad racional de producir una alteración, como podría ser que uno de los contendientes tuviera una ventaja excesiva, o de producir una modificación del ganador. Se trata de un ejercicio hipotético, solo como mecanismo de análisis de procedencia, no que en realidad se encuentre acreditado, lo que corresponderá al fondo del asunto. Este requisito se ha ido ampliando de manera gradual, no solo para casos propiamente del proceso electoral, sino también por la imposición de sanciones fuera de este o el daño a la imagen de los partidos.

Finalmente, la reparación solicitada debe ser material y jurídicamente factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos. Nuevamente con una excepción, cuando de la fecha de la elección a la toma de protesta no existe el tiempo suficiente para el desahogo de la cadena impugnativa.

IV. El JRC ha sido uno de los medios de impugnación de mayor efectividad a nivel nacional. A partir del JRC, en el caso Tabasco, se generó la causal abstracta de nulidad de elección, en 2000, misma que sería eliminada del diseño constitucional mexicano con la reforma de 2007, pero cuyos principios prevalecen en la invalidez de la elección por violación a principios constitucionales (casos *Yurecuaro* SUP-JRC-604/2007, *Acapulco* SUP-JRC-165/2008, *Huazalingo* ST-JRC-34 y 36/2008, *Morelia* ST-JRC-117/2011, entre otros).

*Santiago Nieto Castillo*

#### 638. JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL (DEMANDA)

La demanda es el acto jurídico que contiene la declaración unilateral del promovente mediante la cual manifiesta su voluntad de ejercer el derecho de acción y expresa la pretensión por la cual solicita la intervención de la jurisdicción estatal para la resolución de una controversia.

La demanda del juicio de revisión constitucional (JRC) debe cumplir con los mismos requisitos que cualquier otra demanda en materia electoral, que pueden clasificarse en requisitos de forma y de fondo, según las consecuencias jurídicas que genera su omisión.

*Requisitos de forma.* Son aquellos cuya falta o ausencia de ninguna forma puede traer consigo el desechamiento del recurso, sino que generan otras consecuencias jurídicas:

*i) señalar domicilio para recibir notificaciones:* la normatividad aplicable dispone que el actor debe señalar domicilio en la ciudad sede de la sala competente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). En caso de señalar domicilio fuera de la ciudad sede, entonces la sentencia se le deberá notificar por correo certificado. Importa precisar que el actor también puede señalar un correo electrónico para recibir notificaciones, en cuyo caso debe manifestar expresamente su voluntad en ese sentido. Al respecto, debe realizar el trámite establecido en por el TEPJF mediante el cual se le provee

de una dirección de correo electrónico y de un certificado de firma electrónica avanzada en términos de los acuerdos generales emitidos. Actualmente se regula por el Acuerdo General 3/2010, de 6 de septiembre de 2010, relativo a la implementación de las notificaciones por correo electrónico; el Acuerdo 2/2015, de 10 de febrero de 2015, por el que se aprueban las modificaciones a las prácticas de certificación de la unidad de certificación electrónica, y el manual de operación de las notificaciones por correo electrónico;

*ii) señalar autorizados:* el promovente puede designar a personas para oír y recibir en su nombre notificaciones. Al respecto, el TEPJF ha considerado que los autorizados tienen la función de auxiliar al demandante en actividades relacionadas con el asunto, como la consulta del expediente, atender las notificaciones que se lleven a cabo, entre otras. A fin de maximizar el derecho de acceso a la justicia, se ha establecido que los autorizados se encuentran facultados para presentar las promociones necesarias para cumplir el requerimiento para acreditar la personería del promovente (Jurisprudencia 7/97);

*iii) identificar el acto o resolución impugnado y al responsable del mismo:* aunque la demanda no contenga un apartado especial en el que se especifiquen estos elementos, lo cierto es que del análisis de la demanda y de las constancias que obren en autos generalmente resulta posible deducir los actos o resoluciones materia de impugnación y la autoridad que lo dictó, y

*iv) ofrecer y aportar las pruebas:* a diferencia de otros medios de impugnación en materia electoral, en el JRC la ley establece que no se podrá ofrecer o aportar prueba alguna, salvo que se trate pruebas supervenientes. Lo anterior significa que, por regla general, las partes deben aportar todo el caudal probatorio que consideren pertinente ante las autoridades electorales locales acorde con las disposiciones establecidas por la normatividad de la entidad federativa que corresponda, ya que no resulta válido aportarlas dentro del juicio. Ahora bien, las pruebas supervenientes son: *a)* los elementos de convicción surgidos después del plazo legal en que deban aportarse, o bien, *b)* los surgidos antes de que fenezca el mencionado plazo, pero que el oferente no pudo ofrecer o aportar por desconocerlos o por existir obstáculos que no estaba a su alcance superar. Con relación a las pruebas supervenientes, se ha determinado que el surgimiento posterior de los medios de convicción debe obedecer a causas ajenas a la voluntad del oferente pues, de lo contrario, se le permitiría subsanar deficiencias en el cumplimiento de la carga probatoria que le atañe (Jurisprudencia 12/2002). Finalmente, conviene destacar que la falta de aportación de pruebas en ningún caso puede conducir a la desechamiento de la demanda, pues en todo caso, el órgano jurisdiccional debe resolver con los elementos que obren en autos.

*Requisitos de fondo.* Son aquellos cuyo incumplimiento trae consigo la improcedencia del medio de impugnación:

*i) hacer constar el nombre y la firma autógrafa del promovente:* dado que la demanda constituye un acto jurídico unilateral, resulta indispensable la existencia de la declaración de voluntad del actor para que pueda surtir los efectos jurídicos correspondientes. La firma es precisamente el mecanismo a través del cual se exterioriza la voluntad del actor de ejercer su derecho de impugnación, por lo que su ausencia trae como consecuencia que el escrito inicial en cuestión se tenga por no presentado. A fin de garantizar el acceso a la justicia, el TEPJF

ha determinado que basta con que la firma o rúbrica del actor conste en cualquier parte del libelo o incluso en el escrito de presentación o introductorio de la demanda para que se tenga por satisfecho este requisito (Jurisprudencia 1/99). Bajo esa perspectiva, se ha determinado que la presentación de demandas por medios electrónicos —fax o correo— no libera al actor de presentarla por escrito que contenga su firma autógrafa (Tesis XXI/2013);

*ii) acompañar la documentación necesaria para acreditar la personería del promovente:* la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSIMIME) dispone que cuando el impugnante incumpla con este requisito, el magistrado encargado de la sustanciación del asunto debe formular requerimiento para que, dentro de un plazo de 24 horas, el interesado proporcione tal documentación, con el apercibimiento de que su incumplimiento traerá como consecuencia la improcedencia del juicio. Al respecto, el TEPJF ha flexibilizado el cumplimiento de dicho requisito al establecer que si entre la presentación de la demanda y el auto que provea sobre su admisión se presenta la documentación que acredite la personería, entonces debe tenerse por satisfecho ese requisito (Jurisprudencia 17/2000). También ha establecido que cuando el acto impugnado consista precisamente en la determinación de la responsable de no reconocer la personería del promovente, el JRC no puede ser improcedente por la falta de representación, pues ello implicaría incurrir en el vicio lógico de petición de principio (Jurisprudencia 3/99). Asimismo, se ha determinado que cuando dos o más promoventes se ostenten como representantes legítimos de un mismo partido político en un solo escrito, basta que uno de ellos acredite fehacientemente su personería (Jurisprudencia 3/97). De hecho, en observancia del principio de adquisición de la prueba, el TEPJF ha considerado que la personería debe tenerse por acreditada, aunque la prueba correspondiente haya sido aportada por la contraparte (Tesis IV/99), y

*iii) mencionar los hechos en que se basa la impugnación y los agravios que cause el acto o resolución impugnado:* respecto de este requisito, la LGSIMIME dispone que la demanda se deberá desear cuando no existan hechos o agravios, o bien, cuando habiendo señalado solo hechos, de estos no pueda deducirse agravio alguno. Respecto de los agravios, el TEPJF ha establecido que para la expresión de los agravios es suficiente con que se exprese la petición y la causa de pedir fáctica para tenerlos por debidamente configurados (Jurisprudencia 3/2000). A fin de evitar formalismos innecesarios, también se ha señalado que los agravios pueden encontrarse en cualquier parte del escrito inicial, por lo que el juzgador debe analizarlo como una unidad y no es necesario que se encuentren contenidos en un capítulo especial (Jurisprudencia 2/98).

En la línea jurisprudencial que caracteriza al TEPJF de flexibilizar los requisitos procesales a fin de garantizar el derecho de acceso a la justicia, se ha determinado que, ante la obscuridad, deficiencia o equivocidad en la formulación de la demanda, el juzgador debe analizar en su conjunto el ocaso para establecer con exactitud la intención del promovente (Jurisprudencia 4/99).

***Felipe de la Mata Pizaña***

### 639. JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL (PLAZOS Y TRÁMITE)

*Plazos.* El plazo para la promoción del juicio de revisión constitucional electoral (JRC) es de cuatro días contados a partir del día siguiente a aquel en que se

tenga conocimiento del acto o resolución impugnado, o se hubiese notificado de conformidad con la ley aplicable.

Dado que el JRC es un medio de impugnación cuya materia de impugnación principal lo constituyen los actos y resoluciones de las autoridades electorales locales relacionados con los procesos comiciales que se desarrollan en las entidades federativas, todos los días y horas son hábiles.

Al respecto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha determinado que basta la existencia de un proceso electoral extraordinario municipal para que todos los días sean hábiles, aunque este se relacione únicamente con la elección de un ayuntamiento y no de todos los del estado (tesis XXXIII/2001).

Importa considerar que en el supuesto de que la autoridad encargada de recibir la demanda no labore alguno de los días estimados aptos por la ley para integrar el plazo para la promoción de tal medio, esos días no deben incluirse en el cómputo que se realice para determinar la oportunidad de la presentación de dicho escrito ante la imposibilidad del actor de ejercer su derecho de impugnación (tesis II/98).

Finalmente, si el acto o resolución impugnado se emite durante el desarrollo de un proceso electoral pero no se encuentra vinculado a este, entonces el cómputo del plazo respectivo debe realizarse sin tomar en cuenta los sábados y domingos, así como los días inhábiles en términos de ley, dado que no se corre el riesgo de afectar la definitividad de las etapas del proceso en cuestión (jurisprudencia 1/2009-SRII).

*Trámite.* A diferencia de otros medios de impugnación en materia electoral, el trámite del JRC se encuentra sujeto exclusivamente a las reglas específicas establecidas en el capítulo IV del título único del libro cuarto de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

El trámite del JRC se encuentra a cargo de la autoridad responsable, la cual, bajo su más estricta responsabilidad, debe llevar a cabo las actuaciones establecidas, recibir y resguardar la documentación presentada por las partes, así como remitirla oportunamente.

Al respecto, el trámite puede considerarse compuesto por los siguientes actos:

a) *presentación del escrito inicial:* por regla general, la demanda debe presentarse ante la autoridad responsable, situación que resulta trascendente, dado que si el libelo se presenta ante una autoridad distinta, esta circunstancia no interrumpe el transcurso del plazo (jurisprudencia 56/2002). Esta exigencia encuentra su razón de ser en que la normatividad aplicable prevé una serie de actos previos y posteriores a ese acto, que se encuentran íntimamente vinculados entre sí, y que corresponde realizarlos precisamente a la autoridad emisora del acto o resolución materia de litis. Por ello, si el órgano que recibe indebidamente la promoción proveyera el trámite previo, estaría actuando fuera de sus atribuciones. En casos excepcionales, resulta válida la presentación de la demanda cuando existan situaciones irregulares o circunstancias extraordinarias imputables a la autoridad encargada de recibir el recurso o medio de impugnación (jurisprudencia 25/2014). Asimismo, a fin de preservar el derecho de acceso a una justicia completa, el TEPJF ha establecido que cuando algún medio de impugnación se presente directamente ante cualquie-

ra de las salas, debe estimarse que la demanda se promueve en forma, dado que la recibe el órgano jurisdiccional competente para conocer y resolverlo (jurisprudencia 43/2013). Resulta importante precisar que si la autoridad que recibió la demanda, la remite de inmediato a la autoridad responsable y esta la recibe antes del vencimiento del plazo fijado por la ley, entonces debe considerarse que su presentación fue oportuna;

*b) aviso de presentación:* debe comunicar de inmediato y sin dilación la presentación del medio de impugnación, para lo cual debe precisar el nombre del actor, el acto o resolución impugnado, la fecha y hora exactas de su recepción;

*c) publicación:* debe hacer del conocimiento público la presentación del libelo de JRC, durante el plazo de 72 horas, mediante cédula que se fije en los estrados respectivos;

*d) remisión:* a diferencia de otros medios de impugnación, en el JRC la autoridad responsable debe remitir de inmediato a la Sala competente TEPJF la demanda y sus anexos; el expediente completo en que se haya dictado el acto o resolución impugnado, y el informe circunstanciado;

*e) elaboración del informe circunstanciado:* la responsable tiene el deber de formular y remitir junto con la demanda un informe en el cual conste, según cada caso: 1) la mención de si el promovente o el compareciente tienen reconocida su personería; 2) las causas de improcedencia que al respecto considere que se actualizan; 3) motivos y fundamentos jurídicos que considere pertinentes para sostener el acto o resolución impugnados, y 4) la firma del funcionario que lo rinde. Conviene precisar que el TEPJF ha establecido que el informe circunstanciado no constituye parte de la litis, por lo que no resulta válido que la responsable pretenda introducir en el informe razonamientos novedosos que no se encuentren contenidos en la resolución impugnada (tesis XLIV/98). Lo anterior porque, en materia electoral, la litis se integra únicamente con el acto reclamado y los agravios expuestos por el inconforme para demostrar su ilegalidad, por lo que el juzgador no se encuentra obligado a estudiar tales razonamientos. A diferencia de otras materias, si la autoridad responsable omite referirse a hechos contenidos en el escrito de demanda, ello no trae como consecuencia tenerlos por presuntivamente ciertos, sino que deberá resolverse con los elementos que obren en autos (tesis LXXXVII/2002). Sin embargo, el informe circunstanciado puede proporcionar indicios al ser adminiculado con el restante material probatorio y valorado conforme a las reglas de la lógica, de la sana crítica y la experiencia (tesis XLV/98), y

*f) escritos de comparecencia:* dentro del plazo de 72 horas referido, los terceros interesados podrán comparecer y formular por escrito los alegatos que consideren, los cuales deben ser remitidos a la brevedad a la sala del TEPJF. La autoridad debe informar la conclusión de ese término y si durante el transcurso de este compareció o no algún tercero interesado. Al respecto, se ha establecido que la publicación por estrados permite a los terceros interesados comparecer y manifestar lo que a su derecho corresponda, por lo que resulta constitucional y convencionalmente válida (jurisprudencia 34/2016). Lo anterior porque la intervención de los terceros interesados no puede variar la integración de la litis, pues tiene como finalidad que prevalezca el acto o resolución reclamada.

***Felipe de la Mata Pizaña***

#### 640. JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL (REQUISITOS DE PROCEDENCIA)

El juicio de revisión constitucional electoral es un instrumento de control de constitucionalidad de carácter extraordinario, establecido a favor de los partidos políticos, para garantizar la constitucionalidad y legalidad de los actos, resoluciones y procedimientos de naturaleza electoral emitidos por las autoridades estatales competentes encargadas de preparar, organizar y calificar los comicios locales o resolver las controversias que surjan durante los mismos (Cienfuegos Salgado, 2011).

Con base en la definición anterior es posible advertir tres principales características del medio de impugnación en cita. En primer lugar, como medio de control de constitucionalidad, su función actual consiste en garantizar que los actos y resoluciones que emitan las autoridades de las entidades federativas en materia electoral se ajusten, precisamente, a las normas y principios establecidos en el orden constitucional mexicano (Galván Rivera, 1997, pp. 735 y ss.).

En segundo término, como medio de carácter extraordinario, únicamente puede surgir a la vida jurídica cuando, previamente, se hayan agotado las instancias ordinarias, administrativas o jurisdiccionales previstas en la legislación de la entidad federativa.

Finalmente, se considera que el juicio de revisión constitucional es un medio de impugnación de estricto derecho, característica que conlleva dos consecuencias estrechamente relacionadas: por una parte, implica que los agravios esgrimidos deben estar enderezados a evidenciar la ilegalidad o inconstitucionalidad del acto o resolución reclamada, para lo cual el promovente debe expresar claramente la causa de pedir, los motivos que generaron el acto o resolución que se impugna, así como detallar la lesión que ocasiona en su esfera jurídica. Por otro lado, que sea de estricto derecho supone que no procede la suplicia de la queja, por lo que resulta inviable que el órgano jurisdiccional supla las deficiencias u omisiones en el planteamiento de los motivos de disenso.

Ahora bien, como todo medio de impugnación, para su admisibilidad deben observarse determinados presupuestos y formalidades procesales, cuestión que, como ha reconocido nuestro Tribunal Interamericano, resulta acorde y necesaria para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas (Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, núm. 158, párr. 126).

En este contexto, los requisitos específicos establecidos en el artículo 86, numeral 1 de la ley procesal electoral para la procedencia del juicio de revisión constitucional son: *a)* que los actos o resoluciones impugnados sean definitivos y firmes; *b)* que con ellos se viole algún precepto de la Constitución federal; *c)* que la violación reclamada pueda resultar determinante para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones; *d)* que la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales; *e)* que la reparación solicitada sea factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos, y *f)* que se hayan agotado en tiempo y forma todas las instancias previas establecidas por las leyes para combatir

los actos o resoluciones electorales en virtud de los cuales se pudieran haber modificado, revocado o anulado. Precisado lo anterior, de manera breve se reseñará en qué consisten los principales requisitos para la procedencia del juicio de revisión constitucional electoral.

a) *Definitividad y firmeza*. Este requisito guarda una estrecha relación con aquel que obliga al promovente a agotar, en tiempo y forma, las instancias previas para combatir los actos o resoluciones, siempre que estas resulten aptas para modificar, anular o revocar la materia de impugnación. Esta dualidad ha llevado a la Sala Superior a reconocer que, en realidad, ambos presupuestos constituyen un solo requisito que admite, como razón lógica y jurídica, el propósito claro de hacer del juicio de revisión constitucional un medio de impugnación excepcional (Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Jurisprudencia 23/2000, de rubro “Definitividad y firmeza, constituyen un solo requisito de procedibilidad del juicio de revisión constitucional electoral”) al que solo se puede acudir cuando ya no existan al alcance de los justiciables medios ordinarios para conseguir la restitución de los derechos afectados, ya sea porque: *i*) no existen medios previstos en la ley local; *ii*) los contemplados resultan insuficientes para conseguir ese fin reparador; o bien, *iii*) los medios ordinarios hubieren sido promovidos sin éxito alguno para el afectado (véase jurisprudencia 18/2003, de rubro “Juicio de revisión constitucional electoral. Observancia del principio de definitividad”). Estas condiciones obligan a las partes a sujetarse, de manera previa, al orden estatal y no acudir *ipso facto* ante la instancia federal para resolver las controversias electorales, como se observa en la jurisprudencia 9/2001, de rubro “Definitividad y firmeza. Si el agotamiento de los medios impugnativos ordinarios implica la merma o extinción de la pretensión del actor, debe tenerse por cumplido el requisito”.

b) *Violación a un precepto constitucional*. Como un mecanismo de control de constitucionalidad, para la procedencia del juicio de revisión constitucional es requisito indispensable que los actos o resoluciones materia de impugnación violen algún precepto de la Constitución federal. Sobre su cumplimiento, la Sala Superior ha considerado que el mismo se acredita cuando de los agravios planteados se advierta la posibilidad de que el acto o resolución haya conculcado algún precepto constitucional, resultando irrelevante que se citen o no los artículos constitucionales presuntamente violados (jurisprudencia 2/97, de rubro “Juicio de revisión constitucional electoral. Interpretación del requisito de procedencia previsto en el artículo 86, párr. 1, inciso B) de la ley de la materia”).

c) *Violación determinante para el desarrollo del proceso electoral o en el resultado de las elecciones*. La exigencia de que la violación a un precepto constitucional sea determinante implica que se le atribuya a los actos o resoluciones impugnados la capacidad para que, por su importancia y trascendencia, puedan afectar e incluso cambiar el resultado obtenido en la elección de que se trate, lo que significa que si las transgresiones o violaciones imputadas no resultan de tal magnitud, la solicitud de revisión constitucional intentada se vuelve improcedente.

d) *Posibilidad de la reparación*. Este requisito exige, previo a la admisión del medio, verificar que la reparación solicitada pueda ser material o jurídicamente posible, es decir, debe analizarse la imposibilidad fáctica y jurídica para

retrotraer las cosas al tiempo pasado en que se cometieron las violaciones. En otras palabras, debe analizarse si el acto reclamado adquirió o no firmeza, ya sea en alguna de las etapas del proceso electoral que haga imposible volver a una anterior, o bien, por la entrada real en el ejercicio de la función mediante la posesión del cargo por los funcionarios electos, tal y como se refleja en la jurisprudencia 10/2004, de rubro “Instalación de los órganos y toma de posesión de los funcionarios elegidos. Solo si son definitivas determinan la improcedencia de los medios de impugnación en materia electoral”. Así, para la satisfacción de este requisito, resulta necesario que la sentencia que se emita surja antes de la fecha de instalación o la toma de posesión o que la reparación solicitada en alguna de las etapas electorales esté en posibilidades de realizarse.

*Felipe Alfredo Fuentes Barrera*

#### 641. JUICIO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL (SUJETOS PROCESALES)

En el juicio de revisión constitucional electoral (JRC), los sujetos procesales son el actor o promovente, la autoridad responsable y el tercero interesado o compareciente.

*Actor:* el JRC solo puede ser promovido por los partidos políticos actuando a través de sus representantes legítimos. En ese sentido, la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME) determina que la representación de los partidos políticos puede ser de carácter legal, estatutario y convencional.

1) *Representación legal.* La legislación aplicable establece que los partidos pueden promover JRC a través de:

a) *los representantes registrados formalmente ante la autoridad responsable local que dictó el acto o resolución impugnada.* El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha establecido que este supuesto también se actualiza cuando se trate del representante del partido político impugnante ante la autoridad primigeniamente responsable cuyo acto administrativo fue controvertido en el medio de impugnación en el que se emitió la resolución jurisdiccional materia de litis en el JRC (jurisprudencia 2/99). Esta interpretación resulta trascendente si se considera que generalmente los partidos políticos no tienen representante registrado ante las autoridades jurisdiccionales electorales locales. Asimismo, se ha determinado que este tipo de representantes pueden acreditar su personería con la copia simple del documento en el que conste su registro ante los órganos electorales locales (jurisprudencia 9/97), por lo que basta aportar dicho documento ante cualquier instancia para que se tenga por cumplido el requisito (tesis XIII/97);

b) *los representantes que interpusieron el medio de impugnación local al cual le recayó la resolución impugnada.* En la práctica, dado que este supuesto se ha convertido en la regla general, el TEPJF ha señalado que en el JRC no resulta válido objetar la personería cuando se trata del mismo representante que actuó en la instancia previa, a menos que haya sido controvertida en el medio de impugnación ante la instancia local (tesis CXII/2001). Siguiendo una línea jurisprudencial característica del TEPJF en el sentido de flexibilizar los requisitos procesales, se ha determinado que este supuesto también se actualiza aún en el caso de que el representante del partido político cambie durante la sustanciación

del medio de impugnación local, siempre que tal situación haya sido hecha del conocimiento del órgano electoral emisor del acto o resolución impugnados y este la haya reconocido (tesis XXXVI/97), y

*c) los representantes que comparecieron como terceros interesados en el medio de impugnación local al cual le recayó la resolución impugnada.* En ese sentido, si el representante compareció como tercero interesado en el juicio natural y tal personería le fue reconocida por la autoridad responsable, entonces en ese caso dicho representante se encuentra legitimado para promover el JRC contra una resolución que ha resultado adversa a sus intereses.

*2) Representación orgánica o estatutaria.* El JRC también puede ser promovido por los integrantes de los órganos partidistas que, acorde con sus estatutos, tengan la representación del partido político, en cuyo caso, para acreditar su personería basta con presentar el nombramiento correspondiente. Al respecto, el TEPJF ha señalado que esta hipótesis de personería es alternativa y no excluyente con relación a la representación legal; por lo cual, basta con estar dotado de facultades de representación, de acuerdo con los estatutos del partido político respectivo, para que se pueda actuar válidamente en el JRC (jurisprudencia 10/2002). También en este supuesto se han realizado interpretaciones que flexibilizan la rigidez de este requisito, al determinarse que los presidentes de los comités ejecutivos municipales (tesis V/2014) e incluso el titular del órgano de finanzas de un comité directivo estatal de un partido político (tesis V/2018) cuentan con personería suficiente para impugnar los actos o resoluciones que afecten los recursos financieros partidistas que correspondan a estos órganos.

*3) Representación convencional.* Corresponde a los apoderados, es decir, aquellos a los que se les haya otorgado poder en escritura pública por los funcionarios partidistas facultados para ello. Con relación a este supuesto, se ha establecido que el funcionario partidista que otorgue el poder debe contar con facultades para delegar o sustituir el mandato que le ha sido conferido de acuerdo con lo establecido en los estatutos de su partido y atribuciones (tesis CX/2002). Asimismo, derivado de una interpretación *pro actione*, el TEPJF ha determinado que si la personería se acredita con un poder otorgado a varias personas, sin especificar que deban actuar conjunta o separadamente, entonces debe entenderse que el representante que promueva el juicio puede actuar de manera individual (tesis LVI/2001).

*Coadyuvante:* importa precisar que, aunque la ley no lo establece, por criterio del TEPJF se ha establecido que en el JRC son admisibles los coadyuvantes. En ese sentido, ha considerado que los candidatos pueden comparecer como coadyuvantes cuando se impugnen los resultados de una elección a fin de privilegiar el acceso completo y efectivo a la jurisdicción (jurisprudencia 38/2014). Al respecto, la LGSMIME establece que los coadyuvantes deben comparecer por escrito dentro del mismo plazo que se tiene para la promoción del medio de impugnación. El escrito en cuestión debe contener: *a)* el nombre y firma del candidato; *b)* en su caso, la documentación que acredite la personería del promovente, y *c)* las manifestaciones que a su derecho conengan, con la limitante de que en ningún caso pueden ampliar o modificar los planteamientos que haya presentado su partido.

*Autoridad responsable:* es la autoridad electoral administrativa o jurisdiccional local que dictó el acto o resolución impugnado. La responsable tiene

una actuación trascendente, al ser la encargada de tramitar las demandas de JRC, por ello, cuando la demanda se presente ante autoridad distinta de la responsable, el órgano jurisdiccional debe remitir copia certificada del medio de impugnación para que cumpla con el trámite correspondiente (tesis XCIX/2002).

*Tercero interesado:* finalmente, el compareciente es el sujeto procesal que tiene un interés en la causa derivado de un derecho incompatible con el aducido por el actor. Acorde con la LGSMIME, el tercero interesado debe comparecer por escrito, dentro del término legal correspondiente, en el cual debe: a) constar nombre y firma del compareciente; b) señalar domicilio para recibir notificaciones; c) señalar las causas de improcedencia que estime pertinentes; d) acompañar la documentación que acredite su personería, y e) señalar la razón de su interés jurídico y sus pretensiones concretas.

En este aspecto, el TEPJF ha establecido que la legitimación activa del tercero interesado en el JRC no puede depender en forma alguna de su comparecencia previa ante la instancia local, ya que la necesidad de ejercer su derecho de defensa puede surgir a partir de una resolución que pueda resultar adversa a sus intereses (jurisprudencia 8/2004).

*Felipe de la Mata Pizaña*

## 642. JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO

I. DEFINICIÓN. Medio de control de constitucionalidad, convencionalidad y legalidad en materia electoral del que conoce el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en lo subsecuente TEPJF) para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, de votar, ser votado, asociación y afiliación, integración de las autoridades electorales y cualquier derecho fundamental vinculado con los anteriores.

II. DESARROLLO. El juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos (en lo subsecuente JDC) surge con la reforma constitucional de 22 de agosto de 1996 y legal de 22 de noviembre de 1996 con la expedición de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. Surge para proteger a los ciudadanos de las decisiones de la autoridad administrativa electoral de inclusión o exclusión en los listados nominales de electores, registro de partidos políticos u organizaciones electorales y, principalmente, por la no expedición de la credencial para votar con fotografía. La jurisprudencia electoral ha sido particularmente garantista en la expansión de la protección de los derechos político-electorales a través de este medio de impugnación, abarcando hoy en día temas tan diversos como el control de convencionalidad (SUP-JDC-695/2007 o ST-JDC-463/2011 y acumulados), derechos de los pueblos y comunidades indígenas (SUP-JDC-11/2007) o cuotas de género (SUP-JDC-461/2009 o SUP-JDC-12641/2011).

III. Requisitos de la demanda. La demanda debe cubrir los requisitos formales: constar por escrito, ser presentada ante la autoridad responsable, constar el nombre y firma autógrafa del actor, domicilio para oír y recibir notificaciones, acompañar los documentos para acreditar la personería, precisar el acto reclamado, enunciar los hechos y agravios, señalar los preceptos violados, ofrecer y aportar las pruebas. Asimismo, deberá ser presentada ante la

autoridad responsable (en caso de que la autoridad responsable se encuentre cerrada o no le reciban, acreditando dicha circunstancia, podrá presentarse ante el propio Tribunal Electoral) dentro de los cuatro días siguientes a que haya tenido conocimiento del acto o resolución impugnado. Debe presentarse cuando se hayan agotado todas las instancias legales y estatutarias a la mano de los ciudadanos para revocar o modificar el acto o resolución combatido. La excepción a estas últimas reglas es el *per saltum*. En los casos *per saltum*, cuando se encuentre en riesgo de merma o extinción del derecho, puede promoverse (una vez desistida la parte actora en el juicio primigenio) directamente a la instancia federal, para efectos de evitar que el daño sea irreparable. Asimismo, cuando se salta la instancia intrapartidaria, la demanda tiene que promoverse dentro del plazo que señale la norma intrapartidaria, que puede ser menor a los cuatro días. El JDC puede ser promovido por el ciudadano agraviado, por sí mismo y en forma individual, o a través de sus representantes legales. La legitimación procesal es un presupuesto que debe ser analizado de oficio por el órgano jurisdiccional.

IV. PARTES. En materia electoral las partes procesales son las siguientes: el actor, que será quien estando legitimado presente el medio de impugnación por sí mismo o, en su caso, será quien haya sufrido la lesión en el ejercicio de sus derechos; la autoridad u órgano partidista responsable, que será quien haya realizado el acto o resolución que se impugna; el tercero interesado es el ciudadano, partido político, coalición, candidato, organización política que tenga un interés incompatible con el actor.

V. COMPETENCIA. La reforma constitucional del 13 de noviembre de 2007 y legal de 2008 estableció la competencia de las salas del Tribunal (la Sala Superior y las salas regionales) para conocer del JDC. La Sala Superior en los casos de violación a los derechos político-electorales del ciudadano, en los casos de presidente de la República, gobernadores o legisladores federales de representación proporcional, afiliación, así como por la negativa para registrarse como partido político o agrupación política. Por su parte, las salas regionales en los casos de votar (negativa de expedición de credencial, o inclusión o exclusión indebida de los listados nominales), derecho al voto pasivo (en los casos de candidatos a presidencias municipales, diputados locales, órganos auxiliares de los ayuntamientos y legisladores federales de mayoría relativa). Cabe señalar que al ser un medio en el que se ejerce de manera cotidiana el control de constitucionalidad y convencionalidad, las sentencias de las salas regionales pueden ser combatidas vía recurso de reconsideración ante la Sala Superior.

VI. TRÁMITE Y SUSTANCIACIÓN. La demanda debe presentarse por escrito ante la autoridad responsable. Esta debe dar aviso de inmediato sobre la presentación de la demanda a la sala competente para conocer y hacer del conocimiento público mediante cédula que se fija en estrados durante 72 horas. Dentro de dicho plazo podrán comparecer los terceros interesados. Vencido el plazo anterior, dentro de las 24 horas siguientes, deberá remitir ante la sala competente para conocer el expediente respectivo (demanda, pruebas, acto reclamado, escritos de tercero e informe circunstanciado). La sustanciación es la manera de conducir procesalmente un juicio hasta ponerlo en estado de resolución. El presidente de la sala regional deberá turnar la demanda a uno de los magistrados que será el ponente. El magistrado

ponente deberá revisar el expediente y, en su caso, requerir la información necesaria para resolver el asunto. En caso de que no se cumpla con los requisitos de procedibilidad, se presenta a consideración del Pleno el proyecto de resolución desechando la demanda. En caso de que sí se cumplan los requisitos de procedencia, se admitirá la demanda, se desahogarán las pruebas y se presentará a consideración del Pleno el proyecto de sentencia correspondiente. Los magistrados podrán votarlo por unanimidad o por mayoría. En caso de que la posición mayoritaria sea contraria al proyecto presentado por el magistrado, uno de los integrantes de la mayoría elaborará el engrose correspondiente, y la posición minoritaria podrá quedar como voto particular.

VII. Casos relevantes. El JDC ha sido uno de los instrumentos más importantes de protección de derechos políticos en México. En los casos que dieron origen a la jurisprudencia “JDC. Procede contra actos definitivos e irreparables de los partidos políticos”, la Sala Superior amplió la interpretación sobre la procedencia del JDC para permitir el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos. En el caso de acceso a la información (SUP-JDC-040/2004), la Sala Superior amplió la procedencia del JDC por violación a derechos fundamentales vinculados con los políticos. En otro caso, el derecho de un periodista de conocer los montos de los salarios de los presidentes de los partidos político en México. En el *Caso Monzón* se determinó que el derecho a ser votado es de base constitucional y de configuración legal, por lo que las candidaturas independientes podrían ser reguladas de conformidad con la decisión soberana de cada estado. En el SUP-JDC-713/2004 (*Caso Vigas de Ramírez*), respecto a la decisión del voto de candidatos no registrados (los votos habían sido considerados como nulos y había más votos nulos que los votos del primer partido político en la elección), la mayoría de la Sala Superior consideró que los votos de candidatos no registrados no podían ser considerados como válidos. La minoría, por el contrario, sostuvo que en atención al principio de soberanía popular, debían tomarse en consideración. En el SUP-JDC-695/2007, *Caso Hank*, se desaplicó una norma constitucional de Baja California por considerarla contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el ST-JDC-10/2008 se revocó la decisión de un tribunal electoral local de desechar una demanda por haber sido interpuesta el último día del plazo a las veintidós horas (el Tribunal alegó que sus horas hábiles concluían a las veinte horas), ejerciendo control de convencionalidad para permitir un mejor acceso a la justicia. En el SUP-JDC-11/2007 se ordenó al Congreso local y al Instituto Electoral de Oaxaca a efectuar elecciones en un municipio indígena que no había tenido elecciones desde 2002. En el *Caso Cherán*, la Sala Superior consideró que debía consultarse a la comunidad purépecha si quería desarrollar elecciones por partidos o por el sistema normativo interno indígena. En los expedientes SUP-JDC-461/2008, ST-JDC-295/2008, SUP-JDC-12464/2011 se protegieron los derechos de las mujeres. En el ST-JDC-463/2011 y acumulados se declaró la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de una disposición que impedía a los partidos de oposición incorporar a un tercer regidor de representación proporcional en Michoacán.

*Santiago Nieto Castillo*

**643. JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO (ALCANCES Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS)**

En materia de sentencias de los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC) existe una labor jurisprudencial que ha logrado establecer diversos aspectos que no están expresamente plasmados en la ley. Debe observarse que existen disposiciones generales para todos los medios de impugnación y los hay de manera específica para el JDC. Por ello, es de considerarse el artículo 22 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME), que prescribe el contenido de las resoluciones o sentencias, mismas que constarán por escrito y contendrán: *a)* la fecha, el lugar y el órgano o Sala que la dicta; *b)* el resumen de los hechos o puntos de derecho controvertidos; *c)* en su caso, el análisis de los agravios así como el examen y valoración de las pruebas que resulten pertinentes; *d)* los fundamentos jurídicos; *e)* los puntos resolutivos, y *f)* en su caso, el plazo para su cumplimiento.

Al ser resuelto un JDC, la sala del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) deberá suplir las deficiencias u omisiones en los agravios cuando los mismos puedan ser deducidos claramente de los hechos expuestos, regla que no aplica a todos los medios de impugnación.

De igual forma, la LGSMIME prescribe que la Sala resolverá tomando en consideración las disposiciones que debieron ser invocadas o las que resulten aplicables al caso concreto, en caso de que se omita señalar los preceptos jurídicos presuntamente violados o se citen de manera equivocada por parte del promovente. La emisión de las sentencias se llevará a cabo en sesión pública, por lo que, conforme al artículo 24 de la citada ley, el presidente de la Sala ordenará que se publique en los estrados —por lo menos con 24 horas de antelación o en un plazo menor en asuntos de urgente resolución— la lista de los asuntos a resolver en cada sesión. También se establece que, abierta la sesión por el presidente y verificado el *quorum* legal, se procederá a exponer cada uno de los asuntos listados con las consideraciones y preceptos jurídicos en que se funden, así como el sentido de los puntos resolutivos propuestos. De igual manera, se discutirán los asuntos y cuando el presidente de la Sala los considere suficientemente discutidos los someterá a votación.

Las sentencias se aprobarán por unanimidad o por mayoría de votos. Si el proyecto presentado es votado en contra por la mayoría de la Sala, a propuesta del presidente, se designará a otro magistrado electoral para que, dentro de un plazo de 24 horas contado a partir de que concluya la sesión respectiva, engrose el fallo con las consideraciones y razonamientos jurídicos correspondientes. También permite que en casos extraordinarios la Sala competente pueda diferir la resolución de un asunto listado.

La LGSMIME establece que para la resolución pronta y expedita de los medios de impugnación, las salas del TEPJF podrán determinar su acumulación, pudiéndose decretar al inicio o durante la sustanciación o para la resolución de los medios de impugnación. Con el objetivo de brindar eficacia a las resoluciones, así como para mantener el orden y el respeto y la consideración debidas, el TEPJF podrá aplicar discrecionalmente los medios de apremio y las correcciones disciplinarias siguientes: *a)* apercibimiento; *b)* amonestación; *c)* multa de 50 hasta 5 000 unidades de medida de actualización (UMA). En

caso de reincidencia se podrá aplicar hasta el doble de la cantidad señalada. Las notificaciones surtirán sus efectos el mismo día en que se practiquen.

Durante los procesos electorales, el TEPJF podrá notificar sus actos, resoluciones o sentencias en cualquier día y hora. Las notificaciones se podrán hacer personalmente, por estrados, oficio, correo certificado o telegrama, según se requiera para la eficacia del acto, resolución o sentencia a notificar, salvo disposición expresa de esta ley. También podrán hacerse por medio electrónico, cuando las partes así lo soliciten. Además, la ley establece un apartado específico dentro del libro tercero que regula el JDC en relación con las sentencias, estableciendo que las que resuelvan el fondo serán definitivas e inatacables, aunque debe aclararse que las mismas son susceptibles de ser combatidas a través del recurso de reconsideración cuando se emitan por salas regionales del TEPJF y podrán tener los efectos siguientes: *a)* confirmar el acto o resolución impugnado, y *b)* revocar o modificar el acto o resolución impugnado y restituir al promovente en el uso y goce del derecho político-electoral que le haya sido violado.

Jurisprudencialmente se ha establecido que, en todo caso, la sentencia estimatoria deberá precisar sus efectos y alcances para restituir al o los agraviados en el pleno uso y disfrute del derecho infringido. De la misma manera, se ha declarado que, acorde con el sexto párrafo del artículo 99 constitucional, las salas del TEPJF están facultadas para resolver sobre la no aplicación de leyes electorales contrarias a la Constitución, en cuyas sentencias los efectos se limitarán al caso concreto, sin permitir los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad.

En materia de jurisprudencia se ha establecido que las sentencias que se dicten en el JDC, que tengan como efecto revocar o modificar el acto o resolución impugnado y restituir en el uso y goce del derecho político-electoral violado, por regla general, solo aprovechan a quien lo hubiese promovido, debido a que procede cuando el ciudadano, por sí mismo y de forma individual, haga valer presuntas violaciones a sus derechos. Sin embargo, en algunos casos, los citados efectos pueden comprender la situación jurídica de un ciudadano distinto al promovente.

De igual forma, en la jurisprudencia se ha determinado que la aclaración de sentencia es un instrumento constitucional y procesal connatural de los sistemas jurídicos de impartición de justicia que debe estimarse inmersa en ellos, incluso en los casos en que no se aprecie en forma expresa en la legislación electoral. La ley prescribe que las resoluciones serán notificadas: *a)* al actor que promovió el juicio y, en su caso, a los terceros interesados, a más tardar dentro de los dos días siguientes a aquel en que se dictó la sentencia, de modo personal, siempre y cuando haya señalado domicilio ubicado en la Ciudad de México o en la ciudad sede de la Sala competente; la notificación se hará por correo certificado, por telegrama o por estrados, y *b)* a la autoridad u órgano partidista responsable, a más tardar dentro de los dos días siguientes a aquel en que se dictó la sentencia, por oficio acompañado de la copia certificada de la sentencia. Derivado de la labor jurisdiccional se ha establecido que se debe elaborar un resumen de las sentencias de juicios promovidos por miembros de comunidades indígenas y procurar su traducción a los idiomas que correspondan, para que tanto las versiones en español como en lengua indígena puedan difundirse idóneamente y ser conocidas por la comunidad.

Por otra parte, el artículo 85 de la LGSMIME nos permite vislumbrar el grado de protección a los derechos del ciudadano que se busca con este medio de impugnación. En dicho precepto se establece que en los casos en que el ciudadano, habiendo cumplido con los requisitos y trámites correspondientes, no hubiere obtenido de modo oportuno el documento que exija la ley electoral respectiva para ejercer el voto; no aparezca incluido debidamente en la lista nominal o considere haber sido excluido de la lista nominal de electores de la sección correspondiente a su domicilio, o la sentencia que se dicte resulte favorable a los intereses de los promoventes y la autoridad responsable, federal o local, por razón de los plazos legales o por imposibilidad técnica o material, no los pueda incluir correctamente en la lista nominal de electores correspondiente a la sección de su domicilio, o expedirles el documento que exija la ley electoral para poder sufragar, bastará la exhibición de la copia certificada de los puntos resolutivos del fallo, así como de una identificación, para que los funcionarios electorales permitan que los ciudadanos respectivos ejerzan el derecho de voto el día de la jornada electoral en la mesa de casilla que corresponda a su domicilio o, en su caso, en una casilla especial.

*José Antonio Bretón Betanzos*

#### 644. JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO (CAUSALES DE IMPROCEDENCIA Y SOBRESEIMIENTO)

La improcedencia en el amparo ha sido definida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) según el concepto de Luis David Coaña Be (2017) como “la institución jurídica procesal en la que al presentarse determinadas circunstancias previstas en la Constitución, en la ley de amparo y en la jurisprudencia, el órgano jurisdiccional se encuentra impedido para estudiar y resolver el fondo de la cuestión planteada”.

A partir de esta definición, podemos decir que la improcedencia en materia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC) es la institución procesal por la cual la Sala competente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) se encuentra impedida para entrar al estudio de la litis, en virtud de una circunstancia prevista en la ley general de medios de impugnación o en la jurisprudencia electoral que se lo impide.

De lo anterior podemos inferir que el juicio resulta improcedente cuando: *a)* se impugne una ley por considerarla inconstitucional; *b)* el acto o resolución no afecte el interés jurídico del promovente; *c)* se hayan consumado de modo irreparable; *d)* se hubieren consentido tácita o expresamente; *e)* el promovente carezca de legitimación; *f)* no se hayan agotado las instancias previas a través de los cuales se pudiera haber modificado, anulado o revocado el acto violatorio de derechos; *g)* en un mismo escrito se pretenda impugnar más de una elección; *h)* se pretenda la no aplicación de una ley en materia electoral que en acción de inconstitucionalidad la Corte hubiera calificado de constitucional y, finalmente, *i)* se impugnen resoluciones de medios de impugnación en materia electoral, que son exclusivos de la competencia del TEPJF.

Respecto a la primera causal de improcedencia, consistente en la impugnación de la inconstitucionalidad de una ley electoral, debe entenderse en función del artículo 105 constitucional, el cual establece que la SCJN, al re-

resolver acciones de inconstitucionalidad, es la única instancia facultada para expulsar con efectos *erga omnes* a una ley.

Lo anterior en armonía con el párrafo quinto del artículo 99 constitucional, el cual señala que las salas del TEPJF podrán resolver la no aplicación de leyes electorales que consideren contrarias a la Constitución, acorde a lo que ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en el sentido de que los jueces, como parte del aparato estatal, están obligados a realizar control de convencionalidad en las controversias que conozcan, y que dicho control lo deben realizar en el ámbito de sus competencias (caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*).

También es importante lo que determinó la SCJN al conocer el expediente varios 912/2010, en el que dio gran importancia al control de convencionalidad en México, al señalar que este tendría que realizarse a manera de un control difuso de constitucionalidad en el que los jueces de todos los niveles debían primero buscar una interpretación que hiciera que la norma fuera acorde a la Constitución (con la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos se incluyen todos los derechos humanos contenidos en tratados ratificados por México) y, en caso de no lograrlo, inaplicar la norma al caso concreto.

Respecto a la falta de cumplimiento del principio de definitividad en el JDC, la Sala Superior del TEPJF ha señalado en reiteradas jurisprudencias que se puede acudir *per saltum* al juicio sin haber agotado previamente las instancias que señalen las leyes o estatutos de los partidos, cuando el agotamiento de la cadena impugnativa pueda traducirse en una merma al derecho tutelado, para lo cual el promovente puede optar entre presentar el recurso ordinario y durante su tramitación desistirse y promover *per saltum* el juicio, pudiendo presentarlo ante la autoridad responsable o la autoridad que esté conociendo del recurso, en cuyo caso el cómputo del plazo para su promoción empezará a correr a partir del desistimiento, y/o presentar directamente el juicio ante la autoridad responsable respetando los plazos que para el recurso ordinario señale la ley o los estatutos de los partidos.

La Sala Superior señala que las causas de improcedencia que se fundan en las deficiencias de la demanda solo operan cuando dichas irregularidades sean imputables al promovente, pero no cuando se originan en la obscuridad de las leyes o en la actuación incompleta de las autoridades aplicadoras que puedan confundir al justiciable.

En relación con la improcedencia que se actualiza cuando en un mismo escrito de demanda se impugna más de una elección, la jurisprudencia del TEPJF refiere que esto no necesariamente determina su improcedencia, sino que la Sala debe realizar un análisis integral del escrito para dilucidar cuál elección se buscó impugnar. Cuando esto no sea posible, y los plazos lo permitan, debe requerirse al promovente para que señale cuál es la que se impugna y, cuando no sea posible ninguna de las dos cosas, la Sala es la que determinará cuál es la elección impugnada.

El magistrado Carranco Zúñiga (2016), citando al *Diccionario de la lengua española*, señala que la palabra sobreseimiento proviene del latín *supersedere*, formado por las locuciones *super* y *sedere*, lo que, de acuerdo con él, es lo que se origina al sobreseer en un juicio, pues se da por terminado sin analizar el fondo del mismo. Dando una definición un poco más técnica del sobreseimiento,

el mismo autor (2016) señala que es: “una figura procesal mediante la cual, el órgano judicial respectivo concluye una instancia sin que se decida el fondo del asunto debido a circunstancias o hechos que surgen dentro del procedimiento o que se comprueban durante su tramitación, ajenos a lo esencial de la controversia subyacente o fundamental y que deben sus causas a múltiples factores”.

Estos factores los encontramos en el artículo 11 de la Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral, donde se señala que se deberá sobreseer cuando: *a)* el promovente se desista expresamente por escrito, esto debido a que ya no existe la intención de continuar el juicio por parte del titular del derecho; *b)* la autoridad u órgano responsable del acto o resolución impugnada lo modifiquen o revoquen, de tal manera que el juicio quede sin materia, ya que al volver las cosas al estado que se encontraban antes del acto o resolución reclamada ya no existe *litis* que diferir, y *c)* se actualice o sobrevenga una causal de improcedencia y no se pueda entrar al fondo del asunto, pues se lo impide alguna de las causales mencionadas anteriormente.

Es importante precisar que la Sala Superior ha señalado que si un partido político promueve un medio de impugnación en función de un interés difuso o colectivo o del interés general, su desistimiento del medio no es suficiente para sobreseer en el juicio, debido a que los derechos en juego no son exclusivos del partido, sino de la sociedad.

*José Antonio Bretón Betanzos  
y Jesús Enrique Fuentes de la Torre*

#### 645. JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO (COMPETENCIA)

*Antecedentes.* La reforma constitucional de 22 de agosto de 1996 estableció, en el artículo 41, el deber de que la ley regulara un sistema integral de justicia electoral, a fin de dar definitividad a las distintas etapas de los procesos electorales y para garantizar la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar, ser votado y de asociación. En este sentido, en la propia Constitución se determinó incorporar al Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación (TEPJF) y se le concedió competencia para conocer y resolver de forma definitiva e inatacable, entre otros, sobre “las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de asociación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país”, conforme a las reglas que para tal efecto se establezcan en la propia Constitución y en la ley (CPEUM, art. 41, base VI [antes base IV] y art. 99, frac. V).

No fue esta la primera ocasión en que el ordenamiento mexicano establecía un instrumento jurisdiccional para hacer valer el derecho de sufragio, en su doble vertiente (los arts. 114, 115, 321 y 323 del Código Federal Electoral, así como el 151, apdos. 1 y 4 y art. 294, párr. 1 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de 1990 [con adiciones y reformas en 1993] previeron los recursos de apelación o de aclaración, según el momento, como vías para cuestionar las inclusiones o exclusiones indebidas en las listas nominales electorales, o de no expedición de la credencial para votar con fotografía [a partir de 1993]).

Sí lo fue, en cambio, su reconocimiento como medio de control constitucional especializado para la tutela de los derechos político-electorales, con lo cual se corrigió un vacío de protección de esta naturaleza, prolongado desde el último tercio del siglo XIX.

La competencia del TEPJF para conocer asuntos en los cuales se plantearon este tipo de violaciones no excluye la que las constituciones y leyes electorales de las entidades federativas prevean, en sus respectivos ámbitos, en cumplimiento del mandato impuesto por el artículo 116 constitucional, para que se establezca un sistema de medios de impugnación para que todos los actos y resoluciones se sujeten invariablemente al principio de legalidad.

En consecuencia, la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME) estableció una serie de reglas de operación del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC), entre ellas, la exigencia de haber agotado las instancias previas (lib. tercero LGSMIME).

En la actualidad, el JDC procede para la protección de los derechos político-electorales reconocidos por el sistema jurídico mexicano: *a)* votar; *b)* ser votado en las elecciones populares; *c)* asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos (jurisprudencia 42/2013, de rubro “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Procede contra actos de asociaciones civiles que tengan por finalidad constituirse en partido político, cuando se trate de la expulsión o suspensión de derechos de sus integrantes”, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, año 6, núm. 13, 2013, pp. 50-52); *d)* formar y afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos, y *e)* integrar las autoridades electorales.

Asimismo, mediante este juicio se puede buscar protección de otros derechos humanos, cuyo ejercicio está vinculado con el goce pleno y efectivo de los derechos político-electorales (véase el pronunciamiento de la SCJN al resolver la acción de inconstitucionalidad 5/99, el 11 de marzo de 1999 [considerando décimo séptimo], *Diario Oficial de la Federación*, 26 de abril de 1999).

*Competencia.* El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC) es procedente cuando un ciudadano, por sí mismo o a través de sus representantes legales, impugna presuntas violaciones a sus derechos político-electorales. Las autoridades competentes para su resolución son la Sala Superior y las salas regionales. Para la atribución competencial, la ley no emplea un solo criterio, sino varios (p. ej., tipo de elección o tipo de derecho violado), los cuales no siempre resultan coherentes con los empleados en otros juicios y recursos.

La Sala Superior del TEPJF es competente para resolver ese juicio, en única instancia, cuando: *a)* se trate de las elecciones del presidente de la República, gobernadores, jefe de gobierno de la Ciudad de México, así como diputados federales y senadores por el principio de representación proporcional; *b)* un grupo de ciudadanos consideren que se les negó indebidamente su registro como partido político o agrupación política nacional; *c)* un ciudadano considere que los actos o resoluciones del partido político al que está afiliado violan alguno de sus derechos político-electorales en elección de órganos nacionales del partido, y *d)* un ciudadano considere que esté afectado su derecho a integrar las autoridades electorales de las entidades federativas.

Las salas regionales del TEPJF que ejerzan jurisdicción en el ámbito territorial en que se haya cometido la violación reclamada, cuando: *a)* habiendo cumplido con los requisitos y trámites correspondientes, un ciudadano no hubiere obtenido oportunamente su credencial para votar, o que, obtenido oportunamente el documento, no aparezca incluido o se le haya excluido indebidamente de la lista nominal de electores de la sección correspondiente a su domicilio; *b)* a un ciudadano propuesto por un partido político le sea negado indebidamente su registro como candidato a un cargo de elección popular en las elecciones federales de diputados y senadores por el principio de mayoría relativa, o bien en las elecciones de autoridades municipales y los legislativos locales; *c)* un grupo de ciudadanos consideren que se les negó indebidamente su registro como partido político o agrupación política estatal; *d)* un ciudadano considere que los actos o resoluciones del partido político al que está afiliado violan alguno de sus derechos político-electorales en elección de órganos del partido distintos a los nacionales; *e)* un ciudadano alegue violación de los derechos político-electorales por determinaciones emitidas por los partidos políticos en la elección de candidatos a distintos cargos de las elecciones antes citadas (art. 83 LGSMIME), y *f)* un ciudadano considere que se le está negando indebidamente el derecho de afiliarse a un partido político nacional (jurisprudencia 1/2017, de rubro “Competencia. Corresponde a las salas regionales conocer de las controversias que surjan con motivo del ejercicio de los derechos político-electorales de las personas que se pretendan afiliarse a un partido político nacional”, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, año 10, núm. 20, 2017, pp. 15 y 16).

En ciertos casos de relevancia, la Sala Superior puede ejercer la facultad de atracción (también a petición de las partes en un juicio o de una de las salas regionales), para conocer, directamente y en única instancia, los asuntos de especial relevancia (CPEUM, art. 99, párr. 9, y Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, arts. 189 frac. XVI y 189 bis).

Cabe señalar que, de conformidad con el artículo 61 de la LGSMIME, entre otros supuestos, las resoluciones de las salas regionales podrán ser impugnadas ante la Sala Superior, por medio del recurso de reconsideración, cuando hayan determinado, explícita o implícitamente, la no aplicación de la ley electoral por estimarla contraria a la Constitución, o cuando analicen la validez de las normas a la luz de la Constitución y tratados internacionales. Al respecto, es importante precisar que la jurisprudencia de la Sala Superior del TEPJF ha añadido a los supuestos señalados por la ley para la procedencia del recurso de reconsideración algunos otros, como cuando se haya dejado de aplicar la normativa estatutaria en contravención al principio de autoorganización y autodeterminación de los partidos políticos (jurisprudencia 17/2012, de rubro “Recurso de reconsideración. Procede contra sentencias de las salas regionales en las que expresa o implícitamente, se inaplican normas partidistas”).

*Janine M. Otálora Malassis*

#### 646. JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO (DEMANDA)

El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC) procede cuando un ciudadano, por sí mismo, en forma individual o a

través de sus representantes legales, hace valer supuestas violaciones a sus derechos político-electorales de votar, ser votado y de asociación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, o a otros derechos humanos vinculados con el ejercicio de estos.

La demanda en el JDC, al igual que en todos los demás medios previstos por la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME), debe ser presentada por escrito. El plazo para hacerlo es de cuatro días, computados por 24 horas, y que cuentan a partir de del día siguiente a aquel en que se tenga conocimiento del acto o resolución impugnado, o se hubiese notificado de conformidad con la ley aplicable (art. 8 LGSMIME).

Para poder presentar un JDC ante alguna de las salas del TEPJF es necesario haber agotado las instancias previas previstas por la legislación correspondiente o al interior de un partido político; sin embargo, en algunos casos especiales, cuando el agotar la cadena impugnativa se puede traducir en la merma al derecho tutelado (jurisprudencia 09/2007, de rubro “*Per saltum*. El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano debe promoverse dentro del plazo para la interposición del medio de defensa intrapartidario u ordinario legal”, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, año 1, núm. 1, 2008, pp. 27-29), o cuando los órganos partidistas competentes no estuvieren integrados e instalados con antelación a los hechos litigiosos y/o incurrir en violaciones graves de procedimiento que dejen sin defensa al quejoso (art. 80.3 LGSMIME), se puede presentar la demanda vía *per saltum*, es decir, de manera directa ante alguna de las salas del TEPJF.

En estos casos, el JDC debe ser promovido dentro del plazo previsto por la normativa partidista u ordinario local (jurisprudencia 09/2007, *cit.*), siempre y cuando el ciudadano acredite haberse desistido previamente de las instancias internas y que aún no exista resolución, ya que no es factible tramitar ambas impugnaciones de manera simultánea (jurisprudencia 2/2014, de rubro “Desistimiento tácito del medio de impugnación intrapartidista. Procede cuando el promovente comunica al órgano responsable su intención de acudir ‘per saltum’ ante la autoridad jurisdiccional competente”, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, año 7, núm. 14, 2014, pp. 20-22).

De conformidad con el artículo 8 de la LGSMIME, los requisitos de una demanda son: *a*) presentar la demanda ante la autoridad o partido político responsable por escrito (sin embargo, la jurisprudencia 42/2014 establece que cuando se reclaman actos de dos o más responsables, resulta válida la presentación de la demanda ante cualquiera de estas (jurisprudencia 42/2014, de rubro “Presentación de la demanda cuando se reclaman actos de dos o más responsables. Resulta válida ante cualquiera de estas”, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, año 7, núm. 15, 2014, pp. 52-54). Se debe indicar el nombre del ciudadano, domicilio, y en su caso, personas autorizadas para recibir notificaciones; *b*) en caso de ser representado, acompañar los documentos que acrediten el carácter del promovente; *c*) identificar el acto o resolución que vulnera derechos político-electorales; *d*) mencionar de manera expresa y clara los hechos en que se basa la impugnación; *e*) señalar las razones por las que el acto vulnera uno o varios derechos político-electorales; *f*) señalar los artículos de la Constitución o la ley que se estimen violados; *g*) señalar, en su caso, las razones en que se sustente la no aplicación de leyes

por estimarlas contrarias a la Constitución o tratado internacional; *h*) ofrecer y acompañar las pruebas sobre las que se basan los hechos, así como las que deban requerirse a algún órgano (autoridad), e *i*) hacer constar el nombre y la firma autógrafa del promovente.

Es importante señalar que en el JDC procede suplencia de la queja, es decir, el Tribunal puede corregir los errores o deficiencias en que incurran los reclamantes por no tener un debido asesoramiento (Fix-Zamudio, 1999, pp. 222 y ss.), siempre y cuando las violaciones pueden deducirse de los hechos. En particular, la suplencia de la queja permite la configuración de un nuevo agravio en beneficio del demandante, con lo que se amplía y fortalece la protección efectiva de los derechos de las personas.

En los asuntos presentados por las comunidades indígenas o sus integrantes, la suplencia de la queja es total, lo que significa que debe suplirse todo tipo de insuficiencia advertida por el juzgador en el escrito de demanda. Su objetivo es situar en un plano de igualdad sustantiva al ciudadano indígena con respecto a las autoridades emisoras del acto que se estima violatorio de sus derechos político-electorales (Jiménez Bartlett y Aguilar Contreras, 2013, p. 14). Lo anterior porque el acceso de las comunidades indígenas a la administración de justicia implica el reconocimiento de obstáculos procesales que puedan impedirlo (jurisprudencia 13/2008, de rubro “Comunidades indígenas. Suplencia de la queja en los juicios electorales promovidos por sus integrantes”, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, año 2, núm. 3, 2009, pp. 17 y 18).

Hay que subrayar que lo anterior no exime a las comunidades en el cumplimiento de las cargas probatorias (jurisprudencia 18/2015, de rubro “Comunidades indígenas. La suplencia de la queja no exime del cumplimiento de cargas probatorias, siempre que su exigencia sea razonable y proporcional”, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, año 8, núm. 17, 2015, pp. 17-19), tampoco implica que el órgano jurisdiccional deba acoger de forma favorable su pretensión (tesis LIV/2015, de rubro “Comunidades indígenas. La autoadscripción de sus integrantes no implica necesariamente acoger su pretensión”, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, TEPJF, año 8, núm. 17, 2015, pp. 69 y 70).

*Janine M. Otálora Malassis*

#### 647. JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO (PLAZOS Y TRÁMITE)

El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC) procede cuando el ciudadano se ve afectado en sus derechos de votar y ser votado en elecciones populares; de asociarse de modo individual y libre para tomar parte de forma pacífica en asuntos políticos, y de afiliarse libremente a partidos políticos. El promovente deberá cumplir con el principio de definitividad (véase la voz “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (plazos y trámite)” en esta obra).

Los plazos, tramitación y substanciación del JDC serán los mismos aplicables a todos los medios de impugnación en materia electoral para el cómputo de plazos en tiempos electorales, los cuales se realizarán de momento a momento. Si se señalan días, estos se entenderán de 24 horas, por lo que ninguna

hora o día serán inhábiles. El JDC deberá promoverse dentro de los cuatro días siguientes a aquel en que el promovente tuviera conocimiento del acto o resolución o aquel en que le hubiera sido notificado.

La demanda deberá presentarse ante el órgano partidista o autoridad señalada como responsable del acto o resolución impugnado y deberá cumplir con los siguientes requisitos: *a)* señalar el nombre del promovente; *b)* fijar su domicilio para recibir notificaciones; *c)* acompañar el o los documentos que sean necesarios para acreditar la personería del que promueve; *d)* identificar el acto o resolución impugnada y al responsable del mismo; *e)* mencionar los hechos en que se basa dicha impugnación; *f)* indicar los agravios que le cause el acto o resolución que se impugna; *g)* delimitar los preceptos legales violados; *h)* marcar las razones por las cuales se solicita que no se apliquen leyes electorales por considerarlas inconstitucionales, e *i)* ofrecer y aportar las pruebas y, en su caso, señalar las que habrán de ofrecerse dentro de los plazos para la interposición del juicio y las que deban requerirse, siempre y cuando se acredite que estas se solicitaron al órgano competente y no le hubiesen sido entregadas.

Respecto a la presentación de la demanda ante autoridad distinta a la responsable, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha señalado que es válida cuando existan situaciones irregulares que la justifiquen, por ejemplo, cuando el acto reclamado se efectúe en una población distinta a donde reside el responsable del mismo.

Solo podrán ser ofrecidas y admitidas las siguientes pruebas: documentales públicas, documentales privadas, técnicas, presuncionales legales y humanas e instrumental de actuaciones. La confesional y la testimonial solo podrán ofrecerse y admitirse cuando versen sobre declaraciones que consten en acta levantada ante fedatario público que las hayan recibido directamente de los declarantes, y siempre que estos últimos hubieran quedado debidamente notificados y asentada la razón de su dicho. El Tribunal podrá ordenar el desahogo de reconocimientos o inspecciones judiciales, así como de testimoniales, cuando la violación lo amerite, los plazos permitan su desahogo y con su perfeccionamiento se pueda modificar, anular o revocar el acto impugnado. La pericial solo podrá ser ofrecida y admitida cuando el juicio no esté vinculado al proceso electoral y a sus resultados —siempre y cuando su desahogo sea posible en los plazos legalmente establecidos para su ofrecimiento—, misma que deberá ofrecerse en el escrito de impugnación señalando la materia sobre la que versará la prueba, el cuestionario para cada una de las partes, especificando lo que pretende acreditarse con la misma, el nombre del perito y su acreditación técnica.

Por lo que respecta a la tramitación, una vez recibido el escrito de impugnación, la autoridad electoral o el órgano partidista que dictó el acto o resolución impugnada deberá dar aviso de la presentación a la Sala competente del TEPJF precisando el actor, el acto o resolución impugnado y la fecha y hora de la recepción del escrito. También deberá hacer de conocimiento público la presentación del escrito mediante la cédula que, durante un plazo de 72 horas, se fije en los estrados respectivos o por cualquier otro medio que garantice la publicidad del escrito. Dentro del mismo plazo señalado, para que la autoridad responsable dé publicidad a la promoción del juicio, los terceros interesados podrán comparecer mediante escritos presentados ante la responsable.

Transcurrido el plazo referido, la responsable deberá, dentro de las 24 horas siguientes, remitir a la Sala del TEPJF el escrito original mediante el cual se promueve el juicio, las pruebas y demás documentación presentada; la copia del documento en la cual conste el acto o resolución impugnada; los escritos de los terceros interesados y coadyuvantes con sus anexos, así como el informe circunstanciado y cualquier otro documento que estime pertinente para la resolución del contrato.

Recibida la documentación de parte de la autoridad responsable, el presidente de la Sala turnará el expediente a un magistrado, quien tendrá la obligación de revisar que el escrito de impugnación reúna los requisitos que señala la ley. El magistrado propondrá el proyecto de sentencia por el cual se deseche de plano el juicio cuando el escrito de impugnación no se presente por escrito ante la autoridad correspondiente (ver excepción señalada en párrafos anteriores); cuando en este no se señale el nombre del actor y no esté firmado por él; cuando en el escrito no se expresen hechos y agravios o, habiéndose expresado los primeros, no se deduzca ningún agravio de ellos o cuando se actualice cualquier causal de improcedencia.

Si el promovente no acompaña los documentos para acreditar su personería o no identifica el acto o resolución impugnada y al responsable del mismo y no puedan deducirse de los demás elementos del escrito, el magistrado en turno formulará requerimiento con el apercibimiento de tener por no presentado el juicio si no se cumple con ello dentro de las 24 horas siguientes a la notificación del auto de requerimiento. Si el órgano partidista o autoridad responsable del acto o resolución impugnada no rinden el informe justificado dentro del plazo señalado en la ley, el juicio se resolverá con los elementos que obren en autos y se tendrán como presuntamente ciertos los hechos reclamados. Asimismo, en el proyecto de sentencia, el magistrado en turno propondrá tener por no presentado el escrito del tercero interesado cuando se presente de forma extemporánea; si no consta su nombre y su firma, o si no precisa la razón del interés jurídico que le asiste.

De igual manera, si el compareciente no acompaña los documentos que acrediten su personería, el magistrado le requerirá para que en un plazo de 24 horas proceda a cumplirlo, bajo la advertencia de que, si no lo hiciera en dicho tiempo, no se tomará en cuenta su escrito.

Si el medio de impugnación reúne todos los requisitos de ley, el magistrado, en un plazo que no excederá los seis días, dictará el auto de admisión que corresponda. Una vez substanciado el expediente y puesto en estado de resolución, se declarará cerrada la instrucción, pasando el asunto a sentencia. Cerrada la instrucción, el magistrado en turno procederá a formular el proyecto de sentencia y lo someterá a consideración de la Sala.

*José Antonio Bretón Betanzos  
y Jesús Enrique Fuentes de la Torre*

#### 648. JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO (REQUISITOS DE PROCEDENCIA)

El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano es un medio de control de constitucionalidad establecido exclusivamente a favor de los ciudadanos para impugnar, procesalmente, la constitucionalidad,

legalidad y validez de un acto o resolución electoral que vulnere derechos político-electorales, o bien, algún derecho fundamental estrechamente vinculado a ellos.

De esta manera, el juicio ciudadano tiene por finalidad proteger y restituir a los ciudadanos el uso y goce de sus derechos, a través de una protección legal y constitucional de los mismos. Precisamente, esta función proteccionista y garantista de los derechos de carácter político-electoral de los ciudadanos permite considerar a este medio de impugnación como una especie de “amparo político” (Herrera Valleján, Jorge Carlos, “Análisis del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano como protector de derechos fundamentales”, *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*).

En efecto, la improcedencia del juicio de amparo para tutelar los derechos político-electorales generó la necesidad de crear un medio de control de constitucionalidad para hacer valer violaciones a derechos de dicha naturaleza. Así, con el reconocimiento general de los derechos políticos y el constante reclamo social para fortalecer las instituciones jurisdiccionales encargadas de resolver controversias en materia electoral, el juicio ciudadano surge como el medio de defensa constitucional para salvaguardar los derechos político-electorales de los ciudadanos (Corzo Corral, Noé, “Evolución del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano”, *Revista Sufragio*). De ahí que pueda considerarse al juicio ciudadano como el análogo del amparo en materia electoral.

Ahora bien, por derechos político-electorales se entiende, en términos generales, que son todos aquellos que posibilitan que los ciudadanos hagan efectiva su participación política en un sistema democrático. A nivel constitucional, nuestra carta magna reconoce los siguientes derechos políticos: *a)* votar en las elecciones populares (art. 35, frac. I); *b)* poder ser votado para todos los cargos de elección popular, por medio de partidos políticos o de candidaturas independientes (art. 35, frac. II); *c)* asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país (art. 35, frac. III); *d)* iniciar leyes (art. 35, frac. VII); *e)* votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional (art. 35, frac. VIII); *f)* afiliarse libre y pacíficamente a los partidos políticos (arts. 41, frac. I y 99 frac. V); *g)* desempeñar cargos de elección popular de la federación y de los estados (art. 36, frac. IV); *h)* desempeñar cargos concejiles de los municipios y las funciones electorales (art. 36, frac. IV).

En este contexto, el juicio ciudadano procede contra todos aquellos actos y resoluciones que afecten los derechos precisados en el párrafo inmediato anterior; pero también, como lo ha reconocido la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, este medio de impugnación es procedente cuando se aduzcan violaciones a otros derechos fundamentales estrechamente relacionados con su ejercicio, por ejemplo, derecho de petición, información, reunión, libre expresión, difusión de ideas o cualquier otro que sea indispensable a fin de no hacer nugatorio cualquiera de los derechos político-electorales (jurisprudencia 36/2002 de rubro “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Procede cuando se aduzcan violaciones a diversos derechos fundamentales vinculados con los derechos de votar, ser votado, de asociación y de afiliación”).

Entonces, como primer requisito para la procedencia del juicio ciudadano, se requiere de algún acto o resolución que vulnere derechos de naturaleza político-electoral, para lo cual, es suficiente que en la demanda se aduzca un agravio en ese sentido, independientemente, de que en el fallo emitido se estimen fundadas o infundadas tales alegaciones. Un segundo y tercer requisito para su procedencia exige que el promovente sea un ciudadano mexicano y que este, a su vez, promueva por sí mismo y en forma individual, o a través de su legítimo representante, la demanda de juicio ciudadano (art. 79 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral [LGSMIME]).

Finalmente, de forma extraordinaria y excepcional, este medio de impugnación obliga a los justiciables a agotar todas las instancias previas, así como a realizar las gestiones necesarias para estar en condiciones de ejercer el derecho político-electoral presuntamente violado, en la forma y plazos señalados por la ley (art. 81 LGSMIME).

Ahora bien, el artículo 80, numeral 1 de la LGSMIME contempla algunas de las hipótesis para la procedencia del juicio ciudadano, como lo son aquellas situaciones en las que un ciudadano: *a)* no hubiere obtenido oportunamente el documento que exija la ley electoral para ejercer su voto; *b)* habiendo obtenido oportunamente el documento a que se refiere el inciso anterior, no aparezca incluido en la lista nominal de electores de la sección correspondiente a su domicilio; *c)* considere haber sido indebidamente excluido de la lista nominal de electores de la sección correspondiente a su domicilio; *d)* considere que se violó su derecho político-electoral de ser votado cuando le sea negado indebidamente su registro como candidato a un cargo de elección popular; *e)* habiéndose asociado con otros ciudadanos para tomar parte en forma pacífica en asuntos políticos, conforme a las leyes aplicables, consideren que se les negó indebidamente su registro como partido político o agrupación política; *f)* considere que los actos o resoluciones del partido político al que está afiliado violan alguno de sus derechos político-electorales, y *g)* considere que un acto o resolución de la autoridad es violatorio de cualquier otro derecho político-electoral.

No obstante, lo anterior ejemplifica solo algunas de las circunstancias contra las que procede el juicio ciudadano, toda vez que, jurisprudencialmente, la Sala Superior ha ampliado los supuestos de procedencia. Por mencionar algunos ejemplos, el juicio ciudadano procede en aquellas situaciones que: *a)* vulnere el derecho a ocupar el cargo y de ejercer las funciones inherentes al mismo (jurisprudencias 27/2002 de rubro “Derecho de votar y ser votado. Su teleología y elementos que lo integran”, y 20/2010 de rubro “Derecho político electoral a ser votado. Incluye el derecho a ocupar y desempeñar el cargo”); *b)* afecten una sustitución por renunciar al cargo (jurisprudencia 49/2014 de rubro “Sustitución por renuncia de un representante popular electo. Procede el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano”); *c)* violen derechos de los ciudadanos que participen como observadores acreditados en los comicios locales (jurisprudencia 25/2011 de rubro “Observadores electorales. El juicio para la protección de los derechos político-electorales, procede para impugnar la vulneración a sus derechos (Legislación de Oaxaca)”); *d)* actos relacionados con los procedimientos de plebiscitos o referéndums (jurisprudencia 40/2010 de rubro “Referéndum y plebiscito. Los

actos relacionados son impugnables mediante el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano”), y e) por sanciones impuestas por el Instituto Nacional Electoral que afecten el derecho de los ciudadanos a ser votados (tesis XXXIV/2009 de rubro “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Es el medio idóneo para impugnar sanciones administrativas que afecten el derecho a ser votado”), entre otras.

Finalmente, conviene precisar que el juicio ciudadano es improcedente contra: a) actos de asociaciones y sociedades civiles adherentes a partidos políticos, que no se rijan por la materia electoral o partidista; b) suspensiones de derechos político-electorales decretadas en algún procedimiento penal; c) actos políticos correspondientes al derecho parlamentario; d) actos relativos a la organización de los ayuntamientos que no constituyan obstáculo para el ejercicio del cargo, entre otros (Corzo Corral, Noé, “Evolución del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano”, *Revista Sufragio*).

**Felipe Alfredo Fuentes Barrera**

#### 649. JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO (SUJETOS PROCESALES)

El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC) es el medio de control constitucional mediante el cual se garantiza el respeto y cumplimiento de los derechos a votar, ser votado, de asociación y de afiliación libre y pacífica para tomar parte de los asuntos políticos del país.

Como antecedente del JDC se puede referir que en la segunda mitad del siglo XIX, el juicio de amparo —siendo el caso más emblemático el conocido como *Amparo Morelos*— fue considerado procedente para proteger al ciudadano tratándose del origen de autoridades estatales (Moctezuma, 1994), bajo la vigencia de la tesis de “incompetencia de origen”. Sin embargo, la misma dejó de tener vigencia cuando se estableció que la materia electoral tiene un contenido político y no jurídico, por lo que los órganos jurisdiccionales no eran competentes para conocer de las controversias surgidas con motivo de los comicios. De esta forma, habrían de transcurrir más de 100 años sin que estos derechos contaran con el mecanismo que los garantizara.

Con la reforma constitucional al artículo 99, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de agosto de 1996, se contempló la fracción V, disponiendo que es competencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolver de manera definitiva e inatacable las impugnaciones de actos que violen los derechos referidos. Esta disposición sería reglamentada en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de noviembre de 1996, que establece, entre otros medios de impugnación, el JDC.

De acuerdo con el artículo 12 de dicha ley, los sujetos procesales son: a) el actor, que será quien estando legitimado lo presente por sí mismo o, en su caso, a través de representante; b) la autoridad responsable o el partido político que haya realizado el acto o emitido la resolución que se impugna, y c) el tercero interesado, que es el ciudadano, el partido político, la coalición, el candidato, la organización o la agrupación política o de ciudadanos, según corresponda, con un interés legítimo en la causa derivado de un derecho in-

compatible con el que pretende el actor. Los candidatos, pueden coadyuvar al partido político que los registró.

El artículo 79 de la LGSMIME establece textualmente que es el ciudadano quien goza de la protección del JDC. Con motivo de la reforma al citado artículo, publicada el 1 de junio de 2008, se adicionó un punto 2, que establece la legitimidad del ciudadano para promover el JDC a fin de impugnar los actos y resoluciones por quien, teniendo interés jurídico, considere que indebidamente se afecta su derecho para integrar las autoridades electorales de las entidades federativas.

En el artículo 80 de la misma ley se establece que el JDC podrá ser promovido por el ciudadano, cuando: *a)* habiendo cumplido con las exigencias y gestiones correspondientes, no hubiere obtenido oportunamente el documento que exija la ley electoral respectiva para ejercer el voto; *b)* habiendo obtenido oportunamente el documento referido, no aparezca en la lista nominal de electores de la sección correspondiente a su domicilio; *c)* considere haber sido indebidamente excluido de la referida lista nominal de electores; *d)* considere que se violó su derecho político-electoral a ser votado cuando, habiendo sido propuesto por un partido político, le sea negado indebidamente su registro como candidato a un cargo de elección popular. En los procesos electorales federales, si el partido político también interpuso recurso de revisión o apelación, según corresponda, por la negativa del mismo registro, el Consejo del Instituto, a solicitud de la Sala que sea competente, remitirá el expediente para que sea resuelto por esta, junto con el juicio promovido por el ciudadano;

*e)* habiéndose asociado con otros ciudadanos para tomar parte en forma pacífica en asuntos políticos, conforme a las leyes aplicables, consideren que se les negó indebidamente su registro como partido político o agrupación política; *f)* considere que un acto o resolución de la autoridad es violatorio de cualquier otro de los derechos político-electorales a que se refiere el artículo 79, y *g)* considere que los actos o resoluciones del partido político violan alguno de sus derechos político-electorales, aun cuando no estén afiliados al partido señalado como responsable los precandidatos y candidatos a cargos de elección popular. En estas circunstancias, es de afirmarse que todo el orden jurídico relativo a este proceso prevé que sea el ciudadano quien pudiera ser el sujeto que promoviera el juicio.

Sin embargo, el quehacer jurisdiccional y legal ha ido ampliando los sujetos procesales del juicio, de tal forma que, en ejercicio de una interpretación extensiva, se ha considerado la legitimidad de diversos sujetos como actores.

Así, para garantizar el debido acceso a la justicia, se ha pasado de considerar como sujeto legitimado al ciudadano de modo individual, a considerar la legitimidad de comunidades o entes colectivos, como lo serían las comunidades o pueblos indígenas.

También se ha considerado que la organización de ciudadanos que pretende constituirse como partido político pueda defender sus derechos como ente colectivo.

Otra forma de ampliación de la protección que ha brindado el JDC desde la labor jurisdiccional es la posibilidad de establecer protección a ciudadanos que están en desigualdad de circunstancias —como lo serían las personas en situación de discapacidad— para que se les garanticen los medios que les permitan gozar y ejercer sus derechos en circunstancias de igualdad.

Otro supuesto lo encontramos en materia de género, que ha ido contribuyendo para la realización efectiva de la paridad en materia de candidaturas de los partidos políticos, hasta lograr, a través de diversos criterios, la paridad en la representación.

Una vertiente más se relaciona con la tutela del derecho fundamental de ser votado en su modalidad de acceso y desempeño de un cargo de elección popular.

Otra modalidad más se relaciona con la protección que se logra cuando el ciudadano considera afectados sus derechos por las resoluciones que se dictan en los procedimientos administrativos sancionadores. Entre los casos más representativos se encuentra la protección a la libertad de expresión y al derecho a ser votado; criterios que se han orientado por la plena efectividad del principio de igualdad y que seguro continuará ampliándose.

De esta forma, los sujetos legitimados para promover son los ciudadanos, considerados en diversos supuestos que no están expresamente plasmados en la ley, mientras que, solo de modo excepcional, lo pueden ser las autoridades en los casos en que el acto causa una afectación en detrimento de los intereses, derechos o atribuciones de la persona que funge como autoridad responsable.

En relación con la autoridad responsable, de manera correlacionada con los sujetos legitimados para promover, se puede señalar que básicamente lo son las autoridades electorales administrativas, ya que son las que emiten el acto combatido en su gran mayoría; sin embargo, la ampliación de actores trae como consecuencia que también el carácter de autoridad responsable en materia electoral se vaya extendiendo.

Por cuanto ve al tercero interesado, resulta relevante tomar en cuenta que el texto normativo enuncia con mayor amplitud quiénes pueden ser sujetos procesales en el JDC, pudiendo inclusive llegar a ser considerados con tal carácter los ciudadanos, en las vertientes o modalidades que se refirieron, al tratar la ampliación de supuesto del actor.

*José Antonio Bretón Betanzos*

## 650. JUICIO POLÍTICO

El juicio político es el término utilizado comúnmente para designar el procedimiento para fincar responsabilidad política u oficial a un servidor. Puede afirmarse al respecto que el juicio político es el conjunto de actos procesales previstos en la ley, que tiene como finalidad la aplicación de sanciones específicas atribuidas a conductas determinadas, es decir, es el vínculo procesal para la aplicación de la norma sustantiva en materia de responsabilidad política.

La existencia del juicio político está estrechamente relacionada con el cumplimiento de las labores correspondientes al servicio público, lo cual puede exigirse en regímenes distintos al republicano. Ejemplo de ello sería que en México, entre las leyes vigentes en la época colonial, existió el juicio de residencia, procedimiento de responsabilidad al que estaban sujetos los altos funcionarios de la Monarquía, incluidos los propios virreyes y gobernadores. Este juicio de residencia tenía como propósito principal el de determinar, previa investigación pormenorizada, si los servidores habían obrado bien o mal durante el tiempo de su servicio. El juicio de residencia se realizaba luego de la terminación del cargo del funcionario público, y se tramitaba mediante

tribunales especiales establecidos para conocer de ese solo juicio, otorgando acción a cualquier gobernado que considerara que el funcionario lo había perjudicado en ejercicio de la función que tenía encomendada.

En México, entre los constituyentes de 1856-1857, predominó la idea de que el juicio político es el juicio de la opinión, de la conciencia pública y de la confianza, porque existen funcionarios que sin haber cometido hechos delictivos, propiamente dicho, pierden la confianza pública constituyéndose en un estorbo para las mejoras y progresos de la colectividad, cumpliendo el juicio político la tarea de facilitar el medio para destituir al funcionario cuando ya no merece la confianza pública. Este último concepto (confianza pública) está íntimamente ligado con el concepto de Alexander Hamilton respecto del juicio político en Estados Unidos de América, quien hace mención de este procedimiento refiriendo: “el objeto de esta jurisdicción (del juicio político) son aquellas ofensas que proceden del mal comportamiento de los hombres públicos o, en otras palabras, del abuso o violación a la confianza pública depositada en ellos. Estas ofensas son de una naturaleza que puede ser definida, con cierta propiedad, como política porque se refieren principalmente a daños infringidos directamente a la sociedad misma”. No resulta obvia la referencia que hace Hamilton al poder absoluto del monarca, pero debe tenerse presente que la tradición inglesa había construido a lo largo de los siglos la idea del control de los excesos del rey o reina en turno, así como de sus colaboradores o allegados. Los legisladores reunidos en Filadelfia aprobarían una Constitución, el 17 de septiembre de 1787, que hacía eco de dicha preocupación.

Esta relación con la confianza pública permite advertir otro elemento característico del juicio político: su materia jurídica está constituida por la responsabilidad política de los servidores públicos, quedando al margen que la conducta u omisión pueda ser materia de otro tipo de procedimientos, por ejemplo, administrativos, civiles o penales.

En su configuración tradicional, en México, el juicio político es una facultad del Congreso de la Unión para resolver los casos en que ciertos funcionarios de alto nivel son acusados de haber incurrido en el desempeño de sus labores, en actos u omisiones que hayan redundado en perjuicio de los intereses públicos fundamentales, o de su buen despacho, y que por tanto, contravengan a la Constitución federal.

De acuerdo con el marco constitucional mexicano, los servidores públicos podrán ser responsables por violaciones a la Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pudiendo cualquier ciudadano presentar denuncia. Dada la naturaleza dual del Congreso mexicano, la Cámara de Diputados tendrá la función de ser órgano fiscal o de acusación y la Cámara de Senadores será jurado u órgano resolutor.

Este mecanismo de control es el único instrumento que posee el Poder Legislativo para hacer prevalecer la Constitución contra actos que la contravienen. A través de este, el Legislativo cuenta con un procedimiento de naturaleza cuasi-jurisdiccional para fincar responsabilidad política a un servidor público que ha infringido la Constitución. No debe obviarse que la naturaleza jurisdiccional reside en un juez de naturaleza política que juzga las faltas de orden público de ciertos servidores públicos. Así, el juicio político tiene la in-

tención de sancionar políticamente a los funcionarios públicos sobre sus faltas, y cobra gran interés el análisis desde su dimensión de control constitucional, dado que su materia está referida al análisis de las violaciones a los derechos humanos, a la división de poderes y a la forma de gobierno, plasmadas y protegidas por la propia Constitución.

En México, los arts. 108, 110 y 120 de la Constitución señalan que los gobernadores de los estados, los diputados locales y magistrados son responsables por violaciones a la Constitución y a las leyes federales, así como por el manejo de fondos federales; estas causales específicas resultan más concretas a la genérica causal de la frac. I del art. 109 constitucional, respecto de los demás funcionarios federales: "...en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho", o bien, del aún más ambiguo de Hamilton, de "violación a la confianza pública".

El elemento referente a la responsabilidad varía entre los funcionarios que pueden ser sujetos a juicio político, toda vez que el presidente de la República no es sujeto a este procedimiento durante su encargo y únicamente puede ser declarado responsable penalmente por traición a la patria y delitos graves del orden común. Al respecto, no es claro si el presidente puede ser sujeto a la justicia militar, en su calidad de comandante en jefe de las fuerzas armadas, toda vez que dicho ordenamiento contempla penas más severas para el delito de traición a la patria.

Sin embargo, los funcionarios federales distintos al presidente son responsables, aunque las causales no están claramente delimitadas, pues únicamente cubre, como se mencionó, actos u omisiones que afecten los intereses públicos fundamentales o su buen despacho, sin extenderse a situaciones o criterios como el contemplado por la jurisprudencia norteamericana que se refiere a la "confianza pública", que contempla hasta la esfera privada del servidor público, extendiéndose a hábitos, costumbres o preferencias.

Es también de importancia mencionar que la Constitución contempla que la expresión de ideas relacionadas con el cumplimiento de las funciones del encargo no es procedente para entablar juicio político a un servidor público. Por ello, la libre manifestación de ideas en el desempeño de funciones públicas, tanto de ministros, magistrados o jueces del Poder Judicial de la Federación, etcétera, se podría equiparar a la inmunidad parlamentaria de los legisladores.

La resolución en un juicio político es inatacable, como lo establece el art. 110 de la Constitución mexicana, lo anterior quizá sea en razón de la jurisprudencia de la Corte durante la Quinta Época, en la que negó competencia al Poder Judicial para intervenir en la resolución de un juicio político.

En los modelos de jurisdicción política contemporáneos se advierten ya ciertos cambios. Algunas entidades federativas mexicanas han establecido esquemas donde la acusación corresponde al órgano legislativo y la resolución del juicio político queda a cargo de un órgano judicial, como lo son los tribunales superiores de justicia en cada caso. Este diseño mejora la confianza en el régimen de responsabilidades, pero deja también algunas dudas, especialmente desde la perspectiva de la independencia judicial de dichos órganos judiciales.

*Manuel González Oropeza*

### 651. JUICIO POLÍTICO (DENUNCIA)

El término “juicio político” es utilizado para designar el procedimiento para fincar responsabilidad política u oficial a un servidor. Es un procedimiento jurisdiccional, iniciado a partir de una denuncia que puede formular cualquier ciudadano, cuya instrumentación ha sido encomendada al Poder Legislativo, y que tiene por objeto la investigación de las conductas de los servidores de alta jerarquía a que se refieren los dos primeros párrafos del art. 110 de la Constitución federal, a efecto de determinar la responsabilidad política puesta de manifiesto en dichas conductas y aplicar las sanciones correspondientes.

El proceso relacionado con un juicio político se integra de dos etapas: la primera, de instrucción, que se ventila ante la Cámara de Diputados y sus comisiones (art. 10 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos), y la segunda, de la que conoce la Cámara de Senadores constituida en jurado de sentencia, es propiamente el juicio de responsabilidad (arts. 22 y siguientes de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos), lo que provoca el inicio de la etapa preliminar o de instrucción es una denuncia. En los términos de los arts. 21 y 109, último párrafo, de la Constitución Política, la denuncia puede provenir del Ministerio Público o de un ciudadano.

La denuncia debe ser presentada ante la Secretaría General, que vino a sustituir a la Oficialía Mayor de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en los términos del art. 12 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; en ella se debe señalar como responsable a uno de los servidores públicos a que hace referencia el art. 110 constitucional.

La denuncia debe ser ratificada por su autor ante la Secretaría General de la Cámara de Diputados dentro del término de tres días que establece el apartado A del art. 12 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. La ley no distingue, aunque debió haberlo hecho: la ratificación debe efectuarse sin importar que la denuncia provenga del Ministerio Público o de un ciudadano.

A la denuncia se deben acompañar los elementos de prueba que permitan presumir la existencia del ilícito (a este la ley, en forma impropia, lo denomina infracción) y la probable responsabilidad del acusado. Las pruebas admisibles solo son aquellas que prevé el Código Federal de Procedimientos Penales, que es supletoria de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (art. 45). El que no se cumpla con este requisito da lugar a que la denuncia sea desechada o desestimada por la subcomisión de examen previo.

La denuncia debe estar referida a algunos de los ilícitos a que hacen mención los arts. 110 de la Constitución Política y 6o. y 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Este requerimiento deriva en una limitante inicial a las acciones de las cámaras de Diputados y de Senadores; ellas, en su función de acusar y juzgar, tienen una competencia limitada en cuanto a la materia.

Existe la posibilidad de que se presente una nueva denuncia en contra del servidor público o de que ella sea ampliada; esto es factible mientras tanto no esté agotada la instrucción (art. 42 de Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos). En esos dos supuestos, sus autores deben ofrecer pruebas. La nueva denuncia o su ampliación se deben hacer ante la Cámara de Diputados, por conducto de su Oficialía Mayor. Es de suponerse que en

ambos supuestos debe haber una ratificación dentro de los tres días que sigan a la presentación.

Hecho lo anterior, la denuncia, junto con sus pruebas, debe ser turnada a la subcomisión de examen previo (art. 12, apartado C, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos); ella, en un plazo no mayor de treinta días.

Dicha comisión deberá determinar:

1) Que de conformidad con el art. 110 de la Constitución, el acusado es uno de los servidores públicos que gozan o gozaron de inmunidad durante el tiempo de su encargo.

2) Que en virtud de lo anterior, con fundamento en el art. 110 de la Constitución, la única competente para juzgar al acusado, en su carácter de servidor público que goza de inmunidad, por violaciones graves a ella o a las leyes federales o por manejo indebido de fondos y recursos federales, es la Cámara de Senadores, constituida en jurado de sentencia, con base en la acusación que, en su caso, le presente la Cámara de Diputados.

3) Que el proceso que se sigue al servidor público se inició dentro del término de su ejercicio o dentro de un año después, por lo que se está dentro del supuesto previsto en el primer párrafo del art. 114 de la Constitución.

4) Que la denuncia formulada no está referida a perseguir expresiones de ideas emitidas por el servidor público, ello para dar cumplimiento a lo dispuesto por el segundo párrafo de la frac. I del art. 109 de la Constitución.

5) Que la denuncia formulada en contra del servidor público y presentada ante la Oficialía Mayor fue formulada por el Ministerio Público o por un ciudadano plenamente identificado; por lo mismo, la autoría de ella es atribuible a un mexicano, y no es anónima, por lo que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el art. 9o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

6) Que, de conformidad con el Ministerio Público o el denunciante, la conducta delictiva atribuida al servidor público acusado es una de las previstas en los arts. 6o. y 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

7) Que en el trámite de la denuncia formulada por el Ministerio Público o el denunciante en contra del servidor público se respetó en forma escrupulosa el turno de querellas y denuncias que se lleva en la Cámara de Diputados (art. 31 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos).

De no reunirse alguna de las circunstancias mencionadas, la subcomisión se encuentra facultada para desechar de plano la denuncia presentada, o bien declararla procedente.

Hecho esto, la denuncia pasa a la Sección Instructora, que practicará todas las diligencias para comprobar la existencia de la conducta que se atribuye al servidor público, precisando la personal y específica participación de este así como las circunstancias en que dicha conducta se produjo.

Informará al denunciado sobre la materia de la denuncia, haciéndole saber su garantía de defensa, y que deberá, dentro de los siete días naturales siguientes a la notificación, comparecer o informar por escrito.

Abrirá un periodo de prueba de 30 días naturales, dentro del cual recibirá las pruebas que ofrezcan el denunciante y el servidor público, así como las que la propia sección estime necesarias.

Si al concluir el plazo señalado no hubiera sido posible recibir las pruebas ofrecidas oportunamente, o es preciso allegarse otras, la Sección Instructora está facultada para ampliar el término, en la medida en que resulte estrictamente necesaria.

Terminada la instrucción del procedimiento, se pondrá el expediente a la vista del denunciante, por un plazo de tres días naturales, y por otros tantos a la del servidor público y sus defensores, a fin de que tomen los datos que requieran para formular alegatos, que deberán presentar por escrito dentro de los seis días naturales siguientes a la conclusión del segundo plazo mencionado.

Si de las constancias se desprende la inocencia del encausado, las conclusiones de la Sección Instructora propondrán que se declare que no ha lugar a proceder en su contra por la conducta o el hecho materia de la denuncia, que dio origen al procedimiento.

Pero si lo que se desprende es la responsabilidad del servidor público, las conclusiones de la Sección Instructora propondrán lo siguiente:

Que está legalmente comprobada la conducta o el hecho materia de la denuncia; que se encuentra acreditada la responsabilidad del encausado; la sanción que deba imponerse de acuerdo con el art. 8o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y que en caso de ser aprobadas las conclusiones se envíe la declaración correspondiente a la Cámara de Senadores, en concepto de acusación, para los efectos legales respectivos.

Las conclusiones contendrán, asimismo, las circunstancias que hubieran concurrido en los hechos; una vez emitidas las conclusiones, la Sección Instructora las entregará a los secretarios de la Cámara de Diputados para que den cuenta al presidente de la misma, quien anunciará que dicha Cámara debe reunirse y resolver sobre la imputación, dentro de los tres días naturales siguientes.

El día señalado para que la Cámara de Diputados se reúna y resuelva sobre la imputación se erigirá en órgano de acusación, previa declaración de su presidente. En seguida, la Secretaría dará lectura a las constancias procedimentales o a una síntesis que contenga los puntos sustanciales de estas, así como a las conclusiones de la Sección Instructora. Acto seguido, se concederá la palabra al denunciante, y en seguida al servidor público o a su defensor, o a ambos si alguno de estos lo solicitara, para que aleguen lo que convenga a sus derechos. El denunciante podrá replicar y, si lo hiciera, el imputado y su defensor podrán hacer uso de la palabra en último término. Retirados el denunciante y el servidor público y su defensor, se procederá a discutir y a votar las conclusiones propuestas por la Sección Instructora.

Si la Cámara de Diputados resolviera que no procede acusar al servidor público, este continuará en el ejercicio de su cargo. En caso contrario, se le pondrá a disposición de la Cámara de Senadores, a la que se remitirá la acusación, designándose una comisión de tres diputados para que sostengan aquella ante el Senado.

Una vez recibida en la Cámara de Senadores la acusación en el juicio político, se turnará a la Sección de Enjuiciamiento, la que emplazará a la Comisión de Diputados encargada de la acusación y al acusado y a su defensor. Ello para que presenten por escrito sus alegatos dentro de los cinco días naturales siguientes al emplazamiento.

Con alegatos o sin ellos, la Sección de Enjuiciamiento debe emitir sus conclusiones tomando en cuenta las consideraciones hechas en la acusación y los alegatos que en su caso se hubieran formulado, proponiendo la sanción que en su concepto deba imponerse al servidor público y expresando los preceptos legales en que se funde.

La Sección de Enjuiciamiento tiene la atribución de escuchar directamente a la Comisión de Diputados que sostiene la acusación y al acusado y su defensor.

La Sección de Enjuiciamiento podrá disponer la práctica de otras diligencias que considere necesarias para integrar sus propias conclusiones.

Emitidas las conclusiones, la Sección de Enjuiciamiento las entregará a la Secretaría de la Cámara de Senadores.

Recibidas las conclusiones por la Secretaría de la Cámara de Senadores, su presidente anunciará que debe erigirse esta en jurado de sentencia dentro de las 24 horas siguientes a la entrega de dichas conclusiones, procediendo la Secretaría a citar a la Comisión de Diputados que sostiene la acusación y al acusado y a su defensor.

En la fecha y hora señaladas para la audiencia, el presidente de la Cámara de Senadores la declarará erigida en jurado de sentencia, la Secretaría dará lectura a las conclusiones formuladas por la Sección de Enjuiciamiento.

A continuación, se concederá la palabra a la Comisión de Diputados, al servidor público o a su defensor, o a ambos. Concluido lo anterior, se retirarán el acusado y su defensor, pero permanecerán los diputados en la sesión, pues en seguida se procederá a discutir y a votar las conclusiones y a aprobar los que sean los puntos de acuerdo, que en ellas se contengan. Una vez que se tenga una determinación, el presidente hará la declaratoria que corresponda.

La decisión que emite el Senado en materia de juicio político al erigirse en jurado de sentencia, es un acto meramente judicial por la obligación de observar las formalidades y solemnidades del procedimiento, el que sigue siendo judicial en cuanto a los motivos en que se funda, pero administrativo en cuanto a su objeto. Si la resolución que se dicte en el juicio político es condenatoria, se sancionará al servidor público con destitución. También podrá imponérsele inhabilitación para el ejercicio de empleos, cargos o comisiones en el servicio público desde uno hasta veinte años.

*Manuel González Oropeza*

## 652. JUICIO SOBRE CONFLICTOS INTERORGÁNICOS (EUROPA CENTRO-ORIENTAL)

El juicio sobre los conflictos que pueden surgir entre los órganos supremos tiene la finalidad de garantizar el respeto de las competencias delineadas en la Constitución y, por tanto, el equilibrio entre poderes. Ello permite una solución jurisdiccional de las controversias jurídicas que surgen entre sujetos y órganos de relevancia constitucional, con el resultado de sustraerlas de las decisiones de órganos de naturaleza política. En Europa centro-oriental, este recurso se encuentra previsto en las legislaciones de Bulgaria, Polonia, Eslovenia, Rumania y Hungría, con algunas variantes.

En Bulgaria está contemplado en el artículo 149 constitucional, donde se dispone que las partes en el recurso por conflicto de competencias son la Asamblea Nacional, el presidente de la República y el Consejo de Ministros.

Se trata de una competencia activada raramente. En 1994, la Corte rechazó un recurso promovido por el Consejo de Ministros en contra de la Asamblea Nacional, por cuanto el conflicto era solo hipotético y no efectivo. En vía de interpretación constitucional, dos decisiones dictadas (en 1994 y 1995) habrían definido con exactitud los poderes de los órganos legislativo y ejecutivo, a fin de prevenir, según los observadores, cualquier conflicto ulterior.

La Constitución polaca regula la intervención del Tribunal Constitucional para resolver las controversias surgidas entre los órganos centrales constitucionales del Estado que tengan por objeto una invasión competencial o una omisión, garantizando el acceso al jefe de Estado, a los presidentes de las dos cámaras del Parlamento, al primer ministro, a los presidentes de las magistraturas supremas (arts. 189 y 192 constitucionales). A lo largo de los años se han registrado solo dos recursos. Las instancias han sido promovidas para sanar los conflictos surgidos respectivamente entre el jefe de Estado y el Consejo Nacional de la Magistratura (en 2008) y entre el jefe de Estado y el Consejo de los Ministros (en 2009).

En Eslovenia, el artículo 160 constitucional, apartado 1, punto 9, confía a la Corte Constitucional la tarea de resolver los conflictos jurisdiccionales entre Asamblea Nacional, el presidente de la República y el Gobierno. En el caso, el recurrente tiene la facultad de apelar ante la Corte dentro de los 90 días contados a partir del momento en que su esfera de atribuciones haya sido invadida por otro órgano. Además de invasión, el conflicto puede surgir por omisión, en la hipótesis de que los órganos nieguen ser competentes en la materia. Corresponde a la Corte decidir cuál es el órgano competente e invalidar el eventual acto ilegítimo. Las causas relacionadas con los conflictos jurisdiccionales no se refieren tanto a los órganos mencionados como a las controversias que involucran a los tribunales ordinarios y otras autoridades estatales, así como el Estado y las comunidades locales.

En Rumania, las resoluciones de las controversias entre órganos está regulada por el artículo 146, letra e, de la Constitución, modificado en 2003. Se puede apelar a la Corte cuando se trate de conflictos jurídicos de naturaleza jurisdiccional entre las autoridades públicas, promovidas por el presidente de la República, por los presidentes de las dos cámaras del Parlamento, por el primer ministro y el presidente del Consejo Superior de la Magistratura. A partir de 2005, la Corte ha sido investida por más de 20 recursos. En sus decisiones ha precisado el significado de conflicto constitucional e indicado las autoridades públicas entre las cuales tales controversias pueden derivar en un juicio de la Corte. Se trata de conflictos jurídicos (o sea, no políticos), positivos y negativos, relativos a competencias reguladas por la Constitución (no por otras fuentes) y que pueden determinar un bloqueo institucional. La controversia puede también derivar de una diversa interpretación y aplicación de la misma ley por las autoridades, y de la falta de un efectivo diálogo entre los órganos que impiden un acuerdo. Las partes en juicio deben tener un estatus constitucional. Se trata de las autoridades incluidas en el título III de la Constitución, reconducibles al poder legislativo, ejecutivo y judicial. La mayor parte de los conflictos hasta ahora han tenido como parte al presidente de la República.

Por su parte, el ordenamiento húngaro sigue la influencia española, cuya Constitución no contempla recursos interórganicos, sino que se regulan en la ley de ejecución. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional confía al cita-

do Tribunal la resolución de los conflictos surgidos entre órganos estatales o entre órganos estatales y órganos de gobierno local, y excluye las controversias relativas a tribunales y a autoridades de la Administración pública (art. 81). A la par de otros ordenamientos, y en vía de control de constitucionalidad o de interpretación fuera de controversias judiciales, las dudas competenciales pueden ser resueltas sin elevar un conflicto de atribuciones. A este respecto, se señala la decisión 48/1991 sobre la interpretación de las disposiciones relativas a las competencias presidenciales respecto a las del primer ministro.

La Corte Constitucional de la República Checa es competente para resolver las controversias jurídicas, sean positivas o negativas, que pueden surgir entre órganos estatales. Ni en la Constitución ni en la ley de ejecución se especifican los órganos estatales competentes para promover el juicio y ser parte procesal en él. En los textos solamente se precisa que el recurso es inadmisibile si la competencia para resolverlo ya está confiada a otro órgano y si las partes en conflicto están subordinadas al mismo órgano de rango superior, este último, entonces, es competente para resolver la disputa (art. 87, párr. 1, letra k de la Constitución y arts. 120, párr. 2, letra a; 121 y 122 de la Ley del Tribunal Constitucional). La potestad de la Corte es, de esta forma, subsidiaria y residual, ejercitable solo en casos de conflictos que no encuentran otra forma de resolución. Además de los órganos que tradicionalmente están incluidos entre aquellos supremos (las dos cámaras del Parlamento, el jefe del Estado, el Gobierno, la Corte Constitucional), la casuística revela que el grupo de los habilitados es más amplio, comprendiendo también a los ministros y los tribunales ordinarios de última instancia. En la causa Pl.ÚS 17/06 de 2006 (relacionada con el requisito del consentimiento del presidente de la Corte Suprema para el nombramiento de un nuevo integrante efectuado por el jefe de Estado), el Tribunal Constitucional declaró que el consentimiento es requisito necesario para proceder al nombramiento. En la sentencia Pl. ÚS 87/06 de 2007, relativa a la competencia del jefe de Estado para nombrar al vicepresidente de la Corte Suprema, la Corte afirmó que el nombramiento corresponde al jefe de Estado, sobre la base de la decisión del ministro de justicia tomada después del consentimiento previo del presidente de la Corte Suprema. En ausencia de dicha aprobación, la Corte anuló el nombramiento hecho por el jefe de Estado.

*Serena Baldin*

### 653. JUICIO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS (EUROPA CENTRO-ORIENTAL)

La función de control sobre la constitucionalidad de los partidos políticos ha tenido amplia difusión en Europa centro-oriental de la mano de la expansión de la justicia constitucional. Las condiciones históricas y jurídico-institucionales para la recepción de los modelos alemán y portugués —o sea, el abandono de una experiencia autoritaria, la vigencia de una Constitución liberal democrática, la creación de una Corte *ad hoc*— estaban presentes a finales de los años ochenta en los países de Europa centro-oriental. No deja entonces de extrañar que, aunque con motivaciones opuestas a las que habían inspirado las democracias nacidas con la caída de dictaduras “de derecha”, tales ordenamientos habían optado —en su mayoría— por esta institución.

Formas de control de constitucionalidad sobre los partidos se encuentran en Bulgaria, Eslovenia, Polonia, Rumania, Eslovaquia y República Checa.

Como para mimetizar la regulación protectora en los conflictos de los partidos excomunistas, en estos ordenamientos rara vez se mencionan partidos específicos (a excepción de Polonia, donde se prohíben actividades nazistas, fascistas y comunistas). Generalmente, las fórmulas que integran tales disposiciones consideran inconstitucionales los partidos destinados a subvertir por la fuerza el poder estatal (Bulgaria), el pluralismo político y los principios del Estado de derecho (Rumania), la independencia e integridad territorial (Rumania), o que se basan en métodos totalitarios (Polonia). Aún se encuentran límites de tipo religioso (Bulgaria), étnico y racial (Bulgaria y Polonia) y prohibiciones para establecer estructuras secretas (Polonia).

En Bulgaria, de conformidad con el artículo 149 constitucional, párrafo 1, punto 5, a la Corte Constitucional corresponde la tarea de juzgar sobre la constitucionalidad de los partidos políticos y de las asociaciones. En 1992, la Corte no alcanzó (por un voto) la mayoría de siete requerida para declarar la disolución de un partido islámico, presunto antisistema para la prohibición —según lo establecido en el artículo 149 constitucional— de formar partidos étnicos y religiosos. Posteriormente, con la sentencia 1 de 29 de febrero de 2000, la Corte declaró la inconstitucionalidad y la posterior disolución del Partido Macedonio. La decisión fue fundada sobre el peligro que para la integridad estatal representaba el partido, que tiene entre sus fines el de formar un Estado macedonio independiente, por la secesión de la región de Pirin en Bulgaria. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que conoció del asunto, declaró que la disolución del partido contrastaba con el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de asociación (caso *The United Macedonian Organisation Ilinden - PIRIN y otros vs. Bulgaria*, sentencia de 20 de octubre de 2005, núm. 59489/00). Después de esta decisión, la negativa de la reinscripción del partido por tres veces seguidas terminó en otro juicio ante la Corte de Estrasburgo, quien no encontró motivos para declarar la violación del referido artículo (caso *The United Macedonian Organisation Ilinden - PIRIN y otros vs. Bulgaria (no. 2)*, sentencia de 18 de octubre de 2011, núms. 41561/07 y 20972/08).

En Eslovenia se confía a la Corte Constitucional la tarea de juzgar sobre la constitucionalidad de los actos y de las actividades de los partidos políticos (art. 160 constitucional). En 1996, una solicitud no fue aceptada por falta de requisitos del solicitante al haber narrado con vaguedad las presuntas actividades inconstitucionales del partido acusado, y otra fue rechazada por no haber indicado la supuesta actividad inconstitucional. Incluso, en otra decisión la Corte especificó que su competencia se extiende a la fecha de fundación del partido, y no desde la fecha de su registro. En 1998, la Corte reiteró su competencia en el asunto, excluyendo la posibilidad de que el ente encargado del registro de los partidos pudiese efectuar un control sobre la constitucionalidad de los programas. En 1999, reafirmó la competencia para conocer de la inconstitucionalidad y no de la ilegalidad de los actos y de las actividades de los partidos políticos, rechazando la solicitud recibida.

En el caso polaco se promovieron cuatro recursos ante el juez en relación con la Ley sobre la Disolución de los Partidos Políticos, competencia regulada por el artículo 188, párrafo 4, constitucional. El primer caso se remonta a 2000, en el cual fueron juzgados conforme a la Constitución las cláusulas del estatuto de un partido político e indicados los criterios para considerar de-

mocráticas las estructuras de partido. En 2007, el presidente de la Asamblea Parlamentaria se dirigió a la Corte considerando inconstitucional la práctica del Partido Samoobrona de hacer escribir a sus propios diputados una carta de renuncia en blanco, para utilizarse en caso de que estos quisieran abandonar el partido o grupo parlamentario. A causa de la disolución de la Asamblea Parlamentaria y, por tanto, del fin del cargo de presidente del *Sejm* por el recurrente, el Tribunal consideró que no existía ya el presupuesto para decidir sobre el caso. La cuestión fue posteriormente replanteada: con resolución dictada en 2010, la Corte declaró que la práctica no era conforme a la Constitución, pero no declaró la disolución del partido. En 2011, la Corte fue investida de una cuestión relativa a la conformidad constitucional de los símbolos y de los programas de un partido nacionalista, estableciendo que no existían pruebas suficientes para decidir el caso.

En Rumania, la Corte juzga sobre la constitucionalidad de los partidos políticos en términos del artículo 144, letra i, constitucional. Se registra un solo recurso, en 1993, en el cual los jueces restituirían los actos al Parlamento para la producción de las pruebas y la revisión.

En Eslovaquia y República Checa, los órganos de justicia electoral no juzgan directamente sobre la constitucionalidad de los movimientos políticos, sino sobre la conformidad constitucional y legislativa de las decisiones de registro (solo en República Checa) y de suspensión y de disolución (en los dos ordenamientos), en vía de apelación contra las sentencias de las respectivas cortes supremas (art. 129, párr. 4, Constitución de Eslovaquia; art. 87, párr. 1, letra j, Constitución de República Checa).

En República Checa se señala un caso resuelto por la Corte Constitucional en 2001, relativo a la confirmación de la decisión del ministro de Asuntos Internos de rechazar el registro del Partido Liberal (Liberální strana). Después, el TEDH reconoció la violación del artículo 11 del Convenio Europeo sobre Libertad de Asociación, dando razón al fundador del partido y deteniendo las decisiones de las instituciones checas (caso *Linkov vs. República Checa*, sentencia de 7 de diciembre de 2006, núm. 10504/03). En 2010, la Corte Constitucional rechazó los argumentos del disuelto Partido de los Laboristas (Delnická Strana), que había instituido organizaciones paramilitares neonazis responsables de crímenes violentos, confirmando la decisión estimatoria adoptada por la Corte Suprema Administrativa.

*Serena Baldín*

#### 654. JUNTA DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

Conciliación deriva de *conciliatio*, que significa congregar y de ahí conciliar. Conciliar es una autocomposición por la cual las partes de un conflicto resuelven sus diferencias mediante un acuerdo satisfactorio para ambas partes. La conciliación se ha tratado como preliminar a la resolución de conflictos sometidos al arbitraje y en materia laboral se privilegia principalmente por la celeridad en las resoluciones. El arbitraje viene del latín *arbiter*, juez perito; es una heterocomposición porque se da solución a un conflicto a través de un tercero neutral, imparcial, sin investidura judicial; el árbitro puede ser designado de común acuerdo por las partes y su resolución tiene carácter obligatorio. Tanto la conciliación como el arbitraje son formas de resolver las diferencias y los conflictos laborales; en el derecho mexicano estas funciones se realizan por las

juntas de conciliación y arbitraje (JCA), órganos especializados para impartir justicia laboral. Su primer antecedente en México se localiza en un proyecto de ley de 1913 para reformar dos arts. del Código de Comercio (la relación de trabajo se consideraba un contrato mercantil) en que se proponía la creación de unas juntas de integración paritaria para resolver los problemas entre trabajadores y patrones, proyecto que no prosperó. Un año más tarde, en 1914, en Veracruz se crearon las juntas administrativas civiles para oír los conflictos entre patrones y trabajadores; en 1915 se propuso la creación de las juntas de avenencia también de composición paritaria y ese mismo año se creó el Consejo de Conciliación y el Comité de Arbitraje en Yucatán. Posteriormente se expidió la Ley de Trabajo y se crearon las juntas de conciliación y el Tribunal de Arbitraje, competentes para aplicar dicha ley y resolver los conflictos de manera expedita. En Jalisco, en 1916 se instituyeron las juntas municipales, mineras, agrícolas e industriales. Promulgada la Constitución de 1917, que inicia el constitucionalismo social, se expide la Ley del Trabajo de Veracruz de 1918 que creó las juntas municipales de conciliación y la Junta Central de Conciliación y Arbitraje para resolver todos los conflictos entre patrones y trabajadores, establecidas en Yucatán con autoridad para hacer cumplir sus determinaciones y ejecutar sus sentencias. Estas dos leyes tuvieron importante influencia en la reglamentación de las JCA. En todos los casos la integración era paritaria con representantes de los trabajadores, de los patrones y del gobierno. Como antecedentes de derecho extranjero para la creación de las juntas están las legislaciones de Inglaterra, Alemania, Francia y Bélgica, de Estados Unidos y Nueva Zelanda, aunque señala el doctor Fix-Zamudio que los constituyentes no tenían idea de los órganos paritarios que establecieron, y el doctor Mario de la Cueva dice que no se tenía conocimiento suficiente del derecho extranjero. Con fundamento en el art. 123, frac. XX, los estados empiezan a crear las juntas de conciliación y arbitraje (JCA), sustituyendo a los distintos tribunales que funcionaban en ellos; en el Distrito Federal se creó en diciembre de 1917 y en 1927 la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA). Desde entonces y a la fecha, su funcionamiento y su naturaleza jurídica, su autoridad como tribunales y su autonomía misma han sido cuestionados; incluso se les llegó a considerar como tribunales especiales y por lo tanto contrarios al art. 13 de la Constitución. Un estudio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (Cuadernos de Jurisprudencia, núm. 2, enero 2008) sobre las JCA resume los criterios de las ejecutorias emitidas en esa época que rechazaba su carácter de tribunales, pero las reconocía como autoridades contra las que procedía el amparo; que el arbitraje operaba solo para conflictos colectivos (de naturaleza económica) y que por tratarse de arbitraje público su validez solo obligaba a las partes cuando estas lo aceptaban, ya que las juntas no podían imponer sus determinaciones, mismas que debían homologarse judicialmente. Estas consideraciones dejaban claro que las JCA no eran tribunales; sin embargo, en 1924 dos importantes ejecutorias de *La Corona S. A. y de la Compañía de Tranvías y Luz y Fuerza de Puebla S. A.* fueron el parteaguas, al reconocerlas la SCJN como autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales y como tribunales competentes para resolver tanto conflictos individuales como colectivos con autoridad para imponer sus resoluciones. El doctor Mario de la Cueva las consideró tribunales de equidad; por el contrario, el doctor Jorge Carpizo, en un estudio sobre el tema, apreció

que no son tribunales de equidad, que razonan su fallo, que no son transitorios ni sustituyen al legislador y al mismo tiempo les reconoció naturaleza *sui generis*, lo cual es razonable en virtud de que la naturaleza misma del derecho del trabajo es *sui generis*.

De acuerdo con la frac. XX del art. 123, la formación de la JCA es tripartita y paritaria, y es la primera Ley Federal del Trabajo de 1931 (LFT) la que establece la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje (JFCA), las juntas centrales de conciliación y arbitraje en cada estado (juntas locales en la LFT de 1970), así como las juntas de municipales y federales de conciliación, desaparecidas en la reforma a la LFT de 30 de noviembre de 2012. La LFT de 1931 recogió la reglamentación de 1926 que posteriormente se incorporó a la segunda LFT de 1970. La competencia de las JCA y la JFCA se amplió para conocer y resolver los conflictos que se susciten entre trabajadores y patrones (empleadores), entre los trabajadores mismos o entre los patrones, que se deriven de las relaciones de trabajo o hechos relacionados con las mismas; se detalla su integración y la designación de los representantes: uno del gobierno, que las preside, y de los trabajadores y los empleadores (patrones), designados por ramas de industria y otras actividades de acuerdo con la clasificación y convocatoria que emita la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS). En la JFCA debe haber un secretario general más los secretarios auxiliares que sean necesarios y el personal jurídico que se designe de acuerdo con su Reglamento Interior; conoce de los asuntos que corresponden a la jurisdicción constitucional de acuerdo con lo dispuesto en la frac. XXXI del mismo art. 123; funciona con el auxilio de juntas especiales que en el Distrito Federal se establecen por ramas de actividad y de industria en tanto que en otras ciudades de la República se establecen de acuerdo a la jurisdicción territorial que se les asigne por el titular de la STPS, las cuales conocen de todas las materias en el orden federal. Este órgano jurisdiccional funciona en Pleno o por juntas especiales. Las juntas locales de conciliación y arbitraje funcionan en cada una de las entidades federativas con composición y funcionamiento similares a la de la JFCA. El gobernador del estado y el jefe del Distrito Federal, igualmente, pueden crear juntas especiales de acuerdo con las necesidades del capital y del trabajo a las que le fijan su residencia y competencia territorial. Conforme al art. 123 constitucional, frac. XXXI, la aplicación de las leyes del trabajo corresponde a las autoridades de los estados, en sus respectivas jurisdicciones y se dejan para la competencia exclusiva de las autoridades federales, asuntos en distintas materias así como en las empresas de administración federal, en conflictos que afecten a dos o más entidades federativas y contratos colectivos obligatorios para más de una entidad federativa; en organismos descentralizados, obligaciones patronales en materia educativa, de capacitación y adiestramiento de sus trabajadores, así como de seguridad e higiene en los centros de trabajo. La JFCA y las JCA son depositarias de los contratos colectivos, y a las últimas les corresponde la función del registro de los sindicatos. Su ejercicio como tribunales de derecho queda fuera de duda y su dependencia del Poder Ejecutivo en el orden administrativo no impide su funcionamiento como órganos autónomos. Una discusión permanente en el foro jurídico versa sobre la sustitución de las JCA por juzgados unipersonales que formen parte del Poder Judicial.

**Patricia Kurczyn Villalobos**

## 655. JURISDICCIÓN

Jurisdicción es una palabra compuesta y cuenta con diversos antecedentes históricos que tienen que ver con prácticas religiosas antiguas secularizadas en el uso de la lengua. En efecto, el vocablo se integra de las dos voces latinas *ius* y *dicere* y, en tal sentido, su traducción literal se ha formulado como: *decir el derecho*. No obstante, aun cuando la palabra *dicere* se entendió desde su origen como decir y en su conjugación nos aporta *dictio* o dicho, la raíz *ius* no es fácil de identificar como sinónimo de derecho, dado que, como se ha referido en la obra hispana *Derecho romano clásico* (Betancourt, 2007), derecho proviene de la voz *dirictum*, que en esencia es un adjetivo sustantivado por la práctica; mientras que *ius* proviene del concepto religioso del dios *Iuppiter*, a quien se le rendía culto público entre los romanos —símil del Zeus griego—, por lo que precisamente al identificársele con los designios obligatorios de la máxima deidad, se entiende que lo relacionado con Júpiter es mandatorio. De ahí que *ius*, derivado del nombre del dios que ordena, se haya utilizado lingüísticamente como un mandato imperativo de conducta y finalmente se le asemeje a todo el conjunto de normas jurídicas obligatorias y principios que lo rigen, es decir, la disciplina del derecho. Incluso por esta razón, el uso de la raíz *ius* se conservó en ese sentido para la construcción de otras palabras, como justicia (*iustitia*).

Como se ha adelantado, el concepto *iurisdictio* originalmente surge dentro del ámbito religioso y especialmente en la época de la monarquía romana, e incluso al inicio de la República, previo a la institucionalización de las XII Tablas, sobre todo en donde la actividad de impartición de justicia era limitada, ya que existía, por una parte, una amplia permisión de la venganza privada como forma de resolver conflictos y, por la otra, una actividad restringida y oscura de los sacerdotes como integradores de la ley con cariz religioso y con fórmulas y procedimientos ocultos e ininteligibles para la ciudadanía, amén de la facultad del rey para resolver algunos conflictos sustentado en su verdad sabida y no en una ley ex profeso, así como la participación de los sacerdotes en múltiples ritos y declaraciones de derecho. Es decir, la *iurisdictio* tenía, como lo mencionó Pablo Fuenteseca (1964), una fuerte relación con la actividad pontifical, hasta en tanto no aparece la magistratura del *praetor*, que según sus palabras, permite la secularización del concepto.

Una vez instituida la primera ley romana escrita (XII Tablas), cuya conformación se ubica a finales del siglo VI antes de nuestra era, y ya puesta en marcha la República y el desarrollo de las magistraturas, se crean tanto los primeros procesos de resolución de conflictos como un régimen procedimental y de autoridades encargadas de resolver los conflictos aplicando las normas. Un ejemplo de ello es lo que ocurría con la magistratura que organizaba esta actividad, es decir, los *praetores*, quienes, a decir de la obra *Tratado elemental de derecho romano* (Petit, 1977), tendrían de manera amplia el *imperium* o facultad y poder suficiente para: a) resolver litigios con base en la ley y su interpretación o para hacer declaratorias solemnes de actos jurídicos sin litigio como la adopción o la manumisión de esclavos; b) emitir normas jurídicas (*edictos* publicados en el *album* o pared blanca) o fijar la litis en el proceso *agere per formulas* y decidir cuándo resuelve por sí mismo o de modo delegado el asunto, y c) ejecutar sus decisiones (*imperium merum*), aun cuando es importante estipular que esta facultad solo la tenían los pretores, pero no así los ciudadanos delegados u otros magistrados, como los ediles, por ejemplo; siendo que estas atribuciones se

consolidaron a partir de la República en el siglo IV antes de nuestra era. Así, se empieza a considerar a la *iurisdictio* como una facultad resolutoria de litigios (contenciosa) o declaratoria de solemnidad de actos jurídicos que lo requerían (voluntaria).

Para comprender el concepto, es relevante conocer los procesos romanos que se fueron generando históricamente: por un lado, el *legis actiones* (con su forma estricta de pronunciar fórmulas exactas en los días nefastos como sustento del derecho sustantivo, y característica) y, por el otro, *el formulario* o *agere per formulas* (con una forma menos rigurosa y más accesible en donde el magistrado redacta la fórmula a partir de lo pretendido por las partes). Estos se caracterizaron por conformarse por dos etapas: una llamada *in iure*, en donde la parte actora lleva al demandado ante el magistrado (le impone el deber de seguirlo voluntariamente *in ius sequere* o *in ius te voco* o, en su caso, por la fuerza), pronuncia su fórmula o manifiesta su pretensión según el tipo de proceso y la parte demandada contesta (*litis contestatio*), fijando la litis y las pruebas que habrán de desahogarse, y la otra, llamada *in iudicio*, en donde un juez resuelve el caso recibiendo las pruebas y alegatos; siendo incluso que ese juez podía ser un ciudadano al que se le encomendara tal resolución previa selección de una lista que normalmente elaboraban los *praetores* (de ahí que algunos autores se refieran al juicio privado) y solamente en algunos procesos *agere per formulas* el magistrado atraía y resolvía directamente el asunto. En la época clásica del Imperio llegó el proceso extraordinario o *cognitio extra ordinem*, en donde el magistrado era quien atendía y resolvía directamente el asunto (como ocurre en los procesos civiles actuales). En efecto, durante el Imperio los emperadores fueron otorgando con mayor intensidad a los magistrados las atribuciones de resolver los litigios bajo este proceso; además de que los procesos también evolucionaron en el sentido de crear magistrados competentes para resolver litigios entre ciudadanos y peregrinos, así como para llevar justicia itinerante a las provincias (distinción entre el *praetor urbano* y el *praetor peregrino*).

En esta dinámica, la *iurisdictio* pudo identificarse como una potestad de organización del proceso y, en su caso, de resolución de litigio de modo directo o delegado; también como competencia del magistrado y como una forma de fijar el territorio de aplicación (Dórs, 1986).

Dado que la palabra jurisdicción tiene un carácter eminentemente práctico, en la modernidad ha sido la disciplina del derecho procesal o instrumental la que se ha encargado de identificar las distintas particularidades que la integran. De ahí que jurisdicción no deba confundirse con el concepto de *competencia* o facultad de actuación de otras autoridades de tipo administrativo o político, por ejemplo, puesto que la jurisdicción es propia de la función jurisdiccional. Así, a pesar de las diversas opiniones sobre el vocablo, existe cierto consenso con relación a que la jurisdicción contiene características básicas que se asemejan a sus raíces históricas ya explicadas, pero con notas distintivas propias del arribo del *procesalismo científico*, como lo son: la integración del proceso como un espacio de resolución de litigios con reglas y teoría propia; la distinción entre acción como instrumento inicial de un proceso y como el derecho sustantivo que asiste o no al promovente; la identificación de autoridades delimitadas por ley para resolver conflictos y su distinción del orden legislativo y ejecutivo; sistemas, capacidades y conocimientos; competencias objetivas y subjetivas como criterios de fijación de facultades de juzgar, entre

otros. Por ello, sustentado en estos elementos que delimitan el concepto, se puede deducir más o menos de manera homogénea que la *jurisdicción* es una facultad o poder de actuación que el Estado, mediante legislación y seguimiento de selección previos, le confiere a una persona que tendrá el carácter de servidor público o funcionario de Estado sujeto a responsabilidades para que, de reunirse los requisitos materiales y formales mínimos necesarios como los conocimientos, la práctica, la nacionalidad, la edad, entre otros, pueda resolver dentro del proceso conducente los litigios que le exponen las partes, o mediante procedimientos de su conocimiento dé formalidad a la realización de ciertos actos jurídicos o realice declaraciones que sean de su competencia objetiva y subjetiva en términos de las legislaciones procesales correspondientes; y, desde luego, mediante la aplicación de la Constitución, la ley (en su más amplia connotación), la jurisprudencia y los principios conducentes a casos concretos que se le formulan, teniendo además la potestad de vincular a las partes a sus resoluciones y de ejecutar las mismas con el auxilio de la fuerza del Estado.

Como puede verse, un concepto más acabado de jurisdicción debe considerar: *a)* la existencia previa de una ley que regule la integración y funcionamiento de todos los órganos jurisdiccionales, es decir, aquellos que realizarán la función de Estado de juzgar y que, desde luego, es una acepción más amplia que la de referirse a los *órganos judiciales*, ya que estos últimos son los que integran el llamado poder judicial y se encuentran subordinados a dicha estructura, mientras que el concepto de órganos jurisdiccionales atiende a todo órgano de Estado con capacidad de juzgar aun cuando no integre dicho poder, como ocurre con los tribunales administrativos. Desde luego, a través de la legislación se establecerá el orden, funcionamiento y competencia de los órganos investidos de tal facultad; *b)* la distinción del tipo de asuntos que puede conocer y resolver el órgano y servidores investidos de jurisdicción a efecto de dividir de modo práctico, por un lado, la competencia objetiva (territorio en donde se actúa, materia o tipo de asuntos, cuantía, grado del órgano jurisdiccional que conocerá del asunto y la instancia donde lo hará, entre otros), de suerte que se especialice la función y, por el otro, que se pueda fijar la competencia subjetiva o, dicho de otro modo, los impedimentos que un servidor público con jurisdicción puede llegar a tener en el conocimiento de asuntos; *c)* el establecimiento claro y preciso de reglas de selección y condicionantes formales y materiales para tal efecto, pues quienes ejercen la jurisdicción brindan un servicio público que debe cumplir con los estándares de legalidad, honestidad, confianza, excelencia y capacidad mínimos para prestar una función de Estado segura, y que además legitime su actuación a partir de resoluciones dictadas en el marco de una actuación transparente y apegada a la legislación que sustenta su actuar, so pena de incurrir en responsabilidades que deberán ser igualmente establecidas en la ley. Es decir, debe existir vigilancia de quienes ejercen la jurisdicción, porque no es una potestad plenipotenciaria ni libre de responsabilidad; *d)* la facultad de resolver litigios (jurisdicción contenciosa) y la de realizar declaraciones sobre actos jurídicos que requieren de forma específica y en donde no existe litigio (jurisdicción voluntaria), considerando que la función jurisdiccional abarca históricamente estas oportunidades de brindar certeza al gobernado; *e)* la sujeción de la función jurisdiccional a la Constitución, normas jurídicas secundarias y especialmente a los derechos

humanos; *f*) la facultad de ejecución de sus resoluciones y las reglas de cooperación entre poderes para lograr tal efecto, y *g*) la transparencia de la actuación jurisdiccional.

*César David Tarello Leal*

#### 656. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El vocablo “jurisdicción constitucional” está compuesto de dos voces claramente diferenciadas y que tienen larga data. La “jurisdicción” es un atributo del Estado para decir el derecho, es decir, declararlo, aplicarlo y hacerlo efectivo, referido generalmente a conflictos, diferencias o acciones que buscan la paz social. Así entendida lo ha sido desde Roma, si bien es relativamente nuevo el hecho de que ella esté atribuida o entregada a un cuerpo o ente judicial. Por otro lado, lo “constitucional” también es nuevo, pues las primeras Constituciones se dan a fines del siglo XVIII con la llamada revolución atlántica y que aparece en dos documentos célebres: la Constitución de los Estados Unidos de 1789, precedida por la declaración de independencia de 1776, y la Constitución francesa de 1791, que siguió a la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789. Pero la conjunción de ambas voces solo ocurre después, cuando Europa adopta el modelo jurídico de Constitución y deja de lado el modelo político que lo acompañó en todo el siglo XIX. Aparece así el concepto de “jurisdicción constitucional” primero en Francia y de uso extendido —si bien por poco tiempo— y luego en el mundo germano, por iniciativa y gestión de Kelsen. En efecto, la Quinta Conferencia Alemana de Profesores de Derecho Público, que se lleva a cabo en Viena del 23 al 25 de abril de 1928, está dedicada a la “jurisdicción estatal” y es ahí donde Kelsen presenta una larga como meditada ponencia sobre el tema que, curiosamente, no tiene título alguno. Pero el tema central de Kelsen va a ser doble: *a*) por un lado llamar la atención de que lo que está en juego es la “jurisdicción constitucional”, o sea, la defensa jurídica de la Constitución, y *b*) que para ello lo mejor, vistas las circunstancias de la época, es un órgano *ad hoc* que es un Tribunal Constitucional, del cual el más notable que existía en ese momento era el austriaco, del que era juez y relator en aquel momento y al cual había contribuido a crear. Este texto de 1928 es, sin lugar a dudas, un clásico que habrá de tener larga influencia, pero no en la versión alemana, que se publica en 1929, sino en la versión francesa que, traducida por su discípulo Charles Eisenmann, se publicará en 1928, arreglada y con título específico: “La garantía jurisdiccional de la Constitución”. En su traducción, si bien fidedigna, Eisenmann se tomó, sin embargo, algunas licencias: Kelsen usó en la versión alemana el concepto “jurisdicción constitucional” y Eisenmann, seguramente sin entender mayormente la diferencia, utilizó indistintamente dos vocablos: jurisdicción constitucional y justicia constitucional como si fueran sinónimos. Aquí, pues, se introdujo la primera distorsión, explicable en el contexto francés, en donde se hablaba de administración de justicia, justicia civil y otras por el estilo.

Ahora bien, Kelsen, sin lugar a dudas, dio un paso audaz y renovador y puso las bases de una futura disciplina que él no alcanzó a diseñar. Así, el concepto de jurisdicción constitucional se sigue usando, pero por influencia de la versión francesa se empleó también lo de “justicia constitucional”, como algo equivalente. Curiosamente, ambas se usaron indistintamente hasta que a mediados de la década del sesenta del siglo pasado, empezó a predominar

el de “justicia constitucional”, sobre todo en Francia, Italia y España, no así en los países germanos. Por muy explicables motivos, esta cuestión pasó a la América Latina, en donde se usaban ambas y también las de “control constitucional”, “defensa de la Constitución” y otras parecidas.

Lo que pasó luego es curioso. Un joven, pero promisorio profesor de derecho procesal, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, conocedor de las grandes corrientes del procesalismo científico, sobre todo el desarrollado en Alemania e Italia —Francia andaba muy atrasada en esto— pergeñó, si bien en forma algo dubitativa, la existencia de una justicia política, justicia constitucional y también de una nueva disciplina llamada “derecho procesal constitucional”. Así lo expuso en su Programa del Curso de Derecho Procesal de 1933, que dictaba en la vieja Universidad de Santiago de Compostela. Más tarde, con motivo de su largo exilio, lo terminó de fijar y precisar en publicaciones hechas en Buenos Aires, durante 1944-1945. Lo reiteró en México en 1947, a donde viajó para enseñar en la UNAM y en donde permaneció más de 30 años. El tema, sin embargo, no le atrajo del todo, pues no lo vuelve a tocar sino muy esporádicamente, dedicándose más bien a difundir la nueva ciencia del proceso en un medio académico como el mexicano, que lo desconocía.

Fue uno de los discípulos de Alcalá-Zamora y Castillo el que recogió la posta: Héctor Fix-Zamudio, quien dedicó al tema su tesis de licenciatura, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana*, que publica en 1955, en muy corto tiraje, y la defiende en 1956. Su difusión se hará en forma parcial hasta que lo recoge íntegramente en un libro que publica en 1964 junto con sus otros ensayos de la época: *Juicio de amparo*. A partir de ahí es que se da la consolidación científica del “derecho procesal constitucional” que, como es obvio, envuelve o desarrolla la jurisdicción constitucional, al igual que el derecho procesal civil desarrolla e incluye la jurisdicción civil.

Hoy en día, por lo menos en el Occidente europeo —salvo excepciones— y en nuestra América Latina, es pacífico el uso de estos términos, si bien en Europa hay la tendencia —no definitiva— de emplear el de “justicia constitucional”. En América Latina, hay preferencia por el uso de “jurisdicción constitucional”, con tendencia a englobarlo en una disciplina que pertenece al derecho público y además de carácter procesal: derecho procesal constitucional. Si bien la parte teórica y de fundamentos no anda del todo clara ni es pacífica.

En el caso de Italia, la “justicia constitucional” se enseña en las universidades con ese nombre e incluso hay doctorados y una gran cantidad de manuales. Por tal se entiende lo que hace la Corte Constitucional italiana y nada más.

La jurisdicción constitucional nació en un momento para proteger la pirámide jurídica, o sea, la jerarquía normativa, pero luego se amplió a los derechos fundamentales, dependiendo esto también del modelo o sistema que cada país ha creado o adoptado. También esto tiende a ser supranacional, pero entiendo que cuando trasciende las fronteras del país, estamos ya en un derecho distinto, como es el derecho internacional, que puede ser sustantivo o instrumental (procesal). En nuestro caso, son conocidos, tratándose de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. Existe otro tipo de tribunales supranacionales que afectan o protegen otro tipo de derechos e indirectamente la jerarquía normativa.

En los Estados Unidos, el modelo emblemático en esta materia desde el célebre caso *Marbury vs. Madison* de 1803, la ruta ha sido diferente. El planteo doctrinario que existe en esa célebre sentencia, y que todavía sigue siendo de enorme interés, está tomado en parte de la tradición constitucional inglesa interrumpida parcialmente a partir de Lord Coke, y en el ejemplo de algunas colonias. Pero en los Estados Unidos lo que se hizo no fue crear un órgano *ad hoc* ni una temática especial que desembocase en una disciplina, sino la mera aplicación del principio de supremacía constitucional, que por actos reiterados, daba lugar a un cuerpo de doctrina sólida, que constituía una prerrogativa judicial llamada “judicial review”, y que era una técnica de control más que un proceso, y que se ejercía en cualquier caso o controversia. No existe, pues, en los Estados Unidos nada parecido a una disciplina o temática que pudiera llamarse jurisdicción o justicia constitucional, pues son términos ajenos a su tradición y a su uso. En el caso concreto de “jurisdicción”, si bien con orígenes romanistas, tiene en el ámbito sajón un sentido muy laxo que se aplica a todo poder que ejerce cualquier autoridad, incluso policial, y no necesariamente judicial. De lo que se concluye que en los Estados Unidos, existen medios y figuras procesales para defender adecuadamente los derechos humanos y a la supremacía constitucional, pero ello se hace de manera diferente e indistinta en el Poder Judicial. Los Estados Unidos constituyen un modelo especial y diferente, fruto de su propia historia jurídica y de la familia del *common law* a la cual pertenece. No obstante, ha recibido influencias de fuera y, a su vez, ha influenciado en los sistemas romanistas.

En síntesis, y para solo referirnos a Occidente, tenemos mecanismos e instrumentos de defensa de la Constitución y de los derechos humanos, pero solo en el área romanista ha sido objeto de atención especial, independiente y con pretensiones de autonomía.

*Domingo García Belaunde*

#### 657. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (CLASIFICACIÓN)

Las claves de lectura propuestas hasta ahora son sustancialmente de dos tipos. Por una parte, una vez diferenciados los modelos con base en el carácter jurisdiccional del órgano que promueve y en la fase del control, se ha desarrollado una teoría de los modelos (jurisdiccionales) clásicos, progresivamente adaptada e integrada, que hace uso de un criterio fundamental para la identificación de los elementos determinantes conforme a la naturaleza concentrada o difusa del modelo, a las modalidades de acceso y a la eficacia (declarativa o constitutiva) del pronunciamiento. Por otra parte, algunos han subvertido dicho esquema para la identificación de los elementos que son determinantes, asumiendo diferentes criterios para construir clases.

El elemento representado por la naturaleza jurisdiccional o no del órgano está en la base, por ejemplo, de la primera y decisiva dicotomía identificada por Cappelletti, pero se encuentra también difusamente en otros autores, como en N. Sagüés, en C. Blanco de Morais y en muchos estudiosos franceses (Favoreu, Fromont, Russeau, entre otros).

La estructura del órgano, en cada caso, se señala *siempre* como un elemento esencial de la clasificación, no solo para distinguir los sistemas “políticos” de los “jurisdiccionales”, sino sobre todo para marcar la gran división entre

sistemas difusos y concentrados, presentes en casi todos los autores, incluyendo aquellos que toman en consideración otros elementos (por ejemplo, H. Nogueira Alcalá), aunque no pocos señalan cómo las progresivas hibridaciones tienden a disminuir su importancia a efectos de clasificación (por ejemplo, F. Fernández Segado, E. McWhinney). Divisiones más sofisticadas se apoyan en la jurisdicción territorial del órgano de control constitucional, a veces internacional, transnacional, nacional (N. Sagüés) o federal/estatal. Además, el análisis estructural del órgano de control de la ley induce a alguno, como Brewer Carías, a enfatizar como un factor clasificatorio el origen judicial o no del mismo, o bien la influencia parlamentaria en el nombramiento de los jueces (N. Sagüés, A. von Brünneck, L. Favoreu).

La fase temporal del control —considerada determinante para fines clasificatorios por buena parte de la doctrina francesa, pero también por estudiosos de diversos países— generalmente se pone de relieve junto con otros elementos, como la naturaleza política o jurisprudencial del control, la eficacia de las decisiones o su carácter abstracto o concreto.

Casi siempre se indica como elemento imprescindible de las clasificaciones la forma de acceso a las cortes o tribunales. Mientras que en las reconstrucciones tradicionales se pone énfasis sobre el instrumento procesal (recurso o incidente), en otras se toma en cuenta la calidad de los actores: a veces las minorías parlamentarias, ciudadanos o jueces (P. Pasquino).

La naturaleza declarativa o constitutiva de las decisiones representa un pilar de las clasificaciones de Calamandrei y después de Cappelletti (junto con la estructura concentrada o difusa y con la modalidad de acceso); así como otros aspectos de las decisiones —efectos vinculantes o no, *erga omnes* o *inter partes*, *ex nunc* o *ex tunc*— son valorados para proponer ulteriores distinciones (Brewer Carías, Sagüés, Nogueira Alcalá), también en relación con el rol positivo (normativo) o negativo de los pronunciamientos y en general de la actividad de las cortes en el sistema (N. Sagüés, A. Pizzorusso).

Dichos elementos determinantes recurrentes no son ignorados por quien identifica los pilares de las clasificaciones en factores más amplios y los utiliza para subdividir los modelos según el tipo de concreción o abstracción de los diversos sistemas (A. Pizzorusso). A soluciones no diferentes —aunque por caminos completamente diversos— llega también quien, como F. Fernández Segado, asume como elemento diferencial la naturaleza de la función ejercitada, de modo que el control se efectúa de manera diferente en atención a si se realiza sobre la ley o en la aplicación de la ley.

Por el contrario, quien propone de manera incisiva abandonar los elementos determinantes tradicionales para clasificar, y centrarse precisamente en la función, es F. Rubio Llorente, quien divide los sistemas según si (concretamente) tutelan las libertades o (abstractamente) la ley. Otros autores, como Weber, toman como análisis el objeto del control por considerarlo relevante para la clasificación, distinguiendo según si las cortes tutelan la ley, los derechos o las competencias de órganos y entes territoriales. Respecto a la clasificación de los modelos incidentales, Silvia Bagni ha sugerido considerar la capacidad de la corte o tribunal para incidir directamente en los conflictos de las partes mediante los efectos de la decisión.

El relieve dado por varios autores a los elementos hasta ahora indicados es diferente de acuerdo con la función de algunas variables, en particular del

grado de simplificación/complicación de la clasificación. Con la intención de simplificar las clasificaciones hay quienes eligen elementos determinantes “macro”, como en los casos anteriormente señalados (concreción, abstracción, etcétera), aunque acompañados a veces por subdivisiones, y quienes, por el contrario, se basan en elementos más pragmáticos, positivos (estructura, modalidad de elección, elemento procesal de acceso, eficacia del pronunciamiento, bien tutelado, y así sucesivamente hasta factores aparentemente más marginales), dándoles un mayor o menor peso.

Ciertos elementos no son considerados esenciales para algunos estudiosos (por ejemplo, Cappelletti no considera el bien tutelado); no siempre es evidente cuál de los elementos analizados puede ser considerado determinante y cuál fungible o accesorio.

Las clasificaciones tradicionales, que se desarrollan a partir de pocas experiencias históricas, están muy presentes en la yuxtaposición del modelo americano sobre el austriaco (a los que se agrega el francés). Hoy, hacer referencia a la teoría tradicional de los modelos parece contraproducente, y la reciente doctrina somete a críticas radicales este criterio clasificatorio, así como aquellos que enfatizan la derivación de los modelos de experiencias híbridas: un ensayo de G. Tusseau, cuyo título en la versión francesa significativamente se denomina *Contre les “modèles” de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, no niega que sea provechoso construir modelos. Sin embargo, rechaza la idea de que los sistemas de justicia constitucional sean herederos de dos modelos —el estadounidense y el de Kelsen— porque el derecho positivo demuestra que cada ordenamiento constituye casi un elemento aislado, evidenciando caracteres propios bajo todo punto de vista que pueda ser considerado: del perfil subjetivo (control difuso *vs.* control concentrado) al modo (tipos de acceso); de los efectos (tipo de eficacia) a las funciones (el bien protegido), entre otros.

Teniendo en consideración que gran parte de los ordenamientos utilizan *más* modalidades para controlar las leyes, parece conveniente realizar, en caso de que sea necesario, *más* clasificaciones, basadas sobre elementos determinantes diversos. Por ejemplo, H. Nogueira Alcalá basa su clasificación en siete elementos: el órgano que lleva a cabo el control, las competencias del tribunal, la fase de control, los sujetos legitimados para solicitarlo, el tipo de procedimiento utilizado, el tipo de parámetro y los efectos de las decisiones, en referencia tanto a los sujetos como a la fase temporal. A su vez J. J. Fernández Rodríguez, valiéndose de las contribuciones de otros autores, emplea distintos criterios clasificatorios (sistemas concentrados y difusos, mixtos y “duales” o “paralelos”, sobre la constitucionalidad de la ley o sobre los derechos, abstractos y concretos, objetivos y subjetivos). Del mismo modo, N. Sagüés enriquece la lista tradicional de elementos determinantes, muchos de los cuales ya fueron mencionados unas líneas atrás, con nuevos factores dignos de atención, entre otros, la estabilidad de los órganos de control constitucional, las formas de desarrollo del control (con referencia, por ejemplo, al procedimiento del *certiorari*), los sujetos que lo accionan, el radio de acción del juicio de constitucionalidad.

A su vez, en la búsqueda de la “pertinencia” de los factores esenciales en la clasificación, he señalado aquellos que, en mi opinión, son los elementos determinantes a tener en cuenta, a fin de construir clases que permitan hacer

comparaciones fructíferas para la comprensión de la justicia constitucional. Algunos son los clásicos, aunque a veces los he utilizado desde una perspectiva diferente a la tradicional: el contexto estructural en el cual operan las cortes y los tribunales constitucionales; las modalidades de acceso a las cortes; las funciones realizadas; los efectos de las sentencias, en relación con los otros poderes del Estado; la calidad de los sujetos involucrados; hoy añadiría también a los bienes tutelados. Sin embargo, para mí son determinantes también la amplitud del parámetro de control (especialmente en relación con la incorporación de los tratados y convenios internacionales), y del objeto del juicio de constitucionalidad (especialmente en relación con el poder de controlar las leyes de reforma constitucional, lo que cambia totalmente la naturaleza del juicio de constitucionalidad), que deberán aparecer como verdaderos y propios factores de transformación o incluso de subversión de los sistemas: señales de tendencia evolutiva destinadas a dejar huellas profundas en el sistema, factores característicos del núcleo duro de cada modelo.

*Lucio Pegoraro*

*(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)*

#### 658. JURISDICCION CONSTITUCIONAL (JUSTIFICACION JURIDICA)

La Constitución constituye el orden jurídico superior del Estado, donde se plasman las normas, principios y valores materiales que lo fundamentan y que los diferentes órganos públicos están comprometidos a desarrollar en beneficio de los ciudadanos.

El derecho de la Constitución se ve constantemente amenazado de violación, no solo por los órganos estatales, sino también por los propios particulares, organizados modernamente en poderosos grupos de interés y de presión.

La historia nos enseña que solo en los sistemas democráticos existe una verdadera oportunidad de que se respeten los derechos fundamentales. Asimismo, la democracia no podría sobrevivir por mucho tiempo sin la existencia de un sistema en el que los derechos y libertades fundamentales gocen de protección eficaz.

De ahí la necesidad de que existan mecanismos de tutela y órganos encargados de velar porque el principio de supremacía constitucional y el respeto de los derechos fundamentales sean una realidad que se viva cotidianamente en todos los Estados y en todas las sociedades democráticas. Tales mecanismos de control no deben ser necesariamente ejercitados por órganos representativos, pues —tal como decía Kelsen— el principio de que nadie puede ser juez de su propia causa es el principal argumento para sustraer la defensa de la Constitución de los órganos propiamente políticos.

El enfoque jurídico de la jurisdicción constitucional está relacionado con los conceptos de garantía constitucional y de control jurídico. En su sentido moderno, las garantías constitucionales están constituidas por los instrumentos jurídicos, predominantemente de carácter procesal, cuya finalidad consiste en lograr la efectividad del ordenamiento constitucional cuando exista incertidumbre, conflicto, conculcación o amenaza de violación de ese ordenamiento.

Las garantías constitucionales se manifiestan y hacen efectivas por medio de controles jurídicos, como sucede justamente con las diversas formas del

control de constitucionalidad. En su manifestación jurídica, que es la que aquí nos interesa, los agentes y objetos del control presentan características propias que es conveniente señalar. En cuanto control objetivado, los órganos que lo ejercen no son limitadores, sino más bien verificadores de las limitaciones existentes. En otros términos, frenan pero no limitan. El control no tiene por objeto personas, sino más bien sus actos jurídicamente relevantes, lo que incluye también a las normas producidas por aquellos. Finalmente, sus resoluciones estimatorias tienen un carácter reparador de la infracción cometida.

Según Sagües, la jurisdicción constitucional se debe conceptuar como “la actividad estatal de índole jurisdiccional encargada de decidir en las cuestiones de materia constitucional”. En consecuencia, su contenido sería la magistratura constitucional, los órganos encargados de ejercerla y los procesos constitucionales, es decir, los instrumentos procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional.

En el proceso constitucional se tutelan dos bienes jurídicos diferentes: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de supremacía constitucional. De ahí que existan diversos tipos de procesos, los cuales responden a necesidades diferentes, pues los intereses en juego son también distintos. Esta realidad, propia del proceso constitucional, condiciona lógicamente el contenido del derecho procesal constitucional, lo cual implica que numerosas instituciones del derecho procesal clásico tienen que adaptarse y hasta transformarse radicalmente para satisfacer los dos bienes jurídicos tutelados por esta nueva rama jurídica procesal.

El derecho procesal constitucional, en consecuencia, debe entenderse como aquella disciplina jurídica que estudia los instrumentos de la jurisdicción constitucional, es decir, la magistratura y los procesos constitucionales.

Por ello, solo puede hablarse de jurisdicción constitucional, en sentido estricto, cuando existe un particular tipo de defensa de la Constitución de carácter jurisdiccional, que resuelve los conflictos políticos y sociales del más alto nivel de acuerdo con el derecho de la Constitución.

La finalidad de ordenar al Estado como unidad determina que las normas constitucionales sean abstractas y estén dotadas de un alto carácter valorativo, de donde se deriva que la amplitud de la materia regulada por la Constitución, el carácter condensado de muchas de sus disposiciones, el significado valorativo de algunas de sus normas materiales y, simultáneamente, el grado de apertura que permite la pluralidad de sus realizaciones, hagan de ella un orden normativo diferente y dotado de peculiaridades jurídicas propias. Por ello es que su defensa requiere de instrumentos jurídicos específicos y propios, diferentes de los existentes, para tutelar otros órdenes normativos.

Estas necesidades hacen imprescindible que dentro del Estado moderno exista una jurisdicción constitucional especializada, dotada de amplias garantías de independencia e idoneidad jurídica de quienes la ejercen.

Por tanto, la justificación jurídica de la jurisdicción constitucional es plural, no solo en cuanto a que tutela los derechos fundamentales de los administrados y el principio de supremacía constitucional, sino también porque constituye el instrumento jurídico más idóneo para el desarrollo de los principios y valores de linaje constitucional.

*Rubén Hernández Valle*

659. **JURISDICCION CONSTITUCIONAL  
(JUSTIFICACION POLITICA)**

En los gobiernos representativos, la participación ciudadana se encuentra normalmente mediatizada, por lo que aquella se circunscribe a la emisión periódica del voto.

En la mayoría de nuestras legislaciones electorales, en las que los candidatos a puestos de elección popular son generalmente impuestos por las cúpulas partidarias, la participación ciudadana se circunscribe a ejercer periódicamente un derecho de adhesión antes que de elección o escogencia. Luego de emitido el voto, la participación ciudadana es prácticamente nula, pues no existen mecanismos jurídicos efectivos que les permitan intervenir en la determinación, ejecución y control de las decisiones políticas fundamentales del gobierno.

En suma, la participación ciudadana respecto de los tradicionales órganos de origen democrático y representativo se realiza por canales indirectos. En cambio, frente a los tribunales constitucionales, los ciudadanos sí tienen una participación real y efectiva, puesto que pueden presentar directamente ante aquellos, y sin intermediarios, sus problemas, quejas, inquietudes.

Los tribunales constitucionales les deciden sus problemas concretos, con lo cual los ciudadanos experimentan una participación efectiva y traban relación directa con tales órganos, es decir, por medio de los recursos de *habeas corpus* y de amparo, los tribunales constitucionales resuelven procesos que afectan a los seres humanos, que se refieren a hechos concretos y a problemas reales de la vida cotidiana.

Esta conclusión es particularmente cierta en aquellos ordenamientos en que existe una legitimación procesal amplia para incoar los diferentes procesos constitucionales, dado que permite que prácticamente todos los ciudadanos tengan acceso directo a la jurisdicción constitucional.

De esa forma se puede concluir que los tribunales constitucionales gozan de una indiscutible y auténtica legitimación democrática, dado que existe un contacto directo e inmediato entre ellos y los ciudadanos.

Esta función protectora de los derechos fundamentales cobra especial relevancia cuando los sujetos protegidos son los de menores recursos económicos y los que pertenecen a los estratos sociales más humildes, puesto que esas personas, de otra forma, no tendrían posibilidad real de que sus demandas sean satisfechas por otras ramas del gobierno.

En consecuencia, tales funciones de los tribunales constitucionales aumentan la representatividad global del sistema político y, por tanto, su misma democratización, dado que se protege a los grupos que no tienen acceso a las otras ramas políticas del gobierno.

En este orden de ideas y con justa razón, decía Cappelletti que “[...] los poderes del tribunal son esencialmente políticos. Por consiguiente, los grupos marginales pueden esperar encontrar en el tribunal un apoyo político que no hallarán en ninguna otra parte”.

Desde este punto de vista se puede también concluir que los tribunales constitucionales, al permitir la vigencia real de la libertad en la sociedad civil, especialmente de los más menesterosos, tienen una auténtica legitimación democrática. En efecto, estos tribunales actúan como intermediarios entre las aspiraciones e intereses sociales, políticos y económicos de la sociedad civil y

el Estado, en la medida en que desarrollan los principios y valores materiales contenidos en la Constitución.

En numerosos países, los tribunales constitucionales asumen la función de mediadores y moderadores de los conflictos que no encuentran solución en otras sedes institucionales competentes en principio para ello. La actividad de los tribunales constitucionales, aunque es de naturaleza jurisdiccional, es también forzosamente una actividad, en sentido lato, de carácter político. En otros términos, cada conflicto jurídico es siempre un conflicto de intereses, por lo que, en la base misma de cada decisión de los tribunales constitucionales, existe siempre un móvil político.

Las sentencias de los tribunales constitucionales, especialmente aquellas denominadas normativas, propician el despliegue de los efectos de las normas constitucionales que quedan obstaculizadas por la ausencia de leyes, es decir, por la omisión legislativa para desarrollar los principios y valores materiales contenidos en la Constitución.

Las normas que crean las sentencias aditivas no proceden de la fantasía de los tribunales constitucionales, pues estos tienen prohibición para crear libremente derecho —como lo hace el legislador—, sino que el juez constitucional se limita a concretar e individualizar una norma que ya estaba implícita en el sistema y, por tanto, deducible de él mediante los instrumentos hermenéuticos correspondientes.

Por ello, las sentencias normativas o aditivas están dotadas de una capacidad autoaplicativa; se trata de una legislación en términos descriptivos, porque al no ser libre, sino inducida y deducida, como decía el gran jurista italiano Vezio Crisafulli de grata memoria, es una legislación a “*rime obligate*”, por lo que no es verdadera legislación.

Por consiguiente, los tribunales constitucionales solo operan como coadyuvantes de los parlamentos en la tarea de actuar los principios y valores del derecho de la Constitución, cuando la acción del legislador sea insuficiente u omisa.

En este sentido, podemos afirmar que las potestades de los tribunales constitucionales, en cuanto intérpretes supremos de la carta política, son exclusivamente jurisdiccionales y, como tales, se limitan a interpretar y aplicar los principios y normas de la Constitución, con todas sus consecuencias, pero sin suplantar las de mérito, oportunidad o conveniencia que, dentro de los límites impuestos por la propia Constitución, corresponden al Parlamento o, en su caso, a una Asamblea Constituyente.

Al respecto, basta recordar el clarísimo ejemplo de la Corte Suprema de Estados Unidos, en relación con la desegregación racial. Esto no hubiera sido posible por los canales políticos tradicionales, es decir, de las leyes y de las medidas gubernativas, sino que tan solo se cristalizó, en un periodo relativamente corto de 20 a 30 años, gracias a los hitos jurisprudenciales de dicha Corte.

En otros países como Alemania, España e Italia, el abanico de los derechos prestacionales de los ciudadanos y, por ende, su bienestar económico y social, se ha ido ensanchando mediante la actuación realizada por sus respectivos tribunales constitucionales a numerosas normas programáticas y al desarrollo de los principios y valores contenidos en la Constitución. De esa forma, los tribunales constitucionales han logrado que las sociedades sean más justas

y que el principio de igualdad ante la ley se haya transformado más bien en el principio de igualdad en la ley.

En síntesis, los tribunales constitucionales, en la medida en que contribuyen a una mayor participación social y económica de todos los ciudadanos en el Estado, encuentran una auténtica legitimación democrática.

Finalmente, es indudable que los tribunales constitucionales contribuyen a una mejor elaboración de la legislación, pues el derecho creado por ellos es gradual, experimental y lento. Además, los tribunales están en la capacidad de corregir, mejorar y formar una norma que no está nunca enteramente acabada.

Como dijo el gran jurista estadounidense Roscoe Pound: “La elaboración del derecho por los jueces presenta una ventaja real sobre la legislación, porque se refiere a causas concretas y generaliza tan solo después de una larga serie de pruebas y tanteos hechos para establecer un principio practicable. Al contrario, la legislación, cuando se vuelve algo más que declarativa, cuando no se limita a declarar de forma nueva y perentoria lo que la experiencia judicial ya ha indicado, tropieza con los riesgos y dificultades propios de las profecías”.

De esa forma, la legislación judicial tiene al menos el potencial de resultar muy democrática, pues es fiel y sensible a las necesidades y deseos de la sociedad, por lo que su legitimación democrática es innegable.

Justamente se afirma, con gran lucidez, que los tribunales constitucionales han venido a coronar el Estado de derecho (Pierandrei), dado que se trata de órganos cuya legitimidad deriva directamente de la Constitución, a la cual están llamados a interpretar y a aplicar. Y como es sabido, las constituciones modernas están legitimadas por el principio democrático.

*Rubén Hernández Valle*

## 660. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (LÍMITES)

La jurisdicción constitucional hace referencia, en sentido orgánico, a los tribunales encargados de juzgar si las normas, las resoluciones judiciales o las actuaciones administrativas de lo más diverso son conformes a la Constitución; pero también a la función que dichos tribunales desempeñan en el control de la constitucionalidad.

Y esa función encuentra una serie de límites: algunos derivados de la Constitución, o la reforma de la misma que pueda aprobarse; otros que emanan de la ley procedimental por la que se rigen dichos tribunales a la hora de juzgar la constitucionalidad *lato sensu*; los resultantes del tiempo preciso para resolver; los derivados de la prudencia judicial, o *self restraint*; el consenso social amplio en cuestiones fundamentales puede limitar a la jurisdicción constitucional cuando la Constitución deja margen para ello; o hay otros límites, determinados por la jurisprudencia de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el seno de la Unión Europea (UE).

Los límites de la jurisdicción constitucional pueden, así, clasificarse en:

a) *normativo-constitucionales (estáticos)*. Son los muros que la jurisdicción no puede traspasar porque hay una norma que se lo impone. En este sentido, puede afirmarse que el único límite claro que —con las matizaciones que

luego se harán— tiene la jurisdicción constitucional está en la propia Constitución, ni siquiera en “el texto de la Constitución”, porque el límite está más bien en la interpretación que de ese texto se haga (por cuanto es un documento viviente —*a living document*—) y a veces la jurisdicción constitucional puede pasar —y pasa— por encima de la literalidad de la ley de leyes, siempre sin romper las reglas de la ortodoxia de la hermenéutica jurídico-constitucional. El límite no está ni puede estar, desde luego, en la ley o la norma infraconstitucional, porque la jurisdicción constitucional solo está sometida a la Constitución, y desde ella controla a la ley justamente. La cuestión más problemática estriba, naturalmente, en que es la propia jurisdicción constitucional la que interpreta esa Constitución que a ella la limita; incluso, tiene la facultad de interpretar las normas relativas a su propia competencia, o falta de ella y, en cierto sentido, puede decirse por ello que la jurisdicción constitucional tiene la *competentia competentiae*, la “competencia de las competencias”, pero tiene que ser cuidadosa de no rebasar su ámbito propio de control;

b) *normativo-constitucionales (dinámicos), la reforma constitucional*. Una barrera infranqueable *a posteriori*, ligada a los límites normativo-constitucionales (pero aquí dinámicos), que tiene la jurisdicción constitucional estriba en que, incluso si dicha jurisdicción adopta una decisión que resulta completamente inaceptable para una clara mayoría de la población, está siempre abierta la vía para reformar la Constitución y superar así (*override*), o dejar sin efecto, esa sentencia o interpretación o esa competencia asumida o el alcance de la misma, como ha ocurrido en Estados Unidos en algunas y contadas ocasiones. Aunque como la Constitución suele exigir para su reforma unas mayorías especialmente cualificadas y/o un procedimiento complejo, para ello será preciso cumplir tales requisitos, lo que requiere un fuerte consenso nacional. Así se comprueba claramente en las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre la protección de la libertad de expresión prevalente frente a la bandera federal como símbolo nacional, que el Partido Republicano ha tratado de superar en varias ocasiones mediante una reforma constitucional, sin llegar a consumarlo por no lograrse las mayorías precisadas para ello. Podría decirse, en apretada síntesis, que la jurisdicción constitucional tiene como límite no solo a la Constitución actual, sino también a la “Constitución futura”, a la que está en movimiento, que puede arrollar *ex post facto* con sus decisiones, con la mayoría necesaria. Estamos así ante un importante contrapeso frente al riesgo del “*gouvernement des juges*” (gobierno de los jueces) contrario al “*Diktat der Mehrheit*” (dictado de la mayoría), problemática que Schmitt condensara en su pregunta retórica “*Quis custodiet ipsos custodes*”. Y la respuesta a dicho interrogante es esa: la reforma constitucional como límite último (democrático) a la jurisdicción constitucional;

c) *la ley reguladora de la jurisdicción constitucional como posible límite*. Su ley reguladora limita a la jurisdicción constitucional y lo hace, en desarrollo de lo que la Constitución establezca al respecto, en las competencias, el procedimiento de dicha jurisdicción y, sobre todo, al impedir su actuación de oficio: la jurisdicción constitucional solo actúa cuando así lo reclama una persona con legitimación activa para ello y únicamente en el marco delimitado del proceso incoado. En el ordenamiento jurídico, por ejemplo, puede haber numerosas leyes, normas administrativas o actuaciones manifiestamente inconstitucionales que tengan vigencia, si nadie con legitimación activa, en el plazo y median-

te el procedimiento adecuado las impugna, y la jurisdicción constitucional, primero, admite a trámite el procedimiento (frecuentemente, hay un estrictísimo filtro discrecional: *certiorari*, “especial trascendencia constitucional”, etc.), y segundo, así lo declara. Además, en algunos países se debate sobre si la jurisdicción constitucional encuentra un límite en el hecho de que no puede controlar la constitucionalidad de su propia ley orgánica, la que regula la jurisdicción constitucional como órgano: sus funciones, competencias, resoluciones, legitimación, procedimiento, etc. —así lo defienden algunos autores—. Otros consideran que, si bien no se trata de un muro insuperable para la jurisdicción constitucional, esta ha de ser muy prudente a la hora de examinar la constitucionalidad de su propia ley reguladora, precisamente para evitar que la jurisdicción constitucional se haga con la *competentia competentiae*. En cambio, otro sector doctrinal estima que la jurisdicción constitucional tiene plenitud de control sobre dicha norma, posición que es mayoritaria;

d) *cronológicos: el tiempo de resolución*. Más allá de lo que la Constitución o la ley reguladora puedan prever como plazo, las decisiones toman un tiempo frecuentemente largo. En muchos países, la jurisdicción constitucional “se toma su tiempo” y tarda años, a veces más de una década, en resolver los litigios que ante ella se plantean, por mucho que sea el interés de los operadores jurídicos en tener una respuesta. Ello puede explicarse por la sobrecarga de trabajo, la dificultad que pueda hallarse para encontrar un consenso suficiente en el seno del órgano judicial llamado a resolver, y por otros motivos, pero también como mecanismo para atenuar el impacto de una decisión, cuando ya pueden haber pasado varios gobiernos de diferente signo por el poder desde que se adoptó el acto impugnado en su constitucionalidad. En realidad, la jurisdicción constitucional no ve limitada su competencia ni el alcance de su control por este transcurso del tiempo, que en gran medida depende de ella, pero lo cierto es que ese lapso temporal puede considerarse como un límite inmanente que tiene, ya que no suele adoptar resoluciones inmediatas, como los otros poderes, sino muy dilatadas en el tiempo;

e) *el self-restraint como límite inmanente y autoimpuesto*. Se trata de una autolimitación, de una restricción, por así decirlo, “autoimpuesta” por la jurisdicción constitucional a sí misma, por razones de prudencia y de respeto institucional a las funciones de los diferentes poderes del Estado, en particular, al legislador democrático, un freno a la tentación de “legislar desde los tribunales”, o entrar estos a resolver “*political questions*”. Esto difícilmente lo encontramos en la jurisdicción ordinaria, que resuelve conforme a la norma y su interpretación en el asunto, debiendo ser, en su caso, el legislador el que rectifique la norma que ha aplicado. Pero la jurisdicción constitucional resuelve frecuentemente asuntos con sustancia política indudable; es una jurisdicción que acaba a veces “haciendo política”, aunque no en el sentido de política partidista (o no debería) al resolver sobre dichos asuntos. Puede tener como manifestaciones desde una denegación del control de constitucionalidad; diferentes niveles (intensidad o densidad) de control o, en otra modalidad, una “diferencia”, mayor o menor, hacia decisiones políticas o de graves consecuencias políticas, incluyendo las económicas (en especial del legislador, pero también del ejecutivo) o, en una versión generalmente más suave, limitaciones en los efectos (sobre todo, efectos temporales de la nulidad: inconstitucionalidad sin nulidad, nulidad solo “profuturo” o doctrina de la prospección), a través de las llamadas

“sentencias atípicas” o pronunciamientos intermedios entre la estimación y la desestimación de la inconstitucionalidad a través de un arsenal sentenciador, por lo general no previsto expresamente en la legislación reguladora de la jurisdicción constitucional, cuya praxis sin embargo ha ido desarrollando en los diversos países. En Alemania, Schneider diferencia tres tipos de control de constitucionalidad, según su intensidad: 1) el control de contenido (el más intenso, reduce al máximo los márgenes del legislador); 2) el de apreciación o *Vertretbarkeitskontrolle* (se limita a comprobar que el legislador se basa en una ponderación objetiva y defendible de los elementos de juicio disponibles, especialmente ante campos complejos, como el económico o fiscal), y 3) el de menor intensidad, el de evidencia. En cuanto a la densidad de control, este autor diferencia entre el control de comportamiento, el de procedimiento y el de resultado. En el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el equivalente *self restraint* opera como una deferencia hacia la libertad de configuración del Estado parte, fundamentalmente a través de la doctrina del “margen nacional de apreciación”, que impide entrar allí donde se reconoce ese margen, de contornos muy casuísticos;

*f) el consenso como límite sociológico en las cuestiones fundamentales, siempre que la Constitución deje margen a la interpretación.* Más allá de la política, una jurisdicción constitucional en materias de relevancia social y política no va a enfrentarse nunca, so peligro de muerte, en materias básicas o importantes, a un consenso social y/o político claramente establecido cuando la Constitución deja margen a varias interpretaciones. Así, si una ley sobre una cuestión fundamental con un determinado contenido es impugnada (únicamente) por un único partido político de mucho peso electoral ante la jurisdicción constitucional alegando su inconstitucionalidad, y luego ese partido político alcanza el Gobierno y la mayoría en el Parlamento, y no deroga la ley durante los años que está en el poder, la jurisdicción constitucional no estimará por lo general la inconstitucionalidad, salvo que esta fuera cristalina o flagrante (p. ej., se dio ese supuesto en España, en el caso de la reforma para admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo; o seguramente se compruebe pronto, pendiente de resolverse hace años, la última reforma ampliadora de la despenalización del aborto). Más allá de lo anterior, mal puede entenderse la jurisdicción constitucional, o mal funcionará, si no opera interpretando adecuadamente en cada momento el consenso nacional en las cuestiones fundamentales, tomándolo en cuenta cuando la Constitución deja margen para ello, y contribuyendo también, por cierto, de forma decisiva a la construcción de ese consenso (función de “integración” de la jurisdicción constitucional). Como Tocqueville expresara respecto de los jueces (constitucionales) del Tribunal Supremo: “Sin ellos la Constitución es letra muerta [...]. Su poder es inmenso; pero es un poder de opinión. Son todopoderosos en tanto que el pueblo consienta en obedecer la ley; no pueden nada cuando la desprecia”. Aquí debe incluirse no solo la opinión lega del pueblo, sino también la opinión legal de la doctrina, que a veces conduce también a cambios en la jurisprudencia constitucional, bien que tácitos casi siempre. Pero el derecho constitucional no puede nunca disolverse en la sociología, pues el consenso social ha de ser muy amplio y en cuestiones fundamentales para que deba ser valorado, y solo si la Constitución como tal, como norma jurídica, admite varias interpretaciones, y

g) *la jurisdicción transnacional e internacional*. Aunque la legislación interna no contenga previsiones normativas ni mecanismos procesales para ello, la jurisdicción constitucional nacional tiende a modificar, matizar o reconstruir, siempre que haya margen posible en la Constitución, su interpretación anterior de dicha norma para adaptarla a las nuevas exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el TJUE, o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en sus respectivos ámbitos de actuación, o va a intentar ajustar siempre su interpretación de la Constitución nacional a aquella jurisprudencia transnacional, así como a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, a veces no sin cierta resistencia enconada. Aquí se incluiría el llamado “control de convencionalidad” en el sistema de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecido por la Corte IDH desde los asuntos *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) y *Boyce y otros vs. Barbados* (2007): cualquier tribunal (o autoridad) nacional debe controlar, aparte de la constitucionalidad en su caso, si la ley, norma o práctica nacional aplicable es o no conforme a la Convención, si es o no “convencional”.

Y aunque las sentencias del TEDH y del TJUE, o de la Corte IDH se refieran a un determinado caso y vinculen solo a un cierto país —el demandado— y solo en ese sentido sean formalmente vinculantes, esa jurisprudencia transnacional va a ser observada en general para todo tipo de casos nacionales y en los demás países, aunque no fueran demandados (precisamente por ello pueden intervenir en el proceso). Es lo que podríamos llamar, en el marco del CEDH, un *ultraefecto*, un efecto *extra legem*, de la jurisdicción constitucional internacional. Pero en el Sistema Interamericano, la propia Corte ha señalado que, al respecto, “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*), incluso aunque se trate de sentencias dictadas en procesos en que el Estado en cuestión no hubiera sido demandado (*cf.*, casos *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* [2010] y *Gelman vs. Uruguay* [2013]).

En todo caso, tras una condena por aquellos tribunales internacionales, el Estado demandado debe adoptar todas las medidas precisas para corregir la vulneración de derechos fundamentales apreciada, por lo que lo deseable es que haya además mecanismos procesales a escala nacional para revisar las resoluciones nacionales anteriores que se hayan declarado en quiebra de los tratados internacionales en materia de derechos humanos o del derecho transnacional (UE), lo que es especialmente necesario en materia penal.

*Joaquín Brage Camazano*

## 661. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL (MATERIAL)

I. ALCANCES DE ESTA JURISDICCIÓN MATERIAL. Constituye una jurisdicción constitucional material la que en principio corresponde administrar justicia, en nombre de la nación y este es el Poder Judicial.

II. EL PODER JUDICIAL A CARGO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE ACTOS U OMISIONES. Los países latinoamericanos, particularmente Chile, Perú, Ecuador y Colombia, tienen un sistema llamado paralelo, pero que en realidad es mixto, pues las instancias del Poder Judicial tramitan las acciones de hábeas

corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, y el Tribunal Constitucional resuelve en definitiva y última instancia.

En el caso de Perú, el control constitucional de normas administrativas, cuando contradicen a normas legales o normas constitucionales, está a cargo únicamente del Poder Judicial en dos instancias.

III. CONTROL CONSTITUCIONAL DENTRO DEL PODER JUDICIAL. Los países centroamericanos han asimilado el control de constitucionalidad, originado en el modelo austriaco (que es de sistema totalmente concentrado y que sirvió de paradigma para los modelos europeos y las experiencias latinoamericanas), pero lo han adaptado a su particular realidad, de tal manera que dentro de su Poder Judicial, cuentan con salas constitucionales. Así, por ejemplo, Costa Rica, cuenta con una sala especializada dentro de su Corte Suprema; de manera semejante en Nicaragua, el control de constitucionalidad, de actos como de normas, corre a cargo de su Corte Suprema. En el caso de Argentina, que no cuenta con un tribunal o corte constitucional, tanto el control de actos como de normas inconstitucionales, se tramitan ante las cortes provinciales y en vía de alzada o instancia superior, las acciones correspondientes son resueltas por su Corte Suprema.

La visión general de esta jurisdicción constitucional, particularmente en América Latina, es que el control de constitucionalidad cada vez es más efectivo, el cual se traduce en una importante jurisprudencia, en buen número de casos vinculantes para los órganos jurisdiccionales inferiores y para la propia ciudadanía.

IV. JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL. En el caso de Perú, cuando un agraviado no encuentra protección de sus derechos constitucionales en la jurisdicción interna o nacional, puede recurrir a la denominada jurisdicción supranacional, que para el ámbito universal funciona un Comité de Derechos Humanos, en Washington, y para el ámbito regional o continental cuenta primero con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que funciona en Washington, y de no resolverse favorablemente las peticiones, se puede recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que funciona en San José de Costa Rica, organismo que tiene competencia contenciosa y por tanto expide sentencias. Estas, luego de ser expedidas, regresan al país de origen para que sus órganos jurisdiccionales de origen ejecuten tales sentencias. Cuando estas sentencias, además de disponer el restablecimiento de los derechos constitucionales vulnerados, disponen la reparación económica por el daño producido, corresponde al Poder Ejecutivo, mediante su Ministerio de Justicia, coordinar el pago de tal indemnización.

Pero lo que denominamos en el Perú una jurisdicción supranacional, en sentido internacional, efectivamente corresponde a un control de convencionalidad. Debemos entender este término de convencionalidad, al marco jurídico que está dado por las convenciones o tratados multinacionales de derechos humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos; Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Declaración Americana de los Derechos del Hombre, y Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica).

Bien sabido es que el control convencional es de dos clases: convencionalidad vertical y horizontal.

*Victor Julio Ortecho Villena*

662. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL  
(MODELOS CLÁSICOS)

La referencia a un “modelo” implica en sí algo ejemplar en sentido positivo, algo que merece ser imitado. De esta manera, se habla de “modelos” clásicos en la jurisdicción constitucional.

Esta expresión no alude, pues, a algunos antiguos precedentes del mundo clásico griego o latino [como por ejemplo, el remedio procesal llamado *grafê paranomôn*, con el cual se aseguró en el derecho ático que los decretos de la asamblea ciudadana (*psefismata*) fueran conformes a las leyes (*nomoi*)]; ni tampoco al considerado el precedente más inmediato de jurisdicción constitucional, el famoso caso *Bonham*, debatido ante el Tribunal de los *Common Pleas* en 1610, donde el magistrado inglés Sir Edward Coke sostuvo que el monarca estaba sometido a la *lex terrae*, identificándola substancialmente con los principios del *common law*.

Estos dos ejemplos no pueden ser considerados “modelos”. El primero, porque se desarrolló en un contexto totalmente distinto al del mundo contemporáneo; el segundo, porque al emigrar a las colonias inglesas en el Norte de América fue la *idea* de *higher law* y de *judicial review*, no tanto los mecanismos institucionales las que prevalecieron. Para ser tal, un modelo tiene que ser ejemplar en su conjunto, aunque se pueden distinguir entre modelos ideales y modelos empíricos.

Entre los primeros se encuentra, por ejemplo, el forjado por Carl Schmitt —el presidente del *Reich* es el guardián de la Constitución: *Der Hüter der Verfassung*— que no tuvo éxito, aun cuando en muchos países el presidente tenga un limitado poder de control de la constitucionalidad de las leyes, a través del veto legislativo o el reenvío de los proyectos de ley al Parlamento. Por el contrario, se realizaron en la experiencia histórica dos principales modelos de control de la constitucionalidad de las leyes: el primero político, el segundo jurisdiccional.

El *control político* se realizó en Francia debido a la filosofía de la Ilustración de la superioridad del Poder Legislativo, lo que no permitía a los jueces, *bouche de la loi*, controlar los actos de los representantes del pueblo. Por eso, el control —limitado y facultativo— podía desarrollarse solo en el ámbito del procedimiento legislativo (y así fue hasta la reforma de Sarkozy, 2008). Además, este modelo se encuentra en los ordenamientos del llamado socialismo real, a causa de la idea de la unidad del poder popular.

El modelo jurisdiccional encuentra dos variantes importantes históricas —la estadounidense y la austríaca—. La primera, teorizada por Hamilton en *El federalista*, pero más conocida por su concreción en un caso judicial, el famoso *Marbury vs. Madison* de 1803 (aunque precedido de algunas sentencias coloniales); la segunda, elaborada por Hans Kelsen, y traducida en la Constitución de Austria de 1920.

En la variante estadounidense se señala ante todo el carácter difuso del control de constitucionalidad practicado en este país, es decir, la circunstancia de que cada juez está habilitado para controlar la conformidad de las leyes con la Constitución en el ejercicio de su actividad ordinaria de juzgar; el Tribunal Supremo no posee verdaderamente el monopolio de la *judicial review*, sino que lo ejerce como órgano en la cima del sistema judicial de los Estados Unidos.

La Constitución concede de manera taxativa a la *Supreme Court* la llamada jurisdicción originaria (que, por otra parte, con base en las leyes federales, también puede ser no exclusiva), o sea, esta juzga, en primer y único grado, una serie circunscrita de casos relativos a embajadores, cónsules y otros representantes diplomáticos, además de las controversias en las cuales un Estado sea parte. En otros casos, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre los recursos que provienen de los tribunales de distrito y de los tribunales de circuito con tres procedimientos alternativos: en vía de apelación, mediante el *writ of certiorari* o, finalmente, mediante *certification of questions*. Además, puede acudir a la *Supreme Court* con *writ*, contra las sentencias de los más altos tribunales estatales que hayan objetado la constitucionalidad de leyes federales, o bien que hayan declarado la constitucionalidad de leyes estatales consideradas contrarias a la Constitución federal, a las leyes federales o a los tratados.

Cada vez más, en los últimos años, el Tribunal Supremo se ha transformado en un verdadero y auténtico tribunal constitucional, o sea, en un órgano dotado de competencias especializadas. Esto se produjo como consecuencia de dos reformas procesales que, en 1988, eliminaron de hecho su jurisdicción de apelación —que tenía naturaleza obligatoria—, también con respecto a los tribunales federales, permitiéndoles elegir *ad libitum* el propio *docket*, es decir, las cuestiones de constitucionalidad a resolver.

Desde luego se permite una selección totalmente discrecional de los casos a examinar por el procedimiento que origina el *writ of certiorari*, con el que una de las partes del proceso principal pide al Tribunal Supremo que reexamine el caso: cada año se presentan millares de *writs*, pero el Tribunal decide solo sobre unos cuantos centenares.

Rara vez los tribunales federales inferiores, en caso de incertidumbre jurisprudencial, solicitan al Tribunal Supremo pronunciarse mediante la denominada *certification*, que implica la posibilidad de avocar la causa o un mero reenvío con instrucciones vinculantes (*binding instructions*). Semejante procedimiento se pone en marcha cuando el tribunal inferior tiene necesidad de alguna indicación, bien porque los precedentes del Tribunal Supremo se muestran inconciliables (como cuando su jurisprudencia está evolucionando), bien cuando el caso resulta hasta tal punto nuevo y singular que parece no poder hacerse referencia en modo alguno a los precedentes a fin de llegar a un pronunciamiento.

Desde los albores de su propia actividad, la *Supreme Court*, por el contrario, ha rehusado desarrollar una actividad de mero asesoramiento en materia constitucional, hasta que las denominadas *advisory opinions* fueron explícitamente rechazadas en 1911 con la sentencia *Muskrat vs. United States*, en la que se reforzó la propia naturaleza jurisdiccional (que, sin embargo, le permite pronunciar sentencias de mera verificación o *declaratory judgements*).

En relación con la variante austriaca, Kelsen, al igual que Hamilton y Marshall, partía del concepto de Constitución como norma “positiva” superior a todas las otras, pero en un contexto dogmático —el de la construcción por grados del ordenamiento (*Stufenbau*) y de los criterios conexos para comprobar la invalidez de las normas inferiores—, ignorado casi por completo en los Estados Unidos. ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? ¿De qué forma se desarrolla el control? ¿A quién compete activarlo? ¿Y en relación con qué actos? ¿Qué eficacia deben asumir, por último, las decisiones sobre

la constitucionalidad de las leyes? —se preguntaba entonces el maestro de la Escuela de Viena—. Sus respuestas fueron las siguientes.

Kelsen responde que la comprobación de la conformidad de las leyes con la Constitución debe ser hecha por un órgano organizado en forma de tribunal, cuya independencia esté garantizada por la inamovilidad.

El control de constitucionalidad podría ser activado también mediante una acción popular, pero, según Kelsen, tal solución es desaconsejable, porque se presta fácilmente a abusos. Es, por el contrario, preferible atribuir a todas las autoridades públicas (o solo a algunas autoridades superiores — ministros, tribunales supremos— o bien a los jueces), llamadas a aplicar una ley que presumen que sea inconstitucional, el poder de suspender el procedimiento e interponer la cuestión al tribunal constitucional. Sin duda, en los Estados federales, del derecho a recurrir deben ser titulares los gobiernos de los Estados miembros contra los actos inconstitucionales de la Federación, y viceversa.

Kelsen no excluye además un derecho de recurso a favor de una minoría cualificada del Parlamento, como tampoco una intervención de oficio del tribunal constitucional mismo. Objeto del juicio deberían ser, además de las leyes, los reglamentos dotados de fuerza de ley, es decir, inmediatamente subordinados a la Constitución (en la práctica, decretos-leyes y decretos legislativos), pero también los simples reglamentos de ejecución, los actos normativos generales y los tratados internacionales. En caso de que el tribunal constitucional constatare un vicio de forma —es decir, relativo al procedimiento de creación del acto— o de fondo, por conflicto con el contenido de la Constitución, procederá a la anulación de la ley o de sus disposiciones concretas, con eficacia *pro futuro*, salvo un limitado efecto retroactivo.

Las propuestas de Kelsen acerca de la configuración, las funciones y la eficacia de las sentencias del tribunal constitucional constituyen el núcleo de un “modelo” abstracto elaborado a lo largo del tiempo por el maestro de Praga, e incluso fueron influenciadas por los análisis de varios ordenamientos a medida que eran dotados de una corte o tribunal constitucional.

Los dos modelos descritos obtuvieron un éxito sobresaliente en todo el mundo, aunque adaptados, hibridados, mezclados. Hay quien dice que estos ya no existen en su forma “pura”, tampoco en los dos países que primero los introdujeron: incluso en EE.UU., el control no es solo difuso y concreto, sino también concentrado y abstracto (por ejemplo en caso de conflicto entre estados, y entre estados y Federación); en Austria, a partir de la reforma de 1929, los tribunales superiores fueron autorizados a interponer recursos, mostrándose entonces perfiles de difusión y concreción.

**Lucio Pegoraro**

*(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)*

### 663. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

*Concepto.* La jurisdicción constitucional de la libertad (o derecho procesal constitucional de la libertad 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 ór-

ganos judiciales de ese país (dimensión objetiva): recurso o juicio de amparo, acción de tutela, *habeas corpus*, *habeas data*, etcétera.

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, la jurisdicción constitucional 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 veremos, por Mauro Cappelletti (1955) en su libro *La giurisdizione costituzionale delle libertà*; pero lo cierto es 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 Alemana, 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 de la jurisdicción 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.* Entendiendo 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 “ma-

“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 de la jurisdicción constitucional de la libertad 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: *i)* rapidez; *ii)* antiformalismo; *iii)* amplias facultades del juez, especialmente de naturaleza cautelar; *iv)* carácter preferentemente preventivo, y *v)* 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 ya no por contraste respecto de los demás derechos no fundamentales, sino 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 mayoría 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 a 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 la Corte Suprema de Estados Unidos 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. En 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 (especialmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos), no hay en este ámbito al día de hoy mecanismos de garantía que reúnan las condiciones mínimas para configurar lo que se entiende por este concepto;

f) *procesos tendentes a la protección frente a la violación o amenaza tangible de vulneración (de los derechos fundamentales) por los poderes públicos o por los particulares*. Las garantías procesales tienen siempre carácter terapéutico o remedial, constituyen el momento de crisis o peligro del derecho subjetivo, no son su momento habitual y constante, sino el momento, excepcional, en que el derecho fundamental se halla en un peligro, bien porque se ha producido su violación y se trata de ponerle fin de manera inmediata, obteniendo la correspondiente indemnización y dejando liso el camino para la continuidad en su ejercicio, removiendo los obstáculos precisos para ello; bien porque meramente se ha producido una amenaza tangible de lesión del derecho fundamental que justifica la adopción de medidas preventivas o precautorias frente a esa eventual violación. Ahora bien, la lesión o amenaza de violación en puridad, más que un presupuesto *stricto sensu* de las garantías mismas, se trata de un presupuesto para su aplicación, pues esta tendrá muy frecuentemente como objetivo determinar precisamente 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 puede provenir tanto 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 estadounidense 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, y

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 por otro lado, es posible diferenciar entre la tutela específica y sumaria brindada por los tribunales nacionales (incluyendo, en su caso, al tribunal constitucional) a través de los correspondientes procesos, que es lo que constituiría el derecho procesal constitucional de la libertad en sentido propio, y la tutela específica y breve otorgada por determinados tribunales internacionales (singularmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en la medida en que su competencia haya sido reconocida por el país de que se trate, que sería el derecho procesal “constitucional” internacional de la libertad, respecto del que no puede desconocerse que, si bien se refiere a una tutela internacional, es claro que existe por virtud de un reconocimiento “nacional” de dicha instancia judicial internacional y que su objeto son derechos que, en su mayoría, gozarán también de rango constitucional, más allá de que algunos autores consideren incluso que el Tribunal Europeo 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*

#### 664. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ELECTORAL

La solución de controversias electorales puede corresponder a una asamblea legislativa u otra asamblea política, a un juzgado o tribunal del poder u órgano judicial, a la propia autoridad administrativa electoral con autoridad jurisdiccional o a un cuerpo *ad hoc* creado con la intervención internacional o como una solución nacional institucional interna. Cuando se trata de juzgados o tribunales del Poder Judicial puede suceder que la función judicial electoral sea confiada a juzgados y tribunales ordinarios, a tribunales administrativos, a tribunales electorales especializados o bien a tribunales o consejos constitucionales; también puede ocurrir que los consejos constitucionales no formen parte del Poder Judicial. En todos los casos el modelo corresponde a la tradición jurídica de cada país y a su evolución política y judicial.

El modelo original de tribunal constitucional al que se confía la solución de controversias electorales corresponde a la Constitución de Austria de 1920; desde ese año la validez de las elecciones parlamentarias fue encomendada a la Corte Constitucional Federal, jurisdicción constitucional que ha sido ampliada a otros ejercicios electorales como es el caso del referéndum (1929), la elección presidencial (1931), así como la elección de autoridades locales y de representantes de organizaciones profesionales. En Alemania, la certificación electoral es confiada al *Bundestag* (cámara baja del parlamento), en un sistema mixto legislativo-judicial pues la revisión corresponde a la Corte Constitucional Federal. El Consejo Constitucional de la Quinta República Francesa forma parte de un sistema mixto también de solución de controversias electorales en el que intervienen además una jurisdicción administrativa (el Consejo de Estado), así como en algunos casos los tribunales de instancia y eventualmente la Corte de Casación, ambos del Poder Judicial. España también combina jurisdicción administrativa y constitucional, donde la decisión final corresponde a una Corte Constitucional autónoma, pero siendo la corte administrativa parte del Poder Judicial.

El Consejo Constitucional en Francia está integrado por 9 miembros nombrados por tercios por el presidente de la República, la Asamblea Nacional y el Senado; los anteriores presidentes de la República son miembros vitalicios del mismo. En Bulgaria, la Corte Constitucional se integra con 12 jueces de los cuales un tercio son electos por la Asamblea Nacional, otro tercio designados por el presidente y 1 más electo por los jueces de la Corte Suprema de Casación.

En Europa Central y del Este, países que han conocido sus transiciones democráticas, han entregado a sus cortes constitucionales la solución definitiva de las controversias electorales, como es el caso de Bulgaria, Croacia, Moldavia, Montenegro, Rumania y Eslovenia, así como Armenia, la República Checa, Georgia y Eslovaquia, en las cuales la corte respectiva es parte del Poder Judicial. Este modelo es seguido por Indonesia y Nigeria, donde las disputas electorales se resuelven en definitiva por cortes constitucionales, siendo la de Indonesia parte del Poder Judicial. Finalmente, en *Electoral Justice: The International IDEA Handbook* (Estocolmo, 2010), son clasificados en este modelo Burkina Faso, Camboya, Camerún, Kazajistán y Mozambique, que tienen un Consejo Constitucional que no forma parte del Poder Judicial pero que resuelve en última instancia las controversias electorales.

Siguiendo el formato establecido por la Constitución de Cádiz de 1812, a partir de los principios de división e independencia de los poderes públicos y supremacía del Poder Legislativo integrado por los representantes de la nación, las Constituciones mexicanas conservaron los colegios electorales de las cámaras del Congreso de la Unión como vía política para la solución de controversias sobre los resultados electorales, coincidentes con recursos administrativos que sustanciaban la propia autoridad electoral administrativa en las etapas previas del proceso electoral. En 1993 desaparecieron los colegios electorales de ambas cámaras de diputados y de senadores, creados temporalmente *ex profeso* para resolver dichas controversias en cada proceso electoral y, en 1996, desapareció el colegio electoral integrado para resolver las controversias en el caso de los resultados de la elección de presidente de la República. De 1987 a 1996 prevaleció un sistema mixto de vía política (colegios electorales) y vía jurisdiccional (tribunales electorales especializados autónomos de legalidad), para la solución de controversias en las diferentes etapas del proceso electoral, incluidos los recursos administrativos que en una primera instancia resolvían y siguen resolviendo la autoridad administrativa electoral pero que revisaba y revisa el tribunal electoral. Estos tribunales fueron el Tribunal de lo Contencioso Electoral, el Tribunal Federal Electoral, al que se agregó más tarde una sala de segunda instancia integrada por miembros de la magistratura del Poder Judicial de la Federación (magistrados que en su actividad ordinaria resolvían asuntos de constitucionalidad) y el presidente del propio tribunal electoral autónomo de legalidad (TRIFE).

En 1996 se crean dos mecanismos constitucionales de solución de controversias electorales con las correspondientes autoridades judiciales: la acción de inconstitucionalidad para impugnar leyes electorales expedidas por las cámaras legislativas federales o locales, que corresponde resolver a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), y el sistema de medios de impugnación en materia electoral (recurso de apelación, juicio de inconformidad, recurso de reconsideración, juicio de revisión constitucional electoral y juicio para la protección de los derechos político electorales del gobernado; hay otros medios de impugnación pero que no tienen la implicación de control constitucional de los anteriormente mencionados) que corresponde resolver al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), integrado por una Sala Superior y cinco Salas Regionales, todas permanentes, que coinciden con las cinco circunscripciones electorales plurinominales en que se divide el territorio nacional para efecto de la elección de diputados por el principio de representación proporcional (200 de 500 diputados), que por tratarse de un sistema federal resuelven también asuntos originalmente de jurisdicción electoral local pero en su etapa definitiva de revisión constitucional.

Como sucedió en 1803 en los Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison*, en México los criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han tenido un papel muy importante en el reconocimiento de la jurisdicción constitucional, aquí en materia electoral. Originalmente, la *Tesis de la Incompetencia de Origen* (1874) reconoció la jurisdicción constitucional del juicio de amparo para la solución de controversias electorales, negada años más tarde por la *Tesis Vallarta* (1881), hasta que en 1996 se crearon la acción de inconstitucionalidad y los medios de impugnación en materia electoral ya comentados. La contradicción de tesis 2/2000 resuelta por la SCJN negó al

TEPJF la facultad de declarar anticonstitucionales leyes electorales, hasta que esta atribución le fue expresamente otorgada mediante la reforma constitucional de 2007. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos en que México es parte, abren nuevas vías para la protección de los derechos políticos (hasta hace muy poco considerados derechos fundamentales con garantías jurisdiccionales de protección en México, reitero) con motivo del control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad.

*Eduardo de Jesús Castellanos Hernández*

#### 665. JURISDICCIÓN ELECTORAL

La materia electoral es amplia y ha tenido un importante avance en cuanto a la organización y realización de los comicios por un órgano integrado por ciudadanos y no por autoridades nombradas o subordinadas al Poder Ejecutivo; la absoluta autonomía e independencia, tanto en la designación de los miembros del órgano administrativo comicial, de los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como en su funcionamiento; la integración de un sistema legal de justicia electoral plasmado en la Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, además de la consecuente creación de dos juicios que han adquirido gran relevancia: el de protección de los derechos político-electorales del ciudadano y el de revisión constitucional electoral, así como la existencia de un régimen de fiscalización de los recursos otorgados a los partidos políticos para el financiamiento de sus actividades, entre otros, son aspectos que permiten la viabilidad de consolidar el modelo democrático.

Relativo a la justicia electoral, con su implementación se creó un nuevo orden y contexto político y jurídico, pues a partir de entonces toda la conflictividad electoral tuvo como cauce la instauración de juicios y procedimientos. Una nueva realidad se vislumbraba en el panorama de la vida nacional, ya no sería la decisión unipersonal del Poder Ejecutivo. La incorporación del Tribunal Electoral implicó la oportunidad para darle cabal contenido a los derechos político-electorales y las figuras con ellos vinculados.

El Tribunal Electoral, a partir de su implementación, ha asumido una postura más moderna en la interpretación y argumentación jurídica, propia de tribunales constitucionales. Este tipo de argumentación se conjugó en un contexto en el que se necesitaba esta manera de resolver los conflictos, pues en muchas ocasiones la realidad político-electoral rebasa los supuestos previstos en las leyes, circunstancia que obligó a quienes integraban las salas del Tribunal Electoral a asumir una actitud creativa. Esta visión ha privilegiado, conforme a los principios constitucionales, los derechos políticos, postura que identifica el actuar institucional con el garantismo jurídico, y de hacer valer los principios constitucionales relacionados.

El conjunto de normas orientadoras de la función jurisdiccional electoral se integra por principios, reglas o criterios de razón de distinta entidad jurídica, puesto que del examen minucioso del sistema jurídico electoral de nuestro país, se han identificado tres tipos o grados de principios que rigen u orientan la función pública de impartición de justicia electoral, a los cuales debe sujetarse el funcionario judicial electoral a fin de cumplir con el mandato constitucional que se le ha confiado y alcanzar, a su vez, los valores que

se pretende proteger dentro del complejo acto electoral como actividad del Estado.

Los tres conjuntos de principios son los siguientes:

En un primer apartado, es posible identificar el conjunto de principios generales de naturaleza abstracta, relativo a las aspiraciones que se persiguen mediante el establecimiento de la función jurisdiccional especializada en materia electoral, ordinariamente integrados por ciertos valores que se pretenden alcanzar o proteger relativos al fenómeno judicial en general y el político electoral en lo particular.

En segundo lugar, encontramos los principios rectores que determinan las bases procesales y las reglas técnicas que, conforme a nuestro sistema jurídico, se han adoptado a fin de encausar procesalmente las controversias jurídico-electorales; asimismo, para hacer posible el alcance de los valores tutelados por los principios generales antes descritos.

El tercer conjunto lo integran los principios que regulan el acceso de la función judicial electoral, las garantías para el ejercicio independiente de la misma y el sistema de responsabilidad de los funcionarios judiciales especializados en la materia electoral, los cuales operan como parte de los principios rectores de esta función estatal, en tanto que los mismos no tienen otro fin más que hacer efectivos y auténticos los dos conjuntos anteriormente mencionados.

Los principios generales que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional electoral se integran con una serie de valores, fines o aspiraciones de carácter abstracto, que constituyen la base estructural de un sistema jurídico y que, eventualmente, sirven de guía en la aplicación del derecho positivo.

A su vez, los principios generales que orientan el ejercicio de la función jurisdiccional electoral pueden clasificarse en dos grupos: *a)* directos, que son aquellos que apuntan directamente a los fines o valores que se persiguen o tutelan mediante la existencia propiamente dicha de esta función especializada de los órganos de gobierno del Estado, esto es, los que guían la actuación del juez *per se*, y que la doctrina identifica como los principios dirigidos a los órganos aplicadores; y, *b)* los indirectos, que se refieren a los valores o fines generales que dan estructura y sentido al derecho positivo electoral.

Sobre los principios directos podemos referirnos a los principios de justicia y equidad (justicia, como producto de la aplicación invariable de una norma exacta al caso controvertido, y equidad como un criterio orientador en la búsqueda del valor supremo “justicia”), de igualdad (se traduce en que varias personas, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanen de dicho estado), tutela judicial (como el derecho público subjetivo que toda persona tiene para acceder a tribunales independientes e imparciales, con el fin de plantear una pretensión o defenderse de ella, a través de un proceso justo y razonable, en el que se respeten los derechos que corresponden a las partes; así como para que dichos tribunales emitan una decisión jurisprudencial sobre la pretensión o la defensa y, en su oportunidad, ejecuten esa resolución), de imparcialidad (se traduce en la cualidad con que deben actuar los jueces en el ejercicio de su función, consistente en su posición trascendente respecto de los sujetos jurídicos afectados por dicho ejercicio; en otras palabras, de su neutralidad respec-

to de quien solicita una concreta tutela jurídica y respecto de aquel frente a quien esa tutela se solicita), de probidad (como cualidad que deben perseguir los juzgadores en el ejercicio de la función jurisdiccional y que se traduce en una rectitud, moderación, integridad, honradez y honestidad en el obrar), de legalidad (que consiste en que las autoridades no tienen más facultades que las que les otorguen las leyes, y que sus actos únicamente son válidos cuando se funden en una norma legal y se ejecutan de acuerdo con lo que ella prescribe), de certeza y seguridad jurídica (la certeza jurídica consiste en el conocimiento que nos proporciona la ley para determinar nuestros derechos y saber en consecuencia el límite de nuestra posibilidad de actuar jurídicamente, esto con independencia de la intervención de los órganos coactivos del Estado para hacer respetar nuestros derechos, y la seguridad jurídica se manifiesta como un atributo esencial del Estado de derecho, en tanto se concibe como un valor moral y democrático que postula obedecer lo que dispone la norma positiva vigente como los principios generales del derecho), de supremacía constitucional (referente a la cualidad de la Constitución de fungir como norma jurídica positiva superior, que da validez y unidad a un orden jurídico nacional), de objetividad jurídica (es poner en relieve todo aquello que, formal o materialmente, reconoce mayor grado de autonomía e independencia en relación con las estructuras mentales, actividades psicológicas y facultades valorativas de los sujetos del derecho; esto es, tratar de prescindir, en las reglas jurídicas y en su interpretación, de cuanto sea subjetivo, a la búsqueda de criterios realistas de validez general y de identificación demostrable), de profesionalismo y excelencia jurisdiccional (exigen que la función estatal de la impartición de justicia sea prestada con conocimiento, habilidad y ética de servicio; condiciones del ejercicio jurisdiccional que se obtienen con la creación de un cuerpo de funcionarios especializados en la materia y práctica jurídica), y de independencia jurisdiccional (implica, entre otras cosas, que el juzgador es emancipado, imparcial, no afiliado a bando ni partido alguno y que mantiene sus convicciones; en consecuencia, el principio de independencia implica que las decisiones de los órganos de gobierno que gozan de dicha cualidad, emitidas en el ejercicio de sus funciones, no están sometidas o influidas por distinta autoridad).

Los principios generales que de manera indirecta rigen el ejercicio de la función jurisdiccional electoral, son aquellos que integran los valores o fines generales que dan estructura y sentido al sistema jurídico electoral de nuestro país, puesto que son, precisamente, las controversias derivadas de los procesos electorales y del ejercicio de los derechos político-electorales de los ciudadanos, las que corresponde resolver, en última instancia, a las autoridades jurisdiccionales electorales. Ejemplos de estos son: la soberanía nacional (la cualidad del poder del Estado que consiste en el derecho de mandar en última instancia en forma inapelable —autodeterminación— o de hacerse obedecer en el territorio estatal, fijando las normas a las cuales circunscribe su actuación —autolimitación— y afirmando su independencia respecto de los demás Estados); el principio democrático (en la adopción de un régimen político en el que el pueblo tiene la doble faceta de gobernante y gobernado; donde se dan elecciones populares de los gobernantes; donde hay garantías individuales; se da el principio de división de poderes, existe un régimen de partidos, pluralismo ideológico y alternancia en el poder); la división de po-

deres (consiste en que cada una de las tres funciones del Estado —ejecutiva, legislativa y judicial—, se ejerzan separadamente por órganos de gobierno diferentes, de tal forma que su ejercicio no se concentre en un ente político, en contraposición a los regímenes monárquicos absolutistas o autocráticos o dictatoriales).

En el ámbito electoral relativo a las entidades federativas, el art. 116 constitucional prevé que las Constituciones y leyes de los estados garantizarán que en el ejercicio de la función electoral a cargo de las autoridades electorales sean principios rectores los de legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza, independencia, así como que las autoridades que tengan a su cargo la organización de las elecciones y las jurisdiccionales que resuelvan las controversias en la materia, gocen de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones, para lo cual se debe establecer un sistema de medios de impugnación para que todos los actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente al principio de legalidad. Por lo que las resoluciones que emitan los tribunales electorales locales constituirán el medio natural, desde el punto de vista constitucional, para la solución de las controversias que surjan dentro de su ámbito.

La reforma constitucional de 2007 confirmó que el Tribunal Electoral es la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación, con excepción de lo previsto en la frac. II del art. 105 de la Constitución federal relativo a la intervención de la Suprema Corte en el control de constitucionalidad de normas de carácter electoral a través de la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, con el propósito de fortalecer al Tribunal Electoral, la reforma le otorgó expresamente la facultad para decidir sobre la no aplicación de leyes electorales contrarias a la Constitución, dando así solución a los casos en los cuales un ciudadano, que carece de legitimidad procesal para ejercer la acción de inconstitucionalidad, pueda impugnar la constitucionalidad de una norma electoral que le ha sido aplicada y que considera contraria a la ley suprema; precisa la reforma constitucional que las salas del Tribunal podrán resolver la no aplicación de leyes sobre materia electoral contrarias a la Constitución, convirtiendo así al Tribunal con el carácter de constitucional, precisando que las resoluciones que se dicten en ejercicio de esta facultad, solo se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio, generando efectos en el caso específico y concreto, a diferencia de la inconstitucionalidad decretada por la Suprema Corte, cuyos efectos son de carácter general y abstracto. Sin embargo, no hay que soslayar cómo justificar que una ley declarada inconstitucional puede seguir vigente para el resto de la población sin afectar el principio de igualdad ante la ley.

No obstante lo anterior, en virtud de que las salas regionales actualmente ya funcionan de forma permanente, y por lo tanto su competencia se ha ampliado para conocer de asuntos en los cuales con anterioridad conocía la Sala Superior, esta última también ha ampliado su competencia, mediante el recurso de reconsideración de las sentencias de fondo dictadas por las salas regionales en las que hayan determinado la no aplicación de una norma electoral por considerarla contraria a la Constitución.

Derivado de la reforma antes mencionada, la Sala Superior dejó de conocer del control de la legalidad y constitucionalidad de las elecciones para diputados locales y para la integración de los ayuntamientos, así como de los

procesos de selección de candidatos que dentro de los partidos políticos se lleven a cabo respecto de tales elecciones, únicamente constriñéndose vía recurso de reconsideración de litigios relacionados con las elecciones mencionadas solo en los casos en que la sala regional competente declare con efectos *inter partes*, la inconstitucionalidad de una norma y consecuentemente la inaplique. Sin menoscabo de la variación de la competencia jurisdiccional de las salas del Tribunal Electoral, las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que regulan la jurisprudencia de dicho tribunal no fueron alteradas con la reciente reforma, por lo que se mantiene la prescripción de que para el establecimiento de jurisprudencia por reiteración de las salas regionales, se requiere la emisión de cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, que sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación e integración de una norma, adicionada a la ratificación de la Sala Superior previa determinación de “si procede fijar jurisprudencia”; a diferencia de la jurisprudencia por reiteración formada por la Sala Superior que solo requiere de tres sentencias no interrumpidas.

A fin de evitar contradicciones o conflictos entre las salas regionales y la Sala Superior, la reforma en comento estableció las bases para la facultad de atracción de la Sala Superior de los juicios que conozcan las salas regionales, bajo los siguientes supuestos: *a) de oficio* cuando se trate de medios de impugnación que a consideración de la Sala Superior, por su importancia y trascendencia, así lo ameriten; *b) previa solicitud*, razonada por escrito, de alguna de las partes en el procedimiento del medio de impugnación, fundamentando la importancia y trascendencia del caso; *c) cuando la sala regional que conozca del medio de impugnación lo solicite*, precisando las causas que ameritan esa solicitud. Las determinaciones que emita la Sala Superior respecto al ejercicio de dicha facultad son intachables. La exigencia de que sea justificada la utilización de esta facultad requiere de la explicación de las razones que motivan la voluntad del juzgador en un determinado sentido, así como la justificación, exigiendo que la decisión sea sostenida con argumentos que la tornen aceptable. Esta nueva facultad de atracción es similar a aquella con la que cuenta la Suprema Corte, respecto de los amparos directos y recursos de apelación en contra de sentencias de jueces de distrito.

Los tribunales electorales son tribunales constitucionales y desde 1977 la Constitución federal y las de los estados son las normas que establecen los principios electorales, por lo que los principios que rigen las elecciones no se reducen únicamente al ámbito de la ley, sino que tienen su sustento en la Constitución. No se puede concebir a la Constitución como un instrumento programático político como si fuera un plan de gobierno o un catálogo de buenos deseos; es una norma jurídica, la ley fundamental.

*Manuel González Oropeza*

## 666. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

La función jurisdiccional es un dato característico del Estado moderno. Este tiene a su cargo, entre otras tareas que se hallan en su origen natural, en su desenvolvimiento y en sus fines, la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y la solución de controversias, sea entre particulares, sea entre estos y los órganos del propio Estado. En consecuencia, incumbe a este, como manifestación de soberanía, conocer y resolver litigios en el ámbito de sus atri-

buciones territoriales, materiales y personales, con exclusión de otros Estados. Así se ha entendido tradicionalmente, hasta la aparición y el desenvolvimiento del nuevo derecho internacional público y de los órganos que este genera, con facultades que trascienden las fronteras nacionales.

La existencia de órganos jurisdiccionales internacionales, supranacionales o transnacionales —caracterizaciones que no examinaré en esta “voz”— es relativamente reciente. En otro tiempo —que no ha cesado— los conflictos entre Estados quedaban sujetos a soluciones pacíficas, mediante el ejercicio de la diplomacia, o a presiones políticas y medidas de fuerza, bélicas inclusive. En muchos casos, sobre todo a propósito de diferencias por cuestiones fronterizas o territoriales, los Estados litigantes sometían sus querellas al conocimiento de árbitros, designados por acuerdo entre las partes, cuyos laudos revestían eficacia vinculante con respecto a aquellos en los términos del convenio arbitral correspondiente. Esto ocurrió, por ejemplo, en litigios territoriales suscitados entre México y otros países, cuya culminación no favoreció al Estado mexicano, al menos en un primer momento; así, los conflictos entre Francia y México por la Isla Clipperton, en el Océano Pacífico, sujeto al arbitraje del rey de Italia, y entre Estados Unidos y México, por el territorio de El Chamizal, sometido a una comisión arbitral binacional.

Actualmente han variado intensamente las relaciones internacionales y se han multiplicado los órganos llamados a atender conflictos derivados de aquellas. Se ha dicho, inclusive, que se halla en curso una redistribución del poder mundial (como ha operado un fenómeno semejante en el interior de los Estados, entre los órganos que tienen a su cargo el ejercicio de la soberanía y los entes jurisdiccionales, anteriormente escasos o desprovistos de verdadera influencia), que comparten ese poder con los Estados y con otros órganos generados en el marco de las relaciones bilaterales, regionales o universales (M. Delmas-Marty). Vivimos, pues, una “era de tribunales”, manifiesta en la recomposición de las relaciones entre los poderes clásicos.

En la comunidad de las naciones apareció en primer término, cronológicamente, la Corte Centroamericana de Justicia, por mediación de México y los Estados Unidos, desplegada en la Conferencia de Washington, en diciembre de 1907, para solucionar conflictos entre los países del área. Poseía jurisdicción obligatoria y admitía el acceso de particulares. Su primera sede estuvo en la ciudad de Cartago; posteriormente, en San José. Ha tenido un desempeño discontinuo, pero apreciable. Subsiste y actúa en el ámbito de sus facultades regionales, regida por el Protocolo de Tegucigalpa, la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos y el Estatuto de la propia Corte. La nueva Corte inició funciones en 1994. Su ámbito jurisdiccional abarca El Salvador, Honduras y Nicaragua.

El órgano jurisdiccional de mayor relevancia en el plano mundial, que abrió el camino por el que han transitado las jurisdicciones internacionales, fue la Corte Permanente de Justicia Internacional, creada al término de la Primera Guerra, competente para dirimir conflictos entre los Estados. Este alto tribunal, que produjo una jurisprudencia notable, aún relevante e invocada, cesó en la Segunda Guerra y cedió el espacio al nuevo órgano jurisdiccional mundial, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), instituida en el marco de la Organización de las Naciones Unidas bajo la Carta de esta y dotada de un Estatuto que fija su integración y atribuciones.

El art. 92 de la Carta de las Naciones Unidas manifiesta que la CIJ es “el órgano judicial principal de las Naciones Unidas”. Las disposiciones que rigen su desempeño se hallan en el capítulo XIV de la Carta, en el Estatuto anexo, firmado, como esta misma, el 29 de junio de 1945, y en el Reglamento expedido por la propia Corte. Está constituida por quince jueces, electos para un periodo de nueve años. Estos componen un “cuerpo de magistrados independientes”, que por lo tanto no ostentan la representación de los Estados de su nacionalidad, sino actúan al servicio de la justicia internacional, en forma objetiva e imparcial y conforme al derecho internacional.

Este órgano posee competencia contenciosa y consultiva. Según el art. 59 del Estatuto, las sentencias de la Corte, dictadas en asuntos contenciosos, tienen efecto de cosa juzgada con eficacia relativa: obligatoria para los Estados litigantes y en relación con el caso concreto sujeto al conocimiento del tribunal. La función consultiva se ejerce a solicitud de los órganos de las Naciones Unidas y organismos especializados autorizados para solicitar el ejercicio de esa competencia respecto de cuestiones jurídicas.

No es posible analizar en detalle, en una nota de estas características, la organización y competencia de todos los órganos jurisdiccionales dotados con atribuciones específicas (competencia material) en diversos espacios de las relaciones internacionales o de los conflictos entre Estados y particulares. Por ello me referiré someramente a algunos tribunales permanentes o con temporalidad amplia, que poseen gran relevancia y revisten especial interés para los estudiosos de la jurisdicción internacional.

La Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, está organizada dentro del Consejo de Europa y cuenta con 47 jueces: uno por cada Estado participante en el Consejo. Fue instituida a partir de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950. Se planteó con el propósito de constituir —junto con la extinta Comisión Europea de Derecho Humanos— un instrumento para brindar garantía colectiva a los derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito europeo. Actualmente —a partir del Protocolo 11, adoptado en 1994 y vigente en 1998— cualquier persona puede recurrir, en vía contenciosa, ante ese tribunal. Posee competencia subsidiaria para la atención de litigios que surgen a propósito de la observancia de los derechos humanos reconocidos en la Convención o en sus protocolos. El Convenio otorga a la Corte, asimismo, facultades consultivas.

En el ámbito americano funciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos, integrada por 7 jueces, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, vigente en 23 Estados de América, de los que 20 han reconocido la competencia contenciosa de ese tribunal. La Corte Interamericana tiene atribuciones consultivas, que ejerce a través de un importante número de opiniones de esta naturaleza; contenciosa, que despliega en procesos instados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una vez agotadas las vías de solución internas; preventivas, a través de medidas provisionales, y ejecutivas, mediante facultades de supervisión de cumplimiento. La jurisprudencia de la Corte —particularmente en materia contenciosa— es vinculante para los Estados parte en la Convención Americana, en tanto aquella constituye el órgano de interpretación oficial de ese instrumento —y, en diversa medida, de sus protocolos y de las convenciones es-

pecializadas en determinadas cuestiones concernientes a derechos humanos, vigentes en el área—, que a su vez ha sido “recibido” por los ordenamientos internos de un buen número de Estados americanos. Este tribunal, cuya sede es San José, Costa Rica, celebra audiencias públicas en diversas ciudades del área, práctica establecida a partir de 2004-2005.

En la misma línea de tutela judicial de los derechos humanos, figura la Corte Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos, con 11 jueces, atribuciones consultivas y contenciosas. Fue establecida mediante el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada por los Estados integrantes de la Organización de la Unidad Africana, convertida posteriormente en Unión Africana. El Protocolo entró en vigor el 25 de enero de 2004.

El antiguo propósito de sancionar por la vía penal las más graves violaciones de derechos humanos, consideradas en su condición de delitos o crímenes que afectan a la humanidad en su conjunto, ha determinado el establecimiento del orden internacional penal, del que son instrumentos —además de los antecedentes registrados con posterioridad a la Primera y a la Segunda Guerras mundiales— los tribunales penales dispuestos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para la ex-Yugoslavia y Ruanda, y especialmente la Corte Penal Internacional, con sustento en el Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998, vigente en 2002. La Corte Penal Internacional está integrada por 18 magistrados, cuenta con diversas salas, una Fiscalía y varias dependencias. Conoce de casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, delitos contra la administración de justicia y agresión.

En materia penal, con alcance nacional pero generación o integración mixta, también es pertinente mencionar a un importante conjunto de órganos jurisdiccionales internacionalizados o “híbridos”, a saber: Tribunal Especial para Sierra Leona, Cámaras Extraordinarias de Camboya, Paneles Especiales para Timor Oriental, Paneles Especiales para Kosovo, Cámara de Crímenes de Guerra de la Corte Estatal de Bosnia-Herzegovina y Tribunal Especial para Líbano.

El surgimiento de las comunidades europeas, como proyecto de concertación económica al término de la Segunda Guerra, ha generado un derecho comunitario, supranacional y con control judicial. En este ámbito funciona el Tribunal de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo. Este órgano comparte la función jurisdiccional comunitaria con los tribunales nacionales de los Estados miembros, que en este sentido también son jueces de derecho comunitario, facultados y obligados a aplicar aquella normativa. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ejerce un control del derecho por parte de los Estados incorporados en este régimen, a través de recursos que permiten conocer de problemas de incumplimiento —positivo o negativo— de las obligaciones de los Estados.

En el mismo marco del derecho comunitario se halla el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, instituido en el tratado de creación de esta Comunidad, en Cartagena de Indias, en 1979, y modificado por el Protocolo de Trujillo, Perú, en 1996. La Comunidad abarca Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. El Tribunal está compuesto por 5 magistrados y es competente para conocer de acciones de nulidad, incumplimiento, interpretación prejudicial, recurso por omisión o inactividad y demanda laboral, además de poseer

competencia arbitral para resolver litigios a propósito de la aplicación o interpretación de contratos o convenios suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración Económica o entre estos y terceros.

En el propio espacio del orden jurídico comunitario es pertinente mencionar al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), constituido por el Protocolo de Olivos, de 2002, integrado con 5 árbitros y que considera conflictos entre Estados a partir de la aplicación, la interpretación o el incumplimiento de las normas del instrumento constitutivo.

Agreguemos ahora la Corte Caribeña de Justicia, en el seno de la Comunidad Caricom, con motivo del interés de los Estados caribeños por contar con un órgano jurisdiccional propio, regional, en sustitución del Comité Judicial del *Privy Council*, órgano superior dentro del orden judicial de la Gran Bretaña. La Corte quedó establecida por acuerdo de 14 de febrero de 2001, con funciones de tribunal de única instancia y de apelación, esto último en materias civil, penal y constitucional.

Mencionaré, finalmente, al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, instalado en Hamburgo, el 1o. de octubre de 1996, con base en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1994. Su competencia se extiende a todas las controversias relativas a esta rama del derecho internacional.

Un tema central en la revisión de la jurisdicción internacional es el concierne al valor de las decisiones —resoluciones, criterios, jurisprudencia— de los órganos abarcados bajo aquel concepto. Evidentemente, las resoluciones emitidas en procedimientos contenciosos, a los que los Estados contendientes —entre sí o con particulares— se han sometido en forma general o especial, poseen fuerza *inter partes*, como la tiene, característicamente, una sentencia dictada por un tribunal competente. Esto no implica, sin embargo, que la jurisprudencia de un tribunal internacional o supranacional carezca de eficacia *erga omnes*, cuando interpreta oficialmente —con facultades convencionales para hacerlo— las disposiciones de un instrumento internacional que se ha integrado en la normativa interna a título de ordenamiento nacional de fuente internacional. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que aplica la Convención Americana de su materia. Esto ha sido examinado y reconocido por dicho tribunal, pero también por altas cortes nacionales, entre ellas la Suprema Corte de Justicia de México.

En este punto también corresponde acudir a los conceptos y disposiciones vigentes acerca de las fuentes del derecho internacional, cuya aplicación incide en los planos nacionales. Al respecto, se suele invocar el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que fija el fundamento para las decisiones que adopte este órgano: convenciones internacionales, costumbre internacional, principios generales del derecho y decisiones judiciales (inciso d) y doctrina. Los tribunales internacionales recurren con gran frecuencia a los criterios y determinaciones adoptadas por otros tribunales del mismo alcance, e incluso por tribunales internos. De aquí proviene una interacción fecunda, frecuentemente calificada como *cross fertilization*, que concurre a la forja del un *ius commune* cada vez más necesario y útil a los fines de la justicia y la seguridad jurídica, servidas a través de la jurisdicción internacional.

*Sergio García Ramírez*

667. **JURISDICCIÓN INTERNACIONAL  
(LEGITIMIDAD)**

La jurisdicción internacional no requeriría una justificación muy elaborada si esta no implicara un ejercicio de autoridad pública. Entendemos el concepto de autoridad como la capacidad legal de determinar a otros y de reducir sus libertades; es decir, de configurar unilateralmente su situación jurídica o de hecho. Actualmente es posible comprobar empíricamente que el poder de numerosas instituciones internacionales es similar al de las instituciones nacionales, tanto en su importancia como en su potencial para configurar y limitar la libertad. El hecho de que las sentencias internacionales frecuentemente no sean respaldadas por mecanismos coercitivos tiene poca relevancia desde el punto de vista de la legitimidad. Existen otras maneras de ejercer la autoridad pública, no menos decisivas e incisivas, que la aplicación coercitiva y que todo ejercicio de autoridad pública debe ser legítimo.

Tradicionalmente se considera que las sentencias internacionales se basan en el consentimiento de los Estados a quienes están dirigidas. Además, y particularmente cuando esas sentencias van más allá del texto normativo, estas son justificadas por la vía de narrativas funcionales en el sentido de que las sentencias internacionales promueven valores, objetivos o intereses comunes; incluso, en ocasiones emerge la expectativa de que los tribunales internacionales actúen en lugar de los mecanismos político-legislativos para conseguir los resultados, en beneficio del interés colectivo, que el proceso político “normal” no ha sido capaz de obtener.

A la luz del incremento en la autonomía de ciertos tribunales, así como de la amplitud de las materias controvertidas sobre las cuales deciden los tribunales internacionales, se constatan constelaciones en las cuales ni el consentimiento originario ni el objetivo funcional representan argumentos suficientes para responder a los cuestionamientos de legitimidad. Estos objetivos no pueden ofrecer bases suficientes para decisiones concretas, que inevitablemente también implican cuestiones normativas y de redistribución del poder o de los recursos. Además, los argumentos funcionales no ofrecen una solución para los casos en los cuales diferentes objetivos se encuentren en conflicto. En ocasiones, la jurisdicción internacional alcanza lo que todos quieren, pero no habían podido lograr. Pero esto puede ser un golpe de suerte. La historia advierte que no se debe confiar demasiado en gobernantes benevolentes e iluminados. La democracia, entendida como mecanismos de inclusión, es un ineludible fundamento.

Evidentemente, cualquier trabajo que se destine a indagar la justificación de las sentencias internacionales sería claramente inútil si la naturaleza de las sentencias correctas fuera la cognición. Aún prevalece la visión según la cual la correcta interpretación debe ser derivada de las disposiciones pertinentes, enmarcadas en la integralidad del tratado internacional respectivo, anclado en el orden jurídico internacional y aplicado al caso concreto de acuerdo con la lógica intrínseca del discurso jurídico. Ciertamente, los tribunales no contradicen esta visión de su labor; sin embargo, el significado concreto de una norma no puede ser descubierto, sino solamente creado. No obstante, la aplicación del derecho en el presente tiene que conectarse con el pasado, de manera que sea convincente en el futuro. Poder anclar las decisiones judiciales en prácticas discursivas es un elemento importante de su legitimidad. Es

por eso que la justificación de las decisiones, es decir, los argumentos que dan soporte a una decisión judicial, son parte de la legitimación de los órganos judiciales.

El problema central relativo a la justificación de los tribunales internacionales, a diferencia de los tribunales nacionales, es que su autoridad pública no forma parte de un sistema político receptivo. Una de las más importantes lecciones del pensamiento constitucional moderno es que la creación legislativa del derecho y la aplicación judicial de este son dos fenómenos que deben permanecer separados y al mismo tiempo ser entendidos en su interacción. En las sociedades democráticas, la mayoría (usualmente entendida como el gobierno electo) puede intervenir en el orden jurídico por la vía de los procedimientos legislativos, y por ende, modificar el derecho. Esta legitimación por la vía de la representación democrática es llevada al límite cuando se trata del derecho internacional.

Los problemas relativos a la justificación democrática de las sentencias generalmente se enfrentan a través de cambios en los procedimientos y por medio de procesos de reforma político-legislativa.

La tendencia hacia la ampliación de la participación en los procedimientos judiciales atestigua un creciente reconocimiento de que los efectos que producen los fallos trascienden a las propias partes. También existen tendencias hacia la expansión de la participación en los procedimientos, que pueden ser discutidas de mejor manera en relación con el papel del *amici curiae*. Sobre todo, la participación de las ONGs puede abrir potenciales de legitimación, ya que pueden tender un puente entre los procedimientos jurídicos y un público global o nacional; también pueden introducir perspectivas adicionales o pueden desencadenar procesos de mayor publicidad que contribuyan a la discusión y a la movilización del público en general.

La autoridad pública de los tribunales internacionales también requiere politización como parte de su justificación. Es un tema muy delicado; seguramente no proponemos “cortes politizadas” ni “juegos de poder” en el sentido común de estas expresiones. Más bien, concebimos la politización como respuesta al hecho de que los tribunales internacionales anhelan tener contrapartes político-legislativas, ya que las instituciones judiciales necesitan ser entendidas como parte de un contexto más amplio de la política democrática. Una vía clásica para lograr una mayor “politización” y legitimación democrática de una autoridad pública es la elección o selección de las personas que ejercen el poder. No es sorpresa para nadie que, cuando los tribunales se involucran en la creación judicial del derecho en áreas que son muy discutidas, las tendencias políticas de los jueces adquieren un papel preponderante. En la jurisdicción constitucional doméstica hay buenas razones para involucrar a los parlamentos en la elección de los jueces; podría ser beneficioso vincular a estos en la elección de los jueces de tribunales internacionales y además complementar su participación con una legitimación adicional, como la que ofrecen los órganos políticos internacionales y la sociedad civil internacional. No obstante, debe ser apuntado que el grado de justificación transnacional y cosmopolita depende de la calidad discursiva de la participación.

La fragmentación también crea problemas para la legitimación democrática de la autoridad pública de los tribunales internacionales. En respuesta, la interpretación sistemática podría ser una estrategia para frenar estos efectos

negativos. El punto decisivo es que la interpretación de una norma “reside en el entorno jurídico más amplio, el «sistema» del derecho internacional en su conjunto”. La integración sistemática es solo el objetivo señalado por las reglas de interpretación; aún más, las decisiones individuales están inmersas en contextos discursivos más amplios. En el curso de la fragmentación también es posible que diferentes concepciones compitan en un diálogo entre cortes. Las interpretaciones de tribunales funcionalmente especializados pueden ser alineadas por medio del lenguaje común del derecho internacional. Desde luego, esto requiere que los tribunales internacionales observen una actitud dialógica.

Por último, los problemas de legitimidad pueden ser disminuidos si se mantiene la responsabilidad política y jurídica que los órganos constitucionales nacionales poseen sobre la decisión de los efectos de las decisiones internacionales y si se tiene presente su papel fundamental para retroalimentar los desarrollos del plano internacional. En el estado actual del derecho internacional debería existir la posibilidad de que las decisiones acerca de los efectos de las normas internacionales, así como de las decisiones judiciales, sean tomadas sobre la base del orden jurídico nacional, al menos en las democracias liberales, y en la medida en que la norma o decisión internacional entre en severo conflicto con principios constituciones nacionales. Este enfoque libera al orden jurídico internacional de cargas legitimadoras, que no siempre estará en posición de aguantar.

Por último, es importante apuntar que el punto de partida de las justificaciones democráticas son los individuos, cuya libertad da forma a las sentencias, sin importar lo indirecto y mediado que esto resulte ser. De esta manera, la jurisdicción internacional en la constelación de la gobernanza global debe reconocer, por un lado, su base legitimadora en los Estados, pero al mismo tiempo deberá estar guiada por la idea de una ciudadanía transnacional y posiblemente cosmopolita.

*Armin von Bogdandy*

#### 668. JURISDICCION NOMOGENETICA

La jurisdicción nomogenética es el ejercicio de la jurisdicción constitucional mediante el dictado de decisiones productoras de normas, infiriéndolas de la misma Constitución (Sagüés, N., 2005). En consecuencia, al ejercer nomogénesis, la jurisdicción constitucional avanza sobre su rol tradicional de legislador negativo —en cuyo marco invalida o inaplica aquellas pautas legislativas contrarias a las normas supremas— para asumir un rol activo, creativo, o de legislador “positivo”, en la producción de normas.

El ejercicio de potestades nomogenéticas por la jurisdicción constitucional tiene diversos escenarios de análisis. En primer término, puede encontrarse una vinculación directa con el ejercicio del control de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión. En segundo lugar, también se vincula a la asunción por los tribunales de potestades normativas o “autonomía normativa” en la reglamentación de su diseño institucional o procedimental.

En todo caso, el rol creativo o de nomogénesis de la jurisdicción constitucional, con base en la doctrina de la fuerza normativa de la Constitución (Hesse), recibe una relectura a la luz del orden internacional y regional de derechos humanos.

En efecto, los sistemas de protección de derechos humanos, configurados como jurisdicción tuitiva, abren las puertas, e incluso exigen, la adopción de pautas también tuitivas por los órganos jurisdiccionales domésticos, con la consiguiente reformulación de su accionar, que puede llegar a exigir la asunción de potestades de nomogénesis.

Así, en el marco del Sistema Interamericano Derechos Humanos, los Estados deben arbitrar sus recursos a los fines de instrumentar los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y gestar o desarrollar las garantías tendentes a su defensa. El compromiso implica la interacción de todos sus organismos partes del aparato gubernamental, así como todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, entre las cuales se encuentra necesariamente el poder judicial y la jurisdicción constitucional. Así, se ha sostenido que “el artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce [...]” (Corte IDH, Opinión consultiva OC-11/90, párr. 34, entre otros).

Al citado artículo 1.1 contribuye el artículo 2, al establecer que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el 1 no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. En ese marco, “el accionar judicial se acentúa ante la carencia de la previsión legislativa de una garantía idónea de tutela, ya sea por la omisión de la herramienta en sí, o bien, por su regulación de manera deficiente, tortuosa o inefectiva”. Cançado Trindade (2001) sostiene que “[...] el énfasis pasa a recaer en la tendencia de perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos nacionales de protección judicial. Este cambio de énfasis atribuye mayor responsabilidad a los tribunales internos (judiciales y administrativos), convocándolos a ejercer actualmente un rol más activo —sino creativo— que en el pasado en la implementación de las normas internacionales de protección.”

Como se ha señalado, el ejercicio de la jurisdicción nomogénica tiene un interesante cause en las previsiones del control de inconstitucionalidad por omisión, es decir, aquellos mecanismos tendentes a procurar el control de las violaciones a las normas supremas generadas no por acción, sino por omisión de los poderes públicos en el cumplimiento de los mandatos constitucionales.

El grado de nomogénesis de las diversas garantías y soluciones pretoriañas que instrumentan tal control varía. Algunos mecanismos prevén soluciones anunciadoras donde el órgano controlador pone en conocimiento de otro órgano, generalmente el controlado, la existencia de la omisión (art. 377 de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia y el texto de la Constitución portuguesa tras la reforma de 1982. Más imperiosa es la

expresión utilizada por la Constitución de Portugal de 1976, en cuanto sostenía que el Consejo de la Revolución “[...] podrá recomendar a los órganos legislativos que las dicten en un plazo razonable”), o anoticiadoras imperativas —donde, además de poner en conocimiento de un órgano la existencia de la “omisión”, le requieren al omitente la instrumentación de la medida ausente, otorgándole un plazo al efecto (pueden citarse el texto constitucional venezolano, que autoriza al Tribunal Constitucional a declarar la omisión y posteriormente establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección; la Constitución de la Provincia de Río Negro, Argentina, y el art. 103 de la Constitución de Brasil, en su inc. 2, el cual, si bien toma la postura meramente informativa para el supuesto de omisiones por el órgano legislativo, adopta la segunda categoría para los casos de omisiones de los órganos administrativos, calificado por la doctrina como “eficacia mandamental media” otorgándole el carácter de “orden judicial”. En estos supuestos, el Tribunal adopta un activismo procedimental al impulsar el dictado de la pauta omitida.

Sin perjuicio de las opciones precedentes, el imperio normativo constitucional exige que las situaciones de incumplimiento de las prescripciones constitucionales se subsanen vía control de constitucionalidad, por tanto, en los casos extremos en los que, pese a la intimación efectuada, el órgano estatal continúa renuente en su accionar, es necesario prever otras vías a fin de que, a través de un efecto supletorio, la jurisdicción constitucional garantice que se aplique el texto constitucional.

El ejemplo más avanzado en torno a la nomogénesis es el texto constitucional ecuatoriano, conforme al cual el Tribunal Constitucional puede actuar como legislador suplente precario, al establecer en su artículo 436, inciso 10, que compete al Tribunal Constitucional: “Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”. En sentido similar, aunque no tan explícito o con efectos más restringidos, pueden citarse la Constitución del Estado de Veracruz, en México, y el artículo 207 de la Constitución de la Provincia de Río Negro.

Cabe aclarar que otros textos postulan como solución subsidiaria, cuando no es viable la instrumentación de los efectos mencionados, compensar mediante indemnización el perjuicio ocasionado (puede encontrarse un ejemplo normativo del mismo en el art. 207 de la Constitución de la Provincia de Río Negro).

Otra variable de ejercicio en esta jurisdicción se encuentra en el recurso por los tribunales al dictado de sentencias aditivas, consistentes en las que añaden una prescripción al enunciado normativo del texto legal, para tornarlo compatible con la Constitución, cubriendo un vacío constitucional o legal, y las sentencias “integradoras”, a través de las cuales se incluye a un sector social inconstitucionalmente excluido de un beneficio o situación legal (Sagüés, N.). Cabe citar, en este sentido, a la jurisprudencia alemana en torno a la exclusión arbitraria de beneficio y el denominado “proceso de concretización (*Konkretisierung*). Por su parte, las sentencias exhortativas encontrarían

similitudes con las variables anoticiadoras o anoticiadoras imperativas de inconstitucionalidad por omisión.

*Sofía Sagüés*

#### 669. JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL

Es la potestad dimanante de una porción de soberanía que un Estado nacional cede en favor de un órgano judicial erigido más allá de las fronteras estatales, que presenta las siguientes características: *a*) se genera a través de un acto de derecho internacional (resolución o tratado); *b*) se ejerce por conducto de tribunales o cortes, integradas por jueces o magistrados independientes; *c*) su función es la realización del derecho (principalmente convencional) en el caso concreto, juzgando de modo complementario e irrevocable.

Dicha jurisdicción es uno de los productos de la era de la globalización, la cual no restringe sus objetivos hacia el mero alcance de una paz a gran escala regional, sino a su establecimiento a nivel mundial; pretende hacer posible la continuidad entre ser ciudadano de un Estado y el ser ciudadano del mundo. No aspira a sustituir a la jurisdicción doméstica; su anhelo es imponer ciertos límites a la justicia nacional.

Las bases teóricas de un *ius gentium pacis* fueron construidas desde antaño (por ejemplo, la obra de Mirkin-Guetzévitch, *Derecho constitucional internacional*, París, 1933), bajo la premisa de que temas como la seguridad interna, la previsión de la existencia, el bienestar económico o la protección del medio ambiente, son tareas que exceden los límites de los Estados, quienes son —dado el concepto de “complementariedad” de una República mundial— los responsables primarios de otorgar a los individuos la garantía inmediata del derecho, empero, cuando ese afianzamiento no se brinda o resulta insuficiente, surgirá el sistema supranacional, a fin corregir ese déficit. Entonces, es posible que en el tráfico jurídico cotidiano acontezcan fricciones entre los diversos operadores del sistema (tanto individuos como órganos de derecho público), y por ende, es menester la implementación de medios civilizados de solución de los conflictos.

En ese orden de ideas, el art. 33 de la Carta de las Naciones Unidas incluye entre los medios pacíficos de solución de controversias, el denominado *arreglo judicial*, el cual implica un medio de solución de naturaleza jurídica, caracterizado por la intervención de órganos compuestos por jueces plenamente independientes de las partes en la controversia, que ejercen sus competencias, normalmente de forma permanente, a través de un procedimiento judicial de carácter contradictorio y que resuelve la diferencia que les es sometida mediante sentencias que tienen siempre carácter obligatorio para las partes en litigio. Dicho medio de solución de controversias se asemeja en buena medida al mecanismo básico de solución de diferendos empleado en los ordenamientos jurídicos estatales, que no es otro que el acceso a la justicia a través de un recurso judicial efectivo. Sin embargo, dicha componenda judicial presenta claras diferencias con los sistemas judiciales estatales, tanto por lo que se refiere a la estructura de la propia jurisdicción supranacional, a la forma de atribución competencial, a la legitimación de los interesados en el proceso, a la naturaleza de las sentencias dictadas por los órganos judiciales y al peso y lugar que corresponde al arreglo judicial en el sistema global de aplicación del derecho internacional.

Los tribunales supranacionales son autónomos entre sí, carecen de ubicación única y jerarquizada y su competencia no es automática, sino que requieren de declaraciones expresas de voluntad de los Estados para ser reconocidas sus funciones. Sus sentencias generalmente son meramente declarativas y carecen de efecto ejecutivo. Los temas de legitimación y de admisibilidad de las causas, tampoco son uniformes entre cada uno de ellos. El *leitmotiv* del proceso formador de esa jurisdicción obedece a la aparición de una idea orientada a la paz y a la solidaridad internacional, entelequia que carecerá de concreción a menos que se realicen esfuerzos especiales y quizás, el más difícil, es la renuncia a parcelas sustantivas de soberanía.

En 1840 se generó un proyecto de los ingleses y los norteamericanos, consistente en establecer *A Congress of Nations*. En 1870 se planteó el proyecto de la Unión Interparlamentaria, y en 1873 la Cámara de los Comunes aceptó la celebración de tratados de arbitraje comercial. Luego surgieron otros debates, gestándose la tendencia hacia una cooperación parlamentaria en favor de la paz y del arbitraje internacional.

El surgimiento de tribunales supranacionales permanentes, como medio de solución de controversias, es un fenómeno característico del siglo XX, que se extendió progresivamente en esa centuria, siempre a la par de las organizaciones internacionales en la sociedad internacional. La primera manifestación real y efectiva de ese proceso se produjo en el marco regional americano. El 20 de diciembre de 1907, las repúblicas de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica firmaron un Tratado de Paz y Amistad en Washington. En las convenciones de este tratado se creó la Corte de Justicia Centroamericana (también conocida como la Corte de Cartago), para el arbitraje obligatorio en los conflictos político-sociales de esos países. Por un periodo de diez años Costa Rica sería la sede de esta institución, con asiento en Cartago y luego en San José. Esta Corte se extinguió jurídicamente en marzo de 1918.

Tras la Primera Guerra Mundial acontecieron otros impulsos (unos más efectivos que otros) para la instauración de jurisdicciones de alcance general. El primer intento para fincar una responsabilidad individual en el ámbito internacional aparece en el Tratado de Paz de Versalles de 28 de junio de 1919 (que puso fin a esa guerra), en donde se dispuso, para el enjuiciamiento del *Kaiser*, que debía establecerse un tribunal penal internacional. No obstante, tal modelo sancionador no pasó a ser más que una anécdota, pues no llegó jamás a implementarse (al exemperador alemán se le concedió asilo en los Países Bajos, nunca se le juzgó). El segundo envión se sitúa en el Pacto de la Sociedad de las Naciones, donde se previó la existencia de un Tribunal Permanente de Justicia Internacional, que vio la luz en 1920, una vez que la Asamblea General aprobó el proyecto de Estatuto, elaborado por un Comité de Expertos. Dicho Tribunal tuvo su sede en La Haya, que desde entonces se convirtió en la capital judicial del mundo. Su actividad se vio truncada por la Segunda Guerra Mundial y dejó de existir formalmente el 18 de abril de 1946. Empero, inspiró lo que ahora es la Corte Internacional de Justicia, cuyo fundamento se encuentra en los arts. 7 y 92 de la Carta de las Naciones Unidas. Otro antecedente importante es el proceso instruido por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (1945), que hizo factible no solo la protección directa y efectiva de los derechos humanos, sino y sobre todo, la posibilidad

de sancionar a individuos por la comisión de crímenes contra la humanidad, acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial.

En la actualidad, los principales tribunales que ejercen la jurisdicción supranacional son el Tribunal Internacional del Derecho del Mar; los tribunales internacionales de derechos humanos (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos); los tribunales penales internacionales (la Corte Penal Internacional y los Tribunales *ad hoc* para ex-Yugoslavia y Ruanda); el sistema jurisdiccional de la Unión Europea (Tribunal de Justicia, Tribunal General, tribunales especializados), y la Corte Internacional de Justicia.

*Jorge Rivero Evia*

### 670. JURISFIRMA

El jurisfirma fue un proceso foral para preservar de infracción de fueros y evitar contrafueros, liberando de toda violencia al oprimido al moderar, conforme a derecho, los injustos arrebatos, lo mismo de los reyes y sus jueces, que de quienes habitaban el reino.

Por medio del proceso foral aragonés de jurisfirma, *firma juris*, firma de derecho, o proceso de firma de derecho, se mantenía a alguno en la posesión de los bienes o derechos que se suponían pertenecerle, y precisamente a través de él podía el justicia mayor avocarse al conocimiento de cualquiera causa incoada ante otro tribunal, garantizando de los efectos de la condena impuesta por este, los bienes de los que recurrían a su asistencia. En consecuencia, se decretaba por el justicia mayor, y después, cuando desapareció este juez del Medievo, lo decretaría la Audiencia de Aragón, la más absoluta prohibición a quien lo obtenía, de molestarlo en sus derechos, en su persona o en sus bienes, según fuese el objeto del pedimento. En tal sentido, por el carácter de juez supremo que se le otorgó al funcionario competente del proceso foral de jurisfirma, y los derechos que encaminaba a salvaguardar el mismo proceso, puede considerarse un precedente de los procesos constitucionales contemporáneos.

Con este procedimiento jurídico no solo se garantizaba a la persona en sí, sino también se garantizaba a la propiedad, en relación con la misma, no pudiendo aquella ser presa, ni tampoco despojada de sus bienes, sino hasta que se hubiese dictaminado la sentencia, en el juicio correspondiente, a cuyo fin el que pedía el amparo por medio de este proceso foral, daba fianza como garantía de su derecho, y a su vez confería firma el justicia mayor, de donde se originaron las llamas firmas —*ne pendiente apellatione*—. El firmar el derecho o apellidar (de estas formas se denominaba el acto por el cual se promovía el proceso) se realizaba no solo contra actos de jueces, constituyéndose en el control de legalidad de los actos de tribunales inferiores, sino también en contra de oficiales e incluso de particulares. Más aún, las firmas tuvieron un carácter revisor, a manera de la casación, en donde el justicia mayor amparaba las libertades del reino, en contra de las arbitrariedades que hubiesen cometido o que pudieran cometer el monarca y las demás autoridades.

El jurisfirma fue estatuido en el Privilegio General, otorgado por Pedro III, en 1283, y elevado a la condición de fuero, por Pedro IV, en 1348, el cual ha sido comparado con la Carta Magna inglesa. Existían diversos tipos de firmas de derecho: a) las comunes o volanderas (denominadas así por la ex-

tensión y generalidad de su aplicación), que podían ser simples o motivadas; *b*) las causales, divididas en posesorias o titulares; *c*) las de agravios hechos y temidos; y *d*) las de apelación.

La decadencia y desuso de los procesos de firma se aprecia en el Reglamento de 26 de septiembre de 1835, sobre administración de justicia; y posteriormente en los Decretos de Nueva Planta de 29 de junio de 1707, y especialmente por el decreto de 29 de julio de 1707, expedido por el primer rey borbónico, Felipe V.

*Juan Rivera Hernández*

#### 671. JURISPRUDENCIA (INTERRUPCIÓN)

El término interrupción significa, según el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia, la acción y efecto de interrumpir. Este verbo proviene del latín *interrumpere* que significa “recortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo”. La aplicación de la interrupción se explica con base en la manera en que el ordenamiento mexicano ha dispuesto que se crea y se cambia la jurisprudencia. Ya que una de las formas de hacerlo es a través de la reiteración, la interrupción de ese proceso reiterativo cobra relevancia para determinar la vigencia o no de criterios jurisprudenciales.

El art. 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en su párrafo 10, que la “ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución”.

Con base en la disposición constitucional, la Ley orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) se refiere a la jurisprudencia electoral y a la dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). En el caso de Sala Superior, se requieren tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario que sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma. En las Salas Regionales se requieren cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y ratificadas por la Sala Superior. Nótese el señalamiento de la eventual interrupción como impedimento para la conformación de jurisprudencia. De hecho, la misma ley se refiere directamente a la interrupción al determinar que la jurisprudencia del Tribunal Electoral se interrumpe y deja de tener carácter obligatorio si hay un pronunciamiento en contrario que cuente con mayoría de cinco votos de los miembros de la Sala Superior. Adicionalmente, como sucede en todos los casos de interrupción de jurisprudencia, la ley exige que en la resolución respectiva se manifiesten las razones en las que se basa el cambio de criterio, pues este tiene el potencial para convertirse en jurisprudencia bajo las condiciones establecidas por la ley.

El requisito de no interrupción también puede verse en las exigencias para constituir jurisprudencia en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El art. transitorio décimo quinto de la LOPJF determina que “las resoluciones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros”.

La Ley de amparo también se refiere al tema del inicio y fin de vigencia de la jurisprudencia con la alusión constante a la figura de la interrupción. De esa manera, la jurisprudencia del Pleno de la SCJN puede surgir por reiteración de criterios cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos. En el caso de las Salas, debe sustentarse un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos cuatro votos. En los tribunales colegiados de circuito deben cumplirse los mismos requisitos pero con votación unánime.

La Ley de Amparo igualmente prevé que la jurisprudencia se interrumpe y, por tanto, deja de tener carácter obligatorio cuando se pronuncia una sentencia en contrario, aunque cabe aclarar que la interrupción de la jurisprudencia puede ser parcial cuando el órgano que la ha conformado asume que no puede seguir siendo un criterio jurídico único y absoluto, sino que amerita excepciones que son introducidas por la sentencia que genera la interrupción.

Además, la Ley de Amparo incluye el deber de expresar las razones en las que se apoya la interrupción. Estas razones son cualificadas, pues deberán referirse a las consideraciones que se tuvieron para establecer la jurisprudencia relativa. Cuando obra este fenómeno, es decir, una vez interrumpida la jurisprudencia, deberán observarse las mismas reglas de formación para integrar la nueva.

De tal manera es posible afirmar que la interrupción de jurisprudencia puede ser de dos tipos: absoluta o parcial. Además, para que obre el fenómeno deben cumplirse tres tipos de requisitos *a)* de competencia: el mismo órgano que creó dicha jurisprudencia deberá emitir una sentencia en sentido diverso; *b)* de votación: es necesario que la sentencia que interrumpe la jurisprudencia sea emitida con la misma votación idónea para integrarla, es decir, por cuatro votos si se trata de una Sala de la Suprema Corte de Justicia, por ocho votos si es por el Pleno de la Suprema Corte y por unanimidad si es de un Tribunal Colegiado de Circuito, y *c)* de argumentación: expresar las razones en que se apoya la interrupción, teniendo en cuenta que estas deberán referirse a las motivaciones que se tuvieron para generarla. Por otra parte, pueden verse varias consecuencias normativas derivadas de la interrupción de jurisprudencia: *a)* vigencia: los criterios pierden vigencia por la interrupción; *b)* obligatoriedad: cuando una jurisprudencia es interrumpida pierde su carácter obligatorio; *c)* rango de libertad decisoria para tribunales inferiores: los tribunales inferiores que anteriormente se veían obligados a acatar la jurisprudencia tendrán libertad de decidir si siguen el criterio de la jurisprudencia interrumpida, el criterio de la sentencia que la interrumpe como ejecutoria aislada o, incluso, un distinto criterio; *d)* potencial jurisprudencial: la sentencia que genera la interrupción tiene el potencial para generar jurisprudencia si cumple con los demás requisitos para lograrlo, y *e)* manifestación de cambio: la interrupción manifiesta desafíos a la jurisprudencia vigente y materializa una eventual necesidad de cambio de tesis total o parcial, por lo tanto es una expresión de adaptación del sistema jurídico frente a eventuales cambios sociales.

*Ethel Nataly Castellanos Morales*

## 672. JURISPRUDENCIA (MODIFICACIÓN DE LA)

En el sistema jurídico mexicano, la Ley de Amparo del 10 de enero de 1936 preveía en los arts. 194, párrafo tercero, y 197, párrafo cuarto, la figura relativa a la modificación de la jurisprudencia, la cual se podía llevar a cabo mediante dos vías.

La primera era a través del cambio de criterio por parte del propio órgano jurisdiccional que había integrado la jurisprudencia por reiteración, con lo que se requería en primer término que se interrumpiera la jurisprudencia, a través de una ejecutoria en contrario aprobada ya sea por ocho ministros tratándose del Pleno, cuatro ministros si se estaba en presencia de una Sala, y por unanimidad tratándose de un Tribunal Colegiado de Circuito, en la que se debían expresar las razones en que se apoyara la interrupción. Posteriormente se debían observar las mismas reglas para conformar una nueva jurisprudencia bajo el criterio modificado.

La segunda vía para modificar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se vinculaba a la petición de un órgano o titular legitimado; esto es, la modificación podía ser solicitada por las Salas de la Suprema Corte y los ministros que las integraban, así como por los Tribunales Colegiados de Circuito y sus integrantes, ello con motivo de un caso concreto que debía ser resuelto previamente con base en la jurisprudencia en cuestión, con lo que en la petición de modificación se debían expresar las razones conducentes; el procurador general de la República por sí o por conducto del agente que designara podía exponer su parecer. El Pleno o la Sala debían resolver si modificaban la jurisprudencia, sin que su resolución afectara las situaciones jurídicas concretas en las sentencias que integraron la jurisprudencia modificada.

Ahora bien, la Suprema Corte ha considerado que la modificación de la jurisprudencia permite el cambio total de lo sostenido, es decir, no solo se interrumpe un criterio jurídico, sino que se sustituye por otro, que incluso puede ser contrario, lo que conlleva a que se pueda solicitar la modificación de una parte o de la totalidad de la jurisprudencia.

La Suprema Corte ha sostenido que la finalidad de la solicitud de modificación consiste en revisar el criterio sometido a examen y, en su caso, interrumpir su obligatoriedad para emitir uno nuevo que lo sustituya, preservando así la unidad de la interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional.

Bajo la Ley de Amparo del 2 de abril de 2013, de igual forma se puede realizar la modificación de la jurisprudencia bajo dos vías, la primera relativa a la interrupción de la jurisprudencia, la que se prevé en los arts. 228 y 229, y que surge cuando el órgano que aprobó determinada jurisprudencia pronuncia una sentencia en contrario, en la que se deben expresar las razones que apoyan la interrupción, y con posterioridad aprueba una diversa jurisprudencia observando las mismas reglas para su formación.

Por otra parte existe en esta Ley un procedimiento denominado “sustitución de jurisprudencia”, el cual es aplicable a los supuestos en que se solicita la modificación de la misma, del cual se destacan las siguientes reglas:

— Cualquier Tribunal Colegiado de Circuito, previa petición de alguno de sus integrantes, con motivo de un caso resuelto, puede solicitar al Pleno de Circuito al que pertenezca que sustituya la jurisprudencia que por contradic-

ción haya establecido, expresando las razones correspondientes. Los Plenos de Circuito pueden sustituir la jurisprudencia con la aprobación al menos de las dos terceras partes de los magistrados que lo integran.

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

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

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

La modificación de la jurisprudencia es una figura muy importante dentro del juicio de amparo, pues implica el reconocimiento de que la interpretación de las normas no está petrificada, por el contrario, es un elemento vivo que puede ser modificado al ser analizadas estas normas bajo una óptica distinta, o bien tomando en consideración variables que no se consideraron en un primer término.

*Mauricio Lara Guadarrama*

### 673. JURISPRUDENCIA (TRIBUNALES CONSTITUCIONALES)

1. El derecho constitucional, a la par de los otros sectores de la ciencia jurídica, tiene una importante base jurisprudencial. Tal característica ha sido consolidada en los Estados Unidos de América, donde se sostiene que la jurisprudencia de la Corte Suprema produzca efectos normativos, en concordancia a una regla que incluye las decisiones judiciales entre las fuentes del derecho. Pero también en otros sistemas donde vienen sistemas de justicia constitucional, algunos tipos de sentencia (en particular aquellas de inconstitucionalidad), vienen insertas en el catálogo de las fuentes del derecho. En algunos casos (España) el valor normativo de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales está disciplinado por las Constituciones, en otros es la consecuencia de los particulares tipos de sentencia adoptadas por los tribunales y por su autoritarismo.

Los tribunales han individualizado diversas modalidades de solución de controversias, no tanto sobre la base de una teoría abstracta, cuando tomados por la necesidad de ponderar los efectos de las propias decisiones y de calibrarlas sobre la base del impacto que puedan provocar sea sobre el sistema jurídico, sea en las relaciones con otros poderes del Estado, *in primis* con el Parlamento y con el Poder Judicial. Para tal fin, los tribunales constitucionales, a través de sus decisiones, tienden a instaurar un “diálogo”, formas de colaboración con los otros poderes en el intento común de depurar los sistemas jurídicos de normas contrarias a la Constitución.

2. Los principales tipos de sentencias inspiradas a reglas entre Corte y legislador son constituidas por las sentencias c. d. “advertencias” y por aquellas finalizadas a reenviar en el tiempo los efectos de sus propios pronunciamientos.

Los jueces constitucionales recurren a las sentencias “advertencia” cuando están por afrontar cuestiones dotadas de un elevado grado de *politicidad* y prefieren limitarse a pronunciar su decisión en el sentido de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, sin llegar a declararla expresamente. En este caso, el juez constitucional introduce una escisión lógica entre la parte dispositiva y la motivación: la primera desestima la cuestión de constitucionalidad; la segunda, al contrario, deja entrever claramente que las dudas de constitucionalidad son fundadas. El juez en tal modo insta al legislador a intervenir.

En otros casos, el juez constitucional modula los efectos temporales de las decisiones de aceptación: de este modo, asegura al gobierno y al parlamento el tiempo necesario para colmar las lagunas provocadas por la decisión de aceptación. En general, tal resultado es obtenido adoptando: *a*) sentencias que constatan la incompatibilidad de una disposición respecto de las normas constitucionales, sin —aún— declarar su nulidad (sentencias de simple incompatibilidad, como en la República Federal de Alemania); *b*) sentencias que difieren efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad de una disposición (como en el caso del Tribunal Constitucional austriaco).

Con otro tipos de sentencias los tribunales constitucionales no buscan un diálogo con el legislador, pero se sustituye a él: es el caso de las c. d. sentencias “adhesivas” con las cuales una disposición es declarada inconstitucional en cuanto contiene una “laguna” y necesita de una integración normativa que da directamente el juez constitucional. En tal modo, el Tribunal introduce en el sistema normas nuevas, especialmente cuando el parámetro de la resolución de constitucionalidad es constituido por el principio de igualdad y de no discriminación.

Para limitar la interferencia con las prerrogativas parlamentarias que tales pronunciamientos determinan, en ocasiones, los tribunales constitucionales adoptan sentencias llamadas “adhesivas de principio”. Con estas decisiones la Corte no introduce directamente en el sistema nuevas normas jurídicas, pero define los principios a los cuales el legislador mismo se deberá inspirar.

3. En los sistemas donde funciona la *judicial review*, la relación entre el control de constitucionalidad y la aplicación de las leyes se desarrolla en modo del todo lineal, desde el momento que la interpretación constitucional que los jueces deben utilizar al momento de aplicar una determinada disposición.

En este caso, la posibilidad de un contraste interpretativo entre la Corte Suprema y los jueces es anulado por las características del sistema: sea porque la jurisprudencia de la Corte constituye un precedente vinculante, sea en cuanto en caso de dudas interpretativas o ante una nueva causa, los jueces deben utilizar el instrumento de la *certification of questions*, mediante la cual la Corte Suprema revoca la cuestión o la reenvía al juez competente adjuntando instrucciones vinculantes.

Los contratos entre jurisdicciones constitucionales y gobierno parecen, por el contrario, difícilmente eludibles en los ordenamientos donde operan sistemas abstractos y centralizados de justicia constitucional: en este caso, el control de constitucionalidad está separado de aquel de legalidad y viene re-

servado exclusivamente a un órgano, generalmente externo al judicial. Como consecuencia, la autonomía interpretativa del juez se debe confrontar y contraponer con el monopolio interpretativo de los tribunales constitucionales por lo que concierne a la conformidad de las normas con la Constitución.

Para regular de mejor manera las relaciones con la magistratura común, los tribunales constitucionales han desarrollado dos tipos de pronunciamientos que han permitido limitar las posibilidades de conflictos y las interferencias: se trata de las decisiones correctivas y las sentencias interpretativas, sea de rechazo o aceptación.

Con los pronunciamientos c. d. “correctivos”, el juez constitucional no aborda el fondo de la cuestión; se limita a detectar que una determinada interpretación dada por el juez no es la correcta, en cuanto no ha tomado en cuenta el criterio del tribunal, del derecho viviente o del significado evidente de la disposición.

Este resultado es técnicamente posible partiendo de la distinción teórica entre disposición y norma. La primera representa la expresión lingüística mediante la cual se manifiesta la voluntad del órgano que emite un determinado acto jurídico; la norma, al contrario, constituye el resultado de un proceso interpretativo realizado sobre la disposición y que puede conducir, mediante el uso de la hermenéutica jurídica, a recabar más de una norma de una sola disposición o una sola norma de más disposiciones. Hecha la distinción, resulta relevante por cuanto permite separar la norma del significado lingüístico originario de la disposición y la *voluntas legis* adquiere autonomía en la confrontación con la *voluntas legislatoris*.

Con las “sentencias interpretativas de rechazo” la Corte aborda la situación de fondo, declarándola infundada, por cuanto es posible atribuir a la disposición impugnada un significado normativo diferente de aquel tomado por el juez o por el recurrente, conforme a la Constitución: la Corte, entre los posibles significados de una disposición, opta por aquel que considera compatible con la Constitución, dejando a un lado aquellos que podrían ser contrarios a la Constitución. En este caso, sin embargo, la interpretación ofrecida por la Corte no tiene efectos *erga omnes*: no es vinculante y puede imponerse solamente gracias a la eficacia persuasiva de la motivación o por la autoridad del juez de las leyes.

En cambio, con las “sentencias interpretativas de aceptación”, el juez constitucional elige, entre los posibles significados de una disposición, aquel incompatible con la Constitución y lo declara inconstitucional, mientras permanece abierta la posibilidad de dar a la disposición todos los demás significados. Con tal tipo de sentencia, el tribunal constitucional no elimina del sistema jurídico la disposición (como en las sentencias de aceptación), sino una de las normas que de tal disposición pueden obtenerse. La disposición, en otros términos, continúa siendo aplicada y, entonces, eficaz, con la excepción de la norma considerada inconstitucional.

**Giancarlo Rolla**  
(traducción de Emanuel López Sáenz)

#### 674. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de sentencias que emiten los tribunales constitucionales en su carácter de intérpretes supremos de la

Constitución, en particular, a los fundamentos jurídicos o *ratio decidendi* de las resoluciones. Se relaciona con el concepto procesal de jurisprudencia, entendida como el conjunto de sentencias de los tribunales y la doctrina que se contiene en ellas, acepción que tiene su origen en el principio de *stare decisis* del derecho angloamericano. En este sentido, la jurisprudencia constitucional es también fuente formal de derecho en tanto produce normas jurídicas generales aplicables a casos futuros indeterminados.

En el sistema jurídico mexicano, la jurisprudencia constitucional —como doctrina del intérprete supremo de la Constitución— se forma a través de las decisiones pronunciadas en los distintos medios de control constitucional. Al respecto, el párrafo décimo del art. 94 constitucional reserva a la ley la fijación de los términos en que será obligatoria la jurisprudencia que produzcan los órganos del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.

En las acciones de inconstitucionalidad y controversias constituyen jurisprudencia obligatoria las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos (art. 43 de la L. R.). Es decir, tratándose de estos medios de control constitucional, la ley contempla un sistema de precedentes en el que son las reglas explícitas o implícitas contenidas en la argumentación y que justifican la resolución del caso (*ratio decidendi*) las que resultan obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales federales y del orden común, cuando se cumpla con la votación exigida. Este sistema de precedentes difiere del tradicional sistema de “jurisprudencia obligatoria”, surgido en el contexto del juicio de amparo, en donde no son las razones del fallo, sino el criterio identificado en una tesis publicada, el que reviste obligatoriedad.

En materia de amparo, la jurisprudencia puede establecerse: (i) por reiteración de criterios del Pleno o de las salas de la Suprema Corte Justicia de la Nación o por los tribunales colegiados de circuito; (ii) por contradicción de criterios, la cual se establece por los mismos órganos y, además, los plenos de circuito, o, (iii) por sustitución, a petición de los magistrados o ministros integrantes de un tribunal colegiado de circuito, un pleno de circuito o una sala de la Corte. La jurisprudencia se puede interrumpir y dejar de tener carácter obligatorio cuando se pronuncie una sentencia en sentido contrario.

La jurisprudencia por reiteración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de cuando menos ocho votos. Las salas y los tribunales colegiados establecen jurisprudencia en los mismos términos, pero la votación requerida es de cuatro votos para las primeras, y unánime para los segundos.

La jurisprudencia por contradicción de tesis se establece al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre los órganos del Poder Judicial de la Federación. Así, el Pleno de la Suprema Corte resuelve las contradicciones suscitadas entre sus salas; el Pleno o las salas del alto tribunal resuelven, según la materia, cuando se susciten entre los plenos de circuito de distintos circuitos, o en materia especializada de un mismo circuito o entre sus tribunales de diversa especialidad, así como entre los tribunales colegiados de diferente cir-

cuito; los plenos de circuito, cuando se susciten entre los tribunales colegiados del circuito correspondiente. El órgano que resuelva puede acoger uno de los criterios discrepantes, sustentar uno diverso o declarar la contradicción inexistente o sin materia.

En materia electoral, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación está facultado para emitir jurisprudencia, la cual se establece por la Sala Superior mediante la reiteración de un mismo criterio en tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario o a través de la resolución de una contradicción de criterios entre dos o más salas, o entre estas y la Superior, o, por las salas regionales, mediante reiteración en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario. Esta jurisprudencia es obligatoria para las salas y el Instituto Federal Electoral, así como para las autoridades electorales locales en asuntos relativos a derechos político-electorales de los ciudadanos o en aquellos en que se hayan impugnado actos o resoluciones de esas autoridades. A su vez, las contradicciones que puedan suscitarse entre las salas del Tribunal Electoral y las salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deben ser resueltas por este último.

Adicionalmente a la jurisprudencia constitucional que generan los órganos del Poder Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2010, determinó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también tiene fuerza vinculante para los jueces nacionales, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio. Las razones para ello se fundan en que dicha jurisprudencia dota de contenido a los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual constituye parámetro de control de regularidad del ordenamiento jurídico mexicano. El carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana exige a los operadores jurídicos mexicanos, en primer lugar, que cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico se determine con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; que en todos los casos en que sea posible, se armonice la jurisprudencia interamericana con la nacional, y que, de no ser posible, se aplique el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas, todo lo cual encuentra fundamento en las herramientas interpretativas que el art. 1o. constitucional impone a todos los operadores jurídicos.

*Arturo Zaldívar Lelo de Larrea*

## 675. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA

La comparación es una herramienta argumentativa que permite armonizar los contenidos del derecho interno, tanto con los criterios emitidos por otros tribunales nacionales como con el conjunto de disposiciones internacionales (especialmente en materia de derechos humanos).

La afirmación kelseniana sobre la separación tajante entre un modelo europeo y otro americano de justicia constitucional (1928) ha dejado de tener sentido en la actualidad. Desde el punto de vista pedagógico, dicha dualidad resultó útil. El contraste más obvio consistía en oponer el funcionamiento de

aqueellos tribunales europeos frente al modelo americano (al que, en cierta medida, se incorporaban países de otras latitudes, como los de la *Commonwealth*, pero también del ámbito latinoamericano previo a los años noventa, al igual que asiáticos y africanos). Se habló de un modelo de control concentrado frente a otro de control difuso de constitucionalidad. Lo cierto es que tal distinción ya no se sostiene en la actualidad, ni en un continente ni en los otros.

Jueces de primer contacto en Grecia, Portugal o Suiza tienen atribuciones de control difuso, del mismo modo que no es exacto afirmar que los jueces americanos produzcan decisiones revestidas siempre de efectos *inter partes* (por solo mencionar la regla del precedente y la obligatoriedad de los criterios jurisprudenciales, que se desarrollan paulatinamente en los diversos países latinoamericanos). También es inexacto afirmar que el control ejercido por los tribunales americanos sea siempre concreto. Igualmente, desde el punto de vista de los entes que detonan estos mecanismos (que en Europa se concibieron para ser iniciados por poderes públicos), en los años ochenta aumentó el número de países europeos que establecieron mecanismos de protección individual, como la cuestión de inconstitucionalidad a nivel nacional o la demanda de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y su equivalente a nivel interamericano. El acercamiento entre ambos modelos también se produjo desde que las respuestas de las jurisdicciones constitucionales se apartaron del control concreto (produciendo, cada vez en más casos, efectos *erga omnes*). Ya no interesa dividir la justicia constitucional en dos universos.

De la misma manera, la comparación se vuelve más necesaria y útil, en la medida en que los problemas constitucionales se universalizan. La comprensión del derecho deja de tener un anclaje en realidades normativas nacionales, para adquirir su razón de ser en un ámbito mucho más abierto. Los derechos se erigen en relaciones intersociales, donde ya no es el Estado quien ocupa el centro. El transnacionalismo coloca al individuo en el vértice de las relaciones internacionales. La definición de las competencias que rigen el funcionamiento de las instituciones nacionales se nutre de prácticas que se depuran y que sirven de parámetro de un país al otro. Nociones como la de Gobierno abierto, *accountability* o transparencia gubernamental no dejan de difundirse y adaptarse a nivel normativo e institucional en todos los países del orbe.

El comparatismo de la segunda mitad del siglo xx había sido tachado de eurocéntrico. Al borrar la dualidad de los modelos de control constitucional, las altas jurisdicciones nacionales tienden a colocarse como piezas del paradigma democrático y de la implantación del Estado de derecho, pero también a ocupar un espacio común para la cooperación y el intercambio de criterios. Cada vez más, las jurisdicciones nacionales trabajan en conjunto, se reúnen periódicamente, con agendas que sobrepasan el mero entendimiento protocolar.

El llamado *diálogo jurisprudencial* (que se concibió en los noventa para normalizar, entre europeos, el funcionamiento de los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo en el ámbito doméstico) se amplía de un continente a otro, poniendo en contacto criterios jurisprudenciales capaces de trascender los continentes (sobre todo entre las cortes internacionales y regionales). De esta forma, el intercambio de criterios técnicos y de mejores prácticas ha dejado de quedar anclado al ámbito europeo.

Las conferencias regionales bianuales, como la europea de tribunales constitucionales o las cumbres judiciales iberoamericanas denotan un acercamiento entre países; pero sin duda, ha sido en ámbitos de cooperación de organismos multilaterales, en donde se obtienen los resultados más notables en cuanto a la sistematización del potencial comparativo entre países.

En este ámbito, las jurisdicciones mexicanas han tenido una participación relevante durante la pasada década. Foros como la Comisión de Venecia; la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional o la Red Mundial de Justicia Electoral son espacios donde participan activamente tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Y tal participación se vuelve relevante en la medida en que logra transmitir, a las diferentes dependencias del poder judicial, esta necesidad de comparar; de reconocer en la jurisprudencia de otros países y sistemas una práctica útil para encontrar respuesta en estándares construidos por las democracias más sólidas.

En el plano de la normalización del Estado de derecho, herramientas informáticas como Códices y Vota, disponibles en el sitio web de la Comisión de Venecia ([www.coe.int](http://www.coe.int)) se construyen permanentemente con el concurso de los tribunales nacionales que pertenecen a estas entidades multilaterales, de tal suerte que, periódicamente, equipos de sus tribunales envían resúmenes de las sentencias más relevantes emitidas por sus altas jurisdicciones. Como resultado, sus bases de datos ordenan, alrededor de un *thesaurus*, los desarrollos jurisprudenciales nacionales que se consideran innovadores o actuales, a efecto de ser consultados tanto por autoridades como por particulares de todo el mundo.

En el plano de los derechos fundamentales, la comparación facilita el acercamiento y la normalización del derecho internacional en el ámbito interno. Las cartas o convenciones de derechos humanos producidas en espacios regionales (como las convenciones europea, americana o africana de derechos humanos) adquieren un sentido transfronterizo.

*Algunas pautas.* Un *corpus* ideal de derecho constitucional no existe. Mirar hacia otras realidades constitucionales permite a los jueces encontrar experiencias previas, que le pueden ayudar a pensar mejor el derecho: 1) la comparación ayuda a dilucidar cuál es el “fondo común” de determinados derechos, y esto nos acerca con elementos que antes nos alejaban de otros sistemas normativos. También permite prever la forma en que el sistema puede reaccionar ante una situación jurídica particular, y las maneras de reparación que pueden corresponder a realidades actuales (el uso racional de la energía, la transformación de los esquemas de familia, la laicidad); 2) no toda comparación es útil ni factible, aun cuando pareciera simple realizar comparaciones cuantitativas a partir de estadísticas que cada vez son más accesibles. Si quisiéramos comparar la tasa de sindicalización en Francia, en los países escandinavos y en Alemania, ciertamente podríamos encontrar cifras, pero los resultados obtenidos no reflejarían realidades siquiera cercanas: la cultura de la empresa en estos tres países, los sindicatos y el movimiento obrero traerían como resultados cifras engañosas. Elementos como la estructura institucional, las funciones de los órganos del poder, el sistema de partidos, el régimen constitucional, deben volverse medianamente compatibles antes de poder hablar de una comparabilidad responsable; 3) la comparación tiende a convertirse

en herramienta utilizable. Encontrar fuera de nuestro derecho soluciones más simples, adaptadas a generar coincidencias que nos permitan controlar las repercusiones de determinadas soluciones jurídicas. A falta de laboratorios, los juristas contamos con las experiencias de los otros; el *tertium comparationis* que permite al juez encontrar similitudes y diferencias que sirven de guía en la solución doméstica (incluso para advertir cómo, apegados al derecho interno, se deben leer determinados postulados constitucionales para obtener la mejor lectura posible), y 4) este nuevo transnacionalismo ha generado un movimiento que busca encontrar la forma en que los conceptos interpretativos viajan de un país a otro. La llamada *fertilización cruzada* de criterios describe la tendencia a retomar precedentes extranjeros para adaptarlos a un ámbito nacional específico. Las jurisdicciones nacionales deben ahora ir conciliando contenidos para ajustarlos a realidades propias, potenciándolos y armonizándolos. En esa operación interpretativa, las pautas de la comparación operan como condiciones fundamentales.

**Francisco Tortolero Cervantes**

#### 676. JURISPRUDENCIA ELECTORAL

Cuando el sentido de la ley es dudoso, el juzgador tiene que echar mano de todos los recursos que le brinda la técnica interpretativa: declarativa, restrictiva, extensiva, progresista o evolutiva, gramatical, lógica-sistemática, histórica y finalista-teleológica.

La interpretación solo resulta posible cuando hay preceptos que así lo ameriten, pero cuando la cuestión sometida al conocimiento del juzgador no se encuentra prevista en el ordenamiento positivo, aquel no puede dejar de resolver. Si existe una laguna en la ley (que no en el derecho), debe el juzgador colmarla. La misma ley le ofrece los criterios que han de servirle para el logro de tal fin. Casi todos los códigos disponen que, en situaciones de este tipo, hay que recurrir a los principios generales del derecho o a la equidad.

La reiteración lisa y llana del texto legal en diversas sentencias no debe dar lugar a una tesis jurisprudencial: es más, dentro de las reglas para la elaboración, envío y publicación de las tesis que emiten los órganos del Poder Judicial de la Federación, así como el Tribunal Electoral, se encuentra aquella referente al texto de la tesis que exige "...reflejar un criterio novedoso: por ejemplo su contenido no debe ser obvio ni reiterativo".

El contenido sustancial de las tesis relevantes y de jurisprudencia se encuentra en las ejecutorias y resoluciones jurisdiccionales emitidas conjuntamente por todos y cada uno de los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, desde la elaboración del proyecto por el ponente y sus secretarios, el enriquecimiento de los contenidos, en las sesiones previas, con el conocimiento y la experiencia de los demás magistrados, hasta su culminación en la sesión pública de resolución, además de la depuración y aprobación final a la que todos dedican muchas horas, con empeño, con gusto, con total dedicación, lo que eleva, considerablemente, la calidad de la redacción y concisión de las tesis y de la fuerza expresiva de los rubros adoptados.

Las autoridades judiciales que cuentan con la facultad de formar jurisprudencia aplicable a la materia electoral, de la obligatoriedad de esta, son en primer término, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

(TEPJF), con fundamento en los arts. 94 y 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los arts. 232 al 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. En este sentido, el párrafo octavo del art. 94 constitucional contempla que “La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación”. Asimismo, el art. 99 constitucional habla sobre la jurisprudencia electoral y el procedimiento relacionado con la fijación de la jurisprudencia.

Las salas regionales pueden establecer jurisprudencia con cinco sentencias no interrumpidas y ninguna en contrario, sostienen el mismo criterio de aplicación, interpretación e integración de una norma, siempre y cuando dicho criterio lo ratifique la Sala Superior del TEPJF; para ello la sala regional respectiva lo comunicará a la Sala Superior, a fin de que determine si procede fijar jurisprudencia.

La facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se establece en razón de lo expresado en el primer párrafo del art. 99 constitucional, que refiere: “El Tribunal Electoral será, con excepción de lo dispuesto en la frac. II del art. 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación”. Por lo que estamos en presencia de una excepción de la supremacía del TEPJF en su materia, la cual repercute en la jurisprudencia electoral, es decir, nos remitimos a la frac. II, del art. 105 constitucional, que dice: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución”. De manera que cuando en forma directa o al resolver en contradicción de criterios entre la establecido por la jurisprudencia sustentada por el TEPJF y que pueda ser contradictoria con una sostenida por las salas o el Pleno de la SCJN, cualquiera de los ministros, de las salas o las partes podrán denunciar la contradicción para que el Pleno de la SCJN, determine cuál criterio habrá de prevalecer en adelante. O bien, cuando alguna de las personas señaladas en la frac. II, del art. en comento, promuevan una acción de inconstitucionalidad, en tal caso, el criterio sustentado por la SCJN será obligatorio para el TEPJF, por lo que, en general, el único órgano facultado para interpretar la Constitución y dirimir controversias relativas a ella es la SCJN.

Los órganos encargados de impartir justicia electoral, y aun los administrativos de la materia, están obligados a acatar la jurisprudencia, excepto la SCJN. Ya hemos visto que tanto el TEPJF como la SCJN están facultados para emitir jurisprudencia electoral. Así pues, la jurisprudencia emitida por el Tribunal será obligatoria para los siguientes órganos:

- Sala Superior del TEPJF;
- Salas regionales del TEPJF;
- Instituto Federal Electoral;
- Autoridades electorales locales (tribunales, consejos, institutos, etcétera), y
- Colegios electorales.

A su vez, la jurisprudencia emitida por la SCJN será obligatoria para las salas del TEPJF, tanto la Superior como las regionales.

La jurisprudencia del Pleno de la SCJN será obligatoria para el TEPJF, cuando se refiera a la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los casos en que resulte exactamente aplicable.

Será obligatoria para las salas del TEPJF, la jurisprudencia que emite la SCJN, pero solo aquella establecida por el Pleno de la Corte, no así las de las salas, ni la de los tribunales colegiados de circuito, ya que el art. 94 de la Constitución remite que sea la ley secundaria la que fije los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación, por lo que debe estarse al art. 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Será obligatoria en todos los casos para la Sala Superior y para las salas regionales, la jurisprudencia dictada por el TEPJF, según el art. 233 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y para que resulte obligatoria se requiere la declaración formal de la Sala Superior, de conformidad con el último párrafo del art. 232 de la referida Ley Orgánica.

En materia electoral, el sistema de formación de la jurisprudencia por reiteración aparece por primera vez en 1991, a pesar de que el Tribunal de lo Contencioso Electoral, desde 1988, editó una obra que contenía los principales criterios sustentados por dicho órgano jurisdiccional; pues tal compilación, en una nota aclaratoria, sostuvo correctamente que dichos criterios solo tenían "...el propósito de ofrecer una información sistematizada de esos proveídos; ya que la normatividad legal que le es aplicable (artículo 60 de la Constitución Política y el Código Federal Electoral), no previene la integración de jurisprudencia en materia electoral".

A partir de 1996 este sistema incluye tanto a la Sala Superior, cuando en tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario sostenga el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de la norma, como a las salas regionales que en su caso debe sostenerse en cinco sentencias. Esta jurisprudencia no solo obliga a las salas del propio Tribunal, sino como se dijo anteriormente, a las autoridades electorales federales y locales.

El sistema de integración de jurisprudencia por reiteración requiere además de otro elemento indispensable, no basta la sola repetición del criterio en el número de veces ordenado por el legislador, sino que es necesario contar con la declaración formal de la Sala Superior para que el criterio de jurisprudencia resulte obligatorio, así lo sostiene a la letra el art. 232 último párrafo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. En otras materias, como el juicio de amparo, la jurisprudencia que deriva de este sistema resulta obligatoria aun sin que se haya redactado el texto, basta tan solo la existencia del quinto precedente en el mismo sentido.

El segundo sistema tradicional de integración de la jurisprudencia en materia electoral lo constituye el denominado por unificación.

Este sistema consiste en que una sola sentencia forma jurisprudencia; no se requiere de la reiteración o repetición del criterio contenido en ella, sino de que dicho fallo sea el que dirima una contradicción de tesis.

La regla general es que solo existe contradicción de tesis de jurisprudencia entre sí o de una tesis de jurisprudencia con una tesis aislada, emitidas por

salas diversas, pues si son emitidas por la misma sala no estaremos en presencia de una contradicción, sino de una interrupción de tesis. Sin embargo, en materia electoral este sistema por unificación acarrea ciertas excepciones a la regla general antes referida, pues la ley permite su procedencia aun entre criterios que ni son tesis de jurisprudencia, ni son tesis aisladas (ahora denominadas tesis relevantes), sino meras consideraciones en los fallos emitidos por dos o más salas regionales.

El citado art. 232, frac. II, de la Ley Orgánica, señala que la jurisprudencia del TEPJF será establecida cuando las salas regionales, en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma y la Sala Superior lo ratifique.

La Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral señala que para la resolución de los medios de impugnación, las normas se interpretarán conforme a los criterios: gramatical, sistemático y funcional. Y a falta de disposición, se aplicarán los principios generales del derecho, asimismo, contemplar la conservación de la libertad de decisión política y el derecho de autoorganización de los partidos políticos, respecto de las controversias internas de los partidos políticos sometidas a la jurisdicción del órgano jurisdiccional en materia electoral.

La interpretación que los tribunales hacen en materia electoral es por regla general de estricto derecho, dichas resoluciones se apegan con fidelidad al texto de las leyes, evitando así la aplicación de la ley de manera extensiva, ni la suplencia de la misma de manera genérica.

Sin embargo, las prescripciones constitucionales no gozan del mismo detalle del que cuenta una ley secundaria, existen principios abstractos y genéricos, por lo que los tribunales electorales desarrollan una interpretación constitucional, en la que no están constreñidos al texto de la norma constitucional, en razón de la imposibilidad de encontrar en la norma constitucional el detalle, singularidad y especificidad que podría encontrarse en la ley electoral. Por lo que en el caso de la interpretación constitucional, son los principios constitucionales de contenido electoral los que corresponde apreciar en cada caso y en su momento interpretar, para dotar de un contenido específico, ajustado al caso en análisis, al principio que se invoque para justificar la resolución.

Por tanto, la interpretación que desarrolla el TEPJF, y en general todos los tribunales electorales del país, no pueden tener la misma característica que la interpretación gramatical de la ley, ya que en el caso de la interpretación constitucional, son los principios los que deben ser apreciados por el juez, siempre con mayor liberalidad y amplitud de criterio, con la intención de potenciar los derechos políticos.

En razón de las múltiples reformas, adiciones y modificaciones o derogaciones que ha sufrido el texto constitucional, algunos de los principios establecidos en esta generan contradicción con otros inmersos de igual manera en el contenido de la misma, por lo que se debe ser cuidadoso cuando se habla de interpretación constitucional. De tal suerte que hay que hacer una interpretación integral de la Constitución, de manera sistemática, ponderando qué principios deben prevalecer cuando la Constitución nos muestre principios contradictorios.

El hecho de que el TEPJF sea un órgano de última instancia nos permite afirmar que lleva implícita la obligación de desempeñar las atribuciones

constitucionales y legales de la mejor manera. Es un reto del que depende la democracia y los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos y que solo se logrará a base de una interpretación constitucional extensiva, abierta, progresista, y que dé la pauta a los ciudadanos para hacer valer sus derechos.

La reforma constitucional de 2007 tomó en cuenta la convivencia y tesis relevantes del TEPJF, es decir, se encuentra íntimamente conectada con la jurisprudencia electoral más relevante expedida; dicho hecho es relevante puesto que finalmente la jurisprudencia representa la aplicación de la ley en casos concretos en problemas específicos cuya resolución la ley no contempló. La utilización de precedentes de tribunales internacionales dentro de la interpretación jurisdiccional es consecuencia derivada de la Constitución, que le otorga a los tratados internacionales fuerza de ley suprema de la unión; es por ello que las resoluciones de organismos creados por tratados internacionales, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen fuerza de precedente, como lo ha venido realizando el TEPJF. Sin embargo, la interpretación jurisdiccional no se debe limitar aquí; ampliar la consulta a resoluciones de tribunales constitucionales de otras latitudes, como la Corte Europea de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Estados Unidos, e incluso de la Suprema Corte de Canadá, proporcionan valiosos criterios orientadores, al ser innegable la actual globalización judicial que se vive; por tanto, es importante la atención a los criterios de otros órganos jurisdiccionales en materia de derechos civiles y políticos.

*Manuel González Oropeza*

#### 677. JURISPRUDENCIA POR RAZÓN FUNDADA

La Constitución de México se reformó el 31 de diciembre de 1994 para crear las acciones de inconstitucionalidad y fortalecer diversos aspectos de las controversias constitucionales; lo anterior dio lugar a que el 11 de mayo de 1995 se publicara la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución.

En estos mecanismos de control constitucional se prevé la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación declare la invalidez de una norma general con efectos *erga omnes*, y que esta invalidez se extienda a todas las normas que dependan de la norma invalidada.

Entre las innovaciones en estos mecanismos de control se encuentra la confección de un tercer sistema de conformación jurisprudencial, pues además de la jurisprudencia que establecen los órganos jurisdiccionales bajo los sistemas de reiteración y de unificación de criterios, se configuró la jurisprudencia por razón fundada.

El art. 43 de la ley mencionada dispone que las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, son obligatorias para las salas, plenos de circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, tanto federales como locales.

Si bien la ley reglamentaria no hace referencia expresa a la conformación de la “jurisprudencia” en estos procesos constitucionales, el hecho de que las razones contenidas en los considerandos se consideren como tal tiene sustento, entre otros preceptos, en el art. 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

de la Federación, el cual reconoce la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales federales emitan jurisprudencia en ejecutorias que pronuncien en asuntos distintos al juicio de amparo.

Lo anterior se robustece tomando en consideración que la esencia de la jurisprudencia subyace en el hecho de que un órgano jurisdiccional emita criterios vinculantes para otros órganos encargados de la impartición de justicia, situación que es regulada de dicha forma en el art. 43 de la Ley Reglamentaria citada.

Respecto de la jurisprudencia por razón fundada se tienen seis aspectos que determinan su existencia y obligatoriedad, como se aprecia a continuación:

— El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el único facultado para emitirla.

— Únicamente se puede configurar derivado de las sentencias que dicte en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.

— Se requiere un criterio para que se conforme.

— Se debe sustentar en las razones contenidas en los considerandos que fundan los resolutivos de las sentencias.

— Se requieren ocho votos de los ministros respecto del criterio que se aprueba.

— Es obligatoria para los órganos jurisdiccionales federales y locales.

Por último, debe replantearse si en efecto existe justificación para que el máximo órgano de impartición de justicia emita jurisprudencia en mecanismos de control de constitucionalidad de una forma compleja y de una forma simplificada; el primer supuesto bajo la Ley de Amparo por la reiteración de cinco precedentes, y el segundo supuesto, en el caso de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales, al requerirse un solo precedente.

*Mauricio Lara Guadarrama*

## 678. JURISPRUDENCIA POR REITERACIÓN DE CRITERIOS

Para abordar la voz compuesta “jurisprudencia por reiteración de criterios”, necesariamente debemos partir de la concepción jurídica de la jurisprudencia, entendida como la producción interpretativa y, en ciertos casos, como una función integradora ante la ausencia de normas (lo que no siempre es aceptado), que llevan a cabo los tribunales por un determinado número de veces, y cuya formación se encuentra generalmente a cargo de un órgano jurisdiccional de carácter superior.

En ese contexto, la jurisprudencia, acorde con distintos sistemas jurídicos, puede ser una fuente de derecho de mayor o menor importancia, cuya implementación y regulación en ocasiones alcanza el nivel constitucional, pero otras veces solamente está contemplada en normas generales secundarias. En el derecho anglosajón se considera a la jurisprudencia como una importante fuente jurídica, y algo semejante ocurre en países como México, en donde distinguidos doctrinarios le dan ese carácter, a pesar de que resulta obvio mencionar que los alcances y conformación son diversos.

La acumulación de precedentes en un mismo sentido, sin ninguna resolución en contrario, bajo determinadas circunstancias y condiciones, da lugar a la fijación de criterios firmes que pueden resultar obligatorios para órganos

judiciales de menor rango, como ocurre en el caso de España, Guatemala y México. La importancia y valor de la jurisprudencia por reiteración, radica, por supuesto, en que la forma de resolver determinados negocios judiciales es utilizada para fallar casos iguales o análogos en un mismo sentido. La uniformidad de criterios que se alcanza empata perfectamente con un objetivo central generalmente atribuido a la jurisprudencia, que es generar seguridad jurídica en los justiciables, aun cuando esta no se consigna de manera absoluta por el dinamismo interpretativo que pueden generar otros criterios por encima de los previamente establecidos.

Por supuesto, el origen de la jurisprudencia se encuentra justamente en las resoluciones o sentencias, pero sobre todo interesa el criterio en ellas contenido, que constituye lo que se conoce como precedente, que formalmente puede incluso ser redactado de manera independiente al fallo, pero siempre en estricto apego a lo considerado en él. Por sí mismo, en distintos países, el precedente llega a tener fuerza de vinculación moral, puesto que es, muchas veces, resultado de un trabajo jurisdiccional de un ente supremo al que se le supone con una importante autoridad y solvencia ética, y que por tanto se le dispensa respeto; sin embargo, ello no implica un acatamiento forzoso en sistemas jurídicos que contemplan el proceso de reiteración como fundante de la jurisprudencia. Bajo cualquier perspectiva, el precedente judicial, que en algunos lugares se conoce como tesis aislada o incluso tesis de ejecutoria, es un referente objetivo y valioso que tiene una gran utilidad para que los jueces y tribunales examinen el criterio que sustenta el precedente y resuelvan conforme a su arbitrio el caso concreto; se trata entonces al menos de una visión preliminar autorizada de cómo podría resolverse el asunto, sin que exista una sujeción absoluta al criterio que sustenta el indicado precedente, lo que incluso puede llegar a ser enriquecedor en el debate interpretativo y argumentativo que lleve a la autoridad jurisdiccional a una conclusión final.

Por otra parte, el número de precedentes que lleguen a fijar los legisladores o los órganos judiciales para formar jurisprudencia es un tema sumamente interesante que amerita algunos comentarios. Un primer punto que podría someterse a reflexión, tendría que ver con el número de precedentes que se pudiera estimar como el más conveniente para dar nacimiento a una jurisprudencia. Por muchos años, en el juicio de amparo mexicano, verbigracia, se ha establecido la formación de la jurisprudencia con motivo del pronunciamiento de cinco ejecutorias uniformes sin ninguna en contrario, de tal forma que la pregunta que podríamos formular es si ese número resulta o no el más adecuado o podría pensarse en un número mayor o menor. Al respecto, es muy importante tomar en cuenta, en principio, los efectos obligatorios que conlleva la emisión de una jurisprudencia, lo que a su vez nos conduce a ponderar si por razones de seguridad jurídica debe alargarse la espera de la fijación de un criterio mientras no se resuelvan un total de cinco asuntos, o bien, sería mejor reducir el número de reiteraciones a tres o quizás dos, como ocurre en España, con la finalidad de generar certidumbre en un lapso más corto en beneficio de los gobernados. Esta primera postura sería atendible justamente por lo positivo que resultaría contar con una directriz que en un menor tiempo generara certidumbre, pero en una postura de mayor apertura y prudencia, igualmente podrían proporcionarse buenas razones para considerar que el sometimiento de cinco asuntos a debate, y más aún si se

resuelve esa cantidad de asuntos en sesiones o audiencias distintas, permite una reflexión más profunda al órgano emisor del precedente, lo que pudiera generar que se aprecien otros panoramas metodológicos o puntos de vista disímbolos que no se hubieran tenido en cuenta al emitir el primer o primeros precedentes.

En un ángulo optimista, la jurisprudencia por acumulación o reiteración de criterios es un mecanismo jurídico que propicia un trabajo judicial de gran solidez en la consolidación de la doctrina judicial, que a su vez incide en la construcción de una consistente cultura jurídica derivada de la experiencia abrevada por los jueces y tribunales en su quehacer cotidiano, siempre bajo la condición de que los criterios obligatorios que resulten puedan ser modificados o abandonados si se encuentran razones suficientes.

Dicha condición esencial permitiría en todo momento generar nuevas respuestas judiciales para la solución de problemas que puedan resultar más justas y equitativas. De esa manera se rompería en todo momento la posibilidad de que se emitieran criterios únicos y definitivos, impidiendo la evolución del derecho.

La integración de la jurisprudencia en la forma a que nos hemos referido, asume la complejidad que existe en el fenómeno jurídico, pero busca empararlo con la realidad circundante en constante transformación.

A pesar de lo anterior, una crítica que pudiera hacerse a este sistema jurisprudencial, como a cualquier otro procedimiento del que emana jurisprudencia obligatoria, es el que con su implementación se inhiban las facultades creativas de los jueces y se obstruya su arbitrio judicial con el establecimiento de soluciones anticipadas.

*Walter Arellano Hobelsberger*

#### 679. JURISPRUDENCIA POR UNIFICACIÓN DE CRITERIOS

La unificación de criterios es una de las formas en que se puede integrar la jurisprudencia. El principio de contradicción, a virtud del cual se establece que dos cosas no pueden ser y dejar de ser al mismo tiempo, es lo que, de acuerdo con la lógica formal aristotélica, en principio justifica racionalmente la institución que se analiza, pero igualmente con la lógica no formal o dialéctica es posible explicar la importancia que tiene la unificación de criterios, ya que no resulta razonable que, en los mismos momento y espacio, existan dos o más criterios jurídicos formalmente válidos, en distintos sentidos, para resolver un mismo problema de hecho o de derecho.

La jurisprudencia por unificación de criterios o por contradicción, como también se le conoce, permite superar conflictos interpretativos que se suscitan entre dos o más tribunales de la misma o de diferente jerarquía, que en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales cotidianas sostienen puntos de opinión discrepantes, opuestos o contradictorios.

Es bien sabido que los precedentes interpretativos, ya sean o no vinculatorios, no están llamados a regir para siempre, lo que es implícita y explícitamente admitido en diversos sistemas jurídicos contemporáneos. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos de América existe una figura jurídica conocida como *overruling*, por medio de la cual se establece la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia deje sin efectos sus precedentes. Ahora bien, si se trata de tesis o precedentes aislados que entran en pugna, o de

criterios que ya integran jurisprudencia, o un precedente y una jurisprudencia opuestos, menos aún se justifica su permanencia y, en tal caso, no solo es posible, sino conveniente, que se busque una línea interpretativa que disuelva la oposición, para establecer cuál criterio debe prevalecer, o se dé lugar a la formación de uno nuevo, que puede ser distinto de los que se encontraban en contradicción.

Un sector de la doctrina especializada se refiere a la discrepancia de criterios como algo connatural a la labor jurisdiccional y no como un mal en sí mismo, o bien, como una incidencia que se considere negativa o indeseable, con lo cual convenimos enteramente, pues el derecho, por su propia naturaleza, y en especial porque la conducta humana que regula reviste un sinnúmero de matices y suelen existir varios caminos interpretativos en torno a las normas jurídicas, se abre a un muy fértil campo de opinión y debate. Es justo ello lo que nos lleva a considerar a nuestra disciplina científico social como una rama del saber humano de alta complejidad, que no previene respuestas únicas y definitivas. En otras palabras, las decisiones jurídicas que se lleguen a dar están impregnadas con frecuencia de un alto sentido de opinabilidad por la esencia misma del fenómeno jurídico, situación que justifica plenamente las posiciones antagónicas que en sus quehaceres cotidianos asumen los jueces y tribunales.

Es siempre muy atendible la idea de que las discrepancias interpretativas o integradoras se resuelvan por parte de un órgano judicial superior, que podrá ser la máxima instancia de justicia de un país, funcionando en pleno, a veces con votación calificada, fijando el criterio que debe prevalecer en un ámbito y momentos determinados, ya sea en materia de constitucionalidad o de exclusiva legalidad. Esta verticalidad genera mayor certidumbre en los gobernados, quienes estarán atentos al criterio que finalmente se llegue a tomar y que en lo sucesivo deberá regir su actuación, así como la de los jueces y tribunales.

Un problema natural en una decisión que unifica criterios jurisprudenciales, se refiere a si el nuevo criterio tendrá o no influencia en los asuntos ya decididos en uno u otro sentido. Al respecto, la solución que legisladores o los propios órganos jurisdiccionales han encontrado, es en el sentido de que el nuevo criterio surgido con motivo de la contradicción sometida a la potestad jurisdiccional no afecte situaciones jurídicas que hubieran sido decididas anteriormente. Esta solución tiene la bondad de ser respetuosa con la cosa juzgada, impidiéndose con ello que al dirimir un conflicto interpretativo se genere una segunda instancia o incluso una tercera.

En algunos sistemas normativos, como acontece en el caso del juicio de amparo en México, se considera a la uniformidad de criterios como una exigencia fundamental que pretende generar seguridad en el orden jurídico. Sin embargo, ha de reconocerse que no se trata de una seguridad jurídica absoluta, de carácter permanente y definitivo, pues la evolución interpretativa de la propia jurisprudencia, así como el dinamismo del fenómeno jurídico, puede legítimamente marcar pautas que a su vez conduzcan al abandono de los nuevos criterios de jurisprudencia originados, o bien a retomar posturas que se habían asumido anteriormente.

Los mecanismos o procedimientos que se pueden emplear para alcanzar la unidad interpretativa son muy diversos y comprenden múltiples cuestiones,

como los supuestos de su procedencia, los agentes, personas o entes legitimados para denunciar la contradicción de criterios, las autoridades jurisdiccionales que pueden sustentar criterios susceptibles de entrar en pugna, así como los alcances del criterio que llegue a surgir, y la vinculación u obligatoriedad de la jurisprudencia que dirima el conflicto interpretativo o integrador, sin desatender, por supuesto, los órganos jurisdiccionales que deben acatar el nuevo criterio que ha surgido.

En el caso mexicano, la jurisprudencia por contradicción ha sido muy prolífica, al grado que se le puede considerar como un factor trascendente en la evolución de la cultura jurídica. En un esfuerzo por ir perfeccionando sus procedimientos, la jurisprudencia ha establecido como exigencias para estimar la existencia de contradicción de criterios las siguientes: *a)* el examen de cuestiones jurídicas esencialmente iguales y la adopción de posiciones o criterios jurídicos discrepantes; *b)* la diferencia de criterios ha de presentarse en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de los fallos correspondientes, y *c)* los distintos criterios deben provenir del examen de los mismos elementos.

*Walter Arellano Hobelsberger*

#### 680. JUSTICIA CONSTITUCIONAL ELECTORAL

Es el sistema de protección de los principios constitucionales en materia electoral. Se integra por los medios de impugnación a cargo de órganos jurisdiccionales especializados. Este conjunto de medios jurídicos técnicos de impugnación o control de los actos, resoluciones y procedimientos electorales se substancian ante un órgano de naturaleza jurisdiccional para garantizar la regularidad constitucional de las elecciones, cuya principal finalidad es la protección y conservación de los principios constitucionales en materia electoral, entre los que se encuentran la certeza, la objetividad, la imparcialidad, la autenticidad, la transparencia y la libertad electoral.

En este sentido, la justicia electoral tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, en la transmisión y desempeño del poder; en la elección de los poderes Ejecutivo y Legislativo de la unión y de las entidades federativas, así como de los munícipes y otros funcionarios municipales; en el ejercicio de los derechos político-electorales de los ciudadanos; en el control de la constitucionalidad de las leyes electorales; así como en la definitividad e inatacabilidad de los actos realizados durante el proceso electoral.

Por ser de carácter especializado, los medios de control de la constitucionalidad en materia electoral se encuentran encomendados a tribunales constitucionales u órganos supremos del Poder Judicial. En México, la justicia constitucional electoral está a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y de los tribunales y salas electorales de las entidades federativas. Esto último considerando la corriente que sostiene que la justicia electoral es justicia constitucional, al fundar sus resoluciones en los principios constitucionales en materia electoral.

Debe señalarse que el Tribunal Electoral, a partir de su incorporación al Poder Judicial de la Federación, en 1996, ha asumido una postura más moderna en la interpretación y argumentación jurídica, propias de tribunales

constitucionales. Este tipo de argumentación se conjugó en un contexto en el que se necesitaba resolver eficazmente los conflictos, lo que obligó a quienes integraban el Tribunal a asumir una actitud creativa. Esta visión ha privilegiado, conforme a los principios constitucionales, los derechos políticos, postura que identifica el actuar institucional con el garantismo jurídico, y de hacer valer los principios constitucionales relacionados.

Esto se encuentra a tono con la idea de que la Constitución federal y las de los estados son las normas que establecen y determinan los principios electorales, por lo que los principios que rigen la materia electoral no se reducen únicamente al ámbito de la ley, sino que tienen además un evidente sustento en la Constitución, misma que establece principios que no son solo buenos deseos, pues no se puede concebir a la Constitución como un instrumento programático-político, sino como una norma jurídica, la ley fundamental. Así, resulta lógica la pretensión de que todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales, así como de los actores políticos, se sujeten a tales principios constitucionales. Ello sin obviar el contenido e interpretación de los instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano, de donde pueden extraerse también principios aplicables en la materia electoral.

La justicia constitucional electoral presenta dos aspectos: el control abstracto que se realiza a través de la acción de inconstitucionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y el concreto, desarrollado a través de los medios de impugnación reconocidos a los tribunales federal y locales en materia electoral. El primero se ocupa del control de leyes, mientras que el segundo sirve para revisar el ajuste constitucional de actos y resoluciones de las autoridades electorales.

Así, respecto al control de leyes electorales federales y locales, se reconoce como vía adecuada la acción de inconstitucionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Este mecanismo procesal tiene por objeto plantear la posible contradicción entre la norma electoral y la Constitución federal, exigiéndose que las normativas electorales deben promulgarse y publicarse noventa días antes del inicio del proceso electoral en que habrán de aplicarse, a efecto de que el órgano revisor tenga la oportunidad de pronunciarse sobre las mismas y se genere certeza sobre el marco jurídico aplicable. El fallo de inconstitucionalidad tiene como consecuencia la expulsión del sistema normativo de dicha norma contraventora de la Constitución.

En el caso de los actos y resoluciones, debe considerarse que se reconoce como principio la posibilidad de conservar los actos válidamente realizados; sin embargo, será el análisis jurisdiccional el que determine si se declara legal y constitucional la actuación sometida a escrutinio. A partir del contenido de la Constitución mexicana (art. 99), el legislador federal estableció en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, entre otros, los siguientes medios de justicia constitucional electoral:

*Recurso de apelación.* Sirve para combatir la generalidad de los actos o resoluciones del Instituto Federal Electoral, concretamente las resoluciones del Consejo General, Junta General Ejecutiva, presidente del Consejo General, órganos unipersonales del propio Instituto a nivel local o distrital, como vocales ejecutivos de las juntas locales o distritales, o los consejeros presidentes de los consejos locales o distritales.

*Juicio de inconformidad.* Se emplea para cuestionar la validez de una elección, la legalidad de los resultados asentados en las actas de cómputo; el otorgamiento de las constancias de mayoría y validez de la elección, en las elecciones de diputados, senadores y presidente de la República.

*Recurso de reconsideración.* Sirve para impugnar la determinación dictada por una sala regional que declara la validez de las elecciones de diputados y senadores en cada uno de los distritos uninominales y en cada una de las entidades federativas de su circunscripción emanada de un juicio de inconformidad.

*Juicio de revisión constitucional.* Se emplea para impugnar actos o resoluciones definitivas de autoridades competentes en las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver controversias que surjan de los mismos.

*Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.* Sirve para impugnar actos y resoluciones que violen los derechos de los ciudadanos a votar, ser votados, de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, así como para integrar órganos electorales.

La mayoría de las Constituciones y legislaciones procesales electorales en el ámbito local mexicano establecen similares instrumentos procesales, mismos que son del conocimiento de los tribunales y salas especializadas en la materia electoral. Aquí cabe señalar que la mayoría de los órganos electorales, administrativos y jurisdiccionales, tienen en la actualidad el carácter de permanentes.

En el mismo tenor, la Constitución mexicana otorga al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación la facultad de decidir sobre la no aplicación de leyes electorales contrarias a la Constitución, especialmente pensada para los casos en los que un ciudadano pretendiera impugnar la constitucionalidad de una norma electoral que le haya sido aplicada y que considera contraria a la ley suprema, toda vez que dicho ciudadano carece de legitimación procesal para ejercer la acción de inconstitucionalidad, limitándose dicha resolución únicamente al caso concreto sobre el que versa el juicio. Este mecanismo complementa el modelo donde la acción de inconstitucionalidad está limitada por la legitimación activa reconocida a determinados sujetos.

*David Cienfuegos Salgado*

## 681. JUSTICIA CONSTITUCIONAL LOCAL

Los ordenamientos jurídicos compuestos se caracterizan por integrar diversos órdenes normativos con ámbitos de validez determinados que encuentran plena racionalización en una norma fundamental. Regularmente cada uno de esos órdenes obtiene el fundamento de su validez en un texto constitucional, de forma tal que el orden jurídico nacional se desprende de una Constitución general, mientras que los ordenamientos jurídicos parciales dependen de Constituciones particulares que, a su vez, están sometidas a la observancia de los principios establecidos en la primera.

Esta doble dualidad constitucional es la premisa básica para entender la doble caracterización que adquiere la justicia constitucional. La aplicación vinculante de la Constitución nacional, llevada a cabo por tribunales ordinarios, o bien, por tribunales especializados, de manera concentrada o difusa, a través de específicos instrumentos procesales de tutela o bien de procesos jurisdiccionales ordinarios, representa el contenido de la noción “justicia constitu-

cional”. Sin embargo, en Estados que se caracterizan por su descentralización tanto política como jurídica, se ha desarrollado el concepto de “justicia constitucional local” para hacer referencia a la actividad de tutela de la Constitución estatal dentro de específicos ámbitos de actuación competencial, siempre que se lleve a cabo por jueces estatales ordinarios o especializados, en ejercicio de un control concentrado o difuso, y en el contexto de específicos procesos constitucionales, o bien, de procesos de carácter ordinario.

La experiencia comparada indica que la justicia constitucional local es un rasgo característico de países como Alemania, Argentina, Brasil y México, ya que derivado de su connotación de Estados federales han establecido tribunales constitucionales en sentido estricto o jurisdicciones constitucionales para el conocimiento de procesos específicos para la tutela de la constitución del *Länder*, del estado o de la entidad federativa, o han habilitado a sus jueces ordinarios para que al interior de cualquier proceso jurisdiccional realicen ejercicios de compatibilidad entre las disposiciones de derecho ordinario estatal y su Constitución.

Alemania destaca por que la justicia constitucional estatal se ejerce por tribunales constitucionales que existen en 16 de sus *Länder*, con excepción de Schleswig-Holstein, cuyas competencias se encuentran diversificadas, pero es común que se pronuncien sobre la constitucionalidad de las normas del *Land* vía recurso directo o de amparo, conflictos entre órganos constitucionales, control previo de constitucionalidad y contenciosos electorales. En Argentina, la principal experiencia de justicia constitucional local se encuentra fundamentalmente en Buenos Aires, a través del conocimiento de la acción declarativa de inconstitucionalidad que lleva a cabo el Tribunal Superior de Justicia. En Brasil, cada uno de sus 27 estados cuenta con una justicia constitucional estatal de carácter marcadamente concentrado a través de las acciones directas de inconstitucionalidad que pueden conocer los tribunales de justicia de cada entidad.

En México, la revalorización de las Constituciones estatales se produjo en el 2000, como consecuencia de la reforma integral de la Constitución del Estado de Veracruz. Más allá de su consideración como documento que da forma jurídica al poder estatal, el texto veracruzano se caracterizó por reivindicar su cualidad de norma jurídica vinculante mediante la instauración de un auténtico sistema de justicia constitucional local, que desde la propia Constitución abrió el espacio para especificar los órganos de garantía judicial del texto y el conjunto de instrumentos procesales bajo los cuales procedería la tutela constitucional. Esta experiencia se expandió rápidamente al interior del país, generando importantes reformas constitucionales en los estados de Coahuila, Guanajuato y Tlaxcala en 2001, Chiapas en 2002, Quintana Roo en 2003, Nuevo León y el Estado de México en 2004, Querétaro en 2008, Nayarit en 2009 y Oaxaca en 2011.

Las entidades federativas aludidas se caracterizan esencialmente por haber creado jurisdicciones constitucionales de tipo concentrado —el único caso de un sistema mixto, concentrado y difuso, es el de Coahuila— que habilitan al Tribunal Constitucional (Chiapas), al Pleno del Tribunal Superior de Justicia (Veracruz, Coahuila, Guanajuato, Quintana Roo, Tlaxcala, Nuevo León y Oaxaca), a la Sala Constitucional (Veracruz, Quintana Roo, Estado de México, Nayarit y Querétaro), o a dos de estos órganos (el Pleno y la Sala

Constitucional en Veracruz y Quintana Roo) a llevar a cabo el control de la constitucionalidad.

El conjunto de procesos y procedimientos constitucionales a través de los cuales se lleva a cabo dicho control incorpora inicialmente a las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, presentes en todos y cada uno de los estados referidos; los juicios de tutela de los derechos fundamentales se reconocen en Veracruz, Tlaxcala, Nayarit, Oaxaca y Querétaro; las acciones por omisión legislativa se encuentran en Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Querétaro y Coahuila; las cuestiones de inconstitucionalidad están en Veracruz, Chiapas y Oaxaca; el control previo de constitucionalidad únicamente se estipula en Oaxaca; el juicio de protección de intereses difusos o colectivos solamente aparece en Querétaro, y el recurso sobre los actos del Ministerio Público que vulneren derechos está presente en Veracruz y Quintana Roo.

Las demás entidades federativas del país se caracterizan por establecer como reminiscencia histórica la figura de la controversia constitucional y conceder su substanciación al tribunal superior de justicia correspondiente. Este proceso constitucional no se encuentra regulado legislativamente y, además, prácticamente no es utilizado como mecanismo de resolución de conflictos entre órganos del estado o niveles del gobierno local. La figura aparece en Colima, Durango, Guerrero, Morelos y Zacatecas.

Sin embargo, el punto de inflexión que para el sistema jurídico mexicano ha significado la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla* de noviembre de 2009, la trascendente reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, y los expedientes *varios* 489/2010 de septiembre de 2010 y 912/2010 de julio de 2011, resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han derivado en el reconocimiento de que todos los jueces del país son ahora “jueces constitucionales y convencionales”, habilitados para realizar un examen de compatibilidad, con efectos vinculantes, entre actos y disposiciones normativas internas y un parámetro de control conformado fundamentalmente por los derechos contenidos en la Constitución general de la República y los tratados internacionales, con la consecuente inaplicación o declaración de invalidez de conformidad con las competencias que cada uno tenga atribuidas.

La distinción entre juez federal y juez estatal no es relevante para adquirir la connotación de juez constitucional. Sobre las espaldas de todos los jueces, sin importar jerarquía, materia, grado, competencia o instrumento de tutela procesal, recae la exigibilidad de los derechos fundamentales reconocidos en un parámetro que se desdobra en varios niveles, y donde el criterio distintivo fundamental recae en la habilitación para expulsar normas del ordenamiento jurídico o únicamente para inaplicarlas.

En este sentido, el sistema de justicia constitucional local tiene una vertiente concentrada allí donde es un juez especializado el que ejerce el control al interior de determinados instrumentos de tutela constitucional, y una renovada vertiente difusa que obliga a todos los jueces locales a realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* bajo un doble parámetro de constitucionalidad, conformado por la Constitución general de la República y la particular de la correspondiente entidad federativa.

*César Astudillo*

## 682. JUSTICIA CONSTITUCIONAL (MODELOS)

Un modelo reagrupa, con una forma ordenada, un cierto número de datos dispersos a fin de darles una coherencia. El uso de modelos permite, por un lado, establecer una coherencia en el interior de cada uno de los sistemas jurídicos nacionales, y por otro, clasificar entre ellos, de manera racional, los diversos elementos comparados, con el resultado de facilitar la utilización de los datos.

Un modelo puede entenderse como *Rechtstypus* (tipo jurídico), individualizado a través de la comparación y que, por ende, porta consigo características comunes de un conjunto de ordenamientos; o bien como *Rechtsideal* (tipo ideal o ideal jurídico), es decir, como aquel modelo que responde a algunos arquetipos ideales o a “lo que debe ser”: un modelo teórico, abstracto y externo al derecho positivo. En otras palabras, es un modelo que no describe esta o aquella realidad jurídica, elevándola a prototipo o modelo ejemplar. Su utilidad, por lo tanto, está en ofrecer al comparatista un parámetro de referencia con base en el cual expresar sus propias evaluaciones críticas sobre los términos de la comparación (*comparatum* y *comparandum*), llegando así *al juicio comparativo*. Representa, al mismo tiempo, un parámetro de evaluación preliminar de las condiciones de homogeneidad entre los términos de la comparación. De hecho, el cotejo de las reglas o las instituciones que hay que comparar con el modelo asumido como parámetro, evidencia la subsistencia o no de las condiciones de la comparación.

El uso del término “modelo” se entiende como una especie de representación sintética de fenómenos de la realidad, en combinación con la idea de “forma ejemplar” y, por tanto, algo digno de imitarse.

En el campo de la justicia constitucional, la teoría de los modelos es objeto de crítica porque la realidad es tan variada, y las soluciones prácticas tan distintas, que intentar adscribir un sistema a uno u otro modelo parece casi imposible (Tusseau). Los modelos —afirma esta teoría— son platónicos, ideales, no tienen correspondencia con la realidad. Mejor partir de esta última, y reconstruir las clases.

Sin embargo, como la luz de una supernova ardiente permanece visible, en la distancia, por millones de años, así las reconstrucciones doctrinales y los modelos por ellas creados, continúan produciendo efectos incluso en los “formantes” dinámicos (legislación y jurisprudencia), y sobre todo también en el mismo “formante” doctrinal.

Así, muchos autores siguen haciendo referencia a los arquetipos clásicos: el modelo norteamericano, forjado en *Marbury vs. Madison* en 1803, y el modelo austríaco-kelseniano de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

No obstante, proponiendo nuevas clasificaciones, sobre todo hibridando los dos modelos clásicos, se construyen nuevos modelos teóricos en donde encuadrar las nuevas experiencias: *modelos de referencia* que actúen como *tertium comparationis* en el cotejo entre *comparatum* (lo que viene comparado) y *comparandum* (lo que se debe comparar). Se trata, en palabras más simples, de la “idea” de lo que se une, frente a la búsqueda de lo que divide.

Junto a las clasificaciones, la doctrina ha propuesto modelos, cuyo éxito, sin embargo, no ha logrado la fama de los modelos clásicos, derivados de una experiencia concreta (Francia, Estados Unidos, Austria). Por ejemplo, solo pocos están convencidos de que exista un “modelo europeo”, incluyente Francia como Austria (arquetipo de 1920), Alemania e Italia, y tal vez otras

experiencias; igualmente, no todos comparten la idea de un “modelo latinoamericano”, siendo hoy el mapa de la justicia constitucional en América Latina muy variado, aunque la ruta sea en la dirección de una concentración del control. Tampoco existe un “modelo socialista” (este sería un “non-modelo”).

En el derecho constitucional comparado, la existencia de “modelos” que se configuran como *formas ejemplares* postula de por sí la difusión de los modelos mismos. Lo que explica por qué solo las fórmulas que impliquen la existencia de un ejemplar que opera como emblema de cada clase han sido objeto de imitación.

Así ha circulado el modelo “difuso”, identificado en el sistema estadounidense (sobre todo en el ex-*Commonwealth*, desde Canadá a África a Asia y a Oceanía), aunque la difusión represente solo una de las características principales, pero no exclusiva, del *sistema de judicial review*; igualmente se ha propagado la idea de control concentrado según el esquema propuesto por Kelsen (particularmente en Europa, pero no solo ahí), y el “modelo preventivo” francés (en las excolonias). Después de la gran hibridación propuesta por Alemania e Italia, posterior a la Segunda Guerra Mundial, el modelo más difundido es el llamado “modelo incidental”. Finalmente, en Iberoamérica, se ha extendido la idea de introducir al lado del control difuso un control concentrado (en salas o tribunales *ad hoc*).

Se trata de elementos característicos de cada sistema-*leader* que se han propagado, en los primeros casos, en virtud del prestigio de los países exportadores, en el caso de Francia en virtud de influjos no solo jurídicos, y en el caso de América Latina debido a los éxitos favorables de las primeras experiencias.

La divulgación de los modelos jurídicos por imitación implica afinidad de condiciones culturales, ambientales, sociales, económicas y jurídicas. Lo que no ha impedido al modelo estadounidense de control difuso afirmarse en América Latina, aunque falte aquí una condición básica del mismo: la eficacia vinculante o “persuasiva” del precedente judicial.

De un modelo puede difundirse solo una parte: por ejemplo, la idea de que la dicotomía entre sentencias estimatorias y desestimatorias, teorizada por Kelsen, no tenía sentido en la realidad ha circulado inmediatamente; en cambio, se ha extendido la idea de que las cortes y tribunales constitucionales podían introducir sentencias “intermedias”: interpretativas, creativas, “monitorias”, entre otras.

**Lucio Pegoraro**  
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

### 683. JUSTICIA CONSTITUCIONAL (TIPOLOGÍA)

No existe por naturaleza ninguna tipología de justicia constitucional, sino solo clases forjadas por la doctrina constitucionalista y sobre todo comparatista, tomando en cuenta los modelos cada vez individualizados en la experiencia histórica, o contruidos a partir de la búsqueda de un elemento unificador, y llegando a la propuesta de un tipo ideal.

Tampoco existe ninguna diferencia, salvo léxica, entre “jurisdicción constitucional” y “justicia constitucional”. Las dos expresiones definen el mismo objeto, ni más ni menos como “carro” y “coche” definen el mismo referente en España y Latinoamérica. Solo aludiendo a la disciplina científica (entonces

no a un fenómeno del mundo jurídico, de las normas, sino al “formante” —es decir, cada elemento constitutivo del derecho— doctrinal), también el “derecho procesal constitucional” define el mismo objeto.

Definir la tipología de la justicia constitucional significa definir la tipología de la jurisdicción constitucional; igualmente, definir la tipología de la justicia (o jurisdicción) constitucional significa explicar sus clasificaciones (y modelos).

Hay, sin embargo, una diferencia entre modelos y sistemas. Cada país tiene (salvo excepciones, como Reino Unido) un sistema de justicia constitucional, pero solo en pocos casos se puede hablar de “modelos”.

En su obra de construcción de clases taxonómicas, la doctrina comparatista ha propuesto soluciones divergentes, aunque la clasificación más plausible hace referencia a una primera distinción entre justicia constitucional política y justicia constitucional jurisdiccional (en este sentido, hay diferencia entre las dos expresiones, siendo el término “justicia” más amplio).

A la primera clase pertenecería el sistema francés, cuando menos hasta: *a)* la incorporación al *bloc de constitutionnalité*, por parte del *Conseil constitutionnel*, del preámbulo de la Constitución, de modo que de mero controlador de las esferas de competencias delineadas en el texto del 58 (y, en particular, de guardián del predominio gubernativo), el *Conseil constitutionnel* pasó a transformarse en juez pleno de la constitucionalidad de las leyes, también en relación con la violación de los derechos y de las libertades; *b)* la aprobación de la Ley constitucional de 29 de octubre de 1974, por la cual el poder de acudir al *Conseil* se adjudicó también a sesenta diputados o a sesenta senadores; de manera que las minorías parlamentarias, valiéndose desde el día siguiente de la introducción de la *saisine parlementaire* de la posibilidad de interponer una cuestión de constitucionalidad al *Conseil constitutionnel*, contribuyeron a un inusitado crecimiento cuantitativo y cualitativo del control de legalidad de las leyes; *c)* finalmente, a la Ley que introdujo en el 2008 la *question de constitutionnalité*, transformando el francés en un verdadero sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad de las leyes.

A la misma categoría pertenecen además no tanto sistemas, sino modalidades de control preventivo, que se encuentran en muchos ordenamientos, cuando el presidente de la República u otros órganos constitucionales pueden solicitar un examen por parte de la Corte (Irlanda, Portugal, Chipre, Hungría, Rumanía, etcétera). Formas de control político se encontraban incluso en algunos países del socialismo, como Yugoslavia. Hay también que recordar formas anómalas, como el control de las comisiones parlamentarias sobre la legitimidad constitucional de decretos-leyes (Italia), y el control de la constitucionalidad de la ley por parte del presidente de la República en sede de promulgación (veto, reenvío).

A la categoría de la justicia constitucional *jurisdiccional* pertenecen todos los demás sistemas, sean los inspirados en el modelo estadounidense (difuso y concreto), o los que, siendo del *civil law*, sin imitar a Estados Unidos, son difusos y concretos (Norte de Europa, Grecia), sean los sistemas prevalentemente (pero no exclusivamente) caracterizados por ser concentrados y concretos (el alemán, el italiano y muchos países imitadores del Este de Europa, de la ex-URSS, de las ex colonias francesas, y ahora Francia); sean finalmente los que utilizan al lado del control difuso el control concentrado (Portugal, Rusia, África del Sur, muchos Estados latinoamericanos). Faltan los tributarios de la

*Verfassungsgerichtsbarkeit* de matriz kelseniana, siendo este modelo puro regresivo. Ningún país está caracterizado por confiar solo al recurso directo frente a un tribunal constitucional la protección de la Constitución.

Lo que parece evidente es que la justicia constitucional representa un formidable laboratorio de soluciones empíricas y de adopción de modelos parciales. Los paradigmas clásicos (por ejemplo, donde falta el valor vinculante del precedente, el modelo difuso no puede funcionar, como imaginaba Cappelletti, o donde la doctrina tradicional de la división de poderes lo impide, nunca el Parlamento podría ser controlado por los jueces) se desmienten cada día. Cada país añade al lado de una modalidad prevalente de control de la ley, una o dos o muchas más. Concreción y abstracción, recurso e incidente, eficacia declarativa y constitutiva, efectos *erga omnes* e *inter partes*, conviven casi siempre, se adaptan, generalmente ampliando el poder de las cortes y tribunales cuales guardianes de la Constitución.

**Lucio Pegoraro**  
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

#### 684. JUSTICIA ELECTORAL

A imagen y semejanza de lo acontecido en el origen y desarrollo del denominado “contencioso administrativo”, que surgió en el Estado moderno de manera “prudente”, casi desapercibida en cuanto a su contenido y trascendencia futura, o incluso como una gracia o concesión del emperador, rey o monarca y que, a partir de un auténtico principio de división de poderes, se ha considerado como un caso de “justicia delegada” por el Poder Ejecutivo, la cual se ha impartido bajo el rubro de “justicia administrativa”, por conducto de los tribunales administrativos y que en el derecho del presente se identifica, adecuadamente, como “derecho procesal administrativo”. Así ha sucedido en el ámbito del derecho electoral mexicano, en cuyo contexto, desde su origen, con la Constitución de Cádiz de 1812, se ha previsto y practicado un sistema de recursos electorales de tipo “administrativo”, es decir, procedentes, tramitados y resueltos, como en el derecho administrativo; por regla, en beneficio de los ciudadanos y candidatos a un cargo de representación popular y, en el derecho moderno, a favor de los partidos políticos, principalmente, a fin de impugnar la votación recibida en las mesas directivas de casilla o bien una elección en su conjunto, así como los resultados obtenidos en las elecciones populares.

Igualmente, los recursos electorales han tenido por objeto controvertir la legalidad y validez de los actos, resoluciones y procedimientos de los órganos de autoridad electoral.

Sin embargo, a partir de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en diciembre de 1986 y de la expedición del Código Federal Electoral en febrero de 1987, que instituyeron al Tribunal de lo Contencioso Electoral (TCE), en el contexto del derecho electoral mexicano, teórico y práctico, e igual en la praxis política, se empezó a hablar de la “justicia electoral”, en términos generales, es decir, abarcando todos los recursos previstos en la legislación electoral ordinaria, tanto los procedentes ante los organismos electorales, encargados de preparar y llevar a cabo las elecciones populares, como los medios de impugnación jurisdiccional, que eran competencia del novedoso TCE federal.

No obstante, como la expresión “impartir justicia” se orienta más a identificar, específicamente, a la actividad que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales en todo Estado de derecho y, en este particular, a la función estatal asignada a los tribunales electorales (justicia electoral), con el transcurso del tiempo se ha tratado de adecuar el título a su contenido; por ende, se ha identificado al conjunto de juicios y recursos electorales, tanto administrativos como jurisdiccionales, con la expresión genérica “sistema de medios de impugnación”, la cual ha dado título, indebido, por redundante, extenso y asistemático, a las leyes procesales, federal y locales, vigentes en la materia.

Así, el legislador federal ordinario, en noviembre de 1996, expidió el vigente código o ley procesal electoral, bajo el título de Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, la cual fue actualizada con el Decreto legislativo de reformas, adiciones y derogaciones, publicado oficialmente en julio de 2008, para adecuarla al Decreto de reformas a la CPEUM, expedido por el poder revisor permanente de la Constitución, en noviembre de 2007.

En la actualidad, usar la expresión “justicia electoral” como sinónima de “derecho procesal electoral” es un desacierto en México, porque en el presente, en esas dos palabras se encierra un contenido demasiado amplio, complejo y variado, que no se reduce a la ya en sí misma trascendente función jurisdiccional del Estado, consistente en dirimir, mediante la aplicación del derecho, las controversias de trascendencia jurídica (litigios) emergentes, de manera inmediata y directa o solo mediata e indirecta, de los procedimientos electorales llevados a cabo para la renovación periódica de los depositarios del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, tanto federal como local, así como de los integrantes de los ayuntamientos de los estados y de los correlativos depositarios del poder público en el Distrito Federal y sus demarcaciones territoriales.

La frase “justicia electoral”, ahora, abarca todas las vías, constitucional y legalmente establecidas, para garantizar que todos los procedimientos, actos y resoluciones electorales se ajusten, invariablemente, al principio de legalidad *lato sensu*, es decir, al principio de constitucionalidad y al de legalidad *stricto sensu*.

El vocablo “todos” comprende la actuación de la totalidad de los sujetos de derecho electoral, con y sin personalidad jurídica, sean gobernados o autoridades, electorales y no electorales, administrativas, legislativas o jurisdiccionales, siempre que su actuación, activa u omisiva, tenga efectos jurídicos en materia electoral.

En resumen, la frase “justicia electoral”, actualmente, tiene una connotación demasiado amplia, porque incluye al: 1) derecho procesal electoral, orgánico y dinámico, relativo a todos los juicios y recursos jurisdiccionales electorales; 2) derecho procedimental electoral, es decir, el que tiene por objeto a los recursos electorales de naturaleza administrativa, contra las autoridades y los partidos políticos; 3) derecho procesal constitucional, en cuanto a la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para impugnar leyes electorales, federales y locales, consideradas contrarias a la CPEUM; 4) derecho penal electoral, correspondiente a la tipificación de determinadas conductas como delitos electorales, federales y del fuero común; 5) derecho procesal penal electoral, que tiene por objeto al proceso, juicio o

causa, con motivo de la comisión de delitos electorales; 6) derecho administrativo sancionador electoral, que tiene por objeto las conductas electorales ilícitas, tipificadas y sancionadas como infracciones administrativas electorales, así como las reglas jurídicas sobre la denuncia o queja y el procedimiento para tramitar y dictar resolución; finalmente, se puede incluir al 7) derecho procesal laboral electoral, que comprende los juicios y recursos, administrativos y jurisdiccionales, a favor de los servidores públicos del Instituto Federal Electoral y del TEPJF, para dirimir las diferencias y/o controversias que surgen con motivo de la correspondiente relación laboral.

Recientemente, en países como Chile, Ecuador, Perú y República Dominicana, donde se han instituido tribunales electorales similares al de México, se empieza a usar la voz derecho procesal electoral y, como sinónima, la dicción “justicia electoral”; sin embargo, es necesario hacer la correspondiente conceptualización, clasificación y sistematización, en beneficio de la ciencia jurídica y del Estado de derecho democrático.

*Flavio Galván Rivera*

### 685. JUSTICIA MAYOR

En la Edad Media existe un precedente del juez constitucional y del juez convencional: el justicia mayor, quien al conocer y resolver los procesos forales aragoneses (los de mayor arraigo eran de manifestación de personas, de inventario, de jurisfirma o firma de derecho, y de aprehensión), “amparaba” a las personas y a sus bienes en contra de los actos excesivos y arbitrarios de la autoridad real y eclesiástica, que constituían contrafuero (parangón de los actos inconstitucionales) en perjuicio de los mismos, asegurándose este funcionamiento del cumplimiento de los privilegios de los habitantes de la ciudad, la organización política, y, en general, el derecho de la misma (en el que preponderaron las costumbres locales), todo ello estatuido, por ejemplo, en un alto ordenamiento, como lo fue el Privilegio General, otorgado por Pedro III, en 1283, y elevado a la condición de fuero por Pedro IV, en 1348, el cual ha sido comparado con la Carta Magna inglesa.

En el Reino de Aragón el justicia mayor era juez supremo. Ejercía elevadísimas funciones, era el último intérprete de las leyes, conocía de las causas del rey, era considerado como un baluarte contra la opresión, pues él, en caso de duda, decidía si eran conformes a las leyes los decretos u órdenes reales, y si debían en consecuencia ejecutar o no; él amparaba a los particulares cuando contra ellos o sus bienes se cometía algún atentado o se temía que se cometiese por las autoridades; y contra sus fallos, que debían obedecerse en todo el reino, no prevalecían ni las órdenes del soberano. Así habían llegado los aragoneses a asegurar sus derechos naturales.

La finalidad funcional del justicia mayor de Aragón (juez que también existió en el Reino de Castilla), que implicó al mismo tiempo la causa de su creación, se precisó en el *Pacto de Sobrarbe*, en cuyo punto V se disponía: “Para que nuestras libertades no padezcan detrimento ni daño, habrá: juez medio sobre el Rey y sus súbditos, a quien sea lícito apelar el que recibiere agravio, o de los que recibiese la República o sus leyes, para su remedio”.

El justicia mayor de Aragón tuvo dos tipos de facultades: unas de índole político y otras de naturaleza estrictamente jurisdiccional. En relación con estas últimas, realizaba funciones de juez medio entre el rey y sus vasallos, como

se estableció en el Fuero de Sobrarbe, y se encargaba de resolver los procesos forales aragoneses, precedentes de los procesos constitucionales.

Debido a la abundante demanda de sus funciones, se le autorizó en 1348 para que nombrase un lugarteniente, quien le auxilió en sus labores, autorización que se extendió posteriormente a dos en 1352, los cuales desde 1461 fueron designados por insaculación de la bolsa formada con este objeto por los diputados del reino. En 1592, las Cortes de Zaragoza aumentaron a cinco el número de lugartenientes. La agrupación de estos funcionarios se denominó *justiciaazgo*.

Si bien la figura del justicia mayor nació a finales del siglo XII e inicios del XIII, es decir, a mitad de la Edad Media, su esfera tutelar de mayor desarrollo fue en los siglos XIV a XVI (1436 a 1520), especialmente al sustanciar el proceso foral de manifestación de personas. Desde esta perspectiva, el justicia mayor tenía como función más importante y prestigiosa el recordar a quienes gobernaban que las leyes las debían de cumplir todos, empezando por el que las promulgaba. Así, ya en el juramento de los reyes de Aragón decía: “Te hacemos Rey si cumples nuestros Fueros y los haces cumplir, si no, no”. Se infiere que el justicia mayor constituye un precedente del amparo, en cuanto a la categoría procesal de la *jurisdicción*, así como un antecedente de los jueces constitucionales y convencionales contemporáneos, por ser el guardián e intérprete del sistema jurídico español de la Edad Media.

La aparición de la inamovilidad de este juez supremo (garantía de la independencia judicial entonces y ahora, objeto de estudio del derecho constitucional procesal), y en consecuencia de la irrenunciabilidad del cargo, causó su fortaleza pero también trastornos. Mas la inamovilidad requirió a su vez de otra garantía: la de la inviolabilidad de la persona. Problema conexo con el de responsabilidad del justicia y sus lugartenientes, que fue abordado en el fuero de 1436, esto es, el justiciaazgo se robusteció al establecerse que solo el conjunto de las Cortes y el rey podía hacerlo responsable.

Cabe destacar que el justicia mayor sufrió diversos avatares por defender las leyes y soportó represalias transcendentales en diversos momentos de la historia, y en específico cuando en las Cortes de Tarazona, de 1592, se establece que el cargo de justicia dejaba de ser inamovible y podía ser proveído el cargo por el rey. De suerte que, el justiciaazgo quedó mermado y a merced del soberano español, acontecer que se ejemplificó con la orden de ejecución del último verdadero justicia, don Juan de Lanuza. La desaparición del justiciago se confirma con la expedición de los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, en 1707.

*Juan Rivera Hernández*

## 686. JUSTICIA RESTAURATIVA

La justicia restaurativa puede entenderse como una apuesta por la resolución de conflictos a través de un proceso integral y amplio de justicia que involucra a la comunidad, al ofensor y a la víctima. Esta forma de resolver conflictos es diferente a la tradicional (retributiva) y, generalmente, ocurre a partir de diálogos, acciones e instancias dirigidas a restaurar las relaciones afectadas por el conflicto.

En general, puede entenderse como un modelo alternativo al retributivo en la forma de enfrentar la criminalidad, por cuanto pretende, entre otros

fin: *i)* generar diálogos entre víctima, ofensor y comunidad mediante la reparación y el reconocimiento de responsabilidad —y eventualmente la reconciliación—; *ii)* superar el castigo y privilegiar las herramientas pedagógicas y reparadoras; *iii)* satisfacer adecuadamente los intereses de las víctimas, y *iv)* entender a los infractores como sujetos de derechos que deben ser objeto de mayor inclusión social (Vázquez, 2015).

Dado que su objetivo es convertirse en un modelo comprensivo de tramitar los conflictos, la justicia restaurativa se expresa a partir de estrategias, programas y medidas. Al respecto, la resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas contiene las siguientes definiciones que ayudan a distinguir sus componentes: *a) programa de justicia restaurativa*: todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos; *b) proceso restaurativo*: todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otros miembros de la comunidad afectados, participen conjuntamente en la resolución de cuestiones derivadas del delito, y *c) resultado restaurativo*: acuerdo alcanzado tras un proceso restaurativo, el cual puede incluir respuestas y programas como reparación, restitución y servicio a la comunidad, encaminados a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.

Ahora, la justicia restaurativa requiere diálogo entre ofensor y víctima, aunque esto no necesariamente tenga que ser cara a cara, sino que puede involucrar algunos niveles de mediación. De esa manera ocurren los diálogos restaurativos, que se contraponen a los típicos monólogos de los procesos judiciales, donde las partes están focalizadas en su litigio y donde los más afectados e involucrados (víctimas-ofensores) no encuentran un espacio para hablar entre sí. Los procesos dialógicos son dinámicos y relacionales, y cada una de las partes puede ir modificando su narrativa en respuesta a la rendición de cuentas de los otros. Al contrario del proceso dialéctico, en el diálogo restaurativo las investigaciones no están persiguiendo una verdad inequívoca que triunfa sobre las demás. Tampoco requieren de una síntesis de las narrativas en conflicto o de una narrativa victoriosa que subordine a las demás (Cunneen y Hoyle, 2010).

Otra noción es la de las prácticas restaurativas, asociadas a las declaraciones de las víctimas dentro del proceso, las reparaciones, los servicios comunitarios, otras formas de compensación y otros tipos de prácticas no dialógicas (Cunneen y Hoyle, 2010). Estas actividades están motivadas por *objetivos restaurativos*, como la dignificación de la víctima y la restauración del ofensor; sin embargo, en muchas ocasiones no proveen un mecanismo para el diálogo entre la víctima y el ofensor.

#### *Características.*

<i>Modelo retributivo</i>	<i>Modelo restaurativo</i>
Delito es la <i>infracción a la norma penal</i> del Estado.	Delito es la acción que causa <i>daño</i> a personas y comunidades.
Se centra en la <i>culpabilidad</i> , mirando al pasado.	Se centra en la <i>solución del problema</i> y obligaciones, mirando al futuro.

<i>Modelo retributivo</i>	<i>Modelo restaurativo</i>
Rol meramente procesal del reconocimiento de responsabilidad.	Rol fundamental del <i>reconocimiento de responsabilidad /responsabilización</i> como punto de partida para el diálogo restaurativo y la reparación.
Reconoce una relación de <i>adversarios</i> en un proceso normativo legal.	Establece un <i>diálogo</i> para definir una sanción o medida restaurativa.
El <i>castigo</i> es la consecuencia natural que también conlleva o pretende la prevención en general y especial. Restablece el equilibrio roto por la ofensa.	La solución del conflicto radica en la <i>reparación</i> como un medio para <i>restaurar</i> a la víctima, ofensor y comunidad.
El delito se percibe como un <i>conflicto entre el ofensor y el Estado</i> . Se menosprecia su dimensión interpersonal y conflictiva. Si bien en algunos casos se imponen penas más severas cuando las víctimas pertenecen a ciertos grupos, por regla general, al valorar algunas dimensiones del conflicto ocurrido, se menosprecia las particularidades de las personas involucradas (incluida su diversidad o pertenencia a grupos de especial protección) y se infravalora el contexto en el que se circunscribe la violencia ocurrida.	El delito se reconoce como un <i>conflicto interpersonal</i> , desarrollado en un contexto determinado —se devuelve el conflicto a sus protagonistas, no se lo apropia el Estado (Christie, 1977)—. Lo anterior involucra la comprensión de las esferas emocional, cultural y social, tanto del ofensor como de la víctima. Importante rol del <i>enfoque diferencial</i> .
El daño que padece el sujeto pasivo del delito se compensa causando un <i>daño</i> al ofensor.	Pretende lograr la <i>restauración/reparación</i> del daño <i>individual y colectivo</i> . Especial valor de la <i>dignificación</i> , tanto de la víctima como del ofensor. La <i>reparación</i> juega un papel crucial para la <i>prevención</i> y <i>garantías de no repetición</i> de los daños.
Se margina a la comunidad y a las víctimas y se ubica abstractamente en el <i>Estado</i> .	La <i>comunidad</i> opera como catalizadora del proceso restaurativo. Actúa como soporte y como veedora.
Protagonismo de las <i>partes procesales</i> . Participación formal/procesal de la víctima.	Protagonismo de la <i>participación plena</i> de la víctima según su voluntad y sus derechos. Participación de otros actores, como las familias de la víctima y del ofensor.
<i>Papel pasivo</i> del ofensor. La sanción es la reacción del Estado contra el ofensor.	<i>Papel activo</i> del ofensor. Se reconoce el papel de la víctima y el ofensor en el delito y su solución.

<i>Modelo retributivo</i>	<i>Modelo restaurativo</i>
El delito se define al tenor de la <i>formulación legal</i> , sin tomar en consideración las dimensiones sociales, económicas, políticas.	El delito se entiende en todo su <i>contexto</i> .
El <i>estigma</i> del delito es imborrable.	El estigma del delito puede borrarse por la acción reparadora/restauradora. La actuación de todos los actores busca no estigmatizar al ofensor y, por el contrario, abrir las puertas a la dignificación y al diálogo. El delito representa también una oportunidad para pensar en qué estamos fallando como sociedad.
La justicia queda exclusivamente en manos de los <i>profesionales</i> del sistema de justicia / <i>verticalidad</i> .	La respuesta al delito se crea <i>desde los mismos protagonistas del conflicto/horizontalidad entre las partes</i> .
Intervención <i>coactiva</i> de víctima y ofensor.	Intervención <i>voluntaria</i> de víctima y ofensor.
Tiempos predeterminados legalmente.	<i>Flexibilidad</i> en los procesos, lo cual incluye flexibilidad en los tiempos. No hay un modelo único de justicia restaurativa.

La justicia restaurativa involucra objetivos importantes que exigen esfuerzos rigurosos para alcanzar la mejor rendición de cuentas sobre lo ocurrido. En este sentido, es un tipo de justicia exigente que no debería ser asociado con impunidad, dado el nivel de responsabilización, reconocimiento del daño y reparación que involucra.

La rendición de cuentas se promueve mediante la interacción en procesos y la participación de las partes implicadas. Este proceso se denomina usualmente como las “tres R de la justicia restaurativa”: responsabilizar, restaurar y reintegrar. Primero, responsabilidad del autor, pues cada persona debe responder por las conductas que obre libremente. Segundo, restauración de la víctima, que debe ser reparada para salir de su posición de víctima. Finalmente, reintegración del infractor, mediante el restablecimiento de vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito (Kemelmajer, 2009, p. 273).

Una de las características principales de la justicia restaurativa es el énfasis en la recomposición del tejido social. Para ello, la justicia restaurativa busca salidas creativas al delito que involucran reconocimiento de la responsabilidad, diálogo y reparación. Mediante este tipo de justicia se busca responsabilizar y empoderar a los individuos implicados, de manera que sean partícipes en todo el proceso.

Una segunda característica es la participación de la comunidad en el proceso. Los modelos en donde interviene la comunidad pueden tener mayor

impacto positivo, porque tienen mayor capacidad de inclusión. Asimismo, la víctima puede sentirse más segura y las relaciones de poder pueden ser equilibradas. Además, el acompañamiento puede redundar en mayor motivación para superar el delito. El consenso sobre lo ocurrido será más amplio, así como la función de responsabilidad colectiva (Weitekamp, 2013).

Integrar a la comunidad en los procesos de justicia restaurativa supone integrar a una parte “ofendida” por el delito, que generalmente en procesos tradicionales no es integrada o que es representada por instituciones estatales en cierto sentido distantes de la comunidad víctima. Esta idea se basa en uno de sus principios según el cual los conflictos “robados” deben ser devueltos a sus dueños (Christie, 1977).

La justicia restaurativa no solo pretende devolver los conflictos a la comunidad, sino que además busca empoderarla para tomar el control de sus propios conflictos. Se entiende pues que “los procesos de justicia restaurativa sirven a su vez para cambiar el rol del ciudadano receptor de servicios, al ciudadano tomador de decisiones” (Rosenblatt, 2015, p. 283).

Un tercer eje fundamental es la participación de las víctimas. Esta intervención, no obstante, puede generar riesgos que deben ser adecuadamente prevenidos y administrados. Para ello, se ha identificado la necesidad de que los procesos restaurativos consideren, en primer lugar, las falencias de comunicación y se preocupen por la comprensión de las víctimas por los procesos. En segundo lugar, que estos procesos eviten actitudes sobreprotectoras y revictimizantes de trabajadores psicosociales de acompañamiento, que dificultan la participación efectiva de la víctima, puesto que tienden a considerar que la justicia restaurativa es una metodología que tiene poco que ver con la reparación de la víctima (Bolívar y Vanfraechem, 2015).

Es por ello que se propone que los procesos restaurativos comiencen por “generar espacios genuinos de participación de las víctimas de delitos, lo que implica abrirse a maneras más variadas de entender la victimización criminal”. En segundo lugar, deben “estudiar la variabilidad de las necesidades de las víctimas y sensibilizar a los operadores sociales sobre los beneficios y las metodologías de la justicia restaurativa y las competencias de las víctimas en los delitos”. Y, en tercer lugar, “deben partir de un mayor desarrollo conceptual y científico de nociones como víctima vulnerable, evaluación de riesgo y resguardos en justicia restaurativa” (Bolívar y Vanfraechem, 2015, p. 1455).

*Oscar Parra Vera*

## 687. JUSTICIA TRADICIONAL INDÍGENA (USOS Y COSTUMBRES)

La locución “justicia tradicional indígena” es de nuevo cuño en la doctrina jurídica contemporánea. En efecto, la teoría jurídica de la última parte del siglo XX ha delineado las características de la justicia indígena y su relación con otras ciencias sociales. Se advierte que la contribución científica de diversas ciencias sociales (como la antropología, la etnología, la sociología, entre otras) ha sido determinante y ha permitido contar con un cuerpo doctrinario que ha posibilitado la articulación de una auténtica perspectiva sobre los derechos de los pueblos indígenas. Dicho en otras palabras, la doctrina jurídica ha delineado diversos ejes de reflexión, a partir de los planteamientos de otras disciplinas sociales para establecer una teoría jurídica de los usos y costumbres indígenas.

Esto, sobre todo porque los usos y costumbres indígenas como núcleo del sistema jurídico indígena establecieron desafíos a los clásicos principios de la modernidad jurídica: derechos colectivos frente a derechos individuales; culturalización de los derechos humanos; emancipación social frente a la regulación estatal, entre otras cuestiones. Dichas temáticas nacieron con un componente de marginalidad en el discurso jurídico y por ello su obligado desarrollo en otras disciplinas. Un ejemplo claro de lo anterior es la creación de la teoría del derecho de las minorías indígenas, cuya articulación fue realizada sobre los planteamientos realizados por la filosofía política anglosajona. Sin embargo, es dable apuntar que las diversas teorías de los derechos fundamentales y el reconocimiento constitucional de la justicia indígena han contribuido al debate nacional y su relación con la exuberante doctrina y principios jurídicos del derecho comparado en materia de pueblos indígenas.

El nacimiento de los derechos indígenas, como reclamos institucionales, ha estado marcado por la paradoja. En América Latina, algunos países tienen una población indígena significativa y solo hasta tiempos recientes, el sistema jurídico ha regulado los derechos de dichas poblaciones. Justamente, la falta de regulación jurídica de los pueblos indígenas en el espectro constitucional provocó que la realidad indígena fuera objeto de un olvido institucional. De hecho, la relación entre las políticas públicas y los pueblos indígenas se encuentra todavía en gestación en un buen número de países latinoamericanos. Sin embargo, las razones de omitir la mención de los pueblos indígenas en los ordenamientos jurídicos no son gratuitas; al contrario, respondió al paradigma jurídico planteado por la modernidad y dominado principalmente por el principio de igualdad jurídica que pretendió colmar cualquier tipo de reclamo ciudadano, incluyendo el indígena. A pesar de lo anterior, las contribuciones jurídicas de los últimos años se han incrementado para conformar un “corpus” teórico que permite señalar la existencia de una auténtica ciencia del derecho indígena. Inicialmente la discusión del derecho indígena ha sido considerada desde el derecho constitucional, pero hay otras disciplinas que han sido especialmente pródigas en reflexiones de alto calibre, como la sociología jurídica y la antropología jurídica. También es conveniente recordar que en algunos países, como México cuya reforma indígena se llevó a cabo en los albores del siglo XXI, la inclusión de los derechos indígenas en el texto constitucional ha galvanizado un rico derecho constitucional estatal. Esto es, en países de corte federal, el reconocimiento constitucional indígena ha estado aparejado a un cambio en las leyes de las diversas entidades federativas.

Por otra parte, se debe evidenciar la importancia de diversos movimientos sociales y políticos que han reivindicado las necesidades de los pueblos indígenas para coadyuvar en el debate de los pueblos indígenas, como fue el caso del alzamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en México en 1994. En esta sede, debe señalarse la importante labor de variadas organizaciones no gubernamentales (ONG), expertos independientes, y Estados que han debatido la realidad indígena y que han actuado para mejorar el nivel social de los pueblos indígenas. Todos estos esfuerzos han ido cristalizando después de varios años y a través de diversas generaciones.

Es necesario recordar que en algunos casos, como el de México, el reconocimiento constitucional ha sido tardío o en algunos otros, como en el caso de Bolivia, los derechos indígenas son el núcleo del texto constitucional.

Sin embargo, en las diversas legislaciones latinoamericanas se pueden señalar, principalmente, dos grandes grupos. Aquellos países que otorgan ciertos derechos a los pueblos indígenas, como Honduras, el Salvador y Costa Rica. En un segundo plano, encontraríamos a otros países que regulan de manera más extensa los derechos de los pueblos indígenas; en este grupo encontramos países tales como México, Nicaragua, Colombia, Panamá, Argentina, Bolivia, Paraguay, Ecuador, Perú, Brasil y Guatemala. Asimismo, el reconocimiento constitucional ha ido de la mano del desarrollo de la jurisprudencia de los tribunales de los Estados o de jurisprudencia de algunos tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase por ejemplo la sentencia del 23 de junio de 2005 del caso *Yatama vs. Nicaragua*).

La discusión del derecho indígena centra su atención en cuestiones que tradicionalmente la ciencia jurídica no había analizado respecto a la realidad indígena, como la costumbre, el municipio, la pluralidad jurídica, el reconocimiento de las minorías, la autonomía, por citar algunas de las discusiones más prominentes en que se ha visto involucrada la cuestión indígena. Esto, precisamente, ha motivado la participación de los juristas en los grandes debates sobre el diseño institucional del Estado latinoamericano contemporáneo. Aún más, la figura de los derechos individuales, característica del Estado liberal, ha sido puesta en jaque con la inclusión en diversos ordenamientos jurídicos de los denominados derechos colectivos indígenas. De tal suerte que la doctrina sobre los derechos de los pueblos indígenas ha permitido la conformación de un aparato crítico que brinda originalidad al perfil del sistema jurídico de América Latina. Es así que la ciencia jurídica latinoamericana está creando un derecho común en materia de derecho público. En la reflexión sobre los derechos de los pueblos indígenas, los juristas latinoamericanos han participado en la gran introspección histórica que han realizado la mayoría de los países latinoamericanos en los últimos años. Los Estados latinoamericanos no son entidades homogéneas, sino comunidades políticas pluriculturales.

Veamos algunas de las temáticas que han sido objeto de las legislaciones nacionales sobre derechos indígenas: 1) reconocimiento de usos y costumbres indígenas; 2) derecho a la autoadscripción; 3) derecho a la libre determinación; 4) derecho a la autonomía; 5) derecho a la preservación de la identidad cultural; 6) derecho a la tierra y al territorio; 7) derecho de consulta y participación; 8) derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado; 9) derecho al desarrollo (Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México).

Otro elemento que es necesario señalar en el debate de los pueblos indígenas es la referida al marco internacional de los derechos indígenas. Como se ha señalado, “la cuestión de los pueblos indígenas no es nueva para el derecho internacional, sino que ha figurado con mayor o menor relevancia en el discurso y la práctica jurídico-internacionales durante siglos” (James Anaya). Desde Bartolomé de las Casas hasta Lassa Oppenheim, pasando por Francisco de Vittoria, la cuestión indígena ha sido objeto del derecho internacional. Sin embargo, esta disciplina ha destacado la importancia del derecho indígena situando la discusión en el ámbito de los derechos humanos, derechos colectivos, defensa del medio ambiente, entre otros. Para tal fin, se han creado diversos instrumentos de carácter internacional, entre los que se mencionarán solo dos, que reflejan la importancia del fenómeno indígena: la Declaración

de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 1/2 del 29 de junio de 2006), o bien, el célebre Convenio número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (adoptado por la Conferencia General de la OIT el 27 de junio de 1989 en su 76a. sesión) cuyo impacto en los sistemas jurídicos nacionales ha sido determinante en el derecho de los pueblos indígenas. También es relevante en el ámbito del derecho internacional, la creación de la figura del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (en virtud de la resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos del 24 de abril de 2001, en su 57o. periodo de sesiones), cuyo mandato tiene los siguientes objetivos: *a)* recabar, solicitar, recibir e intercambiar información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los propios indígenas, sus comunidades y organizaciones, sobre las violaciones de sus derechos humanos y libertades fundamentales; *b)* formular recomendaciones y propuestas sobre medidas y actividades apropiadas para prevenir y remediar las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, y *c)* trabajar en estrecha relación con otros relatores especiales, representantes especiales, grupos de trabajo y expertos independientes de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (Rodolfo Stavenhagen).

La justicia indígena es pues, uno de los principales sistemas que han surgido en la ciencia jurídica contemporánea y que permiten comprender que el derecho es una entidad dinámica que debe abrazar la tensión entre realidad social y norma jurídica. Con el debate de los pueblos indígenas hemos asistido a una nueva forma de comprender el derecho, una nueva manera de enfrentar la añeja discusión entre ser y deber ser. El derecho indígena ha evidenciado el carácter dinámico de los sistemas jurídicos.

*Mario Cruz Martínez*

## 688. JUSTICIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONALES

I. JUSTICIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONALES. Ambas expresiones no son conceptos de definición exacta. Admiten diversidad de usos dada la variedad de sistemas y de competencias que pueden atribuirse a una y otra. Su delimitación es positiva e histórica, varía en cada ordenamiento. Algunos autores equiparan ambos conceptos. Pero no creo sean equivalentes. La noción de “justicia” es más amplia si la comprendemos como la encargada de la aplicación judicial de la Constitución, pues igualmente resuelven pretensiones conforme a normas constitucionales los órganos judiciales. Jueces y tribunales amparan derechos, revisan la constitucionalidad de los reglamentos, resuelven controversias competenciales, y adecuan normas a los mandatos constitucionales mediante una interpretación conforme. El Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, pero no el único. No existe un *monopolio de aplicación* de la Constitución, sino solo *de rechazo de la ley* en los sistemas concentrados. Pero una jurisdicción constitucional debe mantener unida y sin contradicciones una pluralidad de órganos judiciales que, de forma muy difusa, ejercen la justicia constitucional. Pese a que el sentido más empleado de jurisdicción constitucional la identifica con el *control de constitucionalidad de las leyes*, es necesario operar con un concepto más amplio. Finalmente, la adop-

ción de una jurisdicción constitucional comporta un concepto de *Constitución formal y rígida*, a la que esta garantía jurisdiccional sirve.

II. SISTEMAS: EUROPEO, AMERICANO E HÍBRIDOS. Están estudiadas las disimilitudes entre dos grandes sistemas: el modelo americano —difuso, concreto y declarativo—, y el modelo europeo —concentrado, abstracto y constitutivo—. Más tarde advertimos sus similitudes hasta llegar a pensar (Pizzorussio) en la existencia de un único modelo. Una tesis excesiva, pues volvimos a apreciar las diferencias que persisten: en los efectos de las sentencias, en el poder de una pluralidad de jueces ordinarios que es grande —al menos en teoría— en un sistema difuso, y en los específicos rasgos del juicio de inconstitucionalidad concreto e incidental. No podemos tampoco olvidar los diversos híbridos de uno y otro modelo surgidos en Iberoamérica.

III. INSUFICIENCIAS DE LA TEORIZACIÓN DEL PERIODO DE ENTREGUERRAS. Desde Kelsen, la jurisdicción constitucional europea se hace coincidir con el *monopolio de control* de constitucionalidad de la ley. Pero el propio clásico se encontró en apuros a la hora de diferenciar entre la jurisdicción constitucional y la *contencioso-administrativa*, y concluyó que solo las normas positivas pueden realizar ese deslinde, de manera convencional y formal antes que material. Ese marco teórico tampoco preveía ese posterior aditamento que fue el *amparo*, y que ha acabado por devorar algunas jurisdicciones constitucionales —más del 90% de los asuntos— generando una clara hipertrofia. Esa posición no parece adecuada a la realidad, pues incurre en una simplificación: tomar una parte por el todo. Asimismo, su visión abstracta se compeadece mal con la actual generalización tanto de unas *acciones abstractas*, conformadas por una comparación normativa indeterminada, como de otras *concretas* donde los hechos son incidentales y se introducen en las normas hasta determinarlas.

IV. LA JURISDICCIÓN NO SE IDENTIFICA POR EL MONOPOLIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES SINO POR LA AGREGACIÓN DE TRES FUNCIONES DIVERSAS. El modelo europeo es ciertamente concentrado, pero ya no es solo abstracto y objetivo, pues ha incorporado diversas acciones subjetivas y concretas. En segundo lugar, alberga varias funciones superpuestas en una *commixtio*.

V. TRIBUNAL DE CONFLICTOS, SENADO Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSA. La primera en el tiempo es la herencia germánica de un tribunal de conflictos. Una jurisdicción de Estado que arbitra la división de poderes entre órganos constitucionales y entes territoriales. Pero comparte la solución de las *controversias constitucionales* con otras instituciones: los *senados territoriales*, que deben ser una cámara de interconexión de políticas competenciales; con la labor arbitral de diversas *comisiones administrativas de cooperación*; con la intervención de la *jurisdicción contencioso-administrativa* en la solución de conflictos entre entes territoriales por la vía de recursos contenciosos. Este tribunal de conflictos carece de un “monopolio de decisión” como ocurre, en cambio, con el “monopolio de rechazo” de las leyes. Los silencios del legislador y las contradicciones de la jurisprudencia han producido un largo debate —todavía no resuelto en España a diferencia de en Alemania—, sobre la relación entre la jurisdicción constitucional y la contencioso-administrativa.

VI. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY. En segundo lugar, un control de constitucionalidad de las leyes en vía directa y abstracta, y más

tarde incidental y concreta; un sistema generalizado por toda Europa después de la Segunda Guerra Mundial e incorporado en parte a Iberoamérica, puede explicarse como un control jurídico de normas infraconstitucionales por su adecuación a un canon o parámetro de normas superiores en jerarquía: la Constitución o el bloque de la constitucionalidad.

VII. TRIBUNAL DE AMPARO. En tercer lugar, la jurisdicción constitucional alberga un *tribunal ciudadano* con competencia para enjuiciar un *amparo constitucional* de derechos fundamentales. Una construcción expandida en Europa tras la última mitad del siglo XX, de génesis germánica y con antecedentes en México y en la Constitución Española de 1931. Este juicio de ponderación de derechos no es en esencia diferente del *amparo judicial u ordinario* ante los órganos del Poder Judicial, ni del *amparo europeo* o acceso directo ante el Tribunal de Estrasburgo, e incluso del acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos después del filtro de la Comisión; salvando los distintos efectos de las sentencias y las diversidades procesales. Asistimos a una europeización y americanización de las jurisdicciones constitucionales como gran reto.

VIII. CARÁCTER INTERCAMBIABLE DE LOS PROCESOS. Las tres funciones se cumplen en diversos procesos, y no exclusivamente en los más propios de cada una de ellas. Existe una interrelación de todos ellos hasta formar un sistema. El control de leyes sirve también para garantizar derechos en forma objetiva, y no subjetiva como en amparo. El recurso de inconstitucionalidad se usa además para elucidar vicios formales y materiales de inconstitucionalidad, para resolver vicios de incompetencia territorial, a través de lo que son materialmente conflictos de competencia legislativa. Las cuestiones de inconstitucionalidad tampoco dejan de utilizarse para resolver controversias competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas, y han sido el camino habitual de acceder los municipios.

IX. ¿FUNCIÓN PRINCIPAL? Las tres labores son igualmente “funciones principales” en el sentido de definitorias del órgano constitucional. Pero, estadísticamente, los amparos suelen ser muy superiores en número al control de constitucionalidad y a veces también los conflictos. La importancia cualitativa del control no puede negarse, pero ciertos entendimientos reduccionistas pugnan con las normas y la realidad. No obstante, es cierto que el control de la ley es la única función indefectible, de forzosa y exclusiva atribución al Tribunal Constitucional, y, en consecuencia, esencial.

X. UNA DEFINICIÓN SUBJETIVA Y FORMAL. Las tres funciones son tan distintas entre sí que no parece correspondan a un único modelo de jurisdicción constitucional diseñado unitariamente. Acaso solo se puede teorizar como sistema por su atribución a un único *tribunal constitucional* en el modelo concentrado. La actividad de este órgano identifica la jurisdicción, que viene delimitada en clave subjetiva antes que material. De manera complementaria, las categorías de *sentencia constitucional* y *procesos constitucionales* contribuyen, asimismo, a identificar formalmente la jurisdicción. Hablar de una jurisdicción constitucional es referirse a los intensos efectos de las sentencias constitucionales, su eficacia *erga omnes* que las aproxima a las leyes, las diversas consecuencias de los vicios de inconstitucionalidad —formal, material y de incompetencia—, la nulidad como sanción en sus distintas variantes —retroactiva, declarativa, prospectiva— o la posibilidad de una inconstitucionalidad sin nulidad, la extraordinaria intensidad del efecto de “vinculación”, la menguada eficacia de la categoría de “cosa

juzgada”, la amplia gama de medidas de restablecimiento del daño, etcétera. Todo un *derecho procesal constitucional* derivado del derecho sustantivo.

*Javier García Roca*

#### 689. JUZGADO DE DISTRITO

Es un órgano unipersonal, integrante del Poder Judicial de la Federación, conforme al primer párrafo del artículo 94 constitucional, que ejerce funciones jurisdiccionales a instancia de parte.

*Integración.* Se compone por un juez y del número de secretarios, actuarios y auxiliares (oficiales administrativos) que determine su presupuesto.

*Nombramiento del juez.* Realizado libremente por el Consejo de la Judicatura Federal, acorde al artículo 100 constitucional, previo concurso de oposición. Los ganadores deben protestar su cargo ante los plenos del Consejo de la Judicatura Federal y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para ser designado juez de distrito se requiere ser ciudadano mexicano por nacimiento, que no se adquiriera otra nacionalidad, estar en pleno ejercicio de sus derechos, ser mayor de 30 años, contar con título de licenciado en Derecho expedido legalmente, un mínimo de cinco años de ejercicio profesional, gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito intencional con sanción privativa de libertad mayor a un año, en virtud del artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF).

*Duración.* De conformidad con el artículo 97 constitucional, los jueces de distrito durarán seis años en el ejercicio de su encargo, al término de los cuales, si fueren ratificados o designados para ocupar el cargo de magistrados de circuito, serán inamovibles; salvo que incurran en violaciones graves a la Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, previa sustanciación de juicio político, en términos del artículo 110 constitucional o por retiro forzoso al cumplir 75 años.

*Competencia.* Existen juzgados de distrito especializados, semiespecializados y mixtos, que tienen competencia para conocer respectivamente del proceso de amparo indirecto en primera instancia contra los siguientes actos: 1) *jurisdiccionales.* Contra actos fuera de juicio, dentro de juicio y después de concluido, siempre y cuando se agoten los medios ordinarios de defensa, según los artículos 107, fracción III, inciso b de la Constitución federal y 107, fracciones IV y V de la Ley de Amparo, y contra actos fuera y dentro o después de concluido el juicio que afecten a personas extrañas, tal y como disponen los artículos 107, fracción III, inciso c de la ley fundamental y 107, fracción VI de dicha ley reglamentaria; 2) *administrativos.* Contra actos y omisiones de autoridad administrativa, siempre y cuando se alegue ausencia de fundamentación o violación directa a la Constitución, en virtud de los artículos 107, fracción IV, de la Constitución general de la república y 107, fracciones II y III, de la Ley de Amparo. Salvo dichos casos, es necesario agotar el principio de definitividad, excepto que el medio ordinario de defensa establezca mayores requisitos o plazo para conceder una medida cautelar a la prevista en la Ley de Amparo para la suspensión del acto reclamado; 3) *legislativas.* Contra normas generales, siempre y cuando afecten de manera directa o indirecta la situación jurídica del gobernado, ya sea por su entrada en vigor (norma autoaplicativa) o por su primer acto de aplicación (norma heteroaplicativa), así como contra

omisión legislativa, y 4) vinculado al proceso de amparo indirecto, los juzgados de distrito también conocerán de las denuncias por incumplimiento a las declaratorias generales de inconstitucionalidad emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de normas generales, en términos de la Ley de Amparo.

Existen también juzgados de distrito especializados, semiespecializados y mixtos que tienen competencia para conocer, respectivamente, de los siguientes procedimientos ordinarios en materia federal: *i*) en materia civil, de las controversias del orden civil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano; cuando se afecten bienes de propiedad nacional; controversias entre una entidad federativa y otra; de los asuntos civiles concernientes a miembros del cuerpo diplomático y consular; de las diligencias de jurisdicción voluntaria que se promuevan en materia federal; de las controversias ordinarias en que la federación fuere parte; de las acciones colectivas; y de los juicios y procedimientos previstos en términos de la Ley Reglamentaria del Artículo 6, Párrafo Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia del derecho de réplica (art. 53 LOPJF); *ii*) en materia mercantil, de los procesos ejecutivos mercantiles, ordinarios mercantiles, orales mercantiles, ejecutivos mercantiles orales y procedimientos concursales mercantiles (art. 53 bis LOPJF); *iii*) en materia administrativa, de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de las leyes federales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento seguido por autoridades administrativas (art. 52, frac. I, LOPJF), y *iv*) en materia penal, respecto de delitos del orden federal; de los procedimientos de extradición, salvo lo que se disponga en los tratados internacionales; de las autorizaciones para intervenir cualquier comunicación privada; así como para las autorizaciones de la localización geográfica en tiempo real o la entrega de datos conservados de equipos de comunicación asociados a una línea; por último, de los delitos del fuero común respecto de los cuales el Ministerio Público de la Federación hubiere ejercido la facultad de atracción (art. 50 LOPJF).

*Tipos de control de constitucionalidad y de convencionalidad que ejercen los juzgados de distrito.* Por último, se debe precisar que, de acuerdo con la imperatividad del modelo creado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el cuaderno de varios 912/2010, cuando los juzgados de distrito conocen del proceso de amparo indirecto actúan como órganos de control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad, por lo que no pueden ejercer un control oficioso de los ordenamientos que rigen el acto reclamado, sino solo de los ordenamientos que aplican para su trámite y resolución, verbigracia, la Ley de Amparo y el Código Federal de Procedimientos Civiles. Por el contrario, cuando conocen de procesos ordinarios actúan como órganos de control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, en donde sí pueden y deben hacer un control oficioso de los ordenamientos que rigen sus actos.

*Armando Díaz López*

#### 690. JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Juzgar con perspectiva de género consiste en que las y los impartidores de justicia, al substanciar y resolver cada uno de los casos específicos que les

competa decidir, analicen si la aplicación concreta de una ley genera trato diferenciado injustificado entre las personas solo en razón de su sexo, ocasionado ya sea por los roles sociales tradicionales asignados a hombres y mujeres, o bien, por su orientación sexual e identidad de género y, en su caso, que en el ámbito de sus atribuciones apliquen mecanismos legales para compensar ese trato injusto y diferenciado que pueda incidir en el acceso efectivo a la justicia. En otras palabras, implica que, al tramitar y decidir cada uno de los asuntos sometidos a su consideración, velen porque en los procesos y las resoluciones judiciales todas las personas, con independencia de su condición sexual, tengan las mismas oportunidades, derechos y responsabilidades.

Son sustento de esta función judicial dos principios fundamentales que subyacen a la dignidad de la persona y que, por tanto, rigen en los sistemas de protección de los derechos humanos pertenecientes tanto al ámbito internacional como al nacional de todo Estado democrático: la igualdad y la no discriminación, cuya protección es preocupación internacional, que se ha reflejado en diversos instrumentos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en cuyos arts. 1 y 2 señala que todos los seres humanos nacen libres e iguales, y tienen los derechos y libertades ahí proclamadas, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole); la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

El derecho a la igualdad en materia de derechos humanos, en la actualidad, se concibe no en su ámbito meramente formal (como se hacía en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1791), sino en su contexto sustantivo, esto es, conforme al contenido material que se le fue otorgando desde la segunda mitad del siglo XIX en diversas constituciones, entendida como una igualdad de hecho ante la ley, que supone la modificación de las circunstancias que impiden a las personas el ejercicio pleno de los derechos y el acceso a las oportunidades, mediante medidas estructurales legales o de política pública y que, al desplegarse a una igualdad en la ley, implica limitar al legislador, pues este ya no es libre para emitir leyes que contengan una diferencia de trato basada en distinciones arbitrarias, injustas o injustificables, ya sea de manera directa (cuando de modo abierto se establecen esas distinciones), o bien, de manera indirecta (cuando la ley parece neutral pero sus consecuencias son perjudiciales para un determinado grupo social a consecuencia de tales distinciones). Además, de rebasarse esos límites, se encuentra el control de constitucionalidad de la ley que ejercen los tribunales constitucionales.

Así, la evolución del concepto de igualdad sustantiva a partir del siglo XX llevó a que en diversos tratados internacionales y constituciones de los Estados democráticos se contemplaran disposiciones que obligan a los poderes públicos a remover los obstáculos que impidan que la igualdad sea real y efectiva, dándose pauta a las acciones afirmativas o a las medidas de discriminación inversa, como técnicas jurídicas para conseguir la igualdad. Puede concluirse que el trato diferenciado (siempre y cuando sea proporcional, razonable y lícito) está permitido, y lo que está prohibido es el trato discriminatorio.

La discriminación, atento a los estándares más altos en materia de derechos humanos, es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, basada

en distintas condiciones o circunstancias personales o sociales, que tenga por objeto o por resultado impedir, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad de derechos y oportunidades en todas las esferas (política, económica, social, cultural, etc.); y puede ser directa cuando las leyes, políticas o prácticas *per se* tengan por objeto dar un trato diferenciado ilegítimo, o indirecta, cuando siendo aquellas aparentemente neutrales, esto es, de aplicación idéntica para todas las personas, implícitamente conlleven la afectación injustificada a los derechos de ciertas personas o grupos, es decir, produzcan consecuencias perjudiciales a personas que por alguna razón se encuentren en situación de vulnerabilidad.

La violación a los principios de igualdad y no discriminación, en este contexto, por lo general se produce respecto a los derechos humanos de los grupos vulnerables que, por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades en el ejercicio de sus derechos humanos y ha motivado la elaboración de distintos pactos internacionales en los que se consagran, de manera específica, los mismos.

Uno de los grupos vulnerables objeto de discriminación por razón de sexo es el de las mujeres, pues partiendo de su diferenciación biológica con los hombres, social y culturalmente se les ha dado una asignación diferenciada de roles y tareas con la consecuente diferencia de oportunidades y derechos y, con ello, un injustificado trato desigual y discriminatorio, lo que motivó a que en el ámbito internacional, desde el siglo xx, los diferentes Estados hayan considerado y establecido en diversos tratados internacionales (como la CEDAW y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, mejor conocida como Convención de Belém do Pará) la necesidad de que, con perspectiva de género, se analizara el problema de discriminación y desigualdad que se genera por el solo hecho de ser mujer y, en consecuencia, se establecieran mecanismos de compensación o justicia distributiva, para lograr que hombres y mujeres tuviesen las mismas oportunidades, derechos y responsabilidades, acceso equivalente a los recursos, beneficios y servicios del Estado y alcanzar una distribución equilibrada del poder; esto es, se lograra la equidad de género.

Asimismo, en fechas recientes, los organismos internacionales han externado su preocupación por la sistemática violencia y discriminación de que son objeto las personas en razón de su orientación sexual e identidad de género y por la necesidad de reforzar la protección de sus derechos (como en la resolución del Consejo de las Naciones Unidas 17/19, adoptada en junio de 2011, que dio pauta al primer informe oficial de ese organismo sobre el tema, preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos); derechos cuya salvaguarda encuentra sustento en los propios instrumentos internacionales que previenen la no discriminación por razón de sexo.

Esos compromisos internacionales, que rechazan la discriminación directa o indirecta por cuestión de sexo, obligan a los Estados firmantes a brindar a todas las personas un acceso efectivo a la justicia mediante el respeto al derecho a la igualdad material por razón de género; obligación que se traduce para sus jueces en que, al desplegar su labor jurisdiccional, antes de aplicar una ley, evalúen si la misma genera trato diferenciado injustificado a las perso-

nas por motivo de sexo, como consecuencia de los roles sociales tradicionales asignados a hombres y mujeres, o bien, por su identidad sexual e identidad de género y, de ser así, en el ámbito de sus atribuciones, apliquen los mecanismos de compensación que jurídicamente les estén permitidos, incluido en ellos el control de convencionalidad (inaplicación de la ley), en los términos delimitados tanto por los tribunales internacionales en materia de derechos humanos como por sus tribunales constitucionales.

*María Guadalupe Molina Covarrubias*



nder Zilbeti Pérez · Jorge Marro Pardo Rebolledo · Fran  
nseca · Mariela Morales Antoniazzi · Jean Cadet Odi  
z · Carmen Morte Gómez · Enoc Francisco Morán T  
ondoño · Camilo Ernesto Castillo Sánchez · Iván Carl  
Tejada · José Antonio Caballero · Luis Raúl González  
ara Ponte · Yuria Saavedra Álvarez · Pablo Francisco M  
vador O. Nava Gomar · Matteo Napolini · Michael Nu  
lano García · César Enrique Olmeida · Dora Irma  
ñez · Issa Luna Pla · Juan N. Silva Meza · Víctor Julio  
Rosado · Luis María Aguilar Morales · Felipe Paredes  
los María Pelay Moller · Marisol Anglés Hernández ·  
María Teresa Pérez · Sabrina Ragone · Valeriano Pér  
· Virdzhiniya Petrova Georgieva · Hiram Raúl Piña I  
Loyo · Silvia Bagni · Martha Prieto Valdés · Óscar Ra  
omínguez · Marina Gascón Abellán · Víctor Bazán · F  
s Vázquez · Ricardo Alonso García · Ángela Margarit  
sé Francisco Reyna Ochoa · Lucio Pegoraro · Lautaro  
ados · Martín Risso Ferrand · Carla Huerta Ochoa · Jo  
ge Rivero Evia · Sofía Sagüés · María del Refugio Eliza  
guez Manzo · Eduardo Ferrer Mac-Gregor · Laura Pa  
olla · Wendy Vanesa Rocha Cacho · Julio César Rom  
osario Rodríguez · Humberto Enrique Ruiz Torres ·  
Miguel Óscar Sabido Santana · Luis R. Sáenz Dávalos  
r Andreu · Humberto Nogueira Alcalá · Eréndira Sal  
ego Santamaría · Rubén Sánchez Gil · José Ugaz · Ric  
o Sánchez-Castañeda · Robert Alexy · Netzaí Sandoval  
agaña · Ricardo Alonso García · Víctor Bazán · Ricar  
beranes Díez · Jaime Cárdenas Gracia · Armando So  
ández Parra · María Díaz Crego · Héctor Fix-Zamudi  
Tóh Euán · Leonardo García Jaramillo · Mauricio I. C  
trada · Joaquín A. Mejía Rivera · Héctor Fix-Fierro ·



### 691. LEGISLADOR NEGATIVO

El concepto de legislador negativo se emplea para referirse a la primigenia concepción de los tribunales constitucionales según el diseño de estos elaborado por Hans Kelsen. Sobre la base de la distinción entre la función legislativa, que consiste en crear normas generales, y la función jurisdiccional, que genera normas individuales, Kelsen es el formulador de la teoría del tribunal constitucional como legislador negativo: “Anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo por así decirlo más que una confección con signo negativo. La anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el Tribunal que tiene el poder de anular leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo”.

El titular, por tanto, de esta potestad legislativa negativa es un tribunal de derecho, independiente tanto del Gobierno como del Parlamento, a quienes en última instancia debe controlar. Además, existe otra gran diferencia entre el legislador positivo y el negativo. El legislador negativo actúa en aplicación de las normas de la Constitución, y a diferencia del legislador positivo, carece de un poder de libre creación normativa: “En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que en relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro Tribunal”. En definitiva, el legislador negativo, a diferencia del positivo, aplica —y no crea— el derecho.

Ahora bien, Kelsen fue consciente del problema relativo al riesgo de que el legislador negativo acabara suplantando al Parlamento; por ello, para remediarlo propuso la eliminación de las cláusulas vagas, genéricas e imprecisas de los textos constitucionales: “Si la Constitución quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”. Evidente resulta que las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial abundan en ese tipo de cláusulas en la medida en que formulan mediante categorías genéricas los principios y valores del Estado constitucional. Ello ha determinado que esta concepción de los tribunales constitucionales como legisladores negativos haya sido superada por la historia. El derecho constitucional comparado pone de manifiesto cómo las cortes constitucionales a través de una amplia tipología de sentencias (interpretativas, aditivas, manipulativas, de recomendación al legislador, etcétera) han pasado a convertirse en legisladores positivos.

*Javier Tajadura Tejada*

### 692. LEGISLADOR POSITIVO

El legislador es aquel poder del Estado que es titular y ejerce ese mismo poder en el Estado. La potestad legislativa es la facultad atribuida a determinados órganos del Estado para aprobar las leyes o normas con rango de ley del mismo. Históricamente, esta potestad se identificaba con la soberanía —hacer la ley era uno de los principales atributos del soberano (J. Bodino)—, pero en el Estado constitucional se configura como una potestad constituida y limitada, tanto material como formalmente, por la propia Constitución.

En el constitucionalismo europeo basado en el modelo francés, el legislador se confundió con el soberano, y el dogma de la ley como expresión de la voluntad general (J. J. Rousseau) derivó en el principio de soberanía parlamentaria que hizo inviable el Estado constitucional, basado, como es sabido, en la distinción entre Poder Constituyente y Poderes Constituidos, y en la supremacía de aquel sobre estos, incluido el legislador (R. Carré de Malberg). Los intentos de Sieyès (1795 y 1799) de crear un tribunal constitucional que controlara al legislador y pudiera anular sus actos fueron rechazados en un contexto histórico caracterizado (a pesar de la trágica experiencia del “Terror”) por un fuerte prejuicio proparlamentario. Hubo que esperar al surgimiento en Europa de los primeros tribunales constitucionales en los años veinte, creaciones del gran jurista austriaco Hans Kelsen, para concebir al legislador como un poder limitado. Al mismo tiempo hicieron así su aparición en la historia unos órganos que por tener atribuida la función de declarar nulas las leyes inconstitucionales fueron considerados titulares de un Poder Legislativo negativo. Con el tiempo, la generalización y la consolidación de los tribunales constitucionales, el aumento de sus funciones y el surgimiento de nuevos tipos de sentencias (aditivas, interpretativas, etcétera) han hecho que la concepción de los tribunales constitucionales como meros legisladores negativos, según la concepción kelseniana, haya sido superada, y en puridad, son también titulares de un Poder Legislativo positivo.

En el constitucionalismo norteamericano, el carácter limitado de la potestad legislativa fue asumido desde que, en 1803, el juez Marshall, en una célebre y clásica sentencia, sentó las bases del control jurisdiccional de las leyes, siendo el más formidable instrumento para impedir “la tiranía de la mayoría” (A. de Tocqueville).

Con carácter general, en el seno de un Estado constitucional, las asambleas representativas o parlamentos ejercen la potestad legislativa. Tradicionalmente, Parlamento y Legislativo eran términos sinónimos, pero en la actualidad y al margen de que, como acabamos de señalar, quepa distinguir también entre un legislador positivo y otro negativo (H. Kelsen), el Legislativo es un poder que aparece muy fragmentado. En primer lugar, porque la sustitución del Estado liberal por el Estado social y la progresiva intervención del Estado en la vida económica han puesto de manifiesto la necesidad de que el tradicionalmente denominado Poder Ejecutivo, esto es, los gobiernos, sean titulares también de la potestad legislativa y puedan dictar normas con rango de ley. A mayor abundamiento, en los regímenes parlamentarios la inmensa mayoría de las leyes aprobadas trae causa de proyectos de ley de elaboración gubernamental.

Por otro lado, en el contexto de los diversos procesos de descentralización política (federalismo) el Poder Legislativo se reparte desde un punto de vista material entre la Federación o Unión, y las entidades infraestatales. Hasta tal punto esto es así, que la existencia o no de diversos órganos legislativos en el seno del Estado es lo que permite distinguir un Estado federal o compuesto (por ejemplo, México) de uno que no lo es (por ejemplo, Francia).

Finalmente, el proceso de creación de organizaciones supranacionales, como la Unión Europea, determina que sobre determinadas materias los Estados le hayan atribuido la potestad legislativa. Aunque no exista el término “ley europea”, los reglamentos y directivas de la Unión Europea son material-

mente leyes europeas emanadas de un nuevo legislador supranacional, integrado por dos cámaras: el Parlamento Europeo, donde están representados todos los ciudadanos europeos, y el Consejo, donde están representados los Estados.

*Javier Tajadura Tejada*

### 693. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Con el fin de esclarecer el concepto de legitimación activa, es necesario en primer término diferenciar la *legitimación activa ad causam* de la *legitimación activa ad procesum o procesal*. La primera se refiere a la titularidad sustancial de un derecho, mientras que la segunda constituye la aptitud para ser parte actora en un proceso jurisdiccional determinado.

Es decir, la noción de *legitimación activa ad causam* se vincula directamente con la titularidad del derecho invocado, mientras que la noción de *legitimación activa ad procesum* remite a la capacidad de ser parte en la relación jurídica procesal trabada en toda instancia judicial, e implica una aptitud para hacer valer en un proceso jurisdiccional el derecho que se invoca. En mérito de ello, la legitimación *ad procesum* es un requisito para la existencia de una relación jurídica procesal y, en consecuencia, para la procedencia del juicio, mientras que la legitimación *ad causam*, al referirse a la relación sustancial ventilada en la causa, es requisito para el acogimiento de la pretensión mediante una sentencia definitiva favorable.

En el campo de los procesos constitucionales subjetivos, tradicionalmente ambos conceptos se vinculan, de tal manera que se reconoce legitimación procesal a quien invoca ser titular del derecho cuya tutela se procura, dándole la denominación de afectado (art. 183, inc. f de la Constitución de Cuba de 1940; art. 264 de la Constitución de Guatemala de 1965; art. 43, primer párrafo de la Constitución Argentina de 1994, entre otros).

A su vez, los ordenamientos jurídicos han reconocido la viabilidad de legitimaciones activas procesales denominadas “fictas”, atribuidas a otros sujetos diversos al titular, en miras, por ejemplo, de garantizar o flexibilizar el acceso a la justicia. Así, los ordenamientos suelen reconocer legitimación procesal activa en la tutela de ciertos derechos a organismos tales como el defensor del pueblo, o asociaciones de la sociedad civil (Argentina, art. 43 constitucional), ministerio público, etc. Este recurso ha sido especialmente generalizado en lo que se refiere a la legitimación procesal activa en la tutela de derechos colectivos propiamente dichos y homogéneos.

Pueden encontrarse otros ejemplos de legitimación activa del defensor del pueblo en la legitimación del comisionado parlamentario para promover el recurso de inconstitucionalidad en España (art. 162, inc. a, Constitución de 1978); Perú (art. 203, inc. 3, Constitución de 1993), entre otros; asimismo, del ministerio público (203, inc. 2 de la Constitución de Perú, ley constitucional checoslovaca de 1968, entre otros).

Específicamente en el campo de los procesos constitucionales objetivos, el derecho comparado brinda ejemplos variados de sujetos legitimados. Generalmente se instrumenta el reconocimiento de legitimación activa a órganos parlamentarios o grupos determinados de parlamentarios (art. 203, inc. 4 de la Constitución de Perú; art. 162 inc. a de la Constitución española de 1978, entre otros). El ejemplo más generoso en este sentido ha sido la Constitución

de Cuba de 1940, que preveía la legitimación activa de cada uno de los miembros del Senado o de la Cámara de Representantes (art. 183). También se ha recurrido a reconocer la legitimación activa a órganos ejecutivos (Irlanda, art. 26, inc. 1, Constitución de 1937; Francia, art. 61, Constitución de 1958; Perú, art. 203, inc. 1, entre otros).

Pueden mencionarse interesantes antecedentes de reconocimiento de la potestad de instar el control de constitucionalidad a órganos de fisonomía judicial, ya sea legitimándolos para reclamar ante órganos superiores o diversos la inconstitucionalidad de normas (Constitución de Turquía de 1961, art. 149; Constitución de la antigua Yugoslavia de 1974, art. 387; ley constitucional de la antigua Checoslovaquia, art. 93, inc. c) o, incluso, habilitando al órgano mismo de control de constitucionalidad para actuar de oficio inaplicando la norma reputada inconstitucional (art. 387, inc. 11 *in fine* de la Constitución de 1974 de la antigua Yugoslavia).

En síntesis, en el campo de derecho procesal constitucional comparado, Néstor Pedro Sagüés (2001) sostiene que pueden identificarse tres categorías de amplitud en el reconocimiento de la legitimación activa procesal: 1) *control restringido*: la legitimación activa se encuentra limitada a determinados órganos o instituciones, excluyéndose incluso al afectado directo por la norma o acto cuya inconstitucionalidad se invoca. Es una metodología clásica propia de los procesos objetivos de control de constitucionalidad, en particular de los sistemas preventivos, aunque pueden plantearse algunos ejemplos en sistemas reparadores; 2) *control amplio*: se caracteriza por reconocer al “afectado”, es decir, a las personas agraviadas en el derecho invocado, la legitimación procesal para postular su defensa en un proceso constitucional, y 3) *control amplísimo*: la legitimación procesal se reconoce no solo al afectado y a un número específico de órganos e instituciones, sino que se prevé una aptitud automática para incoar el proceso constitucional a todo sujeto de derecho, de tal manera que se instrumenta una acción popular. El proceso puede ser tanto concreto como abstracto. Ejemplos en este sentido pueden encontrarse en la Constitución de El Salvador, artículo 183; Constitución republicana española de 1931, artículo 42, inciso 5; acciones de exequibilidad del derecho colombiano, en el artículo 242, inciso 1 de su Constitución; artículo 203, inciso 1 de la Constitución de Panamá; artículo 200, inciso 5 de la Constitución de Perú, entre otros.

*Sofía Sagüés*

#### 694. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN CASOS DE INTERESES DIFUSOS

El aseguramiento de derechos denominados “de tercera generación”, como el derecho a la protección del medio ambiente, el derecho a la calidad de vida, el derecho de los consumidores y usuarios, entre otros, otorga la titularidad de ellos a individuos y a colectividades que puede ser difícil de precisar. El acceso a la jurisdicción de estos derechos, según Ferrer Mac-Gregor en el libro *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, es uno de los temas “recientes” del derecho procesal contemporáneo, por lo que las Constituciones de fines del siglo XX se han preocupado de abrir y asegurar cause a legitimaciones, denominadas por Pablo Gutiérrez, en su obra *La tutela de los intereses supraindividuales: difusos y colectivos*, como “supraindividuales”, que hagan efectivo el acceso a la jurisdicción.

Los derechos o intereses difusos y los derechos o intereses colectivos, según los diferentes países, pueden tomarse como sinónimos o pueden diferenciarse. En todo caso, la legitimación para la tutela de los derechos o intereses difusos o colectivos se basa en un interés legítimo específico que debe ser invocado por el actor o demandante; ello lo distingue de las acciones populares, que se sostienen solo en el interés de la juridicidad, estando legitimadas para accionar todas las personas que invoquen la calidad de ciudadanos. Independientemente del concepto que rijan al derecho o interés difuso, como parte de la defensa de la ciudadanía, su finalidad es satisfacer necesidades sociales o colectivas, antepuestas a los individuos. El derecho o interés difuso, debido a que la lesión que lo infringe es general, afectando a una población o a extensos sectores de ella, vincula a personas que no se conocen entre sí, que individualmente pueden carecer de nexo o relaciones jurídicas entre ellas, que en principio son indeterminadas, unidas solo por una misma situación de daño o peligro en que se encuentran como miembros de la sociedad, y por el derecho que en todos nace de que se les proteja la calidad de la vida, tutelada por la Constitución. Es la lesión común de la calidad de vida, que atañe a cualquier componente de la población o de la sociedad como tal, independientemente de las relaciones jurídicas que puedan tener con otros de esos indeterminados miembros, lo que señala el contenido del derecho e interés difuso.

El interés difuso se diferencia del interés colectivo en que este último, en cuanto a su naturaleza, es mucho más concreto para un grupo humano determinado, mientras que el primero es mucho más abstracto no solo para el que lo detenta, sino también para el obligado. En efecto, los intereses colectivos se asemejan a los intereses difusos en que pertenecen a una pluralidad de sujetos, pero se diferencian de ellos en que se trata de un grupo más o menos determinado de personas (perseguido de manera unificada), por tener ese grupo sus características y aspiraciones sociales comunes; por otra parte, los intereses colectivos se diferencian de los intereses personales, ya que no constituyen una simple suma de estos, sino que son cualitativamente diferentes, pues afectan por igual y en común a todos los miembros del grupo, y pertenecen por entero a todos ellos.

Diferentes Constituciones en los distintos continentes regulan la legitimación, ya sea individual y/o colectivamente para el amparo de los derechos o intereses difusos y/o colectivos, o bien se permite una legitimación activa por acción popular. En algunos ordenamientos constitucionales y legales, tanto de América Latina como de Europa, posibilitan también que el respectivo Defensor del Pueblo tenga legitimación activa en la materia para proteger los derechos e intereses de determinados segmentos de la población en la materia. Asimismo, en diversos países el ordenamiento jurídico contempla la legitimación activa en acciones colectivas o difusas a las asociaciones que propenden a promover y garantizar esos derechos. Finalmente, hay diversos Estados donde el ordenamiento jurídico institucionaliza organismos públicos a los cuales se les otorga legitimación activa en acciones colectivas para la defensa de los derechos de los consumidores, o de prestaciones financieras, comerciales o de determinados servicios (agua potable, electricidad, telefonía, entre otros) brindados por instituciones o empresas privadas.

En este ámbito señalaremos, a modo ejemplar, las disposiciones pertinentes de algunas Constituciones latinoamericanas.

La Constitución de Brasil de 1988, en su art. 5o., fracción LXIII, considera la existencia de una acción popular, mediante la cual la jurisprudencia judicial ha admitido la protección de grupos indeterminados en materia de medio ambiente, patrimonio artístico y cultural, así como en materias de desarrollo urbano.

La Constitución colombiana de 1991, en su art. 88, establece lo siguiente: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”. A su vez, el art. 89 complementa el texto anterior: “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

La Constitución de Paraguay de 1992, en su art. 38, se refiere al derecho a la defensa de los intereses difusos, donde toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de los otros que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio.

La Constitución de Argentina (reformada en 1994), en su art. 43, determina lo siguiente: “Podrán interponer esta acción (amparo) contra cualquier forma de discriminación en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de la organización”.

La Constitución Política del Ecuador (1998), en su art. 95, otorga legitimación a cualquier persona, por su propio derecho o como representante legítimo de una colectividad, para ejercer una acción de amparo ante el organismo judicial competente.

La Constitución de Venezuela de 1999, en su art. 26, estableció el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer los derechos e intereses, “incluso los colectivos o difusos”.

Es posible señalar como requisitos para hacer efectiva la legitimación activa, en el caso de particulares o grupos de personas que concretan acciones sobre derechos o intereses difusos o colectivos, los siguientes:

a) Que la acción se presente no en virtud de un interés individual, sino en función del derecho o interés difuso o colectivo.

b) Que la razón de la demanda sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de algunos sectores de él.

c) Que los bienes lesionados no sean susceptibles de apropiación individual.

- d) Que se trate de un derecho o interés indivisible que comprenda al conjunto de la población o parte de ella.
- e) Que el actor que demanda o requiere en virtud del interés general sea afectado por el daño o peligro en que se encuentra la colectividad afectada.
- f) Que el sujeto pasivo deba una prestación indeterminada, cuya exigencia es general.

*Humberto Nogueira Alcalá*

#### 695. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CONTROL ABSTRACTO

La legitimación en el control abstracto de constitucionalidad de la ley implica, por una parte, la posibilidad de activar el funcionamiento de tribunales o cortes constitucionales o supremas con funciones de constitucionales, y por otra, el hecho de que el propio legislador establezca en la Constitución —en ocasiones en la ley o en ambas— un catálogo de entes, sujetos, poderes u órganos —inclusive ciudadanos— con la atribución necesaria para que las normas que él mismo confecciona puedan ser cuestionadas ante un órgano jurisdiccional de control constitucional por su presunta contravención con la norma fundamental.

En cuanto a legitimación activa en México, existe un *numerus clausus* diseñado por el legislador en la Constitución federal en 1994 —considerando las reformas del mismo rango en 1996, 2006 y 2011—; la relación o “catálogo” de los legitimados se establece de los incisos *a* al *g* de la fracción II del art. 105 constitucional, que son los siguientes:

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

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

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

- a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;
- b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano;
- e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea;
- f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales

o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro;

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

*Iván Carlo Gutiérrez Zapata*

#### 696. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CONTROL CONCRETO O INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Nos referimos a “legitimación activa” para determinar aquellas personas naturales o jurídicas, así como órganos o agentes del Estado, conforme establezca la Constitución o la ley, dotados de la facultad de ejercer el derecho a la jurisdicción ante la judicatura constitucional respectiva en procesos y procedimientos como demandantes, demandados, terceros o representantes de cualquiera de ellos.

La legitimación activa para accionar varía de acuerdo con la naturaleza del procedimiento (abstracto o concreto) de control de constitucionalidad y la configuración de los contenciosos constitucionales, pudiendo clasificarse en seis los grupos legitimados, que son: determinadas autoridades u órganos constitucionales de carácter político (presidente de la República; Gobierno o primer ministro; Congreso, Asamblea Parlamentaria o Parlamento); un número o porcentaje de parlamentarios que integran una de las Cámaras o la Asamblea Legislativa; los jueces ordinarios; las personas que tengan un interés legítimo; cualquier persona (acción popular o pública), y órganos que representan derechos de sectores débiles de la sociedad (Defensoría del Pueblo o de los Derechos Humanos).

Por “control concreto de constitucionalidad” entendemos aquel que se efectúa no sobre el enunciado del precepto normativo (generalmente un precepto legal), sino sobre la norma que emana del mismo precepto en su aplicación a un caso específico, siendo la aplicación de esa norma la que se declara inaplicable por ser inconstitucional o contraria a la Constitución.

La legitimación activa para ese control concreto de constitucionalidad generalmente se entrega a la parte afectada en sus intereses subjetivos en la gestión judicial que está en curso en la jurisdicción ordinaria o en procedimiento administrativo, cuando en tales procedimientos se haya invocado una norma jurídica cuya aplicación al caso concreto genere un efecto inconstitucional. En este caso la parte puede plantear un incidente o una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la respectiva jurisdicción constitucional (Chile, España, Italia) o ante el mismo tribunal ordinario de justicia (Argentina, Colombia, Perú, Venezuela, por señalar algunos ejemplos).

En algunos ordenamientos jurídicos, la legitimación activa en control concreto se entrega no solo a las partes que participan en la gestión judicial,

sino también al mismo juez del tribunal respectivo, el cual puede activar el control incidental (España e Italia) ante la jurisdicción constitucional, o bien plantear una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Chile).

En otros casos, la legitimación activa en control concreto incidental la ejerce el juez o tribunal ordinario de oficio, como ocurre en Ecuador o Venezuela.

Las decisiones en que se ejerce el control concreto de constitucionalidad tienen una significación general innegable, ya que se desaplica en el caso concreto, producto de su efecto constitucional en ese caso específico, la norma que emana de una ley que se encuentra vigente y que sigue rigiendo en el ordenamiento jurídico, siendo aplicable para el resto de los operadores jurídicos.

En algunos países, la doctrina ha señalado la escasa incidencia del control concreto de constitucionalidad y la debilidad de las magistraturas ordinarias en ejercerlo, de acuerdo a lo contemplado por Jesús M. Casal en *Constitución y justicia*, y Bewer en *La Constitución de 1999*.

En otros casos, el control concreto de constitucionalidad constituye la mayor actividad de la respectiva jurisdicción constitucional, como es el caso del tribunal constitucional chileno, donde la activación del control lo realizan las partes dentro de una gestión judicial en curso ante magistratura ordinaria o especial, o el juez cuando tiene duda de la constitucionalidad que puede producir en un caso concreto la norma que emana de la aplicación de un precepto legal determinado.

**Humberto Nogueira Alcalá**

#### 697. LEGITIMACIÓN ACTIVA POR ACCIÓN POPULAR O PÚBLICA

La legitimación activa por acción popular o pública de inconstitucionalidad es aquella en que toda persona capaz procesalmente tiene la facultad e interés procesal y jurídico para requerir, demandar o accionar de inconstitucionalidad ante el órgano que ejerce jurisdicción constitucional, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. En el caso de legitimación activa por acción popular, el actor se constituye en un defensor del orden constitucional en control abstracto, generalmente de carácter reparador de constitucionalidad. La sola defensa del orden constitucional le da interés para actuar, sin que haya sufrido un daño en su interés personal o subjetivo producto de la inconstitucionalidad del precepto normativo infraconstitucional.

Este tipo de acciones populares de inconstitucionalidad es excepcional en la perspectiva del derecho constitucional comparado.

En el ámbito latinoamericano, los ordenamientos jurídicos que la contemplan desde el siglo XIX son los casos de Colombia y Venezuela; asimismo, más recientemente, en la Constitución de Guatemala de 1985 se establece una acción popular abstracta de inconstitucionalidad, así como también en la Constitución ecuatoriana de 2008. Igualmente, esta figura se encuentra, en una versión muy tímida y atenuada, en la Constitución chilena reformada en 2005, en el art. 93, núm. 7.

En Colombia, la Constitución vigente contempla la acción popular de inconstitucionalidad, ya que de acuerdo con el art. 241, núms. 4 y 5, de la Cons-

titución, cualquier ciudadano puede solicitar que la Corte Constitucional se pronuncie respecto de la inconstitucionalidad de leyes y decretos con fuerza de ley, con fundamento en los arts. 150, núm. 10, y 341 de la Constitución.

En Venezuela, al igual que en Colombia, desde el siglo XIX existe la acción popular de inconstitucionalidad, según lo establecido en el libro *Instituciones políticas y constitucionales* (t. IV) por Brewer, de la cual conoce, de acuerdo a la carta constitucional vigente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo. La base normativa de derecho positivo de esta acción popular se encuentra establecida en el art. 21, párrafo 9o., de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual establece que: “Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza u otro acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal... puede demandar la nulidad del mismo, ante el Tribunal Supremo, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad”. El hecho de que el texto se refiera a que el accionante sea afectado “en sus derechos e intereses”, la Corte Suprema de Venezuela, mediante la Sentencia del Pleno del 30 de junio de 1982, publicada en la *Revista de Derecho Público* (núm. 11), lo interpreto señalando que debe presumirse que el acto recurrido en alguna forma afecta los derechos e intereses del recurrente en su condición de ciudadano venezolano.

En el caso de Guatemala, esta acción popular de inconstitucionalidad se encuentra establecida en el art. 134 de la LAEP y C.

En el caso de Ecuador, cualquier ciudadano puede iniciar una acción pública de inconstitucionalidad conforme al art. 436, núm. 2, de la Constitución.

En Chile se ha introducido tímidamente la acción popular en el art. 93, núm. 7, de la Constitución vigente, conforme a la reforma constitucional de 2005, para demandar la inconstitucionalidad de un precepto legal en control abstracto con el objeto de expulsarlo del ordenamiento jurídico, pero ello requiere como prerrequisitos que, previamente, el Tribunal Constitucional haya declarado la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo precepto legal en control concreto con efectos interpartes, de acuerdo con el art. 93, núm. 6, de la carta fundamental; asimismo, que la acción popular se sustente respecto del mismo vicio de inconstitucionalidad sobre el cual ya se pronunció el Tribunal Constitucional en el control previo de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En Europa, en el último cuarto del siglo XX, también aparece, de acuerdo a lo establecido por Fernández Rodríguez en el libro *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, la acción popular para la impugnación directa de la inconstitucionalidad de leyes en Austria, desde 1975 opera respecto de las leyes que vulneran derechos fundamentales; en Bélgica, la acción popular opera desde 1988. Con respecto a Europa del Este, la acción popular de inconstitucionalidad contra todo tipo de normas jurídicas opera en Hungría.

**Humberto Nogueira Alcalá**

#### 698. LEGITIMACIÓN ACTIVA POR EL PODER EJECUTIVO

La legitimación activa por parte del Ejecutivo (presidente de la República o Gobierno, dependiendo del tipo de gobierno que contempla la respectiva Constitución) opera generalmente en la modalidad de un control abstracto, objetivo y directo, ya sea en control preventivo, o bien en reparador. La legiti-

mación activa del Ejecutivo en control abstracto opera en control preventivo respecto de reformas constitucionales (Colombia, Chile, Ecuador, Perú, entre otros), de convenciones o tratados que son objeto de control de compatibilidad con la Constitución (Bolivia, Colombia, Chile, Francia, Venezuela, entre otros) o proyectos de preceptos legales en tramitación parlamentaria (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador); en cambio, opera en control reparador cuando se habla de tratados internacionales (Alemania, España, Italia, Perú, Costa Rica, entre otros), de preceptos legales o con fuerza de ley en Estados latinoamericanos que cuentan con corte o tribunal constitucional (los casos de Bolivia, Colombia, Chile, Perú, Santo Domingo); como también eventuales conflictos de jurisdicción o contiendas de competencia horizontales (entre órganos estatales) o verticales (entre órganos estatales y órganos de entidades federativas o regionales), lo que constituye una regla generalizada. En Europa, en el marco de tipos de gobierno parlamentarios republicanos o semipresidenciales, también se reconoce legitimación activa para requerir o demandar de inconstitucionalidad al presidente de la República (Alemania, República Checa, Chipre, Eslovaquia, Francia, Hungría, Irlanda, Polonia, Portugal, Rusia, Turquía, Ucrania); al presidente del Gobierno (en el caso de España), y al primer ministro (en el caso de Francia), o por el Gobierno en su conjunto en Alemania (canciller federal con acuerdo del gabinete de Ministros) y en Italia (primer ministro con acuerdo del Consejo de Ministros), por señalar algunos ejemplos.

A través de esa legitimación activa, el Ejecutivo puede impugnar tanto vicios formales derivados de la creación de las normas sin respetar requisitos, órganos, procedimientos o el quórum determinado por la carta fundamental, como vicios materiales derivados del desarrollo de normas infraconstitucionales contrarias a valores, principios y reglas sustantivas aseguradas y garantizadas constitucionalmente.

Por medio de la legitimación activa en control abstracto, el Ejecutivo, en virtud de su posición institucional y funciones, tiene por tarea hacer respetar el orden constitucional, el bien común o el interés general, finalidades que se concretan instrumentalmente mediante la activación del control de constitucionalidad, sin condicionamiento alguno para hacer efectiva la defensa objetiva de la Constitución, con el objeto de impedir la aplicación y la permanencia en el ordenamiento jurídico de preceptos normativos contrarios a la carta fundamental.

*Humberto Nogueira Alcalá*

#### 699. LEGITIMACIÓN ACTIVA POR EL PODER LEGISLATIVO

Por regla general, los países que estructuran su sistema de control de constitucionalidad bajo el modelo germano austriaco, con modalidad de control concentrado de constitucionalidad de preceptos legales, con un control de carácter reparador, por vía de acción, en control abstracto y con efectos de exclusión del ordenamiento jurídico de la norma infraconstitucional considerada contraria a la Constitución, establecen por regla general una legitimación activa reducida a determinados órganos político-representativos, como son el presidente de la República, el Gobierno, el Parlamento o alguna de las ramas de un Congreso o Parlamento, así como un porcentaje o número significativo de parlamentarios de alguna de las ramas del Congreso o Parlamento.

Esta legitimación activa la pueden ejercer también los congresos o parlamentos en el caso de controles concentrados de constitucionalidad que pueden llevar a cabo cortes supremas de justicia o salas constitucionales de cortes supremas, que ejercen un control reparador abstracto de constitucionalidad respecto de normas infraconstitucionales.

En este caso nos interesa solo considerar la legitimación activa para impulsar una acción de inconstitucionalidad por el Poder Legislativo, el cual toma forma a través de un Parlamento, Asamblea Parlamentaria o Congreso Nacional, siendo esa legitimación activa concretada cuando así lo acuerda institucionalmente la Asamblea Parlamentaria o la rama específica de ese Parlamento (Cámara de Representantes o Diputados, o Senado, en su caso).

La materia sobre la cual versa normalmente la legitimación activa de este parlamento a través de una acción de inconstitucionalidad puede ser en un control preventivo de constitucionalidad sobre un proyecto de reforma constitucional, la incorporación de un tratado internacional al ordenamiento jurídico o un proyecto de ley en tramitación parlamentaria. En el caso del control reparador será generalmente un control abstracto de preceptos legales o normas administrativas, reglamentos parlamentarios y autoacordados de tribunales superiores de justicia, para señalar los principales enunciados normativos que pueden ser objeto de acciones de inconstitucionalidad parlamentaria.

*La legitimación por minorías parlamentarias.* En algunos países pueden requerir el pronunciamiento del órgano jurisdiccional constitucional respectivo (tribunal constitucional, corte suprema, sala constitucional de corte suprema), algunas minorías significativas de las ramas o cámaras del Congreso Nacional o Parlamento, con ello se busca superar los eventuales abusos de poder o afectación de los derechos fundamentales protegidos objetivamente por la Constitución frente al gobierno y las mayorías parlamentarias, junto con constituir un instrumento para la protección de las minorías. Esta protección de las minorías es parte de la democracia pluralista, en cuanto supone un límite al poder de la mayoría y un cauce para el control de ella en el contexto de una democracia constitucional.

En la democracia actual, la regla de la mayoría no asegura por sí misma la legitimidad constitucional de la decisión adoptada, la que puede contener vicios tanto de forma (procedimentales) como sustantivos o materiales (contradicción con valores, principios y derechos constitucionales), los cuales dentro de un Estado constitucional democrático deben ser respetados y garantizados, siendo parte del pacto constituyente, que constituye el consenso bajo el cual se produce y desarrolla la integración política y social.

La legitimación activa de la minoría parlamentaria constituye un contrapeso jurídico a la centralidad del gobierno tanto en los regímenes presidencialistas como parlamentarios actuales, otorgando a las minorías un instrumento de control y garantía, con el objeto de impedir el paso de la democracia a la autocracia, así como el potencial abuso y concentración del poder.

La minoría parlamentaria en un sentido amplio designa un conjunto heterogéneo de parlamentarios que aceptan los principios establecidos en la Constitución vigente, y que, en virtud de su posición institucional y de acuerdo a su criterio jurídico constitucional, cumpliendo los requisitos que la respectiva Constitución señala, impugnan ante el órgano de jurisdicción constitucional existente, en su ordenamiento jurídico en control preventivo o reparador de

constitucionalidad, un enunciado normativo del ordenamiento jurídico como inconstitucional. Esta minoría parlamentaria puede estar integrada por parlamentarios de oposición, como eventualmente también por parlamentarios que sustentan el gobierno, pero que discrepan de este en materias específicas.

La legitimación activa se otorga a la minoría parlamentaria en virtud de su alta calificación política, producto de su función institucional, con el objeto de defender una pretensión objetiva, como es el impedir que se incorporen al ordenamiento jurídico enunciados normativos inconstitucionales o para depurar el ordenamiento jurídico de ellos, dependiendo si el control es preventivo o reparador.

Así, la minoría parlamentaria opera en un proceso objetivo y abstracto, donde los legitimados activamente se encuentran taxativamente señalados por la Constitución, y el objeto del procedimiento es el contraste de un determinado enunciado normativo con el texto de la carta fundamental, con el fin de depurar o impedir la existencia de normas inconstitucionales, concretando la defensa y primacía de la Constitución.

La legitimación activa de una minoría parlamentaria para impugnar normas jurídicas en elaboración o preceptos normativos que integran el ordenamiento jurídico presenta el riesgo de ser utilizado también como una instrumentalización política de la jurisdicción constitucional para proseguir por vía jurisdiccional lo que no se obtuvo por vía política; sin embargo, la forma de configuración del control tiende primariamente a asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico y solo secundariamente a proteger eventuales lesiones a derechos subjetivos. La legitimación activa de la minoría parlamentaria tiene un efecto desactivador de conflictos políticos al posibilitar una instancia de resolución jurisdiccional.

Este procedimiento es utilizado en muchos de los tribunales constitucionales europeos, donde se exige un quinto de los diputados (Andorra, Eslovaquia, Portugal y Rusia); un cuarto de los diputados (Bosnia Herzegovina); un tercio de los diputados (Alemania, Austria, Eslovenia y Letonia), y un grupo parlamentario (Turquía). En otros países europeos se exige un número determinado de diputados, como ocurre en España, Polonia, Turquía y Rumania, donde tienen legitimación activa cincuenta diputados, o en Francia, donde se requieren sesenta diputados.

Una realidad similar la encontramos en América Latina donde hay tribunales constitucionales. En Bolivia, cualquier diputado o senador tiene legitimación activa en control abstracto de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional; en Chile, a lo menos una cuarta parte de los diputados o de los senadores en ejercicio tienen esa legitimación activa en control preventivo de proyectos de ley o de reforma constitucional, y en control reparador de decretos con fuerza de ley o cuando el presidente de la República promulgue una ley diversa de aquella que constitucionalmente corresponda. En Perú, el 25% del número legal de congresistas, conforme al art. 202, núm. 4, de la Constitución; de una tercera parte de los miembros del Senado o la Cámara de Diputados, conforme al art. 185, núm. 1, de la Constitución de 2010. En países con un sistema mixto de control de constitucionalidad, donde existe una acción abstracta de constitucionalidad que se puede ejercer solo frente a la máxima instancia del Poder Judicial, como es el caso de la Suprema Corte de México, la legitimación activa la tiene el 33% de

los integrantes de la Cámara de Diputados o del Senado, conforme dispone el art. 105 de la Constitución.

*Humberto Nogueira Alcalá*

## 700. LENGUAJE JURÍDICO

El lenguaje jurídico es el conjunto infinito de voces que denotan principios, preceptos, reglas, acciones, teorías, nombres y situaciones relativos al derecho. Como podemos ver en este *Diccionario*, “El derecho es un mundo de palabras [...]” (Ovilla Mandujano, *El lenguaje de los abogados*).

El lenguaje jurídico es el instrumento de trabajo de las personas que ejercen el derecho; esto es, personas ocupadas en la legislación, en la abogacía, en la judicatura, en la notaría, en la administración pública, etcétera. El lenguaje jurídico se emplea en las leyes y en otros textos normativos, así como en demandas, en sentencias, en actos administrativos, en contratos, en testamentos, en diligencias; también se usa en documentos de análisis sobre el derecho, como artículos científicos, monografías, voces de diccionarios, y otros más.

El código o lenguaje jurídico es un lenguaje técnico o tecnolecto, que forma parte del español jurídico, también denominado “lenguaje del derecho”, “lengua de especialidad”, “lengua especializada”, “lenguas especiales académicas”, “lenguaje técnico-jurídico”, “lenguas especializadas de la legislación y la jurisprudencia” (Alcaraz Varó y Hughes, *El español jurídico*).

La función del léxico jurídico es sintetizar los conceptos básicos en los que se apoya la experiencia y el saber metódico acerca del derecho. Su propósito es la univocidad semántica, la economía léxica y la precisión conceptual o claridad entre quienes ejercen el derecho.

En el aspecto pragmático, el lenguaje jurídico se caracteriza por el uso de términos incluidos en la lengua común desde sus orígenes. Son los que utiliza el ser humano como integrante de una sociedad en la que compra, vende, intercambia objetos, transmite sus bienes al morir, contrae matrimonio (Lara Sáenz, *Procesos de investigación jurídica*).

Nuestro sistema jurídico tiene sus bases históricas en el derecho romano-germánico (con elementos del *Corpus Iuris Civilis*, del derecho canónico y de los pueblos germánicos) —introducido a México a partir de la conquista española—, con marcada influencia de tecnicismos latinos.

En el aspecto teórico-normativo, la terminología jurídica procede de las denominadas “fuentes” del derecho; es decir, el origen de donde proviene algo. Las fuentes principales del derecho son el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la realidad social, en algunos casos la costumbre y la doctrina jurídica.

En lo que se refiere al aspecto lingüístico, el lenguaje jurídico proviene de varios idiomas, la mayor parte del latín. Otras voces, provenientes del griego, también forman parte del lenguaje del derecho. El vocabulario jurídico también incluye arabismos. Asimismo, cuando hubo necesidad de emplear nuevos términos porque así lo exigía el desarrollo de la ciencia jurídica, se tomaron elementos del derecho romano.

La cantidad de términos jurídicos es abundante e infinita; en este lugar solo ofrecemos una muestra de los rasgos más distintivos de ese lenguaje (López Ruiz, *El lenguaje jurídico*).

En el lenguaje jurídico no existen propiamente tecnicismos, sino que se emplean muchas voces del habla común, pero con un significado jurídico específico, como “auto”, “oficio”, “juicio”, “sala”, “concurso”, “vista”, etcétera.

En este lenguaje especializado existen ciertas expresiones terminológicas compuestas, como “juicio de amparo”, “prisión preventiva”, “diligencias para mejor proveer”, “caducidad de la instancia”, etcétera.

En el sistema jurídico mundial existen muchos principios jurídicos de aplicación obligatoria, como el principio de igualdad, el principio de legalidad, el principio de razonabilidad, etcétera.

De la misma manera, cada una de las diferentes ramas del derecho tiene sus propios principios; por ejemplo, en el derecho administrativo existen los principios de gratuidad, de sencillez, de eficacia del procedimiento; en derecho penal, los principios de irretroactividad, de presunción de inocencia, etcétera.

Una gran cantidad de principios aún son utilizados en latín, como *ignorantia iuris non excusat* (“la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento”); *restitutio in integrum* (reposición íntegra de las cosas antes de una violación)...

Asimismo, existen otros términos latinos que no encierran un principio, sino que son voces técnicas que resumen una situación, como *sub iudice* (periodo en que un asunto o proceso se encuentra en fase de investigación); *nasciturus* (hijo[a] concebido[a], pero no nacido[a]); *vacatio legis* (periodo de no obligatoriedad de una ley comprendido entre la publicación y su entrada en vigor), y otras más.

Cada una de las numerosas ramas del derecho tiene su propia terminología. Por ejemplo, en derecho penal se usan términos como “homicidio”, “procesado”, “víctima”, “violación”; en el derecho administrativo, “servicios públicos”, “petición”, “acto”, “autorización”, y otros más.

Incluso, dentro del mismo derecho hay vocablos que tienen varios significados (polisemia) según la rama jurídica en la que se utilizan, como «acción» (hipotecaria, penal, social); «fraude» (a la ley; de disposición indebida; de doble venta; de usura)...

En la terminología del derecho, algunas voces tienen un significado más amplio del que se conoce comúnmente. Por ejemplo, mientras que en el lenguaje cotidiano la voz “alimentos” está relacionada únicamente con la comida y con la bebida para subsistir, en el ámbito jurídico esa palabra incluye además otros derechos, como el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad.

Asimismo, en el derecho es abundante (y necesario) el empleo de definiciones para fijar el contenido de los conceptos, así como las diversas clasificaciones, conexiones y ordenaciones que se establecen entre los diversos términos jurídicos.

En el ámbito del derecho es constante la referencia a personas. Aunque generalmente en los textos jurídicos esos nombres aparecen solo en masculino, también se debe incluir su equivalente en femenino, en atención a la equidad o igualdad de género que ordenan los tratados internacionales, como “contribuyente”, “propietario”, “propietaria”, “ciudadano”, “ciudadana”, etcétera.

Sin embargo, la terminología jurídica no proviene únicamente del lenguaje del derecho, pues cada día esta ciencia regula numerosas materias técnicas y especializadas que inciden en ella.

En la actualidad, con motivo de la globalización, o mundialización, y de los avances en muchas de las ciencias, como la biología, la química, la física, la medicina, las ciencias sociales, etcétera, han aparecido nuevos términos, que tienen consecuencias de orden jurídico. En esta época de la llamada “tercera revolución industrial” se manejan otros conceptos, como “telemática”, “delitos informáticos”, “ciberespacio”, “material fisionable”, “fuente de radiación”, bioética, biogenética, dispraxis, *boullyng*, etcétera.

A través de la doctrina jurídica se han incorporado al derecho mexicano, y son motivo de estudios recientes, figuras jurídicas de otros países. Por medio de esta disciplina, como fuente del derecho, se analizan figuras de otros sistemas jurídicos, que después se traducen a nuestra lengua, como el caso del *Ombudsman* (defensor del pueblo, origen de las comisiones Nacional y estatales de derechos humanos), las *class actions*, las *affirmative actions*, la *judicial review*, etcétera. Cuando en nuestro país apenas empiezan a ser objeto de estudio y aplicación algunos de esos términos, en otros sistemas jurídicos se observa un gran avance.

En los tiempos actuales, en muchas resoluciones judiciales y en escritos doctrinales es frecuente la cita de casos contenciosos paradigmáticos de la jurisprudencia internacional. Ejemplos: *Marbury vs. Madison* (sobre el control difuso de constitucionalidad de las leyes); el *arrêt* (sentencia, fallo) Blanco (sobre el origen de la responsabilidad patrimonial del Estado); “caso Ángel Siri” (libertad de prensa y de trabajo); “caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos” (desaparición forzada), etcétera.

A pesar de que muchos países tienen el mismo sistema jurídico romano-germánico que México, sin embargo, en algunos casos el uso del lenguaje jurídico para una misma situación no es uniforme entre ellos, incluso dentro de nuestro país. Por ejemplo, en México, el grupo llamado “delitos contra la seguridad de la nación” puede asumir, en algunas entidades, las siguientes denominaciones: “delitos contra el orden constitucional y la seguridad del Estado”, “delitos contra la seguridad del Estado”, “delitos contra la economía pública”, “delitos contra la seguridad pública”. De la misma manera, a las uniones homosexuales se les denomina “sociedad de convivencia”, en el Distrito Federal; “pacto civil de solidaridad”, en Coahuila, México; “unión civil”, en Buenos Aires; “convivencia homosexual”, en Río Negro, Argentina; “unión concubinaria”, en Uruguay, etcétera.

Por otra parte, dentro del lenguaje jurídico existen ciertos términos que nosotros consideramos básicos, y cuyo significado cualquier profesional del derecho conoce, o debe conocer, independientemente de la rama de su especialización. Es de advertir que muchos de esos términos carecen de un verdadero consenso acerca de su significado, y otros experimentan un constante replanteamiento. Algunos de ellos son: “norma jurídica”, “conceptos jurídicos fundamentales”, “supremacía constitucional”, “validez”, “juridicidad” (mejor que “legalidad”), “subordinación a la ley”, “seguridad jurídica”, “certeza jurídica”, “eficacia” o “efectividad”, “razonabilidad”, “reserva de ley”, “Estado de derecho”, “procedimiento legislativo”, “interpretación jurídica”, “fundamentación y motivación”.

En el amplio campo del derecho existen normas y términos poco claros, ambiguos, contradictorios, engañosos, alejados de la realidad; asimismo, las mismas personas que ejercen el derecho contribuyen a complicar el lenguaje

jurídico al asignarle a los términos del derecho un significado distinto. Como ejemplo de lo anterior podemos señalar la confusión entre algunos términos, como “permiso”, “licencia”, “autorización” y “concesión” y otros más; las antinomias, las falacias, la vaguedad, la ambigüedad, las cláusulas programáticas, los conceptos jurídicos indeterminados, las lagunas de la ley, la omisión normativa, las normas en blanco, así como algunos principios jurídicos inoperantes, las innecesarias voces técnicas en latín, la inequidad de género, la imprecisión, y las definiciones erróneas, multívocas o incompletas.

Debido a la dinámica de la actividad social, a la globalización y a la influencia de la jurisprudencia, de los tratados y de la doctrina internacionales, cada día se hace necesario emplear nuevos términos, o replantear otros.

Al respecto podemos mencionar las nuevas ramas del derecho (el “derecho de las generaciones futuras”, el “derecho de internet”), los nuevos principios y la expansión de otros, como “seguridad”, “proporcionalidad”, “derecho a la defensa”, “derecho al mínimo vital”; los “derechos fundamentales”, como los “derechos humanos”, “las libertades”, las “garantías individuales”, las “generaciones” de derechos humanos, y los “derechos colectivos”.

Aún más: en los últimos tiempos se ha registrado una progresiva actividad jurídica en materia constitucional y de de derechos humanos, o derechos fundamentales, acompañada de nuevos términos, muchos de los cuales constantemente amplían su ámbito de protección.

Así, han aparecido: 1. Términos sobre aspectos constitucionales: “control difuso”, “acciones de inconstitucionalidad”, “controversias constitucionales”, “control de constitucionalidad”, “control de convencionalidad”, “bloque de constitucionalidad”, “interpretación conforme”; 2. Términos relativos a los derechos humanos: “universalidad”, “progresividad”, “interdependencia”, “indivisibilidad”; 3. Términos sobre la interpretación y aplicación de los principios de derechos humanos: pro persona (mejor que *pro homine*), fuerza expansiva de los derechos fundamentales, *pro actione*, posición preferente de los derechos fundamentales o *prefered freedoms* (o *prefered rights position*); 4. Los denominados “juicios orales”, y 5. El “juicio de amparo”.

Como podrá usted observar, el lenguaje jurídico no es un conjunto de términos absolutos o inmutables, sino un cuerpo dinámico e infinito de voces de diversos orígenes, que se emplean para regular las complejas y cambiantes relaciones humanas. Es un lenguaje en el que no cuentan los factores de expresividad personal, como en la literatura, sino las pautas y convenciones que debe seguir la sociedad.

**Miguel López Ruiz**

## 701. LEY

La etimología de la “ley” (del latín *lex, legis*) es dudosa: algunos la derivan del verbo *legare* en el sentido de “distribuir” (entonces, la palabra “ley” se entiende como acto que atribuye a cada uno lo suyo), o bien en aquel de “leer”, a su vez ligado a la voz griega *gagēin*, “decir” (entonces, individualizando una conexión las forma que se recitaban para crear vínculos obligatorios); otros del verbo *legare*, es decir, “delegar un poder” y, por extensión, “obligar”, “disponer”, etimología que también se encuentra en la raíz indo-europea *lagu* (véase, por ejemplo, *legislatio*), y finalmente, la derivan de “ligar” en el sentido de “delegar y vincular”. Todas las diferentes propuestas reconstructivas afianzan en reali-

dad distintos aspectos, pero igualmente presentes en la ley, y esto se confirma con el correspondiente análisis etimológico de la correspondiente traducción en otros idiomas; por ejemplo, en inglés *law*, de *lagu*, que se traduciría con “establecer, poner, fijar” (a partir de la cual viene *to lay*), que en las formas más antiguas fue remplazado por *gesetnes*, que de inmediato reclamaba el *das Gesetz* alemán, que a su vez se refiere al verbo *setzen* (determinar, establecer, proveer), e igualmente al sustantivo *der Satz* (“frase”, donde regresa el tema de la palabra, de la fórmula).

En un sentido amplio, con el término “ley” se entiende el conjunto de las normas en vigor en un ordenamiento, independientemente de la fuente de producción, aunque también como sinónimo de “derecho”. Para entender el motivo por el cual la palabra “ley” se utiliza a menudo como una sinécdoque de *ius*, se requiere recorrer toda la historia del derecho de los clásicos hasta hoy día y, en particular, centrarse en la transición de la forma de Estado absoluto en sentido liberal. Sea tanto en el mundo griego como en el latín, la ley en sentido técnico es simplemente una de las diversas fuentes de derecho, en particular aquella de “lugar” de la asamblea popular e introducida por escrito; para los romanos es la contraposición a los *mores* (las costumbres, las tradiciones). En la Edad Media, salvo en Inglaterra, donde la ley, en concurrencia con el *common law*, debía siempre mantener los requisitos de racionalidad, se afirma la tendencia a hacer coincidir la ley con la voluntad del príncipe, cualquiera que sea su contenido. La extensión de significado, hasta la coincidencia con el derecho en su conjunto, se tiene con la aparición de los conceptos contractuales de soberanía y, por tanto, con el nacimiento de los Estados-nación; en primer lugar, a través del absolutismo, donde cada otra fuente del derecho que no fuera la ley puesta por el soberano se deslegitimada; a continuación, en la transición a una forma de Estado liberal, donde los parlamentos se convirtieron en el lugar para garantizar los derechos y las libertades reclamados por la burguesía a través de las grandes revoluciones del XVIII, asumiendo las primeras cartas constitucionales de naturaleza flexible, y finalmente, con la venida del Estado democrático-social, donde las instituciones representativas se han convertido en “fabricas” de leyes, casi como factores de la producción de tipo industrial.

La contraposición entre *lex* y *ius* provee razones obvias en términos de contenido y no en el nivel de solo forma; de hecho, *ius* indicaba en origen sea el conjunto de las normas, sea el objeto de la justicia: el derecho debía ser “justo”, dirigido al bien común, ¿y la ley? Una vez más, en la historia y en la filosofía del derecho se encuentra una tensión perenne entre las partes de los que abogan por un concepto de ley en sentido formal, como un acto deliberado de un proceso por un organismo competente, y aquellos que lo entienden en un sentido sustancial, como un acto caracterizado por un contenido preceptivo. Limitándose a la Edad Moderna, el primer sentido se toma en el sentido propio del positivismo jurídico, por el cual una ley es tal por el solo hecho de poseer la forma, con el único vínculo del respeto de las metanormas sobre la producción del derecho, mientras es indiferente el contenido que el acto asume. El segundo sentido es el de las teorías iusnaturalistas, por las cuales la ley no puede disolverse por mera arbitrariedad, ya sea por el príncipe, o bien por una asamblea electoral, y ha encontrado reconocimiento en la forma del Estado democrático, en el principio de rigidez de la Constitución y en la consecuente difusión en Europa, sobre todo en la Segunda Posguerra,

de la justicia constitucional, en función de las garantías de los derechos y las libertades fundamentales consagradas en la cartas fundamentales. Respecto al problema de la “justicia” de la ley (es decir, en términos de legitimidad), el primer significado de ley es el acto adoptado conforme al procedimiento normal previsto en la Constitución, mientras que en el segundo la ley debe tener también carácter normativo y, por tanto, cumplir con los requisitos de generalidad, abstracción y capacidad de innovación. Por último, se distingue entre ley en sentido formal y ley en sentido material, incluso cuando se aborda el problema de la “fuerza” de la ley (es decir, en términos de eficacia), en la que todos los ordenamientos también prevén otros actos con fuerza de ley, así como el derecho común, incluyendo aquí toda delegación legislativa, pero solo en algunas jurisdicciones (Italia y España) están incluidos los decretos de urgencia (decreto-ley y ordenanzas de necesidad, legislación delegada).

En sentido técnico jurídico, la ley es el acto público típico de ejercicio de función normativa por parte del Parlamento, aunque el mismo término se utiliza para indicar tanto el producto como el productor, o sea, tanto la norma entendida como acto, como el procedimiento que la ha puesto en marcha (procedimiento legislativo).

Por último, debemos destacar el papel de las diferentes fuentes de derecho que la ley desempeña en los sistemas del *civil law* y en aquellos del *common law*, donde el acto normativo del Parlamento toma el nombre del estatuto o *Act* (*Common law*, *Civil law*, *Statute law*). Como se sabe, estos últimos se definen como sistemas de derecho basado en la jurisprudencia; aunque la doctrina autorizada ha puesto de manifiesto la llegada del *Welfare State*, el *common law* ha llegado a la era de los *statutes* (Calabresi). La aparente paradoja (aunque en gran medida explicada por razones de orden histórico, cultural, social, geográfico, económico) se encuentra en el hecho de que en el Reino Unido, donde se predica en vía formal la máxima soberanía del Parlamento (tanto no es así que no existe una Constitución escrita para representar un límite al Poder Legislativo), la ley no vive por su cuenta, sino en cuanto a la integración de la jurisprudencia: es solo en el momento de la primera aplicación cuando la norma positiva pasa a formar parte de una *ratio decidendi* que recibe el soplo vital, y solo a través de estrictos cánones interpretativos muy rígidos (interpretación literal, la estricta construcción, regla de oro). El marco debe ser completado, sin embargo, recordando a una de las partes que en los Estados Unidos, la integración entre *common law* y *statutory law*, es siempre más flexible, incluso para la existencia de una Constitución escrita inmediatamente interpretada como la “Ley suprema del país”, pero que un enfoque realista para el estudio de los sistemas de *common law* solo puede destacar hoy en día un papel crucial en la fuente legislativa sobre el derecho sustantivo, sea en el nivel cuantitativo por las materias disciplinadas con *statutes* (fuentes del derecho, formas de Estado).

*Silvia Bagni*

(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

## 702. LEY ATÍPICA Y ORGÁNICA (DEFINICIÓN Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD)

Muy a menudo, la legislación primaria, aunque conserva el nombre de “ley”, se adopta con procedimientos especiales diversos a los que son típicos. A dife-

rencia del siglo XIX, a la “especialidad” de la materia se acompañan, de vez en cuando, atacando a la unidad de la ley:

i) *leyes cuyo contenido está predeterminado por consideraciones constitucionalmente requeridas* (del Consejo de Estado, de los órganos de representación de las entidades locales, entre otros), con el injerto en el *iter legis* de uno o más subprocedimientos. Tales opiniones, sean obligatorias o facultativas, asumen relieve jurídico además de político, sobre todo cuando son dados por la Corte o Tribunal Constitucional antes de la promulgación de la ley, a petición del presidente de la República, del primer ministro, de los presidentes de las cámaras, de un número determinado de diputados o senadores, etc. (Francia, Rumanía, Portugal, Irlanda, Estonia, Hungría), y

ii) *leyes para las que es necesaria la consulta del pueblo*, llamado a aprobar con un referéndum un proyecto de ley, por iniciativa de parte del cuerpo electoral o de entes periféricos o de órganos del Estado o de una parte de los diputados (Dinamarca, Suiza, Irlanda, Francia como establece el reciente art. 11 constitucional). En las hipótesis analizadas, cuando la consulta o el parecer no son obligatorios, no nos encontramos en presencia de categorías especiales de leyes, que, por consiguiente —excepto algunos casos—, pudieren ser derogadas o abrogadas por leyes posteriores y aprobadas por el procedimiento general. La naturaleza facultativa del referéndum o parecer (en el sentido de que estos pueden ser solicitados, pero no se introducen siempre y plenamente en el procedimiento de adopción de leyes materialmente individualizadas) o incluso su general obligatoriedad, según se produzcan determinadas circunstancias no sustraen al régimen normal de la ley de los actos precedidos por una consulta o “sancionados” por referéndum u opinión. Constituyen excepción las *lois référendaires* francesas, sobre las cuales el *Conseil Constitutionnel* ha manifestado la imposibilidad de derogación por medio de leyes ordinarias; leyes —las primeras— no materialmente delimitadas en la Constitución francesa pero que adquieren una mayor fuerza si el presidente de la República (y desde 2008, una quinta parte de los miembros del Parlamento, con el apoyo de una décima parte de los votantes) las introduce por la vía del referéndum previsto en el artículo 11 de la norma fundamental citada.

Además de las leyes aprobadas por referéndum, a veces también hay:

iii) *leyes que no pueden ser sometidas a referéndum* (Italia, Dinamarca, Letonia);

iv) *leyes cuyo contenido está predeterminado por pactos precedentes o condicionado por previos acuerdos*: procedimientos especiales que son obligatorios, por ejemplo, en materia de concordato con la Santa Sede y de acuerdos con organizaciones religiosas, según la Constitución italiana, y en el tema de aprobación de tratados;

v) *leyes en materia financiera*, más o menos vinculadas por procedimientos particulares, leyes para la adopción del presupuesto o leyes sobre el equilibrio presupuestario, previstas por numerosas constituciones;

vi) *leyes que solo pueden ser aprobadas por el pleno de cada Cámara* (Italia, España);

vii) *leyes aprobadas en sesión común por las dos cámaras del Parlamento* (Rumanía);

viii) *leyes monocamerales* (Bélgica, Alemania), *bicamerales o tricamerales*: algún ordenamiento bicameral (p. ej., Alemania, al igual que otros sistemas federales con bipartidismo imperfecto) o con más de dos cámaras (Sudáfrica, con la Constitución de 1983) establece o establecía un régimen diferenciado para los distintos grupos de materias objeto de reglamentación, lo que requiere

que ciertas leyes sean adoptadas solo por una Cámara, otras necesitan, por lo contrario, la votación de todo el Parlamento;

*ix) leyes aprobadas con mayorías cualificadas*, a veces, se requiere para la aprobación de leyes que insisten en ciertas áreas una mayoría diferente de la simple (absoluta, dos tercios o tres cuartos), como en España, Italia (amnistía), Noruega, Dinamarca, Hungría para la regulación de los distintos derechos e instituciones, Venezuela para las leyes delegadas, etc.;

*x) leyes aprobadas dos veces a petición de un determinado quórum de diputados*, como lo hicieron en la Constitución griega anterior;

*xi) leyes que regulan las relaciones entre los grupos lingüísticos y culturales y sus poderes*: la Constitución belga establece que determinadas leyes son aprobadas por mayoría de los votos de cada grupo lingüístico de ambas cámaras, a condición de que la mayoría de los miembros de cada grupo se encuentre reunida y que el total de los votos favorables de los dos grupos lingüísticos reúna los dos tercios de los votos expresos; al igual de como establece la Constitución eslovena, y

*xii) leyes que regulan las competencias de los Estados miembros o regiones* (o autoridades locales similares), o *las relaciones entre ellos y el gobierno central* (Italia, Austria, Alemania, España).

La atipicidad de todas estas leyes depende de la disociación entre la fuerza del acto y su forma típica, o de una escisión entre la *vis abrogans* y resistencia a la abrogación (La Pergola), las cuales emergen haciendo palanca sobre el criterio de competencia. Independientemente del sistema seguido para someter leyes particulares a un régimen distinto del ordinario (agravación de los procedimientos, voto con mayorías especiales, referéndum, etc.), en la Constitución se debe realizar una delimitación preventiva de las materias cuya disciplina esté confiada a fuentes que se diferencian de las leyes ordinarias en algunos de sus elementos.

Finalmente, una mención aparte merecen, por su importancia comparativa, las leyes orgánicas. Introducidas por primera vez, en su versión moderna, por la Constitución francesa de la V República, las leyes orgánicas fueron bien pronto recibidas también por la Constitución española de 1978, así como — aunque en contextos institucionales diversos — por la venezolana, peruana, rumana, portuguesa, brasileña, las excolonias francesas y por algunas otras.

En comparación, la definición de ley orgánica es la de un acto-fuente del Parlamento (pero no solo de él, existiendo en Francia también ordenanzas orgánicas), adoptado con un procedimiento agravado respecto al *iter* ordinario de la ley (mayorías cualificadas y/o pareceres de órganos de justicia constitucional), en materias que prevalentemente (pero no de modo exclusivo) afectan a los poderes públicos, disciplinadas en los límites y según los principios establecidos por la Constitución y, cuando menos, resistentes a la abrogación por parte de la ley ordinaria que pudiese afectar a la misma materia.

Entre ordenamiento y ordenamiento se encuentran normalmente profundas diferencias, por ejemplo, en la Constitución española, el ámbito de competencia de las leyes orgánicas se extiende, de modo distinto a Francia y a los países sudamericanos, a las libertades públicas, mientras la Constitución rumana adopta una solución intermedia y Venezuela incluye leyes que son “marco normativo a otras leyes”. En América Latina, a veces, las leyes orgánicas tienen un contenido constitucionalmente determinado, otras veces

es la decisión del Parlamento de calificarlas así, dándoles un estatus especial, que implica un agravamiento del procedimiento que hay que seguir (p. ej., Venezuela).

La existencia de características comunes permite, sin embargo, distinguir las leyes orgánicas de las fuentes denominadas de forma similar, que no reúnen los requisitos indicados, mientras que, si existe la definición constitucional de un ámbito material y agravación de los procedimientos de adopción, es posible predicar la existencia de leyes orgánicas también en ordenamientos que rechazan adoptar tal *nomen iuris*.

¿Pueden todas estas leyes ser: a) objeto, y b) parámetro del control de constitucionalidad? Depende. Respecto del objeto, la respuesta es normalmente “sí”, aunque con excepciones.

Entre las fuentes primarias distintas de la ley, son normalmente controlables aquellas con fuerza o valor de ley, como —donde existen— los decretos ley (u ordenanzas de necesidad), y las leyes delegadas. Asimismo, pueden ser objeto de control, o incluso deben estudiarse *ex officio*, las leyes orgánicas (aunque en parte sirvan de parámetro), en Francia y sus excolonias, España, Rumania y algunos países de América Latina. En ocasiones, el objeto cambia dependiendo del procedimiento. En Francia, pero nunca más en España, son sometidas obligatoriamente al control preventivo del órgano de justicia constitucional (pero la ley orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, ha introducido el control previo de las leyes orgánicas con las que se aprueban los Estatutos de Autonomía en el art. 79 LOTC: “Son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad, con carácter previo, los Proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos”). Además, todas las “leyes” atípicas, o casi.

Acerca del parámetro, las leyes orgánicas no tienen en todas partes, con respecto a las leyes ordinarias, una relación únicamente de competencia (no se distinguen, por tanto, de aquellas solo por razón de la materia). En Francia, sobre todo, el núcleo esencial de las ordenanzas orgánicas adoptadas durante la *mise en place* de la Constitución en los años 1958 y 1959 no puede ser modificado “*dans le même esprit*” ni por leyes orgánicas posteriores; mientras en España, las leyes orgánicas de aprobación de los Estatutos de Autonomía forman parte del parámetro de control, concurriendo junto a otras, con distintos matices, a la composición del bloque de constitucionalidad.

Pueden ser parte del parámetro, con referencia únicamente a las leyes de ordenamientos periféricos, algunas *leyes* atípicas del Estado, sean las “leyes generales” a las que alude la Constitución de Portugal, sean las leyes “de bases” mencionadas por la Constitución española, o sean las leyes marco a las que hacía referencia la legislación que desarrollaba la Constitución italiana, antes de la reforma de 2001.

**Lucio Pegoraro**  
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

### 703. LEY AUTOAPLICATIVA

El principio general del derecho dice que las leyes son de aplicación inmediata, a menos que el propio legislador difiera su vigencia en el tiempo; sin embargo, hay casos en los que la ley no produce efectos por su sola entrada en vigencia, sino que es necesario otro acto jurídico por parte de alguna

rama del poder público para que la norma tenga plena vigencia dentro del ordenamiento jurídico. Las normas que no necesitan de otro acto jurídico para tener plenos efectos dentro del sistema legal, y cuya aplicación no ha sido diferida en el tiempo por el legislador, son las denominadas “leyes autoaplicativas”.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido por lo menos tres criterios para identificar las leyes autoaplicativas. El primer criterio sostenido por la SCJN es que una ley es autoaplicativa si al momento de ser promulgada crea, modifica o extingue relaciones jurídicas de manera inmediata a su promulgación, sin requerir ningún acto jurídico posterior para ser aplicada. Esto implica que su individualización es incondicionada; es decir, que cambia la situación jurídica de los destinatarios de la ley de forma instantánea. El segundo criterio que la SCJN ha desarrollado para saber si una norma es autoaplicativa es el que podría denominarse “el criterio de la conexidad”. En efecto, si un quejoso se encuentra obligado por una determinada disposición legal autoaplicativa, y esta pertenece a un cuerpo normativo más amplio, entonces se considera que las otras normas que hacen parte de esa normatividad están conectadas o son conexas con la que se le quiere aplicar al quejoso, entonces estas también son autoaplicativas, pues comparten la característica de no necesitar de otro acto jurídico para afectar la esfera jurídica de los receptores de la norma. El tercer criterio es el siguiente: si una norma jurídica de forma inmediata, y desde que entra en vigor, modifica las relaciones jurídicas de un grupo de sujetos identificables frente al Estado o a terceros, ya sea otorgándoles derechos, o bien imponiéndoles nuevas obligaciones, entonces esa ley se considera autoaplicativa.

Contra las leyes autoaplicativas cabe la posibilidad de promover un juicio de amparo dentro de los quince días siguientes a la notificación de la norma que se demanda; sin embargo, el art. 17 de la nueva Ley de Amparo, sección primera, dice que el juicio de amparo podrá promoverse dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la “norma general autoaplicativa”. Las secciones tercera y cuarta del mismo art. también hacen excepciones al plazo para presentar el juicio de amparo. En el caso de la sección tercera, dice que si una norma llegara a privar del goce de los derechos agrarios a los núcleos de población comunal o ejidal, tendrán un plazo de siete años para presentar el correspondiente juicio de amparo. Por otro lado, la hipótesis planteada por la sección cuarta dice que si el acto reclamado tiene como consecuencia la privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de un procedimiento judicial, la deportación, proscripción o destierro, desaparición forzada de personas, el reclutamiento obligado en las fuerzas armadas del Estado, junto con las prohibiciones establecidas en el art. 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el amparo podrá presentarse en cualquier tiempo.

Las leyes autoaplicativas están sujetas a ser controvertidas a través del amparo indirecto, ya que acorde con el art. 107 de la nueva Ley de Amparo, este juicio procede contra las normas generales que con su sola entrada vigor causen un perjuicio al que presenta la queja. El efecto de la sentencia que resuelva el amparo es que esa norma no tendrá validez y no se le podrá aplicar al quejoso en ninguna otra actuación sucesiva; en otras palabras, la sentencia de amparo declara que no hay validez personal de la norma atacada y, por eso, no puede volver a aplicársele al quejoso.

La otra acción que puede presentarse contra las leyes autoaplicativas es el amparo directo; sin embargo, este amparo no es para atacar directamente la norma acusada de inconstitucional, ya que este solo se puede presentar contra resoluciones judiciales. El amparo directo sirve para mostrarle al juez que al hacer la subsunción de los hechos lo hizo con una norma inconstitucional para el caso concreto, y por tanto, la subsunción debió hacerla con otra norma que esté de acuerdo con la Constitución. El efecto del amparo directo es que la norma no pierde su vigencia ni su validez personal, e incluso puede ser utilizada en otro proceso contra el promovente. La consecuencia de la sentencia de amparo es que si el juez encuentra que la norma es inconstitucional para ese caso concreto, esta no puede ser tenida en cuenta dentro del proceso del que el quejoso es parte y deberá buscarse la que mejor se adecúe al caso pendiente de resolución.

*Camilo Ernesto Castillo Sánchez*

#### 704. LEY CONSTITUCIONAL

En el derecho constitucional mexicano, la noción de leyes constitucionales hace referencia a las Constituciones que han estado vigentes en México a lo largo de su historia republicana. Este camino ha sido largo y complejo, como en general lo ha sido para todo los países en su conformación nacional; sin embargo, la pluralidad y la riqueza de los diferentes experimentos constitucionales mexicanos les ha permitido a otros países aprender de su experiencia en la configuración de sus respectivas Constituciones. Un ejemplo de esto son las leyes de reforma del siglo XIX, las cuales fueron la base de la legislación que otros Estados latinoamericanos tomaron para decretar una separación efectiva entre la Iglesia católica y el Estado.

Esta historia comienza con la independencia de México de España, que trajo consigo la necesidad de ordenar el territorio y establecer un sistema institucional que le permitiera al gobierno del naciente Estado mexicano tener la suficiente estabilidad y legitimidad para ser gestionado de una manera eficaz. Es así que nacen diversas Constituciones que buscaban dar cuenta, de la mejor manera posible, de los cambios políticos, económicos y sociales que tenían lugar a lo largo de los siglos XIX y XX. Por este motivo, se suele identificar los eventos constitucionales más relevantes con la triada de la Independencia, la Reforma y la Revolución, ya que cada uno de ellos obedece a un momento constitucional determinante. El primero hace referencia al momento en que el nuevo Estado se dota de una Constitución propia, de carácter federal, presidencialista y republicana, donde se declaró como religión oficial al catolicismo; esta Constitución fue redactada en 1824. En 1835 se derogó la Constitución de 1824 y durante el periodo que va de 1835 a 1836 se proclamaron las Siete Leyes Constitucionales de la República mexicana. Estas leyes eran de carácter centralista y conservaron la división de poderes, pero le agregaron un cuarto poder denominado “el Supremo Poder Conservador”, el cual estaba integrado por cinco ciudadanos y tenía el poder de intervenir en las decisiones que tomaban los otros tres poderes públicos (el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial), bajo el supuesto que eran los verdaderos intérpretes del espíritu de la Nación.

Después de la Constitución de 1835 se expidió la Constitución de 1857; su inspiración era de carácter liberal, republicana y federal. Además, se esta-

bleció una clara diferenciación entre la Iglesia católica y el Estado. Este último punto generó tensiones con los conservadores mexicanos, pues de acuerdo con la Reforma, la Iglesia perdió muchos de sus privilegios tributarios, se le prohibió la compra de bienes y se expropiaron los que ya tenía para ser subastados por el Estado. Al mismo tiempo, la Iglesia perdió el monopolio de la educación para que la enseñanza fuera asumida en su totalidad por el Estado. En últimas, la Constitución de 1857 y las leyes de reforma lo que buscaron fue quitarle a la Iglesia los privilegios de los que había gozado durante mucho tiempo, con el fin de ponerla bajo las órdenes del Estado.

La Constitución de 1857, salvo el lapso de la invasión francesa, estuvo vigente hasta 1917 cuando se expidió la Constitución de Querétaro, la cual fue la primera Constitución con contenidos sociales a nivel mundial. Si bien los constituyentes de 1917 tomaron muchos aspectos de la Constitución anterior, también estuvieron atentos a los reclamos políticos y sociales dejados por la Revolución mexicana, que tuvo lugar entre 1910 y 1917. Gracias a ello, se introdujo, además de las doctrinas clásicas del constitucionalismo (como la división de poderes y la garantía de los derechos individuales), la cuestión social en una Constitución. Este paso fue decisivo, pues desde entonces el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos sociales a todos los que habitan en su territorio. Esta es la Constitución vigente de México, aunque ha tenido múltiples reformas. Una de las más importantes reformas a la Constitución es la que se hizo en 2011, pues se incorporaron los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano al derecho interno, y permitió la existencia de un control difuso por parte de los jueces de la República.

*Camilo Ernesto Castillo Sánchez*

#### 705. LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El 6 de junio de 2011 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esa reforma constitucional en materia de amparo ha dado paso al cambio jurídico de mayor trascendencia en las últimas décadas. El artículo segundo transitorio del Decreto mencionado dispuso que el Congreso de la Unión expedirá las reformas legales correspondientes dentro de los 120 días posteriores a la publicación de la reforma constitucional. No obstante, fue hasta el 2 de abril de 2013 cuando fue publicado en el *DOF* el Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

La *nueva* Ley de Amparo es el fruto del interés y las aportaciones de legisladores, expertos, académicos, asociaciones de abogados, postulantes y organizaciones de diversa índole que durante más de una década contribuyeron

a este proyecto de gran envergadura, guiados por el interés de contar con un instrumento procesal acorde con las necesidades y legítimos requerimientos de acceso de la justicia de nuestra sociedad. Su artículo 1o. enuncia el objeto de esta *renovada* institución jurídica:

“Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley”.

Como puede apreciarse, la nueva Ley de Amparo contiene la normativa necesaria para armonizar el sistema constitucional que adquirió plena forma en junio de 2011 y que tiene como objetivo obligar a todas las autoridades a sujetar su actuación al principio de protección y salvaguarda de los derechos humanos de las personas, en especial en beneficio de los más vulnerables.

Entre sus novedades, en su mayor parte de profundo calado, la nueva Ley de Amparo prevé las siguientes figuras: declaratoria general de inconstitucionalidad, plenos de circuito e interés legítimo.

a) La *declaratoria general de inconstitucionalidad* está prevista en la frac. II del art. 107 de la CPEUM y regulada en el art. 231 (y siguientes) de la Ley de Amparo, mismo que dispone que cuando los órganos del PJJF establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la SCJN lo notificará a la autoridad emisora para que supere el problema de inconstitucionalidad. Transcurridos 90 días sin que la autoridad subsane la falta, el Pleno de la SCJN, por una mayoría de al menos ocho votos, emitirá la *declaratoria general de inconstitucionalidad*. Exceptuando normas generales en materia tributaria. La declaratoria general de inconstitucionalidad es uno de los elementos de mayor trascendencia de la reforma constitucional, ya que reforma no solo el juicio de amparo, sino el alcance de nuestro ordenamiento jurídico. Si bien, en este diseño se respeta la facultad de la misma autoridad emisora de adecuar constitucionalmente la norma, preservando así el pleno respeto y equilibrio entre los Poderes de la Unión.

b) La frac. XIII del art. 107 constitucional prevé la creación de *Plenos de Circuito* para la resolución de contradicciones de tesis entre Tribunales Colegiados de un mismo Circuito (artículo décimo primero transitorio de la nueva Ley de Amparo). Cuando los Plenos de Circuito de distintos Circuitos,

los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito, o los Tribunales Colegiados de un mismos Circuito con diferente especialización sustenten tesis contradictorias al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, los ministros de la SCJN, los mismos Plenos de Circuito, y los demás órganos antes mencionados podrán denunciar la contradicción ante la SCJN, para que el Pleno o la Sala respectiva, decida la tesis que debe prevalecer.

c) La figura de *interés legítimo* está consagrada en la frac. I del art. 107 de la CPEUM, que prevé que el juicio de amparo se seguirá a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico (art. 5o. de la Ley de Amparo). A partir de ahora el amparo procede aun cuando la afectación no sea inmediata o directa para quien lo interpone, sino quien verdaderamente, a criterio del juzgador, demuestre la legitimidad de su interés, con lo cual se amplía aún más la protección de la del juicio de constitucionalidad. La figura del interés legítimo cuenta con un amplio desarrollo doctrinal y jurisdiccional en el derecho comparado y con algunos antecedentes en el derecho mexicano que, justamente, permite constituir como quejoso en el amparo a aquella persona que resulte afectada por un acto en virtud de, o la afectación directa a, un derecho reconocido por el orden jurídico —interés jurídico— o cuando el acto de autoridad no afecte ese derecho pero sí la situación jurídica derivaba del propio orden jurídico.

A propósito de la promulgación de la nueva Ley de Amparo, debe destacarse que también resulta reglamentaria del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para la comprensión e interpretación de la *nueva* Ley, es de suma importancia tener presente que cada párrafo nuevo del art. 1o. constitucional conlleva implicaciones capaces de revolucionar nuestras relaciones sociales. Establece ahora el párrafo inaugural que en México todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, a la par que de las garantías para su protección, así como que en conjunto su ejercicio no puede restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que se fijan en el propio texto de la ley fundamental. Continúa el segundo párrafo afirmando que las normas concernientes a los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, siempre a favor de que a las personas se conceda la mayor protección. Cierra este marco el tercer párrafo que ordena a todas las autoridades, acorde a sus competencias, respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que los informan, a la vez que les impone obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones.

Una concatenación de suma relevancia entre la nueva Ley de Amparo y la reforma en materia de derechos humanos se encuentra en los preceptos de la *nueva* Ley concernientes a los requisitos de las demandas de amparo indirecto y directo, en los siguientes términos:

“Artículo 108. La demanda de amparo indirecto deberá formularse por escrito o por medios electrónicos en los casos que la ley lo autorice, en la que se expresará: ...

VI. Los preceptos que, conforme al artículo 1o de esta Ley, contengan los derechos humanos y las garantías cuya violación se reclame. ...

Artículo 175. La demanda de amparo directo deberá formularse por escrito, en el que se expresarán: ...

VI. Los preceptos que, conforme a la fracción I del artículo 1o de esta Ley, contengan los derechos humanos cuya violación se reclame; ...”.

Si bien la *nueva* Ley de Amparo es la cristalización de la reforma constitucional de junio de 2011, no es, en modo alguno, el *fin de la historia* en la materia. Consecuentemente, la responsabilidad de su debida aplicación e interpretación corresponde a los titulares del Poder Judicial de la Federación. El juicio de amparo no es una institución jurídica más; es el catalizador que permite que el sistema de impartición de justicia federal funcione. El juicio de amparo es un derecho y una garantía. Es un derecho, porque su existencia y puesta en práctica, debe ajustarse, en todos sus extremos, a los requerimientos que establecen nuestra Constitución y también los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por México. Es una garantía, porque su mera existencia implica una salvaguarda de reparación, para todo aquel que ha visto menoscabados o restringidos sus derechos y libertades.

A través de la nueva Ley de Amparo, este recurso judicial *sencillo y rápido* —en términos del *deber ser* dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— retoma sus orígenes como el recurso efectivo para amparar ante los tribunales competentes contra cualquier violación de los derechos fundamentales. El juicio de amparo, como institución procesal, inspiró —a propuesta de la representación de México— la redacción del texto vigente del artículo 8o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por ello, debemos estar orgullosos de la institución del amparo, misma que se renueva para recuperar la mejor tradición mexicana protectora de los derechos de las personas.

*Juan N. Silva Meza*

## 706. LEY HETEROAPLICATIVA

Las leyes heteroaplicativas son aquellas que necesitan de otro acto jurídico para poder tener plenos efectos dentro del ordenamiento legal. En efecto, hay leyes que no son eficaces con la mera promulgación, como sería el principio general, sino que necesitan de un acto jurídico complementario para que de ellas pueda predicarse eficacia. Sin la presencia de ese acto jurídico no es posible aplicar esa norma jurídica a ninguna de las personas que habitan dentro del territorio nacional.

La diferencia entre las leyes autoaplicativas y las heteroaplicativas es que las personas que son destinatarias de las primeras pueden ser determinadas con la simple promulgación y entrada en vigencia de la ley. Por el contrario, en el caso de las leyes heteroaplicativas, el sujeto al que se le debe aplicar la norma jurídica solo se concreta cuando el organismo del poder público encargado de hacerlo expide el acto jurídico que es suplementario de la ley. El acto jurídico que le permite tener plena eficacia a una ley heteroaplicativa va desde un reglamento hasta una sentencia judicial. Por otro lado, las leyes heteroaplicativas no

crean, modifican ni extinguen relaciones jurídicas de forma inmediata como lo hacen las leyes autoaplicativas. En otras palabras, las leyes autoaplicativas con el solo hecho de su promulgación y entrada en vigor modifican las relaciones jurídicas que existen entre el destinatario de la norma y el Estado, e incluso otros particulares. Las leyes heteroaplicativas, por el contrario, necesitan ser concretadas a través de un acto jurídico diferente del que las creó; en este orden de ideas, ellas no pueden ser aplicadas por las autoridades de forma directa, pues si llegaran a hacerlo, la consecuencia directa es que se estaría violando el principio de legalidad, uno de los pilares de cualquier orden constitucional. Así pues, las leyes heteroaplicativas no modifican de manera inmediata y directa la esfera jurídica de sus destinatarios, sino únicamente hasta cuando aparece el acto jurídico que le da plena eficacia a la ley. En conclusión, las leyes heteroaplicativas tienen la característica principal de ser plenamente efectivas solo después de un primer acto de aplicación, y su cuerpo normativo no puede ser aplicado directamente a los destinatarios de la norma.

La fracción primera del art. 107 de la nueva Ley de Amparo dice que el juicio de amparo indirecto procederá: “Contra normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación causen perjuicio al quejoso”. En este orden de ideas, queda claro que las leyes heteroaplicativas pueden ser sometidas al juicio de constitucionalidad. Si una norma heteroaplicativa efectivamente está en tensión con el articulado constitucional, entonces el juez deberá ordenar que esa ley heteroaplicativa, o su primer acto jurídico de aplicación, no sea el criterio que se le aplique al quejoso, y no solo en ese proceso, sino también en cualquier otro proceso en el que él sea parte y se pretenda usar la misma norma para juzgar su situación jurídica.

Al mismo tiempo, las leyes heteroaplicativas pueden ser atacadas a través del juicio de amparo directo. Si bien el juicio de amparo directo está destinado a resolver controversias cuando se considera que una decisión judicial ha sido tomada violando una o varias disposiciones constitucionales, es posible presentar una reclamación contra el acto de aplicación de una ley heteroaplicativa, después de que se ha tomado la última decisión de instancia. Según el art. 170, inciso cuarto, de la Ley de Amparo es posible presentar un juicio de amparo directo: “Cuando dentro del juicio surjan cuestiones sobre constitucionalidad de normas generales que sean de reparación posible por no afectar derechos sustantivos ni constituir violaciones procesales relevantes, solo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda contra la resolución definitiva”; sin embargo, el efecto de la sentencia del juicio de amparo directo es diferente de la del juicio de amparo indirecto, pues en este caso la norma acusada de inconstitucional puede ser utilizada en otro proceso contra el quejoso, pues se declara su inconstitucionalidad para ese proceso, pero no se afecta ni su validez ni su vigencia personal; por tanto, no “blinda jurídicamente”, por decirlo de alguna manera, al reclamante.

*Camilo Ernesto Castillo Sánchez*

## 707. LEY INCONSTITUCIONAL

I. ESTADO DE DERECHO. Todo derecho, por el solo hecho de existir como *formalmente válido y eficazmente vigente*, trata de satisfacer unos tipos constantes de necesidades humanas sociales, esto es, *finalidades funcionales de lo jurídico* o *funciones del derecho*, que, según Recasens Siches en la *Introducción al estudio del derecho*,

son: “a) certeza y seguridad, a la vez que posibilidad de cambio; b) resolución de los conflictos de intereses; y c) organización, legitimación y restricción del orden público”. Las funciones básicas del derecho se satisfacen cuando existe un Estado de derecho. De acuerdo con Elías Díaz en el libro *Estado de derecho y sociedad democrática*, todo auténtico Estado de derecho debe cumplir con las siguientes notas características: “a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general. b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la administración: actuación según ley y suficiente control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material”. Existe una presión constante y legítima de nuestra sociedad actual de vivir en un Estado de derecho, que pesa sobre el legislador; el gobierno y los jueces, en el sentido de que en un contexto democrático no puede tolerarse que alguna ley inconstitucional sea rectora de la vida social. El Estado de derecho tiene su razón de ser en el imperio de la ley como una expresión de la voluntad popular, y con ello el sometimiento de todos los poderes a ella y a la norma fundamental del Estado para la eficaz protección y realización de los derechos, libertades, así como de las necesidades de los individuos. De esta suerte, el respeto a la carta fundamental, a la supremacía constitucional, es lo que imprime validez a todas y cada una de las normas de que está compuesto nuestro ordenamiento jurídico y los actos que de él derivan, lo que significa que solo un control constitucional eficaz permite la existencia del anhelado Estado de derecho. Dicho de otra forma, las normas inconstitucionales afectan al Estado de derecho, de forma que para la permanencia de este es necesario que el sistema jurídico establezca medios en que esas normas puedan ser combatidas.

## II. SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.

Con respecto a la Tesis: P. LXX/2011, con rubro “Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en diciembre de 2011, dentro del control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación, vías directas de control, se encuentran las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el juicio de amparo indirecto y el juicio de amparo directo. Por otra parte, se hace referencia a un control difuso, incidental, al que eventualmente los demás jueces realizan en los procesos ordinarios de su competencia, en el sentido de que están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, ello en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011; sin embargo, la forma en que deba operar el control difuso debe irse construyendo de manera armónica dentro del sistema, considerando que se trata de una vertiente reciente.

III. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el libro *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?*, ha definido esta vía directa de control de la constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, la cual se demanda ante ella y consiste en el procedimiento abstracto de control (se hace referencia a un mecanismo de control abstracto cuando el examen de un probable vicio de inconstitucionalidad de la norma puede tener lugar sin que la norma de que se trate haya agraviado previamente a

alguna persona) donde se resuelve la posible contradicción entre una norma general o un tratado internacional y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su integridad, y, en su caso, declara la invalidez total o parcial de aquellos, a fin de garantizar la regularidad constitucional y la certeza del orden jurídico nacional. Bajo las condiciones que establece el art. 105, fracción II, de la Constitución, y atendiendo al ámbito de la norma que pretende impugnarse, están legitimados para promover una acción de inconstitucionalidad: una fracción (33%) de la Cámara de Diputados, de los integrantes del Senado, de los órganos legislativos estatales, de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, así como el procurador general de la República, los partidos políticos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Esta vía es la única para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución. El plazo para la promoción de la demanda es dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma en el medio oficial relativo. Los arts. 61-63 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen los requisitos de la demanda. Con respecto a los efectos, la declaración de invalidez de la norma impugnada únicamente puede darse cuando la resolución es aprobada cuando menos por ocho votos, dando lugar así a una *sentencia estimatoria* que expulsa del ordenamiento jurídico a la norma, ello con efectos generales. En este aspecto y conforme a la Tesis: P./J.84/2007, con rubro “Acción de inconstitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con amplias facultades para determinar los efectos de las sentencias estimatorias”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en diciembre de 2007, la Suprema Corte tiene amplias facultades para imprimir efectos a sus sentencias, a fin de equilibrar todos los principios, competencias e institutos que pudieran verse afectados positiva o negativamente por causa de la expulsión de la norma declarada inconstitucional en el caso de su conocimiento, salvaguardando de manera eficaz la norma constitucional violada, y evitando, al mismo tiempo, generar una situación de mayor inconstitucionalidad o de mayor incertidumbre jurídica que la ocasionada por las normas impugnadas, o invadir injustificadamente el ámbito decisorio establecido constitucionalmente a favor de otros poderes públicos. Incluso y con base en la Tesis: P./J.86/2007, con rubro “Acción de inconstitucionalidad. Las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar los efectos de las sentencias estimatorias frente a un sistema normativo que ha reformado a otro, incluyen la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en diciembre de 2007, existe la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral. Finalmente, en una sentencia desestimatoria, en cuanto a que se resuelva que la norma impugnada se apega a la carta magna, si la mayoría calificada de referencia realiza una “interpretación conforme” a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello también conlleva efectos en virtud de que se establece un alcance a la norma opuesto al que se podría otorgar, debido a que cuando la

norma admite varias interpretaciones, se opta por la que derive en un resultado acorde al texto constitucional, asegurando la supremacía constitucional y, a la vez, permitiendo una adecuada y constante aplicación del orden jurídico.

IV. CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. Este medio de control de la constitucionalidad está regulado por la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y tiene como propósito fundamental salvaguardar la soberanía de la Federación, de los estados y sus municipios, así como del Distrito Federal, mediante la protección del ámbito de atribuciones de los órganos del Estado que derivan del sistema federal y de la división de poderes. Igualmente, esta institución jurídica constituye un juicio de única instancia que, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, plantean la Federación, un estado, el Distrito Federal o un Municipio para demandar la reparación de un agravio producido por una norma general o un acto que, en ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales, fue responsabilidad de alguno de los órganos de gobierno citados, lo que conculca el federalismo, transgrede el reparto de competencias consagrado en la Constitución y daña la sabiduría popular. Así, lo característico de este medio, en el que se exceptúa la materia electoral, es que fundamentalmente se alega la invasión de esferas competenciales entre los poderes federales, locales y municipales. Son partes en la controversia el actor, esto es, la entidad, poder u órgano promovente, estando legitimados en tal sentido la Federación, cualquiera de las Cámaras del Poder Legislativo federal o la Comisión Permanente, el Poder Ejecutivo federal, las entidades federativas, los poderes estatales, los municipios, los órganos de gobierno del Distrito Federal y los órganos constitucionales autónomos; el demandado, pudiendo ser cualquiera de los facultados para promover la controversia; los terceros interesados, dentro de los cuales se pueden ubicar a las diversas entidades, poderes u órganos que pudieran resultar afectados por la sentencia que llegare a dictarse, y el procurador general de la República. Como regla general, el plazo para la promoción de la demanda es dentro de los treinta días (art. 21 de Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Los arts. 21 y 22 de la Ley Reglamentaria citada establecen los requisitos de la demanda y de la contestación de la demanda, respectivamente. Con respecto a los efectos, las resoluciones tienen efectos para las partes en la controversia; sin embargo, también pueden tener efectos generales la declaración de invalidez de disposiciones generales, cuando sean aprobadas por una mayoría de al menos 8 votos, en los términos que establece el penúltimo párrafo del art. 105 constitucional.

V. JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. Regido por la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un medio de protección constitucional de carácter jurisdiccional, a través del cual quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, en lo particular o conjuntamente (en términos de la fracción I del art. 5 de la Ley de Amparo), puede combatir normas generales (según lo dispuesto en el art. 107, fracción I, de la Ley de Amparo), en cuyo caso la demanda puede promoverse con motivo del primer acto concreto de su aplicación o por su sola entrada en vigor, independientemente de que en forma posterior la autoridad la aplique concretamente la ley. La aplicación de una norma general puede darse de varias formas, conforme

a los criterios establecidos por el Poder Judicial de la Federación, en el sentido de que el acto concreto de aplicación de una norma se entiende no solo el que proviene de la autoridad, cuando por disposición de ley es la encargada de su aplicación, sino que ese acto específico de aplicación puede provenir de un particular que actúa por mandato expreso de la ley y que se reputa como tercero auxiliar de la administración pública, o bien del propio quejoso, cuando en acatamiento a lo que establece la norma general cuya constitucionalidad es cuestionada, la cumple sin que la autoridad, en el ejercicio de sus facultades de imperio, lo conmine a cumplir con la norma; esto es, el agraviado por sí mismo se coloca por exigencia de la ley en los supuestos previstos en la norma. Asimismo, a través de la jurisprudencia se ha establecido que en el caso de que las leyes requieran un acto de aplicación para afectar a alguna persona se les denomine heteroaplicativas, mientras que se les llama autoaplicativas, cuando por su sola entrada en vigor causan un perjuicio en la esfera jurídica de la persona. El plazo para promover la demanda de amparo en términos generales es de quince días; cuando se reclame una norma general autoaplicativa será de treinta días (art. 17, fracción I, de la Ley de Amparo). La norma general en la vía indirecta constituye un acto reclamado y tienen el carácter de autoridades responsables los titulares de los órganos del Estado a los que la ley encomiende su promulgación, aspectos que deben expresarse en la demanda de amparo, en términos del art. 108, fracciones III y IV, de la ley de la materia. La sentencia es recurrible en recurso de revisión (art. 81, fracción I, de la Ley de Amparo). Con respecto a los efectos, el amparo concedido contra la ley en la vía indirecta tiene por efecto invalidarla en relación con el quejoso, sin que pueda volver a aplicarse. Se trata pues de una protección plena, completa, contra una norma general que resulte irregular, de carácter inconstitucional.

VI. JUICIO DE AMPARO DIRECTO. Regido por la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un medio de protección constitucional de carácter jurisdiccional, a través del cual quien aduce ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa puede reclamar sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellas, o bien que sea cometida durante el procedimiento, y afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo (art. 170 de la Ley de Amparo). A diferencia del procedimiento indirecto, en el amparo por la vía directa, aun cuando se pueden proponer a examen temas de constitucionalidad de leyes, las disposiciones jurídicas no pueden constituir un acto reclamado, este solo lo puede constituir la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio. De ahí que la Ley de Amparo, en su art. 175, fracción IV, párrafo segundo, establezca que cuando se impugne la sentencia definitiva, laudo o resolución que haya puesto fin al juicio por estimarse inconstitucional la norma general aplicada, ello será materia únicamente del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la norma general, debiéndose llevar a cabo la calificación de estos en la parte considerativa de la sentencia. Cuestionar la constitucionalidad de una norma general en el amparo directo a través de los conceptos de violación se traduce en un argumento más para decidir sobre la constitucionalidad del acto reclamado en esa vía. Si bien el juicio de amparo directo generalmente solo tiene una instancia, cuando se

cuestiona la constitucionalidad de leyes admite una segunda, pues la sentencia que emita el Tribunal Colegiado en que se hubiera estudiado la constitucionalidad de la ley planteada podrá ser recurrida en revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (máximo intérprete de la carta magna), la cual decidirá en definitiva si la ley resulta o no inconstitucional (en términos del art. 81, fracción II, de la Ley de Amparo). Con respecto a los efectos, en la vía directa el amparo solamente se concede contra la sentencia, laudo o resolución reclamada, mas no contra la ley, ya que la norma general no constituye un acto reclamado, con ello limitándose el efecto a anular el acto por estar sustentado en una disposición inconstitucional, lo cual no impide, en principio, que en un futuro la ley se vuelva a aplicar al quejoso, puesto que la protección solo se constriñe al acto sustentado en la disposición inconstitucional, quedando así desprotegido contra futuras aplicaciones de la propia ley irregular.

*Luis María Aguilar Morales*

#### 708. LEY MODELO INTERAMERICANA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El derecho de acceso a la información es un elemento imprescindible para acabar con prácticas abusivas en la gestión pública; hacer realidad los principios de transparencia y rendición de cuentas; posibilitar la participación social en la toma de decisiones de interés público y, entre otras, fortalecer la democracia. Así, en la Declaración de la Cumbre de las Américas, realizada en 2004, los jefes de Estado y de Gobierno de la región sostuvieron que el acceso a la información en poder del Estado es condición indispensable para la participación ciudadana y la promoción del respeto efectivo de los derechos humanos. Por ello, afirmaron su compromiso de contar con los marcos jurídicos y normativos necesarios para garantizar a los ciudadanos de las Américas el derecho al acceso a la información.

Un hito en la evolución y consolidación de este derecho es el caso *Claude Reyes vs. Chile*, resuelto en 2006 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuyo argumento se funda en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), interpretado como una obligación positiva de parte del Estado de brindar acceso a la información en su poder; así como en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que reconoce que toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medioambiente de que dispongan las autoridades públicas y que los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Por ello, dicho Tribunal regional sostuvo que el derecho de acceso a la información va más allá de suministrar la información solicitada por una persona particular, ya que implica, entre otras, la obligación de transparentar la gestión pública y suministrar de oficio información de forma oportuna, accesible y completa, pues constituye un instrumento clave para hacer efectivos otros derechos, como el derecho a la consulta y participación en la toma de decisiones públicas, el derecho a un medioambiente sano y a la salud, lo cual implica un deber correlativo de los Estados en materia de transparencia (Anglés, 2012).

Pese a la relevancia de este derecho instrumental, su desarrollo normativo en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) era muy disímil, por ejemplo, México contaba con la Ley Federal de

Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, publicada en 2002, por virtud de la cual se obligaba solo a determinados entes gubernamentales de carácter federal. Para atender tales deficiencias en el hemisferio, los representantes de los Estados de la OEA impulsaron la elaboración de estándares mínimos que garantizaran el acceso a la información pública como un derecho instrumental indispensable para la participación ciudadana y el control gubernamental, lo cual se materializó mediante la resolución AG/RES, 2514 (XXXIX-O/09), cuyo mandato consistió en elaborar una Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información (Ley Modelo), a efecto de proporcionar el marco jurídico necesario para garantizar la participación ciudadana en un sistema democrático robusto, la rendición de cuentas y, entre otras, la confianza en las instituciones gubernamentales. Luego de un año de trabajo, el grupo de expertos de la OEA presentó el texto de la Ley Modelo y su Guía de Implementación, que fueron aprobados por virtud de la resolución AG/RES 2607 (XL-O/10).

La Ley Modelo se compone de ocho apartados: *i)* definiciones, alcance y derecho de acceso; *ii)* medidas para promover la apertura; *iii)* acceso a la información que obra en poder de las autoridades públicas; *iv)* excepciones; *v)* apelaciones; *vi)* la Comisión de Información; *vii)* medidas de promoción y cumplimiento, y *viii)* medidas transitorias.

Sin duda, esta Ley Modelo, que se apunala en las dos grandes tradiciones jurídicas que coexisten en el hemisferio —derecho común y derecho civil—, sienta las bases para los Estados carentes de una normativa sobre acceso a la información e, incluso, para aquellos que ya cuentan con una (como México), pues su contenido fue determinante para expedir una Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en 2015, y una nueva Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, en 2016, a efecto de compatibilizar el derecho a la información en México con los estándares interamericanos, los cuales integran los mandatos convencionales y los principios articulados por jurisprudencia de la Corte IDH, así como los aprobados por el Comité Jurídico Interamericano, en su resolución CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08).

Si bien la Ley Modelo carece de fuerza vinculante, tiene una gran valía como instrumento fundamental en el debate legislativo orientado a elaborar o modificar las leyes e instituciones sobre la materia, a efecto de hacerlos congruentes con los lineamientos internacionales, lo cual puede contribuir a la democratización ciudadana en la región; mediante la promulgación de normas obligatorias al interior de cada parte integrante de la OEA. A tales fines, se prevé la aplicación más amplia posible del derecho de acceso a la información que esté en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública, lo cual involucra a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial en todos los niveles de estructura de Gobierno (central o federal; provincial o estatal y local o municipal), así como a todas las entidades u organismos públicos y privados que reciban fondos públicos. La Ley Modelo permite a toda persona solicitar información sin necesidad de acreditar interés alguno.

Además, está orientada hacia la máxima publicidad, transparencia, protección de datos personales, gratuidad y no discriminación y, aunque permite excepciones, estas deben ser legítimas y necesarias, y estar establecidas por la ley y la jurisprudencia; además, no deberán aplicarse en casos graves de violaciones a derechos humanos o delitos de lesa humanidad (tesis P. LX/2000).

Respecto a la negativa a proveer información, la Ley Modelo posibilita que la decisión respectiva sea sujeta a una apelación interna ante los tribunales de justicia, con el apoyo de la Comisión de Información Nacional, la cual debe contar con autonomía operativa, así como con una apelación externa seguida frente a la Comisión de Información, quien podrá mediar entre las partes a fin de lograr la entrega de la información sin necesidad de agotar el proceso de apelación (tesis I.8o.A.131 A, 2007; tesis: III.2o.T. Aux.2, 2010; tesis 1a. XII/2013).

Muy importante es el énfasis que esta ley coloca en el interés público, ya que, ante inconsistencias entre esta y cualquiera otra, debe prevalecer la primera; ello cobra especial relevancia al estar frente a información en posesión de empresas privadas, que sea necesaria para el ejercicio o protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Aunado a ello, desde la perspectiva hermenéutica, quien deba interpretar la ley sobre acceso a la información pública, o cualquier otra susceptible de afectar este derecho, debe hacerlo de manera razonable, esto es, con base en los fines del derecho en sí mismo, a fin de garantizar la mayor efectividad del acceso a la información pública —principio *pro homine*— (Corte IDH, caso *Cantos vs. Argentina*, 2002).

Como parte de las medidas de promoción y cumplimiento, la Ley Modelo refiere que toda autoridad pública deberá adoptar y diseminar de manera amplia la información pública, considerándose la difusión en las páginas web de los sujetos obligados como una de las vías. No obstante, en países como México, donde solo 59.5% de la población utiliza Internet (INEGI, 2017), el acceso a la información se ve limitado por el acceso a las tecnologías.

Destaca el mandato de la Ley Modelo en cuanto a que dispone que las autoridades que no son competentes para atender la solicitud de información transfieran la misma a las que sí lo son para la atención respectiva. Y respecto de la información extraviada, se conmina a los sujetos obligados a realizar un esfuerzo razonable para obtenerla, a fin de entregarle una respuesta al solicitante (Corte IDH, caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*).

Para concluir, es importante advertir que la Ley Modelo es omisa en cuanto a la rendición de cuentas; elemento intrínsecamente ligado a la transparencia, indispensable en el combate de la secrecía institucional y la corrupción, por tanto, elemento articulador de la transformación de instituciones públicas y el fortalecimiento de la democracia participativa. Sin embargo, como sostiene Villegas-Reimers (2002), los valores liberales no son innatos al ser humano, por lo que deben ser enseñados tan explícita y claramente como la evolución del conocimiento democrático lo permita.

*Marisol Anglés Hernández*

#### 709. LEY REFORZADA

La característica esencial de las leyes reforzadas reside en su aprobación mediante un procedimiento más complejo respecto al *iter legis* ordinario de las demás leyes.

En algunos ordenamientos (por ejemplo, Francia o Portugal) si la ley afecta a una materia determinada, se exige la presentación previa de un informe por parte de un órgano constitucional, con valor vinculante o no; en cambio, en otros (por ejemplo, Suiza, Francia o Irlanda) hay que celebrar un referéndum. También puede ser imprescindible un acuerdo previo para ratificar

tratados internacionales o validar las leyes que regulan la relación con algunas confesiones religiosas.

A menudo, es necesario alcanzar una mayoría distinta según el tema regulado (por ejemplo, en Bélgica y en Eslovenia cuando está en juego la tutela de las minorías).

Una tipología específica de ley reforzada es la de las denominadas “leyes orgánicas”, que son distintas de las leyes ordinarias en lo que se refiere al procedimiento de adopción, contenido y fuerza pasiva.

La Constitución francesa de 1958, en su art. 46, fija una serie de pautas de procedimiento sobre los tiempos de votación (en ningún caso antes de que hayan pasado quince días desde la presentación del proyecto) y la mayoría necesaria, que en este caso es la absoluta. Además, se encomienda al Consejo Constitucional el control previo de constitucionalidad al respecto.

En España, la Constitución de 1978, en su art. 81, establece que para aprobar, derogar o modificar esas leyes hace falta la mayoría absoluta del Congreso en la votación final sobre el conjunto; asimismo, otorga el carácter de orgánicas a las fuentes que afectan el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, así como las que aprueban los estatutos de autonomía y el régimen electoral general.

*Sabrina Ragone*

## 710. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión, en general, es el derecho a exteriorizar o difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier auditorio, cualquier contenido simbólico del pensamiento, debiendo haber al menos dos sujetos: el emisor y el receptor del pensamiento. Esta libertad tiene una dimensión individual y una dimensión social, al garantizar no solo que los individuos no vean impedida la posibilidad de manifestarse libremente, sino también que se respete su derecho como miembros de un colectivo a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Uno de los elementos fundamentales de la libertad de expresión es la información, vertiente a la cual se le dio especial énfasis a partir de su reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en donde se diferencia entre la manifestación de ideas, opiniones o juicios de valor, y la información de hechos, noticias o datos en su doble vertiente de comunicar y recibir.

La libertad de expresión puede ejercerse verbalmente, en una reunión, una concentración o una manifestación; por escrito, a través de libros, periódicos, carteles o panfletos, y utilizando diferentes medios, como la radio, la televisión, el cine, el internet y demás medios de comunicación. La libertad de expresión engloba también las actividades intelectuales, así como las manifestaciones artísticas y culturales, como el cine, el teatro, la novela, el diseño, la pintura y la música.

En el ámbito de protección de la libertad de expresión deben contemplarse, además de las múltiples formas a través de las cuales las personas solemos expresar nuestras ideas, el espectro de los contenidos, como pueden ser las manifestaciones de tipo político, científico, comercial, religioso, artístico, de entretenimiento, etcétera. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*) ha subrayado la importancia de la difusión del mensaje y su inseparabilidad de la expresión de este, al señalar que la

libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Si bien, en principio, todas las expresiones están protegidas, no todas tienen el mismo nivel de protección, ya que este varía dependiendo de su importancia crítica para el funcionamiento de la democracia o para el ejercicio de los demás derechos fundamentales; es decir, existen casos en que la libertad de expresión debe ser mantenida con mayor énfasis, y en otros en que las restricciones que impondrían los poderes Legislativo o Judicial podrían ser toleradas más fácilmente; no todo lo que se expresa merece el mismo grado de protección. Por ejemplo, entre las expresiones que suelen dársele mayor relevancia y, por ello, ser de las que gozan de mayor protección, a través de requisitos más rigurosos que deben ser demostrados para justificar su restricción, se encuentran el discurso político, los asuntos de interés público, los que hacen referencia a funcionarios públicos o candidatos a ocupar cargos públicos.

La libertad de expresión protege no solo la sustancia de la información y las ideas, sino también la forma o tono en que se expresan. Existen distintos tonos o modalidades y, en consecuencia, la protección de esta libertad comprende la manifestación de todo tipo de ideas y opiniones, desde aquellas que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas, cultas, refinadas, elegantes, motivadas, puras, abstractas, destacadas, racionales o esporádicas, hasta “las opiniones o expresiones indeseables” que ofenden, inquietan o perturban al Estado o a cualquier sector de la sociedad, las cuales no pueden quedar excluidas como consecuencia de una interpretación restrictiva de la libertad de expresión. La Corte Europea de Derechos Humanos (caso de Muller y otros) refiere que “la libertad de expresión... es aplicable no solo a informaciones o ideas que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas u objeto de indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, chocan, molestan al Estado o a un sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y de apertura mental sin las cuales no hay sociedad democrática”; este criterio es compartido por la Corte Interamericana.

Por otro lado, el uso de la libertad de expresión para criticar o atacar, mediante el empleo de términos excesivamente fuertes y sin articular una opinión, pueden conllevar una sanción que no resultaría violatoria de la libertad de expresión. Es importante enfatizar que no se reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita; es decir, no se amparan expresiones vejatorias innecesarias. Existen instrumentos internacionales que explícitamente prohíben ciertos contenidos de discurso por ser violentos y violatorios de los derechos humanos, como son los discursos sobre incitación al odio por motivos discriminatorios, apología de la violencia, propaganda de guerra, incitación pública y directa al genocidio, y pornografía infantil.

El valor fundamental de la libertad de expresión en un Estado democrático ha sido reconocido por los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, convirtiéndola en una condición necesaria para prevenir sistemas autocráticos. La Corte Europea de Derechos Humanos, en la sen-

tencia que recayó en el caso “Handyside”, señaló que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos principales de la sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de quienes la componen. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva OC-5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas) ha establecido de manera clara y precisa la relación entre democracia y libertad de expresión, al señalar que “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.

El ejercicio de la libertad de expresión se garantiza con la prohibición de la censura, que implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar un permiso a la autoridad, la única excepción a esta regla, establecida en el art. 13.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se refiere al sometimiento de espectáculos públicos a clasificaciones “con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”. Desde luego, la prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión sea un derecho absoluto, lo que no puede es sujetarse a medidas de control preventivo, solo puede someterse a responsabilidades ulteriores.

La libertad de expresión, al igual que los demás derechos fundamentales, no es un derecho absoluto en ninguna de sus manifestaciones específicas, motivo por el que puede eventualmente estar sujeta a limitaciones adoptadas legalmente para preservar otros derechos, valores e intereses constitucional y legalmente protegidos, con los cuales puede llegar a entrar en aparente conflicto, entre los cuales se han aceptado los clásicos derechos a la vida privada, al honor, a la propia imagen, los ataques a terceros y a la moral, así como la incitación al delito y la perturbación del orden público. Cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión y otro derecho fundamental, se ha de proceder a un ejercicio de ponderación para determinar qué derecho prevalece en ese caso específico. Por otro lado, existe el derecho de réplica, que permite a toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación a través de una información inexacta o falsa, a que se difunda gratuitamente una declaración o rectificación por su parte, en términos equitativos y de forma análoga a la de la información que se rectifica.

*Luis Raúl González Pérez*

## 711. LIBERTAD RELIGIOSA

Generalmente, el derecho a la libertad religiosa se asocia también a los conceptos de pensamiento, conciencia y opinión en las cartas de derechos humanos. Visto así, el derecho a la libertad de religión, pensamiento, conciencia y opinión tiene una larga tradición, tanto en el derecho interno (Krishnaswami, 1960, pp. 4-11) como en el internacional (Parsch, en Henkin, 1981, p. 209; Lillich, en Meron, 1984, pp. 158 y 159, y Humphrey, en Meron, 1984, p. 176). Incluso hay razones para afirmar que el origen de la idea general de los derechos humanos radica en la larga historia de protección a las minorías religiosas (Daes, 1983, pp. 1 y 2).

No obstante, es difícil definir este derecho. De forma muy general podría afirmarse que, en conjunto, estos términos abarcan “todas las actitudes posibles del individuo hacia el mundo, hacia la sociedad y hacia lo que determina

su destino y el destino del mundo, ya sea una divinidad, un ser superior de razón y racionalismo, o casualidad” (Partsch, p. 213. Traducción propia). Por ello, en materia de derechos humanos, el contenido de este derecho es mucho más inclusivo que el concepto típico de Dios o de un ser supremo, en el sentido formal de las religiones mayoritarias como el catolicismo, el judaísmo o el islam.

La libertad de religión debe garantizar que nadie sea discriminado o perseguido por cualquier creencia que tenga o declare públicamente. No tiene mucho sentido esta libertad si debe ser ejercida solo en privado. Por ello, incluye tanto las creencias internas, llamadas *forum internum*, como el *forum externum*, donde se manifiesta exteriormente la religión. De tal forma, este derecho está vinculado al derecho fundamental a la autonomía o, con más precisión, al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La libertad de religión se encuentra en los instrumentos internacionales de derechos humanos usualmente junto a la libertad de pensamiento, conciencia, opinión y creencias. Así, por ejemplo, el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) establece que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.”

Por su parte, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) sigue claramente el texto de la DUDH: el párrafo primero es similar al artículo 18, el párrafo tercero deriva del artículo 29 de la DUDH, y el párrafo cuarto concreta el artículo 26.3 de la DUDH.

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) menciona en el artículo 8 la libertad de conciencia y la práctica libre (profesión) de la religión. Una segunda oración establece que nadie puede ser sujeto a medidas que restrinjan el ejercicio de estas libertades.

Del mismo modo, el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) protege la libertad de conciencia y la religión. Las restricciones al derecho a mantener su propia religión o creencia están expresamente prohibidas (segundo párr.), mientras que las manifestaciones de la propia religión están sujetas a ciertas limitaciones (tercer párr.). El tema de la educación religiosa y moral se trata en el párrafo cuarto. El artículo referido se menciona en la lista de derechos no sujetos a suspensión durante un estado de emergencia (art. 27).

Por lo que respecta a Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, 1950) establece en el artículo 9.1 una disposición casi idéntica al artículo 18 de la DUDH. En el párrafo segundo se incluye una cláusula de limitación. Además, el artículo 2 del Protocolo 1 al CEDH (1952) incluye los derechos de los padres a garantizar que la educación y la enseñanza se ajusten a sus convicciones religiosas y filosóficas. El artículo 14 del CEDH prohíbe la discriminación en el disfrute de los derechos enunciados en el Convenio basados, entre otras cosas, en la religión u opinión. El artículo 9 no se menciona en la lista de derechos no derogables del artículo 15.2. Cabe hacer notar que el CEDH es más preciso en su lenguaje que varios instrumentos similares.

*Yuria Saavedra Álvarez*

## 712. LIBERTADES INFORMATIVAS

Las libertades informativas son aquellas vinculadas al fenómeno de la información y la comunicación, desarrolladas en el derecho nacional e internacional al abrigo de la libertad de expresión (libertad de prensa), y como evolución del derecho en la búsqueda por la protección de la dignidad de las personas y las sociedades en un mundo intercomunicado. La discusión académica y la normalización de estas libertades cobran relevancia y actualidad en la era de la información, mientras la economía se encuentre vinculada al uso de la información y la tecnología conecte sociedades a través de las fronteras.

Conceptualmente, las libertades informativas se relacionan con los ideales de la libertad de expresión. En primer lugar, para garantizar información a las personas y a las sociedades en el autogobierno democrático (valor participativo), donde la fuente de autoridad pública es la gente que requiere información para poder expresarse sobre el desempeño gubernamental y fomentar una opinión pública con capacidades de influir en la toma de decisiones públicas. Asimismo, las libertades deben proteger la búsqueda y el descubrimiento de la verdad de los individuos (valor educativo) y, de esa manera, alcanzar el progreso de las civilizaciones y, por último, permitir la realización y la estima de la persona en la era de la información. Estos valores han trascendido a las doctrinas jurisprudenciales para dotar a estas libertades de atributos instrumentales a la democracia.

El derecho internacional de los derechos humanos agrupa a las libertades informativas como aquellas vinculadas al ejercicio de la libertad de expresión, instrumentales y funcionales para el ejercicio libre de la manifestación de las ideas y opiniones. El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos define a la libertad de expresión (en un sentido estricto) como la manifestación de las ideas y opiniones, y expande su contenido (en sentido amplio) como las libertades de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el difundirlas —sin limitaciones de fronteras— por cualquier medio de expresión. El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificados por el Senado mexicano, *Diario Oficial de la Federación [DOF]*, 9 de enero de 1981) reconocen igualmente las libertades informativas en sus respectivos contenidos.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la libertad de expresión tiene una doble dimensión: como un derecho que pertenece a cada persona y también como un derecho colectivo a recibir cualquier información y de tener acceso a esta (Opinión consultiva OC-5/85, párr. 30). En el derecho continental se han desarrollado estas libertades como *derecho a la información*, el cual abarca las libertades 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. La libertad de expresión incluye tanto el concepto de “informaciones” como el de “opiniones” o “ideas”. En general se admite que la información comprende hechos, datos, noticias, acontecimientos susceptibles de ser verificados, así como documentos e información en posesión del Gobierno y las administraciones públicas.

En la doctrina internacional de la libertad de expresión, influida por la jurisprudencia moderna estadounidense, la pluralidad de las ideas e informa-

ciones es parte del valor educativo de esta libertad que se refiere a la búsqueda y el descubrimiento de la verdad en el mercado de las ideas. En la filosofía de John Milton —y retomada por el juez Oliver Wendell Holmes en Estados Unidos a principios del siglo xx—, la pluralidad de las ideas y opiniones constituyen un mercado que nutre a la sociedad de conocimiento. La interpretación del derecho internacional, por medio de las opiniones y observaciones de los órganos especializados en derechos humanos, han recuperado históricamente esta filosofía para defender las libertades informativas y su gran utilidad para la convivencia pacífica de los pueblos.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha considerado que el derecho fundamental de la libertad de expresión comprende tanto la libertad de expresar el pensamiento propio —dimensión individual— como el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole —dimensión colectiva— (tesis P. 7J. 25/2007, emitida por el Pleno de SCJN, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007). Igualmente, la SCJN se pronunció en la Décima Época (1a. CDXIX/2014. 10a.) sobre la dimensión política de la libertad de expresión exaltando su valor plural. Dijo que esta dimensión se configura como un contrapeso al ejercicio del poder, ya que la opinión pública representa el escrutinio ciudadano a la labor política y contribuye a la consolidación del electorado debidamente informado. La reforma de 2011 al artículo 1 constitucional, que incorpora al sistema jurídico mexicano los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, influyó en la conceptualización moderna de la libertad de expresión en México.

El *derecho a la información* se introdujo en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) mediante decreto publicado en el *DOF* el 6 de diciembre de 1977, en el contexto de la primera reforma política. En ese entonces, la SCJN interpretó este derecho como una garantía social que permitía el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación. Esta interpretación se modificó a finales de los años noventa, cuando diversas tesis reconocieron que se trataba de una garantía individual y social.

Durante las décadas de los ochenta y noventa, el Congreso de la Unión y el poder ejecutivo federal reglamentaron las libertades informativas en su sentido más amplio, abarcando cualquier forma de comunicación y medio por el que se transmitiera información. Más adelante, en la reforma al artículo 6 constitucional de 11 de junio de 2013, se añadió un párrafo para decir que: “Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión”, y la misma reforma contemporizó las libertades informativas para añadir el componente tecnológico y establecer 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”.

En 2002, en el contexto de la alternancia política, México adoptó la primera ley dedicada exclusivamente a la información gubernamental, que extendió las libertades informativas al ámbito administrativo para establecer un procedimiento que permitiera ejercerlas de manera efectiva. El derecho de acceso a la información es un derecho constitucional que ha sido valorado por su dimensión individual, para mejorar la calidad de vida de las personas, y su

dimensión social, para empoderar a la ciudadanía frente a sus gobiernos en el ejercicio del control social.

Como todo derecho fundamental, los derechos vinculados a las libertades informativas admiten límites. La jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que los límites a la libertad de expresión deben cumplir tres condiciones: *a)* que las restricciones estén definidas en forma precisa y clara a través de una ley; *b)* que las restricciones persigan objetivos autorizados por la CADH, es decir, que aseguren el respeto a los derechos o la reputación de los demás y/o que protejan la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas, y *c)* que las restricciones sean necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen. La libertad de expresión en México tiene las limitaciones enunciadas en la Constitución, en su artículo 6 (cuando su ejercicio ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público), y en los artículos 7 (respeto a la vida privada, la moral y a la paz pública), 3 (la educación en México no podrá favorecer los privilegios de raza, religión, grupos, sexos o individuos) y 130 (los ministros de culto no podrán, en actos de culto o en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o sus instituciones). Los límites al derecho de acceso a la información se encuentran previstos en el artículo 6, apartado A, de la CPEUM y en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información (DOF 4 de mayo de 2015). Estos límites tutelan intereses nacionales (como la seguridad, la estabilidad financiera y las relaciones internacionales) y derechos personales (como los datos personales y los derechos patrimoniales).

*Issa Luna Pla*

### 713. LIBERTADES PÚBLICAS

Abordar el concepto de libertades públicas conlleva la necesidad de interrelacionar aspectos del ámbito filosófico, jurídico y político, toda vez que aquel conjuga elementos del espacio axiológico de los derechos humanos, del orden legal y de los actos gubernativos de las instituciones del Estado contemporáneo. Esta voz, a pesar de su poco uso en nuestro contexto jurídico, reviste un gran valor conceptual, al proyectar la discusión acerca del alcance de los derechos humanos hacia el plano de la eficacia jurídica y la responsabilidad política del Estado en su materialización.

En tal sentido, es importante señalar que el tema de las libertades es uno de los referentes fundamentales para diferenciar al Estado antiguo y su idea del bien común, con el Estado liberal moderno y sus postulados acerca de la libertad del individuo, desplegada mediante el concepto de los derechos del hombre, de acuerdo con Bobbio en *El liberalismo y democracia*.

Así, para la historia moderna uno de los principales conceptos que funcionan como catalizadores ideológicos es el de la libertad. Aquí resulta útil acudir a la historia política de la Inglaterra del siglo XVII para comprender esta primera asociación histórica de la libertad como factor limitante a la autoridad del monarca. La dialéctica histórica entre la naciente burguesía y la aristocracia inglesas produjo en ese siglo documentos de un valor excepcional, como *The Petition of Rights* de 1628, la *Ley de Habeas Corpus* de 1679 y *The Bill of Rights* de 1689. Es cierto que el alcance de las prerrogativas que sancionaban estas “cartas de derechos” era limitado, ya que en la práctica

no correspondía a todos los integrantes de la sociedad, como si lo fueron posteriormente.

Para A. J. Carlyle, la libertad primero se concibe como una reafirmación de la comunidad política frente al poder de los monarcas, para devenir posteriormente en el espacio social de actuación del individuo. Este proceso histórico y político de definición de los espacios entre gobernantes y gobernados sentó las bases para que tiempo después, y en otro contexto, se pudiera acuñar el concepto de libertades públicas.

Por su parte, el especialista francés en derecho público, Jean Morange, señala que conocer el grado en el que se suscita la libertad del hombre ha sido objeto de consideraciones filosóficas e incluso teológicas; sin embargo, es necesario ir más allá y ubicarla en el plano concreto de lo cotidiano.

En diversos estudios es común encontrar las referencias a las libertades públicas aparejadas a los conceptos de los derechos del hombre o derechos públicos individuales. El motivo de ello es que históricamente los derechos humanos han sido asociados a la idea de libertad en la vida social, lo cual ha ocasionado que se les trate como una sola cuestión.

En México ha sido común ese equiparamiento. Al respecto, el jurista Andrés Serra Rojas, en su obra *Ciencia política*, al definir un régimen de libertades públicas lo hace equivaler a uno de derechos y deberes en la Constitución.

Asimismo, Manuel González Oropeza, en su artículo “Libertades constitucionales” del *Diccionario Jurídico Mexicano*, se refiere al concepto de libertades públicas partiendo de una sinonimia con las libertades constitucionales establecidas en catálogos denominados “declaraciones de derechos”. Hasta aquí puede apreciarse que derechos del hombre y libertades públicas son conceptos estrechamente vinculados y muchas veces usados indistintamente.

En una ruta de delimitación del tema, resulta pertinente también retomar la acotación del autor argentino J. Bidart en el libro *Teoría general de derechos humanos*, cuando señala que las libertades públicas son una denominación francesa relacionada a la de derechos y libertades civiles de la primera generación, que se han positivizado en el orden constitucional normativo.

Aquí conviene regresar a Jean Morange y su libro *Las libertades públicas*, para quien las libertades públicas representan un concepto ulterior al de los derechos humanos. Para él, las libertades públicas presuponen el reconocimiento a los individuos de su derecho a ejercer, al abrigo de toda presión exterior, cierto número de actividades determinadas, y corresponde al Estado, a través de un sistema jurídico específico, posibilitar las condiciones necesarias. El hecho de que estas libertades correspondan a realidades concretas las hace ser distintas a los derechos del hombre. Por ello, afirma también Morange, la función esencial del Estado es asegurar la conservación de los derechos humanos.

Estas consideraciones permiten ofrecer una importante precisión acerca de la diferencia entre los derechos humanos y las libertades públicas. En ello estriba la utilidad del planteamiento de Morange, al insistir que los derechos humanos son ideas generales y abstractas, en tanto que hablar de libertades públicas conlleva necesariamente la operación de un marco jurídico que posibilite el ejercicio de esos mismos derechos; es decir, que el disfrute cabal y el ejercicio de las libertades quedan asociados a la eficacia jurídica y constitucional del Estado. Esta idea del derecho público francés, relativa a las libertades

públicas, está muy cercana en su fondo argumentativo a los planteamientos que hoy hace la postura garantista en su concepto de Estado constitucional de derecho.

*Rodolfo Lara Ponte*

#### 714. LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO

El litigio de interés público es una actividad técnica que tiene como propósito utilizar a los tribunales como mecanismos de cambio de las normas vigentes en un área determinada del derecho. Por lo general, se entiende que el cambio normativo que se pretende obtener traerá beneficios a la sociedad en general.

El litigio de interés público tiene como punto de partida el planteamiento de un asunto susceptible de ser conocido por los tribunales, en donde se involucren dentro de la litis una serie de cuestionamientos sobre los alcances de determinadas normas constitucionales u ordinarias. En estos casos, la pretensión de la parte actora va más allá de los intereses que se expresan en su demanda. Por ejemplo, en una demanda aparentemente lo único que se controvierte es la libertad de una persona; sin embargo, desde la óptica del interés público, el objetivo es no solo obtener la libertad de la persona, sino que con motivo del fallo se generen criterios jurisprudenciales tendientes a fortalecer el derecho a la libertad personal.

El origen del litigio de interés público se encuentra en el litigio estratégico, cuyas premisas son muy semejantes a las de aquel; sin embargo, la diferencia entre uno y otro es que en el segundo los resultados no necesariamente benefician a la sociedad en general. De esta manera, grupos, empresas o personas, en lo particular, emplean el litigio estratégico con el objeto de avanzar alguna causa favorable a sus intereses. Ciertamente es necesario reconocer que bajo esta aproximación las diferencias entre litigio de interés público y litigio estratégico en muchos casos responden a criterios meramente subjetivos.

Los primeros casos de litigio estratégico se plantearon en los Estados Unidos de América (EUA); destacan especialmente los asuntos en donde se contrvirtieron leyes relacionadas con la segregación racial. Dos de los asuntos más mencionados serán referidos a modo de ejemplo aquí. El primero se conoce como *Plessy vs. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). En este caso el objetivo era generar un precedente que permitiera debilitar la legislación segregacionista prevaleciente en el sur de los EUA con posterioridad a la Guerra Civil; para tal efecto un ciudadano negro decidió abordar un vagón del ferrocarril destinado a personas exclusivamente blancas. Cuando se le multó por esa conducta, decidió impugnar y con ello inició el juicio. La Suprema Corte de Justicia de los EUA resolvió el asunto al establecer la doctrina “iguales, pero separados”, muy contraria a las expectativas de la parte actora. Con ello se garantizó la subsistencia de las leyes segregacionistas por otros cincuenta años. El segundo caso es *Brown vs. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). En este caso el objetivo era acabar con la segregación en las escuelas; para tal efecto niños negros solicitaron su inscripción en escuelas para blancos. Al serles negada la inscripción, los litigios iniciaron. En esta ocasión, varios litigios se acumularon y fueron resueltos por la Suprema Corte de los EUA en 1954. La decisión de la Corte modificó el criterio sostenido en *Plessy vs. Ferguson* y sentó las bases para el fin de las políticas de segregación racial en EUA.

Los dos ejemplos permiten conocer algunas características de los litigios de interés público. Destaca, en primer lugar, la existencia de un cliente o representado. Esta cuestión es fundamental, porque obliga a los abogados encargados de llevar el caso a tener en alta consideración los intereses del cliente, incluso cuando estos pueden oponerse al interés público que dio origen al litigio. En segundo lugar, se tiene que tener claro el objetivo de interés público a obtener. Esto permite determinar qué tan viable es convencer a la sociedad, en general, y a un tribunal, en lo particular, para que acepte los argumentos. Esto último tiene mucho que ver con la naturaleza de la causa que se estima de interés público. Una tercera cuestión tiene que ver con el tribunal en sí mismo. La cuestión a dilucidar aquí está relacionada con la integración y los antecedentes del órgano resolutor. ¿Es posible esperar una acogida favorable por parte del tribunal o es mejor esperar a un momento posterior para litigar?

El litigio de interés público es una actividad que entraña diversos niveles de dificultad. A reserva de hacer un listado de las dificultades, baste con mencionar la problemática que se presenta con la determinación del tema a litigar. Por ejemplo, si lo que se quiere es avanzar en los derechos sexuales y reproductivos a propósito de la legalización del aborto, es necesario considerar que las posiciones legalizadoras pueden ser muy polémicas y gozan de poco consenso. En esas condiciones, ¿cuál es la estrategia idónea para abordar el tema desde el punto de vista litigioso?

**José Antonio Caballero**

#### 715. LITIS

Del latín *lis*, *litis*, pleito o litigio judicial. Es el conflicto o controversia que se presenta en la relación jurídico-procesal surgida entre el demandante y el demandado ante el juez de la causa. Se trata, en términos llanos, de la cuestión litigiosa sobre la que se espera que, luego del juicio, se pronuncie el juez u órgano jurisdiccional.

La doctrina mayoritaria sostiene que la litis se integra cuando el sujeto pasivo de la acción (demandado) “opone” o controvierte las pretensiones del sujeto activo (demandante, actor) dentro de una causa contenciosa o litigiosa. Cuando ello ocurre (demanda o exposición de pretensiones, por un lado, y contestación y oposición, por el otro), se configura la *litis principal*, que sería el objeto o motivo (no la causa) de la relación jurídico-procesal. En palabras de Carnelutti, “[surge por la] pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro”. De ahí que no pueda hablarse de litis sin contradictorio y, por tanto, no se integrará litis en causas no contenciosas o de jurisdicción voluntaria, ni en los casos en los que el demandado se allane a las pretensiones del actor o “se confiese” frente a la demanda y las pretensiones que ella incluye. En este último caso, aun sin la existencia de litis, deberá seguirse el juicio hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva, la cual, dada la ausencia de contradictorio u oposición del demandado, será favorable a las pretensiones del actor. Una excepción a la existencia de litis sin contradictorio, de acuerdo con Miguel Otero (2016), ocurre cuando el demandado está en rebeldía (esto es, cuando no dice nada y, por consiguiente, no “se opone”), en cuyo caso “la litis existe, y se genera por la pretensión que contiene la acción, y el demandante deberá acreditar los hechos en que la funda”.

Una vez integrada la litis, los sujetos procesales no pueden modificarla (el actor no podrá cambiar su acción ni el demandado su defensa) y el juez de la causa deberá resolver sobre ella en sentencia definitiva, ciñéndose en su decisión a los límites fijados por la litis. Por esta razón, hay modificación de litis “cuando varía alguno de los elementos de la acción: sujetos, objeto o causa, tanto respecto del actor como del demandado” (tesis I.6o.C.391 C, TCC, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1835).

La integración de litis tendrá como efectos inmediatos la fijación de los sujetos en la relación jurídico-procesal (demandante, demandado, juez) y la fijación de las cuestiones sometidas al pronunciamiento del juez, que se resolverán en la sentencia principal, por lo que se deberán excluir de dicha sentencia aquellas otras cuestiones (acciones nuevas) que surjan durante el proceso (y que integrarían una litis nueva y, en consecuencia, darían origen a un juicio distinto) pero que por su naturaleza (incidental, impugnativa o en fase de ejecución), como menciona Luis Brodermann (2016), se resolverán en diferente pronunciamiento jurisdiccional.

En materia procesal constitucional, para la integración de litis en los juicios constitucionales (juicio de amparo, acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales) deberán, en términos generales, concurrir los actos procesales señalados: demanda, por una parte, y contestación, por la otra, debiendo ser esta contraria, u oponerse, a las pretensiones de aquella. No obstante, en los juicios constitucionales en los que en términos formales no puede hablarse de *contestación a la demanda* (como ocurre en el amparo y en las acciones de inconstitucionalidad), el contradictorio lo conforman los informes justificados (amparo) de la autoridad responsable y los informes de los órganos demandados (acciones de inconstitucionalidad).

*Wendy Vanesa Rocha Cacho*



ni Sandoval Ballesteros · Carmen Morte Gómez · Israel  
Antonio Silva Díaz · Joaquín A. Mejía Rivera · Soto  
ra Tejada · Carla Huerta Ochoa · Tavolari Oliveros R  
o Tóh Euán · Mauricio I. del Toro Huerta · Pedro R. T  
rvantes · José Ugaz · Enriqzue Uribe · Izate · María d  
elsberger · Carlos Emilio Arenas · Estela María Come  
ala · César Bernal Franco · Eduardo de Jesús Castellano  
z-Aranda · Francisco Javier Cárdenas Ramírez · Jon  
ernández · Justin O. Frosini · Pedro Antonio Enríquez  
uricio I. del Toro Huerta · Víctor Manuel Collí Ek · Ed  
s Ávalos Vázquez · Jaime Cárdenas Gracia · Armand  
ez Silva · Elisa Ortega Velázquez · Leticia Bonifaz Alf  
o · Eduardo Ferrer Mac-Gregor · Ayesha Borja Domí  
Antonio Bretón Betanzos · Francisco Ibarra Palafox ·  
ández · Ricardo Alonso García · Enrique Cáceres Nie  
adet Odimba · Jaime Cárdenas Gracia · Héctor Guil  
Campuzano Gallegos · Javier García Roca · Sandra I  
Miguel Carbonell · José Ma. Serna de la Garza · Jorge  
Garrasco Mayorga · Leonardo García Jaramillo · Mire  
mírez · Néstor Pedro Sagüés · Ethel Nataly Castellano  
lo Ernesto Castillo Sánchez · Víctor Bazán · Mauro R  
ia Chanut Esperón · Yasmín Esquivel Mossa · Carlos C  
Rumak · Carmen Morte Gómez · Clicerio Coello Ga  
s · María Díaz Crego · Yessica Esquivel Alonso · Eloisa  
Cruz · Mario Cruz Martínez · Rodolfo Vigo · Juan Ca  
Díaz Ábrego · José Ugaz · Robert Alexy · Víctor Bazán  
Díaz de León Cruz · Jaime Cárdenas Gracia · Teresa  
López · Héctor Fix-Zamudio · Cuauhtémoc Manuel  
o · Leonardo García Jaramillo · Carlos Rubén Eguiarte  
perín · Marina Gascón Abellán · Héctor Fix-Fierro · Iv  
Morales · Mariela Morales Antoniazzi · Yessica Esquive



## 716. MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

La expresión “magistratura constitucional” alude a los órganos que desempeñan la “jurisdicción constitucional” (véase dicha voz en esta obra). Refiere, por tanto, a los entes encargados de velar por la supremacía de la Constitución. Cabe advertir que existen dos versiones principales en torno al tema.

a) Una *restringida*, que incluye en la idea de magistratura constitucional solamente a órganos judiciales o con fisonomía judicial, siempre que actúen con independencia e imparcialidad, respeto al debido proceso y con facultad para dirimir conflictos con autoridad de cosa juzgada. Estarían en tal grupo los cuerpos integrantes del poder judicial con roles propiamente judiciales (no las dependencias de tipo exclusivamente administrativo), pero también los tribunales y cortes constitucionales (al estilo kelseniano), y otros organismos como tribunales electorales, consejos de Estado o tribunales en lo administrativo, siempre que tuvieren las ya mencionadas notas de independencia, imparcialidad, resguardo del debido proceso para los litigantes, y de aplicación del derecho comenzando, naturalmente, con la Constitución. En ese terreno, una tesis *ultrarestringida* afina las exigencias y entiende que la magistratura constitucional es únicamente la concentrada y especializada en un Tribunal, Corte o Sala Constitucional, preferentemente aparte del órgano judicial. Sostiene que un país sin Tribunal Constitucional carece, en rigor, de magistratura constitucional. Jerusalem y —de modo más mesurado— Jesús González Pérez pueden ubicarse en esta tesitura.

b) La posición *amplia* engloba en la “magistratura constitucional” a cualquier cuerpo del Estado encargado de aplicar a la Constitución en los conflictos que decide, más allá de su independencia o imparcialidad. Además de los organismos judiciales, o con fisonomía judicial, podrían incluirse aquí a las cámaras del poder legislativo cuando verifican el *impeachment* o juicio político, o cuando expulsan o sancionan a alguno de sus miembros por las causales admitidas por la Constitución, o deciden la incorporación de los legisladores actuando como jueces de la validez de la elección de ellos, según lo contemplan varias constituciones. En tal sentido, podría hablarse de una “magistratura parlamentaria” si se acepta esa noción extendida de la idea de jurisdicción constitucional, siguiendo, por ejemplo, los lineamientos de Paolo Bicaretti di Ruffia.

Siempre a título meramente ejemplificativo, también el poder ejecutivo —según esta acepción amplia— asumiría papeles de magistrado constitucional, como cuando observa o veta un proyecto de ley por razones constitucionales, o cuando operan en su esfera tribunales administrativos o militares que aplican la Constitución. Del mismo modo, de darse esta última condición, formarían parte de la magistratura constitucional —*lato sensu*— algunos consejos de la magistratura o jurados de enjuiciamiento en los casos en que evalúan, a la luz de la Constitución, la conducta de jueces u otros funcionarios, por ejemplo, para removerlos, o cuando los preseleccionan o nombran (según el caso), evaluando si tienen las cualidades constitucionales para su desempeño.

El ministerio público, a su turno, si debe velar por la aplicación de la Constitución, podría entenderse igualmente como un integrante de la magistratura constitucional. Claro está que no como órgano sentenciador, sino

requirente. Según la estructura constitucional del caso y las competencias que posea, el defensor del pueblo podría sumarse a este listado, si es que cumple roles de control de constitucionalidad.

Habría asimismo que añadir —si se consiente esta versión extendida de la “magistratura constitucional”— a cuerpos *sui generis* como el “Consejo de los Custodios” previsto por la Constitución iraní, encargado de ejercer el control preventivo de constitucionalidad y de impedir la sanción, por el Parlamento, de leyes opuestas al Corán o a la Constitución. Y también al Consejo Constitucional francés, con papeles inicialmente preventivos (y ahora también represivos) de control de constitucionalidad. Incluso al electorado, si la Constitución del caso le permite actuar emitiendo juicios de constitucionalidad, sea revisando sentencias sobre temas constitucionales (Constitución de Colorado, Estados Unidos, 1905), sea derogando leyes, cuando lo hace por reputarlas inconstitucionales (*v. gr.*, Uruguay), es ubicable, siempre en la versión amplia, como sujeto de la magistratura constitucional. Nos remitimos en esta materia a nuestro *Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario* (2013).

No hay un dogma constitucional que defina cuál versión de “magistratura constitucional” es la correcta. No obstante, en el lenguaje común —y salvo excepciones que varían de país a país— prevalece quizá la versión restringida, que, repetimos, ciñe el título de tal a los cuerpos formados por jueces o por órganos con fisonomía judicial.

Ya en ese terreno, es clásica la disputa entre los partidarios de una magistratura constitucional judicial dispersa (control difuso de constitucionalidad) o, en cambio, concentrada en un órgano especializado, que a menudo tiene competencia para abolir a la norma que descalifique como inconstitucional.

No obstante, la distinción entre un régimen “difuso” y otro “concentrado” se ha esfumado en parte. En materia de control *represivo* de constitucionalidad, es cierto que hay jueces no habilitados para invalidar a la ley reputada inconstitucional, cosa que en muchos Estados se reserva a una Corte, Tribunal o Sala Constitucional, que en este punto ejerce, eso sí, control concentrado; pero actualmente, la doctrina de la “interpretación conforme”, según la cual todos los jueces deben hacer funcionar al derecho subconstitucional de acuerdo, y no contra la Constitución y que, por ende, deben reinterpretar y reciclar ese derecho infraconstitucional en consonancia con la Constitución, genera así el control *constructivo* o *positivo* de constitucionalidad, que cambia el panorama anterior. En efecto, ahora todo juez, aunque no estuviera habilitado constitucionalmente para inaplicar la Constitución (tarea que como apuntamos se guarda en exclusividad, en muchos países, para el Tribunal o Corte Constitucional), tiene de todos modos, ineludiblemente, que practicar dicho control constructivo o positivo de adecuación a la Constitución del derecho que debe efectivizar en el fuero donde actúe (civil, comercial, penal, laboral, etc.). Dicho en otras palabras, después de la puesta en marcha de la tesis de la “interpretación conforme”, *en todo país debe haber control judicial difuso de constitucionalidad, de tipo constructivo*. Y lo mismo cabe decir del control parlamentario, ejecutivo o de otro tipo. Cada uno de estos agentes, en el ejercicio de sus funciones, debe modular sus competencias y aplicar el derecho conforme con la Constitución.

*Néstor Pedro Sagüés*

## 717. MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL LOCAL

La magistratura constitucional local es un concepto que recientemente se ha acuñado en México (con la aparición de la llamada “justicia constitucional local” a raíz de la Constitución del estado de Veracruz, de febrero de 2000) para referirnos al órgano jurisdiccional encargado de proteger la supremacía de la Constitución de cada entidad federativa. En México la magistratura constitucional local tiene diseños diferentes en cada una de las entidades federativas que han incorporado a sus Constituciones instrumentos de control constitucional, así encontramos modelos de magistratura ordinaria que resuelve cuestiones constitucionales a través de sus plenos del Tribunal Superior de Justicia como Veracruz, Tlaxcala y Yucatán; o especializadas en salas constitucionales como los casos de Nayarit y Chiapas. Sin embargo, comparten una característica común: son órganos que siguen la tradición judicialista americana, al estar incorporada en el Poder Judicial estatal la facultad de ejercer el control constitucional.

La configuración, características y diseño de la magistratura constitucional resultan de vital trascendencia si se parte de la premisa que la jurisdicción constitucional debe ser considerada como una expresión viva del Estado democrático. El éxito de la justicia constitucional en buena medida depende de la configuración de un modelo de magistratura con cualidades de independencia, desde el punto de vista del contenido normativo, es decir, el sistema de garantías constitucionales para proteger a la magistratura y por otra parte las cualidades personales de quienes se erigen como guardianes constitucionales. El órgano de control debe reunir características totalmente distintas a la jurisdicción de legalidad u ordinaria; en ello juega un papel fundamental el grado de especialización y perfil que debe tener el juez constitucional, los cuales resultan distintos a los que caracterizan a los jueces ordinarios. El mismo Kelsen en su obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución* identificó el perfil de los integrantes del tribunal constitucional, un número no tan elevado de sus integrantes, la confluencia del Ejecutivo y Legislativo en su designación, la presencia de juristas de profesión especializados, alejados de toda influencia política externa o interna.

Héctor Fix-Zamudio refiere que el estudio de la magistratura constitucional local debe ser abordado desde la perspectiva del derecho constitucional procesal, como una de las garantías constitucionales fundamentales de la jurisdicción constitucional. Es en esta categoría donde se ubica el estudio de la magistratura constitucional, es decir, el conjunto de normas constitucionales con el objeto de lograr la independencia e imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

El fortalecimiento de la Constitución democrática como modelo para las entidades federativas depende en gran medida de las características que se adopten en la formación de la magistratura constitucional. Los principios de independencia, capacidad, inamovilidad, inviolabilidad y perfil de los magistrados constitucionales son elementos que caracterizan la magistratura constitucional.

La independencia es un principio fundamental de la magistratura constitucional, es un elemento consustancial de todo juzgador e infiere la libertad que tiene cada juez para decidir controversias jurídicas con base en la ley y, en este caso, en la Constitución, libres de cualquier influencia externa no proveniente de la propia norma constitucional.

La capacidad profesional de los magistrados constitucionales tiene una conexión lógica con el conjunto de elementos personales y subjetivos que debe reunir el juez constitucional para hacerse merecedor de asumir la alta misión de ser garante de la supremacía constitucional. El juez, en su carácter de ser humano, estará siempre envuelto en una serie de experiencias, ideologías, pasiones, perversiones, principios, orientación política, etcétera. Además de ello, el juez constitucional debe contar con habilidades que le permitan captar las diferentes aspiraciones de los segmentos de la población para ir confrontándolas en el proceso de interpretación constitucional.

El principio de inamovilidad constituye un elemento externo de la función judicial que se traduce en la garantía constitucional concedida a los jueces para evitar que sean removidos del cargo por circunstancias ajenas a las previstas en la propia Constitución.

La renovación periódica de la magistratura constitucional debe imperar como elemento fundamental del control local, pues permite la incorporación de nuevos criterios que coadyuvan a oxigenar la actividad jurisdiccional, además de evitar que los integrantes del tribunal adquieran compromisos con las autoridades que los nombran o postulan y resten su independencia. Con la renovación periódica de los integrantes del tribunal constitucional se garantiza también el principio democrático; esto permite a los órganos del poder político que confluyen en la designación de los magistrados constitucionales incorporar nuevas generaciones de jueces que vendrán a revolucionar el pensamiento constitucional. Además, se evita caer en una dictadura totalitaria ejercida desde el poder de los jueces.

La inviolabilidad constituye una garantía externa protectora de la función de los integrantes del tribunal constitucional; se manifiesta por medio de la protección que la Constitución consagra a favor de determinados funcionarios del Estado para evitar que sean reconvenidos, perseguidos o reprimidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de la función pública.

El sistema de nombramiento de los magistrados constitucionales debe garantizar la participación de los poderes democráticos en la conformación del tribunal constitucional. La intervención de los poderes Legislativo y Ejecutivo en el proceso de nombramiento de los integrantes de la magistratura constitucional es plenamente justificable porque permite la participación indirecta de los ciudadanos en la formación de un poder del Estado, que no emana de la voluntad popular directa. El tribunal constitucional como órgano del Estado debe tener una legitimación democrática que emana de los órganos de representación popular.

La inmunidad procesal como garantía de la función judicial se expresa como la imposibilidad de que los jueces constitucionales sean enjuiciados por las opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones o bien sean llevados a un proceso penal por la comisión de delitos durante el ejercicio del cargo.

*Pedro Antonio Enríquez Soto*

#### 718. MAGISTRATURA ESTATAL Y CONSEJOS DE LA JUDICATURA

En una Federación como México existe el poder federal y los poderes locales, cada uno con sus funciones establecidas desde las constitucionales nacionales en diversos grados y las Constituciones locales.

En México, el reconocimiento y la función del Poder Judicial de los estados se encuentran contenidos en la frac. III del art. 116 de la Constitución Federal (CPEUM), que en su redacción original de 1917 no señalaba nada al respecto. A la fecha, esa fracción ha tenido dos reformas. En la CPEUM no hay indicación de los consejos de la judicatura estatal, dejando libertad de configuración a los estados y desarrollándose posteriormente por la Suprema Corte, como veremos.

La primera reforma —martes 17 de marzo de 1987— estableció por primera vez en la Constitución mexicana los parámetros de los poderes locales, reconociendo la división de poderes en cada uno de los estados e incluyó en la CPEUM las bases para la regulación del Poder Judicial estatal. Su objetivo fue perfeccionar la administración de justicia en México.

De manera individual fueron seis los lineamientos que se incluyeron y que garantizarían la independencia del Poder Judicial —*cf.* Collí Ek, Víctor, *La magistratura estatal*, Porrúa, 2010—.

En el párrafo segundo el reconocimiento de la independencia del Poder Judicial, al garantizar que el ejercicio de las funciones de magistrados y jueces se regule en los textos constitucionales estatales y en las respectivas leyes orgánicas.

En el tercer párrafo la obligación de cumplir con los mismos requisitos para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia.

El cuarto párrafo las características que deben ser tomadas en cuenta al hacer los nombramientos de jueces y magistrados.

En el párrafo quinto la facultad de los tribunales superiores de justicia para designar a los jueces de primera instancia o sus equivalentes, en cualquiera de los estados.

En el párrafo sexto el tiempo durante el cual los magistrados ejercerán y durarán en su cargo, pudiendo ser reelectos y cuya permanencia dependerá únicamente del desarrollo de sus funciones, pudiendo ser privados solo en los términos de la propia Constitución o de las leyes de responsabilidades de los servidores públicos del estado.

En cuanto al último párrafo, la remuneración que los empleados del Poder Judicial deben percibir y que debe de cumplir con las siguientes características: adecuada, irrenunciable y no podrá ser disminuida durante el periodo de ejercicio.

La segunda reforma constitucional —31 de diciembre de 1994— afectó, por un lado, lo relacionado con los requisitos a cumplir para ocupar el cargo de magistrado, y derogó la facultad dada a los tribunales para nombrar jueces, que se consideró rígida, por una más flexible que permitiera a los estados decidir cómo se harían estos nombramientos.

La magistratura estatal no puede estudiarse o entenderse a cabalidad si no se estudia en el desenvolvimiento político real dentro de una Federación, lo que la hace convivir con el tema del *federalismo judicial*.

En México encontramos 3 diferentes acepciones sobre *federalismo judicial*: a) como defensa de la legalidad estatal, entendido como *casación*; b) como defensa de la constitucionalidad nacional; c) como defensa de la constitucionalidad estatal o local —*cf.* Collí Ek, Víctor, “Federalismo judicial en México. Concepciones, evolución y perspectivas”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, 17, 2013—.

En un primer discurso o sentido, escuchamos hablar de *federalismo judicial* como la creación de cortes estatales de casación, que a manera del modelo francés reconcilien a la norma jurídica no satisfecha. Esto se enlaza con el tema del amparo en negocios judiciales, la idea de que el juicio de amparo permite a los tribunales federales revisar las sentencias definitivas de los tribunales locales, y con esto tener capacidad de decisión sobre todo aquello que pueda ser materialmente jurisdicción de los estados, algo que se ha arreglado un poco con la reforma a la CPEUM, respecto al juicio de amparo del 6 de junio de 2011, donde se le otorgó mayor autonomía a las decisiones de los tribunales locales.

En el segundo sentido, por ese término se suele entender las consecuencias de una interpretación de la CPEUM, o comúnmente llamada control difuso, lo que durante décadas se prohibió por la Corte mexicana, algo que a partir de junio de 2011 ha ido cambiando, especialmente con la revisión de las implicaciones del Caso Radilla Pacheco de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la luz de la reforma a la CPEUM en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, con la introducción del *principio pro persona*.

El tercer sentido sobre el federalismo judicial deviene igualmente del entendido de un sistema de defensa judicial de la constitucionalidad, pero atendiendo a la naturaleza federal de México, esta constitucionalidad ahora se refiere a los textos fundamentales de cada estado. En este entendido, federalismo judicial sería igualmente la facultad de los tribunales estatales de decidir a partir de su Constitución local. Algunos esfuerzos se han generado para introducir sistemas de control constitucionales en las Constituciones estatales, el primero de ellos fue el estado de Veracruz en 2000 y a partir de ahí, cada vez más estados han logrado introducir estos sistemas en sus textos constitucionales, generándose una variada muestra de desarrollo.

Si el establecimiento de los Poderes Judiciales locales en el texto constitucional fue necesaria, y la interacción de estos poderes a través de la magistratura y jueces locales se ha hecho fundamental, analizada la situación actual de su actuación, vistos los tres ángulos del federalismo judicial, un tema trascendente para el desempeño legítimo de los jueces locales ha sido históricamente y lo es en la actualidad el de la garantía de su independencia.

Es aquí donde vemos que se ha introducido a la escena los Consejos de la Judicatura, que como se ha indicado no hay un mandato de la CPEUM para su inclusión en todos los estados —aunque a la fecha 24 estados contemplan un órgano de administración y vigilancia en sus Constituciones estatales (*cf.* Collí Ek, 2013)—, pero la Corte en su jurisprudencia de la independencia judicial ha señalado la necesidad de incluirlos en las cartas fundamentales locales.

Si el texto constitucional estableció los lineamientos de la magistratura estatal, una de las grandes tareas del desenvolvimiento adecuado de su función ha sido la defensa de su independencia, esto ha encontrado un refrendo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual, en su interpretación de los alcances de la garantía de independencia judicial estadual, ha establecido grandes criterios, de los que se pueden destacar el establecimiento de requisitos mínimos que las Constituciones locales deben contemplar —*cf.* Collí Ek, Víctor, “La doctrina constitucional sobre la independencia judicial estatal en México. Voz de la Suprema Corte”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, 20, 2012—.

Estos requisitos implican la previsión de: *a)* número de magistrados determinado del órgano cúspide del Poder Judicial de los estados; *b)* los jueces de primera instancia; *c)* cualquier órgano en el que se deposite el ejercicio del Poder Judicial del estado; *d)* órgano del Poder Judicial del estado que se encargue de la administración, vigilancia y disciplina de los servidores del Poder Judicial del estado, así como el garantizar las condiciones de su ingreso, formación y permanencia, donde entran a la escena los consejos de la judicatura local; *e)* las atribuciones esenciales del órgano cúspide; *f)* el o los órganos que participan en el procedimiento y el mismo procedimiento para nombrar magistrados; *g)* los requisitos mínimos para ser nombrado juez; *h)* las bases generales que acotan las causas de remoción de los magistrados; *i)* el órgano u órganos competentes —colegiados— para conocer y resolver el procedimiento para remover magistrados; *j)* las bases generales que acotan las causas de remoción de los jueces; *k)* el órgano competente —colegiado— para resolver sobre la remoción de los jueces; *l)* el procedimiento de remoción de los jueces, *m)* un sistema que garantice la permanencia de los magistrados.

*Victor Manuel Collí Ek*

#### 719. MAGNA CARTA LIBERTATUM

La *Magna Carta Libertatum* es la Gran Carta de las libertades que el Rey Juan Plantagenet (mejor conocido como Juan Sin Tierra) fue obligado por sus barones a conceder y firmar cerca de Runnymede, el 15 de junio de 1215. Representó el primer documento fundamental para la concesión de los derechos de los ciudadanos y, entre otras cosas, prohibió al soberano establecer nuevos impuestos sin el previo consentimiento del Parlamento, y garantizó a todos los hombres que no pudieran ser encarcelados sin antes haber tenido un juicio regular (*habeas corpus*), reduciendo así el poder arbitrario del rey en términos de arresto preventivo y detención. En el transcurso de los siglos, la *Magna Carta* ha sido varias veces modificada, pero sigue siendo hasta la fecha una de las fuentes escritas de la Constitución no modificada del Reino Unido.

*Justin O. Frosini*  
(traducción R. Tolentino)

#### 720. MANDAMIENTO DE EJECUCIÓN

Los mandamientos de ejecución responden a una larga tradición histórica. Si bien sus antecedentes remotos pueden encontrarse en los interdictos romanos, sus orígenes pueden identificarse en el derecho anglosajón, específicamente, en los *writ of mandamus*.

De amplia proyección en el derecho procesal constitucional latinoamericano, presenta matices compartidos en diversas instituciones, tales como: el *mandado de injunção* en Brasil; los mandamientos de ejecución en el derecho constitucional provincial de Argentina (pueden encontrarse antecedentes en las acciones de ejecución reconocidas en la Constitución de Entre Ríos de 1933 y, conservados sin enmienda alguna en la reforma de 2008 [arts. 58 y 59], Chaco [art. 25], Chubut [arts. 58 y 59], Río Negro [arts. 44 y 45], Santa Cruz [art. 18], Formosa [art. 33] y La Rioja [art. 28, segunda parte], San Juan [art. 41] y Tierra del Fuego [art. 48]); la acción de cumplimiento en el derecho constitucional de Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador.

En el *common law*, los *writs* constituían formas de protección sumaria de derechos, denominadas “*extraordinary legal remedies*”. Específicamente, estos habilitaban que los jueces pronunciaran órdenes de ejecución dirigidas a un funcionario público respecto a una conducta que, conforme derecho, debía ejecutar. Paralelamente, en el marco de los tribunales de equidad, se desarrollaron remedios de carácter extraordinario, entre los que cabe mencionar la “*injunction*” —dotada de naturaleza preventiva—.

Estos institutos de origen británico pasaron a conformar el derecho ordinario estadounidense, desde donde se extendió a los procesos tramitados ante tribunales federales, abarcando incluso procesos de naturaleza constitucional.

Una primera aproximación a las variables de *writs* —antecedentes del proceso en análisis— permite identificar al *writ of mandamus*, por virtud del cual se le exige a la autoridad cumplir con lo que ilegalmente ha omitido o incluso se ha rehusado a hacer. Originariamente se limitaba a decisiones adoptadas contra funcionarios públicos, si bien posteriormente se extendió la posibilidad a que fuera expedido contra particulares.

Héctor Fix-Zamudio ha explicado que “los *writs* de *injunction* y *mandamus* son los que han ejercido una influencia más apreciable en los ordenamientos latinoamericanos, ya que el primero, mucho más complejo de lo que consideran quienes no se encuentran familiarizados con el derecho angloamericano, es más aplicado como procedimiento para obtener una orden de abstención, provisoria o definitiva, y ha sido muy útil como instrumento preventivo a fin de impedir la realización de actos que puedan agraviar derechos fundamentales, mientras que el *mandamus* implica la posibilidad de obtener una orden judicial para forzar, generalmente a una autoridad, a que cumpla su obligación establecida de manera clara en la ley (1974, p. 200).

Específicamente, el mandamiento de ejecución consiste en un proceso que puede promoverse contra un funcionario o autoridad pública responsable de una omisión que genera la vulneración de derechos o intereses, y tiene por objeto inmediato un pronunciamiento de condena cuyo objeto mediato es el efectivo cumplimiento del acto omitido. En efecto, permite la adopción de una decisión jurisdiccional frente a la comprobación del deber de actuar y la omisión respectiva, por lo que tiene un carácter reparador.

En otras palabras, es una garantía instrumental que tiene por objeto requerir al juez una orden de cumplimiento dirigida contra un funcionario o autoridad pública, con el objeto de que este efective una obligación impuesta por ley, ordenanza, decreto o resolución.

Aunque en algunos órdenes normativos se les ha conceptualizado como amparos especiales (p. ej., la Constitución de Entre Ríos, en el marco del derecho público provincial argentino, entre otros), puede constituir una pretensión específica, dado que su naturaleza es la de ser la vía apta contra omisiones en el plano técnico del campo administrativo.

En términos generales, el mandato de ejecución tiene las siguientes características: 1) esta pretensión generalmente no solo es deducible por el titular de un derecho, sino que también puede ser articulada por el titular de un interés suficiente en el incumplimiento de un deber concreto de acción u omisión, en la medida en que tal omisión afecta al peticionario de alguna manera, es decir, la legitimación activa la tiene tanto el perjudicado titular de un interés legítimo directo como de un derecho subjetivo. Con base en esta distinción, cierta

doctrina ha cuestionado si el instrumento procesal en análisis constituye un proceso constitucional propiamente dicho (como ha sido definido por diversas legislaciones), o bien, si resulta un proceso administrativo constitucionalizado; 2) por su parte, la pretensión tiene su causa en la invocación de una situación de hecho (la existencia de una omisión en el cumplimiento de una obligación expresa legal en cabeza del funcionario o autoridad pública demandada) a la que se le asignan las consecuencias jurídicas lesivas de tal interés o derecho; 3) como se ha mencionado, constituye un requisito a fin de habilitar el instrumento procesal en análisis que la obligación omitida se encuentre impuesta expresamente por ley o por ordenanza, ya que se presupone la ilegalidad de la conducta lesiva que tiene base, justamente, en tal incumplimiento al mandato legal, y 4) la legitimación pasiva la tiene solamente un funcionario o autoridad administrativa.

*Sofía Sagiés*

#### 721. MANDAMIENTO DE PROHIBICIÓN

Los mandamientos de prohibición constituyen una garantía que responde a una larga tradición histórica. Si bien sus antecedentes remotos pueden encontrarse en los interdictos romanos, sus orígenes pueden identificarse en el derecho anglosajón, específicamente, en los *writ of mandamus*. De amplia proyección en el derecho procesal constitucional latinoamericano, presenta matices compartidos en diversas instituciones, tales como: el *mandado de injunção* en Brasil; los mandamientos de prohibición en el derecho constitucional provincial de Argentina (pueden encontrarse antecedentes en las acciones de ejecución reconocidas en la Constitución de Entre Ríos de 1933 y, conservados sin enmienda alguna en la reforma de 2008 [arts. 58 y 59], Chaco [art. 25], Chubut [arts. 58 y 59], Río Negro [arts. 44 y 45] y La Rioja [art. 28, segunda parte], San Juan [art. 41] y Tierra del Fuego [art. 48]); entre otras.

En el *common law*, los *writs* constituían formas de protección sumaria de derechos, denominadas “*extraordinary legal remedies*”. Específicamente, estos habilitaban que los jueces pronunciaran órdenes de prohibición dirigidas a un funcionario público respecto a una conducta que, conforme derecho, debía ejecutar o abstenerse de realizar, respectivamente.

Estos institutos de origen británico pasaron a conformar el derecho ordinario estadounidense, desde donde se extendió a los procesos tramitados ante tribunales federales, abarcando incluso procesos de naturaleza constitucional.

Una primera aproximación a las variables de *writs* antecedentes del proceso en análisis permite identificar: a) *writ of injunction*, que tiene como objeto que la autoridad respectiva se abstenga de realizar una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico, es decir, la pretensión tiene por objeto impedir, bajo la forma de una prohibición, la realización de un acto específico por una autoridad de la administración pública y abarca violaciones provenientes tanto de su actividad reglada como discrecional, y b) *el prohibition* comparte con el anterior el objeto de oponerse a que la autoridad realice lo que no debe realizar; pero resulta menos amplio, en cuanto abarca solo actos de libre apreciación.

Héctor Fix-Zamudio ha explicado que “los de *injunction* y *mandamus* son los que han ejercido una influencia más apreciable en los ordenamientos latinoamericanos, ya que el primero, mucho más complejo de lo que consideran quienes no se encuentran familiarizados con el derecho angloamericano, es

más aplicado como procedimiento para obtener una orden de abstención, provisorio o definitiva, y ha sido muy útil como instrumento preventivo a fin para impedir la realización de actos que puedan agravar derechos fundamentales, mientras que el *mandamus* implica la posibilidad de obtener una orden judicial para forzar, generalmente a una autoridad, a que cumpla su obligación establecida de manera clara en la ley” (1974, p. 200).

El mandamiento de prohibición constituye una herramienta procesal que tiene por objeto inmediato el dictado de una sentencia de condena contra un funcionario o autoridad administrativa, que les ordene a aquellos la abstención y suspensión inmediata de los efectos de un acto ejercido en violación a una prohibición legal.

Si bien en algunos órdenes normativos se les ha conceptualizado como amparos especiales (p. ej., la Constitución de Entre Ríos, en el marco del derecho público provincial argentino, entre otros), puede constituir una pretensión específica, dado que su naturaleza es la de ser la vía apta contra actos prohibidos en el plano técnico del campo administrativo.

En términos generales, el mandato de prohibición tiene las siguientes características: 1) esta pretensión generalmente no es solo deducible por el titular de un derecho, sino que también puede ser articulada por el titular de un interés suficiente en la no realización del acto prohibido, en la medida en que la realización de tal acto afecta al peticionario de alguna manera, es decir, la legitimación activa la tiene tanto el perjudicado titular de un interés legítimo directo como de un derecho subjetivo. Con base en esta distinción, cierta doctrina ha cuestionado si el instrumento procesal en análisis constituye un proceso constitucional propiamente dicho (como ha sido definido por diversas legislaciones), o bien, resulta un proceso administrativo constitucionalizado; 2) por su parte, la pretensión tiene su causa en la invocación de una situación de hecho (la realización de un acto vedado por ley) a la que se le asigna las consecuencias jurídicas lesivas de tal interés o derecho), y 3) la legitimación pasiva la tiene solamente el funcionario o autoridad administrativa que realizó el acto cuyo carácter de prohibido se invoca.

*Sofía Sagüés*

## 722. MANIFESTACIÓN DE PERSONAS

El proceso foral aragonés de *manifestación de personas* era un medio de defensa *ex profeso* de salvaguardia y custodia de la libertad personal que estatuyó el *privilegio general*. Su función teleológica es comparada con el interdicto *hominem libero exhibendo* y con el *habeas corpus*, precedentes español, romano e inglés, de los procesos constitucionales de la libertad contemporáneos.

La *manifestación de personas* se define como la facultad del justicia mayor o de sus lugartenientes de emitir una orden de mandato a cualquier juez u otra persona que tuviera ante sí a un preso, pendiente o no de causa, para que se lo entregasen, a fin de que no se hiciese violencia alguna contra él antes de que se dictase sentencia; después de lo cual, si la sentencia no estaba viciada, el justicia ordenaba la entrega del preso a la autoridad que sobre él había sentenciado, a fin de que dicha sentencia se cumpliera del modo ordinario.

A través del proceso de *manifestación de las personas* se apartaba a la autoridad de su acción contra la persona previniendo toda arbitrariedad o tiranía en favor de los aragoneses y de quienes habitasen Aragón, aunque no fuesen

naturales del reino. Se demandaba por quien, preso o detenido sin proceso o por juez incompetente, recurría al justicia contra la fuerza de que era víctima y, en su virtud, en ciertos casos quedaba libre un día, aunque en lugar seguro y si examinado el proceso debía seguirse, el presunto reo era custodiado en la cárcel de los manifestados, donde, al amparo del *justicia mayor*, esperaba, sin sufrir violencias, el fallo que recayera. Ese procedimiento garantizaba a las personas en su integridad y en su libertad.

La *manifestación de personas* tuvo su época de máximo prestigio durante el periodo foral, ya que fue solo hasta entonces cuando esa clase de procesos se dieron en todas sus categorías y en todos sus tipos en la fase *post foral*, esa clase de procesos comenzó a disminuir notoriamente, tanto en sus antiguos prestigios y eficacia, supuesto que fue abolida la manifestación de las personas, quedando esta en manos de los jueces reales, con lo que, naturalmente, se perdió uno de los privilegios que más cualificaban a las llamadas “libertades aragonesas”. El verdadero origen, así como la auténtica significación de la *manifestación de personas*, fue el siguiente: el de librarlas de la opresión que padecieron, ya fuese por torturas, o bien, de alguna prisión immoderada, que hubiese sido decretada por los jueces reales.

Al igual que el *jurisfirma*, el proceso foral aragonés de *manifestación de personas* desaparece mediante los decretos de Nueva Planta del 29 de junio de 1707, y especialmente por el decreto del 29 de julio de 1707, expedido por Felipe V, primer rey borbónico.

Finalmente, debe advertirse que la *manifestación de personas* es un precedente del amparo porque tiene análoga estructura procesal y similares efectos a este, en específico, dentro de su sector conocido por la doctrina como *amparo libertad* o *hábeas corpus*.

**Juan Rivera Hernández**

### 723. MARGEN DE ACCIÓN

La garantía a los derechos fundamentales en democracias constitucionales en formación como las latinoamericanas se caracteriza por tres fenómenos: el desarrollo de la densidad normativa material de la Constitución, la judicialización de la política y la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Uno de los principales desafíos dogmáticos e institucionales del proceso de constitucionalización del derecho consiste en evitar los riesgos de infra y supraconstitucionalización, es decir, respectivamente, que en el ordenamiento jurídico resulten áreas vedadas para la irradiación de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, como que se pretenda que la Constitución contenga las respuestas a todos los problemas fundamentales en una sociedad. Para armonizar la acción de las jurisdicciones constitucional y ordinaria, en el marco de democracias constitucionales, es necesario construir una dogmática constitucional a los márgenes de acción del legislativo y del propio Tribunal Constitucional. Alexy subraya que la hiperconstitucionalización debe evitarse tanto como la infraconstitucionalización.

Las constituciones se caracterizan por su “validez formal” (porque, en cuanto normas jurídicas vinculantes para todos los poderes y los particulares, ocupan la cúspide de la pirámide normativa) y en democracias constitucionales se caracterizan, además, por su “densidad normativa material”. Preinterpretativamente no es posible determinar el contenido definitivo de derechos

normativamente densos como la dignidad, autonomía e igualdad, por lo que su garantía, como fin estatal medular de la democracia constitucional, está condicionada por la posibilidad de desarrollar sus contenidos materiales a partir de una consistente práctica interpretativa constructiva.

La “validez formal” y la “densidad normativa material” de la Constitución determinan la *naturaleza* y el *alcance* de los problemas que surgen por las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho ordinario. Toda vez que la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico se balancea en un equilibrio, muchas veces inestable, entre y sobre la infraconstitucionalización, la “dogmática de los márgenes de acción” que propone Alexy constituye una forma para lograr la adecuada constitucionalización. Permite establecer el margen de discrecionalidad del legislador desde la determinación de las competencias y prohibiciones atribuidas constitucionalmente, toda vez que sería problemático si la densidad normativa material de la Constitución fuera indeterminada o ilimitada.

Además de la distinción entre validez formal y densidad normativa material, para el propósito de encontrar la medida correcta de la constitucionalización del ordenamiento —como objetivo medular de la construcción de una dogmática de los márgenes de acción— es necesario identificar a la Constitución como un “orden marco” y como un “orden fundamental”. La Constitución es un orden marco porque establece un margen —dentro del cual puede actuar el legislador— que está erigido por lo prohibido, que se torna *constitucionalmente imposible* y, por lo ordenado, que es lo *constitucionalmente necesario*. Lo discrecional es lo que está dentro de los márgenes establecidos por ese marco, que es entonces lo *constitucionalmente posible*. Lo discrecional es lo que constituye el margen de acción, por tanto, la Constitución es un orden fundamental desde dos puntos de vista: cuantitativo si llegase a tener previsto para todo un mandato o una prohibición, o sea, si no estableciera en absoluto la posibilidad de la discrecionalidad (la Constitución como el huevo de Forsthoff), y cualitativo si resuelve las preguntas consideradas fundamentales por una sociedad en un momento determinado. La Constitución prohíbe y ordena actuaciones, pero también deja un espacio para el ejercicio de la discrecionalidad.

La dogmática de los márgenes de acción permite establecer el margen de discrecionalidad del legislador desde la determinación de las competencias atribuidas constitucionalmente a las tres ramas del poder. La cuestión es cómo lograr comprender adecuadamente a la Constitución desde un equilibrio entre orden fundamental y orden marco. La comprensión adecuada de esta como orden fundamental y orden marco significa que debe ser concebida al tiempo como norma que está en capacidad de resolver asuntos fundamentales en una comunidad en un tiempo determinado (Constitución como orden fundamental cualitativo) y como norma que, además de prohibir y ordenar, deja muchas preguntas sin resolver, abriendo así un espacio para el ejercicio jurisdiccional discrecional (Constitución como orden marco). En temas tributarios y penales, por ejemplo, tribunales en América Latina han incorporado, en este sentido, una idea de margen de acción normativa de que goza el legislador, usando los conceptos “margen de configuración”, “facultad legislativa”, “margen de apreciación” y “campo de configuración normativa”.

Alexy distingue entre “márgenes de acción cognitivos” y “márgenes de acción estructurales”, que son el fundamento de la dogmática de los márgenes

nes de acción. La Corte tiene presentes tanto los contenidos constitucionales materiales como sus límites y falta de certeza. El margen de acción cognitivo surge por los límites de la capacidad para reconocer lo que la Constitución ordena y prohíbe, y lo que no ordena ni prohíbe. La incertidumbre responde a causas empíricas o normativas.

El margen de acción estructural se define por la ausencia de mandatos o prohibiciones, es decir, por la confianza a los poderes públicos en el ejercicio de la función discrecional. Este margen comienza donde termina la normativa material de la Constitución, porque constituye lo que esta ha establecido como discrecional. Expresa el carácter limitado de su contenido material, en tanto se erige en los límites de lo que ordena y prohíbe. En el interior del margen está lo librado a la discrecionalidad.

Hay tres tipos de márgenes de acción estructurales: *i)* para la determinación de fines; *ii)* para la elección de medios, y *iii)* para la ponderación. Cuando un derecho constitucional no precisa las razones para intervenir y propender por su realización, se pueden determinar los fines y la medida de su realización. *i)* Determinado el fin, el poder legislativo cuenta con discrecionalidad para elegir entre los medios igualmente idóneos para su consecución; *ii)* si entre los medios hay algunos que tienen efectos perjudiciales sobre otros fines o bienes constitucionalmente legítimos, resulta forzoso articular estos dos márgenes con el margen para la ponderación; *iii)* lo cual acontece bien en sede legislativa o, definitivamente, en sede judicial.

Como criterios para establecer un marco constitucional, los dos primeros márgenes exigen la máxima realización posible de los derechos en el caso concreto, mejorando una posición sin que ello implique la desmejora de otra. El tercer margen se concreta en la conocida fórmula de la ponderación: “cuanto mayor es el grado de afectación o no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Las críticas a la ponderación por su irracionalidad radican en la presunta imposibilidad de realizar juicios racionales sobre la intensidad de la intervención, así como sobre el grado de importancia de los principios que juegan en sentido contrario.

La fórmula de la ponderación requiere entonces definir el grado de afectación (por acción o inacción) de uno de los principios, determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y, finalmente, ponderar si la importancia de la satisfacción de este principio justifica o no la afectación del otro. Se usa la escala de leve, medio y grave.

El caso de la obligación de etiquetar las cajetillas de cigarrillos con fotos de enfermedades causadas por el consumo de tabaco ilustra la posibilidad de concebir una ordenación válida de tales grados. En países como Brasil y Alemania, la industria tabacalera demandó las respectivas normas que impusieron esta obligación, argumentando una afectación en la libertad de escoger profesión u oficio y en el derecho al trabajo, porque la venta de cigarrillos se puede ver afectada por la implementación de dicha medida.

Por un lado, son altos los riesgos para la salud asociados al tabaquismo, por lo que el peso de las razones que justifican la norma es alto y, por el otro, las fotos de las cenizas del cigarrillo consumido que se relaciona con la disfunción eréctil o enfermedades dentales o pulmonares ocasionadas por fumar son intervenciones medias o incluso leves en la libertad general de acción del fumador y en la libertad de empresa de las tabacaleras. Impedimentos como

una restricción severa de adquirir cigarrillos, en ciertos lugares y horas, o de lugares en dónde fumar y, naturalmente, su prohibición, serían catalogados, en cambio, como afectaciones altas. En este caso, entonces, a pesar del conflicto entre derechos fundamentales, fijados como alto el grado de importancia de la razón que justifica la intervención y como leve la intensidad de la intervención (en empresarios y en consumidores), resulta claro el margen de acción tras el resultado de la ponderación.

*Leonardo García Jaramillo*

#### 724. MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

Es un ingrediente esencial de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde hace décadas. Una herramienta probablemente *necesaria* para una protección internacional en un escenario de intenso pluralismo cultural como es el europeo. Pero no por ello menos *controvertida*, dada la inseguridad jurídica que produce su aplicación, y el debilitamiento de la garantía jurisdiccional de los derechos en algunos casos, si bien, en otros, puede ser bueno que la solución del conflicto no sea común. Se funda en una diplomática deferencia que deja el enjuiciamiento de algunas interferencias en manos de los Estados en ciertas cuestiones sensibles para las opiniones públicas nacionales. Su aplicación posee una acusada *concreción* o dependencia del contexto. Es fruto de una interpretación tópica más que sistemática y se presta mal a análisis abstractos.

I. SOBERANÍA NACIONAL Y SUBSIDIARIEDAD. Bajo la doctrina del margen subyace la soberanía de los Estados; pero los derechos humanos son hoy un serio límite a la misma y la relativizan en el seno de una protección colectiva: una soberanía en transición. Esta doctrina no está recogida de forma expresa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni fue debatida en los trabajos preparatorios. Pero es inmanente a la lógica de la subsidiariedad, propia de una protección internacional, que debe producirse siempre después de la interna y en defecto de la misma —agotados los recursos previos—, y que, en sí misma, parece comportar un limitado poder externo de sustitución.

II. ORIGEN, CONCEPTO, JUSTIFICACIÓN. Procede de las técnicas del Consejo de Estado francés y de la categoría de discrecionalidad administrativa. Pero el Tribunal Europeo (TEDH) ha desarrollado la idea con perfiles propios. No obstante, fue la Comisión quien la creó en casos como el de la denuncia del Reino Unido a Grecia por implantar medidas de emergencia en Chipre y en otros ligados al art. 15 CEDH, que permite derogar las obligaciones en supuestos de guerra o de peligros públicos. El margen está allí ligado a una lógica discrecionalidad del Estado a la hora de valorar la situación de emergencia, que limitaba la supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas. Un origen excepcional que explica la tosquedad de la técnica, pero que corresponde mal con su normalización como herramienta jurisdiccional. El TEDH nunca la ha definido con precisión, pero ha invocado la subsidiariedad como su fundamento, y reclamado la libertad de configuración del legislador nacional para cohesitar intereses complejos y contrapuestos. El margen traza una imprecisa línea divisoria entre las cuestiones sobre derechos que deben decidir las autoridades nacionales, y las que deben armonizarse a nivel europeo, fijándose unos estándares mínimos y comunes. El Convenio Europeo no es una declaración federal de derechos y cierta autocontención del TEDH

parece normalmente necesaria en terrenos como son la prueba de los hechos, la interpretación de la legalidad ordinaria y la libre configuración doméstica de los derechos por el legislador. La justificación de esta cortesía o deferencia no es otra que el carácter internacional de la garantía y el fuerte pluralismo cultural de los pueblos europeos.

III. ELEMENTOS DEL JUICIO SOBRE EL ALCANCE DEL MARGEN. PROPUESTAS DE DESAGREGACIÓN. Son diversos los elementos que el TEDH pondera en la determinación de este margen, tantos que producen la sensación de una simple *commixtio*. Además no siempre se explicitan las verdaderas razones de la autocontención, como en toda buena diplomacia. Tres son los más importantes. Primero la existencia o no de un mínimo denominador común europeo en la regulación de la institución controvertida: un *common background*; se investiga —cada vez más— mediante el uso de un singular método comparado y es el ingrediente central. Segundo, la naturaleza del derecho vulnerado, pues no cabe margen alguno en derechos absolutos como son la vida y la prohibición de tortura y tratos inhumanos y degradantes, mientras, en un círculo externo de derechos —así la propiedad—, el escrutinio europeo puede ser menos intenso. Tercero, el objeto de la regulación, cuestiones como son las atinentes a la libertad religiosa —el uso del velo o del crucifijo en las escuelas...— o las leyes electorales donde las situaciones nacionales son muy dispares se prestan a permitir respuestas diferentes a los Estados; pero son pautas imprecisas y el uso del margen se revela de geometría variable. A veces incluso se invoca el margen de forma retórica en las sentencias para, legitimar la decisión, y se procede inmediatamente a un escrutinio estricto. Algunos hemos realizado propuestas de desagregación de estos ingredientes, demandando al TEDH una mayor motivación y explicitación del fundamento del recurso al margen.

IV. INTEGRACIÓN EN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. El margen debe integrarse como un ingrediente más del juicio de proporcionalidad. Un límite estructural a su aplicación plena que permita no entrar a revisar la interferencia en ciertos casos, si el fin de la restricción es legítimo, la medida es necesaria en una sociedad democrática según las autoridades nacionales, y todo ello no resulta arbitrario o irrazonable a los ojos del TEDH. El margen puede esgrimirse a instancia de parte o de oficio, para reducir la intensidad del control europeo.

V. CRÍTICAS DOCTRINALES. ¿UNIVERSALISMO O LOCALISMO? ¿No sería más deseable crear un *ius commune* en la cultura de los derechos? ¿No debería prevalecer el uso de lo que he llamado un “principio de integración funcional”? Tres tipos de respuestas doctrinales se han producido. Unos creen que el margen es una doctrina resbaladiza y elusiva que lleva a abdicar del enjuiciamiento europeo en casos difíciles y políticamente sensibles. Otros, por el contrario, alaban este pragmatismo como manifestación de prudencia y respeto al pluralismo, y de freno a un creciente universalismo de los derechos, supuestamente carente de legitimidad democrática. Una tercera perspectiva más matizada, en la que me ubico, observa esta herramienta multiusos como inevitable en una protección internacional y en el actual estadio de la integración europea, pero defienden que su uso jurisdiccional debe ir paulatinamente decreciendo hasta devenir excepcional, al tiempo que demandan un empleo más analítico y motivado de la misma.

VI. ¿PROCEDE SU TRASPLANTE AL SISTEMA INTERAMERICANO? Debería operarse con suma prudencia. Hasta ahora la Corte IDH no ha usado, deliberadamente, esta técnica; su empleo no pasa de su mención en algún voto particular u opinión consultiva. Si bien comienzan a aparecer algunas tentativas doctrinales, pero la situación no me parece la misma que en Europa. No existe en América Latina un pluralismo de lenguas, religiones, culturas políticas y jurídicas tan intenso; la homogeneidad iberoamericana es mucho mayor y arranca de los amplios espacios culturales supraestatales tanto en los tiempos precolombinos como en los de la vieja colonia. Esta situación debería facilitar un entendimiento relativamente uniforme de los derechos fundamentales en la región por las muchas ventajas que comporta para su garantía, eficacia y para la integración. La doctrina del margen puede ser inevitable en Europa, con el fin de que el TEDH no pierda el consentimiento de los Estados en una protección que es aún más internacional que constitucional, pero lo óptimo es el respeto a los justiciables y la reparación de los derechos de las víctimas. No obstante, los actores del sistema interamericano podrían quizás repensar dónde puede dejarse un espacio de discrecionalidad a los Estados para asegurarse de su colaboración activa. Ese lugar no puede ser otro que el cumplimiento de las sentencias. Frente a la amplia tipología de medidas de reparación —muy singulares e intensas— dictadas por la Corte IDH quizás podría confiarse más en la voluntad de los Estados en su determinación y concreción —al modo europeo— y dejarles un espacio para la implementación de la doctrina, pero para eso no creo que haga falta trasplantar el nombre de la herramienta. Temo que un trasplante del margen beneficiase a aquellos Estados que lesionan derechos fundamentales con frecuencia y luego se resisten a repararlos, invocando su soberanía y —supuesta— legitimidad democrática desentendida del Estado de derecho.

*Javier García Roca*

#### 725. MAYORÍA SIMPLE

La mayoría simple, también conocida como mayoría relativa, se produce cuando, de entre más de dos opciones, una de ellas alcanza la votación más alta de entre el universo de electores.

En México, la mayoría simple se utiliza comúnmente para la elección de ciertos cargos públicos donde, de entre más de dos opciones disponibles, alcanza el triunfo aquella candidata o candidato que más votos haya obtenido en comparación con los que consiguieron los demás contendientes para el mismo puesto, por ejemplo, la presidencia de la república, las 300 diputaciones federales o las 64 senadurías, que se eligen por el principio de *mayoría relativa*.

*Yasmín Esquivel Mossa*

#### 726. MEDIO DE IMPUGNACIÓN (MATERIA ELECTORAL)

Parte integrante y esencial de cualquier sistema electoral. Los medios de impugnación en materia electoral son garantes de elecciones libres, imparciales y auténticas; la ausencia de ellos puede agravar los conflictos político-electorales. Se trata de los medios para prevenir y resolver las controversias electorales, sea a través de procedimientos institucionales o de mecanismos alternos o informales para solucionar los conflictos que surjan. La naturaleza jurídica

de los medios institucionales utilizados al efecto puede ser administrativa, jurisdiccional, penal o bien tratarse de mecanismos alternos *ad-hoc* e incluso arbitraje internacional. Para su resolución pueden ser confiados a asambleas legislativas, tribunales ordinarios, administrativos, electorales especializados, judiciales y entes nacionales o internacionales *ad hoc*. Los mecanismos alternativos de solución de controversias consisten en la conciliación, mediación o arbitraje.

El conjunto de instituciones y procedimientos que dan estructura y cauce a los medios de impugnación también es conocido como sistema recursal, sistema de medios de impugnación o sistema de justicia electoral. En las democracias, emergentes o consolidadas, tienen un papel muy importante para lograr y mantener estabilidad política, paz social, constitucionalidad, legalidad, así como legitimación y credibilidad de los poderes públicos.

El sistema de medios de impugnación responde necesariamente al contexto socio-cultural, histórico, político, así como a la tradición jurídica de cada país. Los factores más importantes que influyen en su diseño, contenido y operación son el sistema electoral, el sistema de partidos y la cultura política. La operación técnica del sistema es un elemento clave para su eficacia y eficiencia; si la justicia electoral no es pronta y expedita su credibilidad queda comprometida. Los elementos que se encuentran en la base de un sistema recursal son, de una parte, prevenir e identificar irregularidades y, de otra parte, proveer medios y mecanismos adecuados para corregirlas y sancionar a quienes las cometen.

El objetivo primordial de un sistema de medios de impugnación es asegurar, de una parte, que todos los actos, procedimientos y decisiones de quienes intervienen en los procesos electorales se ajusten a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y, de otra parte, garantizar el ejercicio de los derechos ciudadanos; de tal forma que cuando exista una violación a tales reglas de actuación y derechos ciudadanos, la constitucionalidad y legalidad de los mismos sea restaurada y la violación sea sancionada.

Los derechos electorales son derechos políticos que forman parte a su vez de una categoría de los derechos humanos, con todos los cuales se vinculan y entrelazan. Los derechos humanos de fuente internacional tienen su reconocimiento universal o regional en los instrumentos de las Naciones Unidas así como en los instrumentos regionales correspondientes a Europa, América y África. Los principales derechos electorales son los de votar, ser votado, asociación política con fines electorales, participación directa o a través de representantes electos en los asuntos públicos, así como los derechos de libertad de expresión, reunión, petición y de acceso a la información pública relacionada con asuntos electorales. Estos derechos estuvieron originalmente reservados a los ciudadanos pero cada día es más frecuente encontrar su extensión a residentes extranjeros, en ocasiones sujeta a la reciprocidad, proporcional o no.

El sistema de justicia electoral o recursal se corresponde con el ciclo electoral compuesto por tres periodos: antes, durante y después de la elección, es decir, preelectoral, electoral y poselectoral. La principal garantía que puede ofrecer un sistema de medios de impugnación es corregir las irregularidades mediante su anulación, revocación, modificación o incluso su confirmación.

Para un adecuado funcionamiento del sistema de medios de impugnación es necesaria una serie de garantías que aseguren la independencia funcional,

administrativa y financiera de los órganos jurisdiccionales, previstas desde la propia Constitución política del país. Asimismo, son necesarias garantías para salvaguardar la independencia e imparcialidad de los integrantes de dichos órganos jurisdiccionales, igualmente previstas desde el texto constitucional, respecto de su idoneidad, profesionalismo, selección, designación, estabilidad, permanencia, remuneración, incompatibilidad con otros cargos, así como excusas o recusaciones para conocer ciertos casos. La publicidad de los actos y resoluciones, así como la transparencia y rendición de cuentas por parte de organismos jurisdiccionales y de sus integrantes, son otras garantías de adecuado funcionamiento.

El sistema de medios de impugnación mismo debe ofrecer garantías de procedimiento y principios de eficacia y eficiencia, tales como transparencia, claridad y simplicidad; accesibilidad en términos de tiempo, espacio y costo; gratuidad o costo razonable; oportunidad; derechos de audiencia, defensa y debido proceso; obligatoriedad de procesos y resoluciones; consistencia en la interpretación y aplicación de las leyes electorales.

La judicialización de la política se ha ampliado al ámbito interno de los partidos políticos que tienen su propio sistema de medios de impugnación, cuyos procedimientos habitualmente deben ser agotados antes de acudir al sistema estatal o público de medios de impugnación; cuando esto no es posible la figura del *per saltum* se aplica en los casos que lo justifiquen.

En México, el sistema de medios de impugnación en su triple naturaleza jurídica administrativa, jurisdiccional y penal es regulado a partir de las disposiciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por los ordenamientos de legislación secundaria siguientes en el orden federal de gobierno: Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y Código Penal Federal. Los reglamentos administrativos que materializan en detalle las disposiciones constitucionales y legales dan origen a un complejo entramado de nuevos ordenamientos reglamentarios que se vuelven indispensables también para la operación del sistema de medios de impugnación.

En el orden local de gobierno (estatal, Distrito Federal o Ciudad de México, municipal y submunicipal), igualmente, a partir de las bases establecidas en la Constitución General de la República Federal y de la Constitución política local, específica de cada estado de la República, o el Estatuto de Gobierno en el caso del Distrito Federal, se repite el mismo entramado de legislación secundaria y reglamentación administrativa. Mediante la reforma al artículo 2o. de la Constitución general publicada en agosto de 2001, se establece entre otros el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a elegir a sus autoridades municipales y submunicipales mediante sus usos y costumbres tradicionales; derecho que ha sido reiterado de diferentes maneras por vía jurisprudencial por los tribunales constitucionales.

En México, como en otras partes del mundo democrático, los procedimientos de participación ciudadana tales como iniciativa popular, plebiscito y referéndum comparten habitualmente la estructura y procedimientos de la justicia electoral o sistema de medios de impugnación para prevenir y resolver sus propios conflictos de operación y de participación ciudadana. Una recién-

te reforma constitucional aprobada en el año 2012 regula estos procedimientos en el orden federal de gobierno (se encuentra pendiente la legislación secundaria respectiva), pero las Constituciones locales y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal tienen previstos procedimientos semejantes desde mucho tiempo antes. Por ejemplo, mientras la reforma de 2012 exige por lo menos un porcentaje de 0.13% de la lista nominal de electores para ejercer la iniciativa popular legislativa (para formar un partido político se requiere al menos el 0.26% del padrón electoral federal), en una entidad federativa, el estado de Oaxaca, existe ese derecho individual para los ciudadanos oaxaqueños desde el año 1922.

*Eduardo de Jesús Castellanos Hernández*

## 727. MIGRACIÓN

I. DEFINICIÓN. Migración significa cruzar las fronteras de una unidad política o administrativa por un periodo mínimo determinado. Es el término genérico para referirse al desplazamiento de una persona o de un grupo de personas, ya sea a través de una frontera internacional, en cuyo caso se estaría hablando de migración internacional, o bien sea dentro del territorio de un Estado, que sería la migración interna, por un periodo mínimo determinado. El *Glosario sobre migración* de la Organización Internacional para las Migraciones señala que es un desplazamiento de población que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas migrantes por motivos económicos y personas que se desplazan por otras causas, como la reagrupación familiar.

II. CLASIFICACIONES. La clasificación principal de la migración se realiza atendiendo a si se hace dentro de un mismo Estado o se cruzan fronteras internacionales:

1. *Migración interna*: es el movimiento de personas de un área (provincia, distrito o municipalidad) a otra dentro un mismo país. Esta migración puede ser temporal o permanente. Hay varios tipos de migración interna: campo-ciudad, campo-campo, ciudad-campo, son innumerables las causas de las migraciones internas pero las más importantes siguen siendo las primeras, por la atracción que las ciudades siguen ejerciendo sobre la zonas rurales, que ofrecen a las personas y a las familias una menor calidad de vida. Los efectos de este tipo de migración han sido tan grandes durante los siglos XIX y XX que se les conoce también como “éxodo rural”.

2. *Migración internacional*: es el movimiento de personas que dejan el país de su nacionalidad o en el que tienen su residencia habitual para establecerse de forma temporal o permanente en otro. Implica el cruce de fronteras que separan a un Estado de otro. Cabe señalar que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 no contiene una definición de migración, sino solo de los tipos de trabajadores relacionados con la migración.

La migración internacional es un suceso relativamente nuevo que se remonta al surgimiento del Estado-nación en Europa y su extensión al resto del mundo. Cuando el mundo quedó dividido en Estados-nación se trazaron las fronteras a sus alrededores y los Estados determinaron las personas autorizadas a permanecer en sus territorios: sus nacionales. Así, se inició un proceso

de diferenciación y exclusión de las personas ajenas al Estado: los extranjeros, y se empezaron a formular las reglas correspondientes.

A. *Migración regular*: es aquella que se efectúa de acuerdo con el marco legal aplicable. Es decir, es el movimiento de personas de su país o lugar de residencia habitual a otro, respetando la legislación que regula la salida y el viaje del país de origen, el tránsito y el ingreso en el territorio del país de tránsito o receptor. En suma, es la migración hecha siguiendo las leyes y procedimientos establecidos por los Estados de envío, tránsito y recepción.

B. *Migración irregular*: es la hecha al margen de las regulaciones de los Estados de envío, de tránsito o de recepción. Aunque la migración irregular ha existido por más de un siglo —desde que se emitieron las primeras regulaciones de la migración internacional moderna a finales del siglo XIX— no hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara que no tenga una connotación discriminatoria. El *Glosario sobre migración* de la Organización Internacional para las Migraciones señala que desde el punto de vista de los países de destino significa que es *ilegal* el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío, la *irregularidad* se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país; sin embargo, hay una tendencia a restringir cada vez más el uso del término de “migración ilegal” solamente a los casos de tráfico de migrantes y trata de personas.

Dado lo anterior, se puede definir migración irregular como aquella que es hecha por personas que entran a un Estado distinto del suyo, ya sea: 1) transgrediendo sus fronteras o presentando documentos falsos; 2) permaneciendo en dicho Estado una vez que ha expirado la vigencia de su permiso de entrada; 3) entrando en dicho Estado con fines de turismo o con arreglo a un plan de reunificación familiar que no les permite trabajar, pero permaneciendo en dicho Estado con el objeto de trabajar, o 4) permaneciendo en dicho Estado para trabajar una vez que ha sido rechazada su solicitud de asilo, en violación de las leyes de extranjería.

Atendiendo a los motivos que originan la migración, interna o internacional, se puede clasificar en:

i. *Migración laboral*: es el movimiento de personas desde un Estado a otro, o dentro de su mismo país de residencia, con fines laborales. Esta migración está por lo general regulada en la legislación nacional de extranjería.

ii. *Migración forzosa*: el *Glosario sobre migración* de la Organización Internacional para las Migraciones la define como el movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y su subsistencia, bien sea por causas naturales o humanas; por ejemplo, los movimientos de refugiados y de desplazados internos, así como personas desplazadas por desastres naturales o ambientales, desastres nucleares o químicos, hambruna o proyectos de desarrollo.

iii. *Migración por motivos familiares*: de acuerdo con el *Glosario sobre migración y asilo 2.0* de la Comisión Europea, se trata del movimiento de los miembros de un grupo familiar separado forzosamente o por migración voluntaria para reagruparse en un país distinto al del origen. La admisión es discrecional del

Estado receptor. Es un concepto general que abarca la reagrupación familiar, la formación de la familia y la migración de una familia completa al mismo tiempo.

iv. *Migración espontánea*: es el movimiento de personas o grupo de personas que inician y realizan sus planes de migración, sin asistencia. Por lo general esta migración es causada por factores negativos en el país de origen y por factores atractivos en el país de acogida; se caracteriza por la ausencia de asistencia del Estado o de cualquiera otro tipo de asistencia nacional o internacional.

*Elisa Ortega Velázquez*

## 728. MINISTERIO PÚBLICO

La institución del Ministerio Público tiene profundas raíces históricas en México, la podemos encontrar desde la época prehispánica, aunque su mayor desarrollo se encuentra en la época colonial con los llamados promotores o procuradores fiscales, los cuales tenían como funciones primordiales: defender los intereses tributarios de la Corona (de ahí su denominación de fiscales); asesorar a los tribunales para conseguir la buena marcha de la administración de justicia e investigar los delitos y acusar a los delincuentes. Por ello, eran considerados como integrantes del Poder Judicial, tradición que persistió en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, más conocida como Constitución de Apatzingán de 1814, la Constitución de 1824, las Siete Leyes de 1836, las Bases Orgánicas de 1843 e, incluso, en el art. 91 de la Constitución de 1857 la Suprema Corte de Justicia se conformaba por once ministros propietarios, cuatro suplentes, un fiscal y un procurador general.

Hoy en día los arts. 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y las normas procesales perfilan al Ministerio Público como una institución unitaria y jerárquica al que se le atribuye la representación de los intereses de la sociedad, lo cual le permite estar presente en procesos civiles, familiares, administrativos, en el juicio de amparo, controversias constitucionales e, incluso, fungir como abogado del Estado. Sin embargo, su función principal es la de investigar y esclarecer la comisión de delitos para perseguir y acusar ante los tribunales a quienes los cometieron o participaron en su comisión, al efecto goza de facultades para: recibir denuncias o querrelas de hechos que puedan ser constitutivos de delitos; conducir y ordenar las actuaciones de las policías para investigarlos; dictar medidas y providencias necesarias para preservar el lugar y los indicios del hecho delictivo; solicitar órdenes de aprehensión y, en su caso, ejercitar acción penal en contra del probable responsable; solicitar medidas cautelares; promover la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias o formas anticipadas de terminación del proceso penal; probar la responsabilidad penal del acusado ante los tribunales y pedir la aplicación de la pena a imponer o, cuando proceda, su absolución. Todo ello con el fin de alcanzar una impartición de justicia pronta y expedita como es propio de un Estado social y de derecho en el cual se busca esclarecer los delitos cometidos para acusar y condenar a los delincuentes y evitar la detención arbitraria y, sobre todo, la privación de la libertad de inocentes, ello como requisito indispensable para la protección de las garantías individuales y, a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, de los derechos humanos.

Los arts. 16 y 19 de la CPEUM constituyen la base fundamental para la actuación del Ministerio Público. Cabe resaltar que en el texto de 1917 la carta magna solo requería en el art. 16 la denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, la declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado para que el Ministerio Público pudiera solicitar la orden de aprehensión a la autoridad judicial, pero también necesitaba reunir los elementos de prueba para acreditar el cuerpo del delito si pretendía que el juez dictara auto de formal prisión (art. 19 CPEUM). Posteriormente, con la reforma de 1993, se sustituyó el cuerpo del delito por los elementos del tipo y se requirió que también estos estuvieran comprobados para solicitar la orden de aprehensión (art. 16 CPEUM). No obstante, en la práctica no fue posible esclarecer qué y cuáles eran los elementos del tipo penal, por lo cual en 1999 se regresó al viejo concepto de cuerpo del delito.

Después de la reforma del 18 de junio de 2008 solo se requiere que el Ministerio Público aporte datos que establezcan que se ha cometido un hecho delictivo y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión para que el juez libre la orden de aprehensión y, en su caso, el auto de vinculación a proceso. Lo anterior no debería implicar forzosamente la prisión preventiva, pues ella solo se debería ordenar cuando el probable responsable pueda sustraerse de la acción de la justicia, haya posibilidad de que entorpezca la investigación o su libertad represente peligro para la víctima o testigos, tal como lo contempla el párrafo segundo del art. 19 de nuestra carta magna. Sin embargo, en ese mismo párrafo se establece que “el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud” con lo cual no solo contraviene principios fundamentales del proceso penal acusatorio sino también garantías y derechos humanos, pues la reducción de grado probatorio a “datos que establezcan la comisión del delito y la probable responsabilidad” solo tiene sentido cuando se aplican preferentemente las diferentes medidas cautelares distintas a la prisión preventiva (garantía económica suficiente, localizadores electrónicos, prohibición de salir del país o ir a lugar determinado, someterse al cuidado o vigilancia de persona o institución, arraigo domiciliario, etcétera) pues si se priva de la libertad al probable responsable mientras se investiga ¿dónde quedaría la protección de la libertad como máxima garantía individual?, ¿qué alcance tendría la presunción de inocencia que implica tratar como inocente a quien todavía no se le ha demostrado plenamente la comisión o participación en el delito? y, retomando el tema de la figura del Ministerio Público, ¿cómo justificar su actuación como institución de buena fe y representante de la sociedad guiado por la lealtad y la objetividad? cuando con frecuencia se dan a conocer casos de personas que estuvieron privadas de su libertad y al final fueron absueltas porque eran inocentes o no se pudo probar su responsabilidad penal. A lo antes dicho se debe sumar su cuestionada independencia y actuación, debido a que es facultad del Poder Ejecutivo el nombramiento de los funcionarios del Ministerio Público, comenzando por su titular (art. 102 CPEUM). Por ello consideramos que la institución se encuentra en una encrucijada dado que el

reciente reconocimiento de los derechos humanos en la carta magna le obligan no solo a iniciar averiguaciones y perseguir a los probables delincuentes, sino sobre todo a dirigir de manera profesional y científica sus investigaciones para acusar con todos los elementos de prueba necesarios que demuestren la responsabilidad penal del acusado con el fin de que la autoridad judicial condene a los delincuentes conforme a la pretensión punitiva del Estado, solo así se conseguirá cumplir con el *desiderátum* que ya había planteado el constituyente de Querétaro al referirse a una “revolución procesal” siendo la correcta actuación del Ministerio Público la pieza fundamental para materializar la justicia penal propia del Estado social y de derecho.

*Enrique Díaz-Aranda*

## 729. MINISTRO PONENTE, RELATOR

Designado por *acuerdo de presidencia* del más alto tribunal como el responsable del estudio y formulación de los proyectos de resolución de los asuntos que le han sido turnados, cuyo conocimiento se somete a consideración, discusión y, en su caso, aprobación del Pleno, de conformidad con lo expresamente establecido en los arts. 105, fracs. I y II; 107, fracs. VII, XVI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 7o. del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los asuntos de su competencia originaria; y a la aprobación de las Salas, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 42 del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*Estudio historiográfico de los términos en la legislación.* A lo largo de la evolución histórica de las disposiciones que han ido dotando de estructura y organización a la función jurisdiccional de los tribunales federales, se advierte que la adopción por parte del legislador de los términos *ponente* y *relator* ha sido indistinta y, en este sentido, no ha presupuesto una distinción lexical entre lo que podría conformar una autonomía definicional en ambos términos. De esta forma se observa que a partir del periodo que comprende la emisión del Acta Constitutiva de la Federación del 31 de enero de 1824, que marca el inicio de la vida independiente de la nación y la instauración del Federalismo (con la subsecuente división de poderes), a la publicación de la vigente Ley de Amparo, en el marco de la Décima Época, los términos en cuestión han designado los mismos estados de cosas. No obstante, lo que resulta destacable a lo largo de dicha evolución normativa es la preferencia del legislador por uno u otro término y que se acentúa con la emisión de la vigente Ley de Amparo del 2 de abril de 2013. En una aproximación más cercana a los periodos antes citados se observa que la etapa que comprende: *a)* la Primera República Federal (1824-1835) en donde se ubica la Ley de Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito (22 de mayo de 1934); *b)* de la Revolución de Ayutla a la Guerra de Reforma 1855-1861, periodo en el que se publica la Ley de Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación, del Distrito y Territorios (23 de noviembre de 1855) y la Ley Orgánica de Procedimientos de los Tribunales de la Federación, que exige el artículo 102 de la Constitución Federal, para los juicios de que habla el artículo 101 de la misma (30 de noviembre de 1861); *c)* la República Liberal, Intervención Francesa, Regencia y Segundo Imperio Mexicano de Maximiliano de Habsburgo 1862-1867, periodo en el

que se expide la Ley para la Organización de los Tribunales y Juzgados del Imperio (18 de diciembre de 1865); *d*) Segunda Época. De enero de 1881 a diciembre de 1889, en que se promulga la Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal (14 de diciembre de 1882); *e*) Cuarta Época. De enero de 1898 a agosto de 1914, en el cual se establece la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (DOF 23 de diciembre de 1908) y, finalmente *f*) Quinta Época. Del 1o. de junio de 1917 al 30 de junio de 1957, en la que se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (23 de noviembre de 1917) y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (12 de diciembre de 1928); la designación a los ministros en relación con las funciones que cumplen en el Tribunal Constitucional es siempre genérica.

No es sino hasta 1936 que el legislador dota de especificidad nominal a estas funciones. Es así que en el marco de la Quinta Época el legislador introduce en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (10 de enero de 1936 y que precede a la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal de 1934), en su art. 5o., capítulo II, *Suprema Corte de Justicia*, el término *ministro relator*, cuando precisa el procedimiento que ha de seguirse en las sesiones plenarias de dicho tribunal.

Durante la Séptima Época (del 1o. de enero del 1969 al 14 de enero de 1988), se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación del 5 de enero de 1988, cuyo art. 4o. mantiene la denominación *ministro relator*. Del mismo modo se advierte que, en subsecuentes artículos, esto es, en los arts. 13, frac. IV; 20 último párrafo y 47 es introducido el término *ministro ponente*. Para la Novena Época (del 4 de febrero de 1995 al 3 de octubre de 2011), en la Ley Orgánica del Poder Judicial del 26 de mayo de 1995, se mantiene el uso de la figura *ministro relator* únicamente en el artículo 141, que hace alusión a la facultad de atracción que ejerce la Suprema Corte de Justicia de la Nación y se observa claramente la inclinación del legislador por la denominación *ministro ponente*, como se desprende del estudio de los arts. 14, 86 y 129. Ahora bien, ya en el terreno propio de la denominación por la que se ha optado en el marco del análisis histórico de la legislación del juicio de amparo, se observa que durante la Quinta Época existe una permanencia de la denominación *ministro relator*, en el marco de la Ley Orgánica de los arts. 103 y 107 de la Constitución federal (10 de enero de 1936 y que precede a la Ley Orgánica de los arts. 103 y 104 de la Constitución federal de 1919), visible en sus arts. 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188 y 189, relativos al Capítulo *Sustanciación del Juicio*; redacción que se mantiene hasta su última reforma en el año 1951, periodo en el que culmina la citada época. A partir de ahí, esto es, de la Sexta Época hasta la Novena Época, con la última adición y reforma a dicho ordenamiento, el 24 de junio de 2011, *mutatis mutandi*, se conserva el citado capítulo y las referencias al articulado en cuestión. Durante la Décima Época, con la promulgación de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 2 de abril de 2013, se conserva únicamente la denominación *ministro relator* en el art. 188, inclinándose el legislador en su mayoría por la denominación *ministro ponente*, situación que acontece en igual sentido en el caso de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, término que coexiste con el de *magistrado instructor*, entendiéndose por tal el ministro que conocerá y resolverá las acciones de inconstitucionalidad y

las controversias constitucionales, y que es designado como tal, en el *acuerdo de radicación y turno*.

A manera de conclusión de este apartado relativo al estudio historiográfico resulta relevante citar la denominación de los términos estudiados en aquellas disposiciones que han regulado la organización interna de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este sentido cobra especial interés el Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 20 de abril de 1901, el cual, en la Sección Segunda, *Orden y despacho de las discusiones*, en su art. 22 hace referencia —a manera de *simil* de las figuras bajo análisis en esta voz— al término *ministro revisor*. En el mismo ordenamiento, no obstante, es utilizada la referencia a *ministro ponente* en los arts. 66, 67, 68, 69, 70 y 71. En el Reglamento Interior de la Suprema Corte de la Nación de 1909, así como en el de 1923, se mantiene la denominación de *ministro revisor* y se observa, en recientes años, esto es, con el Reglamento Interior vigente del más alto tribunal una preferencia por la denominación *ministro ponente*.

**Francisco Javier Cárdenas Ramírez**

### 730. MINORÍA ETNOCULTURAL

Definir a las minorías etnoculturales necesariamente requiere de la definición de la cultura y nación. Cultura es el conjunto de patrones de comportamiento, lenguaje, mitos, símbolos, instituciones y rasgos históricos comunes que permiten el reconocimiento mutuo entre personas en una agrupación humana; los integrantes de una misma cultura comparten instituciones jurídicas, políticas y económicas. Por su parte, las naciones son asociaciones humanas que comparten una cultura en común; como dice Gellner, dos individuos son de la misma nación si comparten la misma cultura y se reconocen mutuamente como pertenecientes al mismo grupo nacional.

Las culturas y las naciones no son productos de generación espontánea, por el contrario, son construidas pacientemente por las sociedades humanas, quienes levantan poco a poco las instituciones que regularán su vida social, al seleccionar los aspectos culturales de identidad y cohesión.

Normalmente, el Estado nacional favorece la construcción una cultura en particular para cohesionar a su población, la cual se constituye como una cultura dominante o hegemónica al interior del Estado. Así, es posible referimos a la cultura colombiana, estadounidense, mexicana, argentina, francesa, brasileña, etcétera, según el estado nacional de que se trate.

Además, al interior de los Estados nacionales existen, con frecuencia, culturas minoritarias distintas a la cultura del Estado nación; estas culturas minoritarias fueron creadas por grupos humanos excluidos al momento de edificar el Estado y conviven en condiciones desfavorables frente a la cultura dominante.

En consecuencia, las minorías etnoculturales se definen como aquellas asociaciones humanas existentes al interior de cualquier Estado nacional que poseen una cultura distinta de la hegemónica construida por ese Estado. Esto es así porque en el momento de edificarse el Estado nación, las minorías etnoculturales fueron marginadas de los principales acuerdos institucionales de la sociedad, incluido el acceso en términos de igualdad a los derechos básicos.

Las minorías etnoculturales existentes dentro de un Estado pueden ser muy variadas; las más importantes son aquellas mejor articuladas política-

mente como las naciones subestatales, los pueblos indígenas y los migrantes. Su mayor organización les permite plantear en mejores condiciones los términos de los principales arreglos institucionales para facilitar su acceso a los derechos básicos.

Estas minorías etnoculturales poseen diferentes orígenes. Así, las naciones subestatales aspiraron en el pasado a constituir un Estado nacional en el cual ellas fueran una mayoría; sin embargo, no lo consiguieron porque carecieron de los recursos para ello o porque fueron incorporados en otro Estado nación. Ejemplos de naciones subestatales son los vascos y catalanes en España, los quebecuas en Canadá, los norirlandeses y escoceses en el Reino Unido. Asimismo, las naciones subestatales pudieron ser anexadas por un estado más grande o por un imperio como Québec en Canadá, o bien cedidas por un imperio a otro, o anexadas a otro por una unión monárquica. En el menor número de los casos, este tipo de Estados multinacionales son creados por un acuerdo voluntario entre dos o más grupos nacionales.

En contraste, los pueblos indígenas fueron despojados de sus tierras por nuevos pobladores y forzados mediante la violencia militar o a través de tratados a incorporarse a los Estados nacionales gobernados por quienes ellos consideran como extranjeros o invasores. Los pueblos indígenas son muy diversos en todo el mundo, por ejemplo, México posee más de sesenta diferentes pueblos, algunos grandes como los mayas y nahuas con aproximadamente el millón de personas; también posee pueblos muy pequeños como los cakchiquel, los cochimí o los pápago, quienes apenas rebasan el ciento.

Mientras las naciones subestatales aspiran, con frecuencia, a convertirse en naciones-Estado, con instituciones jurídicas, económicas y políticas semejantes a las de los Estados nacionales existentes en el contexto internacional, en cambio, los pueblos indígenas buscan a través de la autonomía mantener ciertas formas tradicionales de vida y sus creencias propias sin necesidad de crear un Estado nacional. Dicho de otra forma, mientras las naciones subestatales contendieron pero perdieron la lucha en el proceso de formación de los Estados nacionales, los pueblos indígenas fueron aislados de este proceso y no aspiraron a construir un Estado nacional, buscando más el reconocimiento de su autonomía al interior del Estado donde se encuentran ubicados para garantizar el respeto de su autogobierno e instituciones básicas.

En contraste, los migrantes no habitan ni en su *tierra madre* como las naciones subestatales ni fueron expulsados de sus territorios originales como los pueblos indígenas. Ellos se trasladaron de su Estado nacional de origen a otro, normalmente buscando mejores condiciones de vida, mejores trabajos o una educación más apropiada para sus hijos. Esto explica la ausencia de reivindicaciones autonómicas por parte de los migrantes, debido a que les es imposible reproducir el conjunto de sus instituciones originales en el Estado receptor; en cambio, pugnan por el reconocimiento de diversos derechos diferenciados tales como derechos lingüísticos en el otorgamiento de los servicios públicos básicos y, principalmente, la flexibilidad suficiente para acceder a la ciudadanía del Estado receptor. Para 2013 existen alrededor de 215 millones de migrantes esparcidos globalmente, siendo Estados Unidos el país con mayor número de inmigrantes (aproximadamente 40 millones), mientras México y Rusia son los países con mayor número de migrantes (11.5 millones aproximadamente), seguidos de la India (con 10.5 millones aproximadamente).

Ahora bien, la falta de igualdad para las minorías etnoculturales en el acceso a los derechos básicos en las democracias constitucionales es uno de los rasgos característicos de la inequidad existente entre los integrantes de la sociedad nacional y dichas minorías. Por ejemplo, en los Estados Unidos es evidente no solo la discriminación de sus pueblos originarios, sino también de sus minorías afroamericanas y de origen hispano; en Latinoamérica la discriminación contra los pueblos indígenas se perpetuó desde los tiempos coloniales hasta el presente, conformando su segmento más pobre y con mayores desventajas en el acceso a los derechos.

Los derechos de las minorías etnoculturales o los derechos de las minorías para abreviar, en el sentido amplio al que se refiere Kymlicka, se refieren a una gran variedad de políticas, desde derechos y excepciones legales, provisiones constitucionales y políticas públicas implementadas por los Estados, hasta derechos lingüísticos y derechos de los pueblos indígenas. Aunque los derechos de las minorías comprenden una categoría heterogénea de derechos, poseen dos características esenciales: 1) van más allá del conjunto de derechos civiles y políticos protegidos por todas las democracias liberales al reducir la desigualdad de las minorías en el acceso a tales derechos y 2) son adoptados con la intención de acomodar las distintas identidades y necesidades de los grupos etnoculturales.

Finalmente, el término “minorías” no debe ser entendido solo como referido al tamaño proporcional del grupo, sino más bien al espacio que ocupa la cultura en la esfera pública; por ejemplo, países como Guatemala posee una población mayoritariamente indígena; sin embargo, las culturas de sus pueblos originarios no se ubican en una situación de igualdad frente a aquella de origen europeo que predomina en las principales instituciones jurídicas guatemaltecas. También debe distinguirse a las minorías etnoculturales de ciertos grupos minoritarios como podrían ser los coleccionistas de timbres postales, ciertos clubes, mafias o grupos que no obstante desempeñar un papel minoritario en la sociedad, es imposible que asuman la naturaleza de las minorías etnoculturales por carecer de una cultura societal con capacidad de reproducir sus propias instituciones jurídicas, políticas y económicas.

*Francisco Ibarra Palafox*

### 731. MINORÍA PARLAMENTARIA

Son expresiones parlamentarias que, derivado de los resultados electorales, no cuentan con los votos necesarios para determinar por sí mismas el contenido de las leyes, de las reformas a las mismas, carecen de la capacidad para influir de manera exclusiva en los actos de control del legislativo al ejecutivo o incidir por ellas mismas en las principales decisiones legislativas, de control, de orientación política o administrativas de las cámaras del Congreso. No obstante, pese a su carácter disminuido cuantitativamente, las minorías parlamentarias no dejan de tener preponderancia en el Congreso. Estas deben contar con todos las prerrogativas para participar e incidir en las decisiones del Congreso y deben tener el mismo derecho de voz en las instancias legislativas. Las minorías parlamentarias deben ver garantizado su estatus en el Congreso, tanto cuando actúa como órgano deliberante como cuando lo hace como órgano de decisión o de control.

Si las instancias legislativas detonan la función deliberante, las minorías parlamentarias tienen el derecho a deliberar y las mayorías parlamentarias no pueden impedir el ejercicio de esa prerrogativa. Si los órganos legislativos deciden, las minorías parlamentarias pueden ser cruciales en la aprobación de una reforma constitucional o en la designación de funcionarios públicos, para las que la Constitución exige una mayoría de dos terceras partes de los votos de los presentes en cada Cámara. En las funciones de control es en donde las minorías deberían tener más importancia —hoy no la tienen—, a fin de que ciertas funciones, como la conformación de las comisiones de investigación, el inicio de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, las comparecencias de los servidores públicos, o las preguntas parlamentarias, dependan esencialmente de ellas.

En el sistema constitucional mexicano, tanto las mayorías como las minorías parlamentarias participan de forma organizada en las competencias de las dos cámaras del Congreso a través de los grupos parlamentarios. El artículo 70 de la Constitución, reformado el 25 de mayo de 1979, dispone que “El Congreso expedirá la ley que regulará su estructura y funcionamiento internos. La ley determinará las formas y procedimientos para la agrupación de los diputados, según su afiliación de partido, a efecto de garantizar la libre expresión de las corrientes ideológicas en la Cámara de Diputados. Esta ley no podrá ser vetada ni necesitará de promulgación del Ejecutivo Federal para tener vigencia”.

Aunque el órgano reformador de la Constitución soslayó la existencia de grupos parlamentarios en el Senado, la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos —el artículo 71 en relación con el artículo 28— y el Reglamento del Senado han colmado esa ausencia.

En México existen muchas dudas sobre la naturaleza de los grupos parlamentarios. No suelen ser considerados como órganos parlamentarios, sino entidades de interés público que tienen como fin ordenar el pluralismo político en las cámaras. Este punto es muy debatible, ya que el marco jurídico debería, con mayor exhaustividad, regular a los grupos al interior de ellos, mientras que al exterior de los mismos, se deberían garantizar los derechos de los legisladores que los componen, y los grupos parlamentarios deberían contar con una organización y funcionamiento democráticos, así como con medios jurídicos para hacer valer esos principios. Los grupos deberían —independientemente de su tamaño— estar legitimados para promover acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, iniciar la constitución de comisiones de investigación, etc., y los legisladores que los integran deberían estar legitimados para promover medios de impugnación o el juicio de amparo para garantizar los derechos humanos y los procedimientos democráticos y anticorrupción al interior de los grupos.

Según el derecho mexicano, en ambas cámaras es suficiente la voluntad de cinco legisladores para constituir un grupo parlamentario, lo que está limitado a un grupo por cada partido con representación en el Congreso. Es importante señalar que puede haber diputados y senadores sin partido, pero ello no implica que estos puedan formar o integrar grupo parlamentario, aunque sí deben contar con los mismos derechos, prerrogativas, obligaciones y responsabilidades de los demás legisladores.

En la concepción contemporánea de la democracia, las minorías no pueden ser desconocidas o excluidas por las mayorías. En una democracia es funda-

mental que las minorías políticas, sociales y parlamentarias gocen de derechos de participación política para hacer valer sus propuestas y que estas sean tomadas en cuenta por la mayoría. En la democracia no se trata exclusivamente de asegurar la supremacía de la mayoría, sino de mantener abierto el pluralismo mediante el reconocimiento de las libertades individuales y colectivas. La verdad en una democracia no es definida totalmente por la mayoría, sino que esta resulta del intercambio de argumentos y razones entre la minoría y la mayoría.

Es conveniente que en nuestro país avancemos por la vía legislativa y/o jurisprudencial para garantizar los derechos de las minorías parlamentarias. En España, hace algunos años, el Tribunal Constitucional se negaba a intervenir en los llamados “interna *corporis* acta” del Parlamento y solo se permitía conocer de la constitucionalidad de los actos del poder legislativo que tuviesen incidencia externa. Desde la resolución STC 118/88, el Tribunal de ese país ha sostenido que la doctrina de los “interna *corporis* acta” solo es aplicable en la medida en que no exista lesión de derechos humanos y de libertades.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado respecto a los derechos de las minorías parlamentarias que “[...] el órgano legislativo antes de ser un órgano decisorio, tiene que ser un órgano deliberante, donde encuentren cauce de expresión las opiniones de todos los grupos, tanto mayoritarios como los minoritarios. Lo anterior es así, porque las reglas que disciplinan el procedimiento legislativo protegen el derecho de las minorías a influir y moldear, en el transcurso de la deliberación pública, aquello que va a ser objeto de la votación final y, por tanto, otorga pleno sentido a su condición de representantes de los ciudadanos [...] la acción de la mayoría encuentra un límite en el derecho de las minorías de participar en la deliberación [...]” (sentencia de 10 de abril de 2008 dictada en la acción de inconstitucionalidad 170/2007, promovida por el Partido del Trabajo en contra de los poderes legislativo y ejecutivo del estado de Nayarit).

No obstante el reconocimiento de los derechos de las minorías parlamentarias que hace la Suprema Corte, y para concluir lo comentado en esta voz, debe señalarse que las minorías parlamentarias (entendiendo por ellas a un grupo parlamentario que se integre por al menos cinco legisladores de cada Cámara) deben contar con más derechos —aprobar comisiones de investigación, acordar la comparecencia de funcionarios públicos, requerir toda suerte de información a los poderes públicos, contar con legitimación procesal activa para promover acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales—, y que es fundamental que los integrantes de los grupos parlamentarios puedan plantear medios de impugnación en contra de las decisiones de sus propios grupos parlamentarios o de otros, y respecto de las decisiones de las diversas instancias políticas, legislativas y administrativas de las cámaras.

*Jaime Cárdenas Gracia*

### 732. MINORÍAS (DERECHOS DE LAS)

Para entender el contenido que protege el concepto de *derechos de las minorías*, primero se debe comprender quiénes son las personas titulares de estos derechos de forma individual o colectiva, es decir, se debe saber el significado del término *minorías*.

No existe una definición universalmente aceptada sobre lo que se debe entender por minorías; sin embargo, en 1977, el relator especial de la Subco-

misión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Organización de las Naciones Unidas propuso una definición no exhaustiva, porque —como él mismo lo indica— solo considera los elementos de aplicación del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Una minoría es entonces “un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque solo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma”. Esta definición se conforma de los siguientes elementos: 1) un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado; 2) el grupo no se encuentra en una posición dominante en el Estado; 3) los miembros del grupo poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población, y 4) los miembros del grupo manifiestan un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma.

Dicha definición ha sido cuestionada en virtud de que una minoría podría estar compuesta por un número que en ocasiones es superior al resto de la población de un Estado, pero discriminada en sus derechos, por ejemplo, los negros en Sudáfrica o el pueblo indígena maya en Guatemala. También se ha considerado limitada porque refiere que la minoría debe ser de la nacionalidad del Estado, lo que excluye a la población migrante, con la condición o estatus de persona refugiada, o las personas apátridas. Al respecto, la Observación General 23 del Comité de Derechos Humanos sobre el Derecho de las Minorías clarificó que, para recibir la protección de los derechos de las minorías, “no es indispensable que sean ciudadanos, [nacionales, o residentes] del Estado [...] en el que viven o se encuentran”.

El concepto minorías refiere que las personas deben poseer características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes a las del resto de la población, características que son cuestiones identitarias de las comunidades y pueblos indígenas, razón por la que, en ocasiones, los derechos de las minorías son exigidos por los pueblos indígenas.

Los derechos de las minorías han sido incluidos en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, por ejemplo, el artículo 27 del PIDCP establece la obligación de los Estados de no negar “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 1992, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó, mediante su resolución 47/135, la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, instrumento internacional compuesto por nueve artículos, entre los que destaca el artículo 2, porque contiene cinco derechos específicos que deben ser reconocidos por los Estados: *i)* a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo; *ii)* a participar efectivamente en la vida cultural, religiosa, social, económica y pública; *iii)* a participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel

regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan, de toda manera que no sea incompatible con la legislación nacional; *iv*) a establecer y mantener sus propias asociaciones, y *v*) a establecer y mantener, sin discriminación de ninguno tipo, contactos libres y pacíficos con otros miembros de su grupo y con personas pertenecientes a otras minorías, así como contactos transfronterizos con ciudadanos de otros Estados con los que estén relacionados por vínculos nacionales o étnicos, religiosos o lingüísticos.

A nivel internacional, existen diversos instrumentos que contienen protecciones específicas relacionadas con los derechos de las minorías, entre ellos: *i*) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, porque el concepto de discriminación racial incluye como grupo protegido de ser discriminado a las personas que pertenecen a grupos étnicos; *ii*) la Convención sobre los Derechos del Niño, porque reconoce el derecho de las y los niños que pertenecen a alguna minoría a que no se les niegue su derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma; *iii*) la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, porque los cuatro grupos que protege están considerados por razones de origen nacional, étnico, religioso o racial; *iv*) el Estatuto de Roma, porque además de incluir el crimen de genocidio, incorpora entre las conductas prohibidas de los crímenes de lesa humanidad a los traslados forzosos, las esterilizaciones forzadas y la persecución de un grupo; *v*) el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), porque las minorías son generalmente víctimas de este tipo de discriminación, y *vi*) la Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, porque promueve que los Estados incorporen medidas para proteger la diversidad de expresiones culturales en su territorio.

La protección de las minorías tiene diversas manifestaciones en la vida cotidiana de las personas, siendo una de ellas el derecho a contar con un intérprete en aquellos casos en que una minoría esté vinculada a proceso penal. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la jurisprudencia “Personas indígenas. Interpretación del derecho fundamental de ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura”, en la que señala que la asistencia de intérpretes “constituye un mecanismo óptimo para [...] reducir la distancia cultural que de facto opera entre una persona indígena y las reglas de un sistema judicial inspirado en códigos que no comparten determinadas minorías culturales”.

*Juan Carlos Arjona Estévez*

### 733. MODELO DE COMUNICACIÓN POLÍTICA

Las reglas electorales y de telecomunicaciones se fusionan para diseñar el modelo de comunicación política. Este fija los tiempos y formas en que deben visibilizarse las fuerzas políticas durante un proceso electoral y establece los mecanismos de deliberación pública entre los distintos actores políticos en los medios de comunicación.

La comunicación política se incardina en un Estado democrático con mayor contundencia durante los procesos de renovación periódica de los go-

bernantes. En este contexto, los medios de comunicación suelen sintetizar la información procesando complejas categorías en premisas básicas y conceptos entendibles, esto es, configuran la información en realidades y categorías amplias para públicos diversificados.

En México, el modelo de comunicación política se ha ido construyendo a partir de la interpretación sistemática y funcional de los artículos 6, 7, 41 (base III, apdo. A) y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de los preceptos aplicables de las leyes de desarrollo electoral y de telecomunicaciones vigentes en el país.

Las campañas electorales son, por excelencia, el espacio diseñado para la propaganda política. Es durante este periodo cuando los actores políticos utilizan los recursos públicos y privados, si la legislación así lo permite, para desarrollar sus estrategias de *marketing* político en los medios de comunicación.

La propaganda permite a los ciudadanos conocer el contenido de los mensajes políticos que se repiten con cierta regularidad en los distintos medios de comunicación. Durante el proceso electoral —especialmente durante la campaña— se emite mucha información política de la que resulta complicado llegar a sustraerse. La propaganda se apodera de los medios de comunicación preponderantes: radio y televisión. En ciertos casos, la Internet ha ido tomado protagonismo en el desarrollo de la deliberación política, pero el inexistente establecimiento de reglas mínimas de participación *online* ha provocado sofisticados problemas electorales, sobre los que aún no existen directrices claras.

A partir de la reforma constitucional de 13 de noviembre de 2007, se designó a la autoridad electoral federal como la encargada de distribuir los tiempos de los medios de comunicación destinados a la propaganda electoral. Para ello, se administró una fórmula de igualdad proporcional en el acceso a los espacios en los audiovisuales para todos los partidos políticos que tuvieran derecho. Dichos espacios podían ser utilizados dentro y fuera del proceso electoral.

En términos generales, el modelo de comunicación política se apoyó en tres prohibiciones: *a)* compra o adquisición de propaganda electoral en radio o televisión; *b)* expresiones que calumnien a las personas, y *c)* difusión de propaganda gubernamental durante las campañas electorales. Para vigilar que no se incurra en alguna de las prohibiciones anteriores se reforzó el procedimiento especial sancionador en el ámbito administrativo y jurisdiccional electoral.

Posteriormente, la reforma constitucional de 10 de febrero de 2014 vino a completar el modelo anterior. Los cambios más destacables fueron: *a)* se otorgaron espacios de radio y televisión a los candidatos independientes; *b)* se facultó a la Sala Regional Especializada para sancionar por violaciones al modelo de comunicación política, y *c)* se introdujo una causal de nulidad de la elección (federal o local) cuando se probara la compra de cobertura informativa o tiempos en radio y televisión.

En conclusión, las modificaciones introducidas pretenden garantizar el acceso a medios en condiciones de igualdad. Consecuentemente, las reglas parten de la premisa de ubicar a todos los contendientes electorales en una misma línea de salida, de suerte que todos tengan las mismas oportunidades

de visibilidad mediática. A corto plazo, el sofisticado modelo de comunicación ha pacificado, en cierta medida, la desigualdad en el acceso que había provocado la compra indiscriminada de espacios en radio y televisión; sin embargo, la evaluación del modelo es continua y solo a partir de su aplicación en los diversos procesos electorales quedara probada su utilidad.

*Yessica Esquivel Alonso*

**734. MODELO LEGALISTA DECIMONÓNICO**

El Estado de derecho legal (EDL) es un modelo de derecho y de Estado particular, que a su vez requiere de una teoría del derecho y un determinado perfil de jurista que le resulten funcionales. Recordemos que aquella matriz o modelo se nutrirá del racionalismo iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, pero tendrá concreción histórica en la Francia revolucionaria, sus Códigos y su Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Su éxito y esplendor se construirá y expandirá a lo largo del XIX, no solo por Europa, sino también por América Latina.

I. NOTAS DISTINTIVAS. Recapitulemos sintéticamente los rasgos principales del modelo o paradigma en estudio.

1. *El Estado*. Este quedará identificado con los tres poderes clásicos, aunque tomando como eje a la ley, dado que el Legislativo quedaba identificado con ella y al Ejecutivo se lo definía por su función de ejecutarla y al Judicial por ocuparse de aplicarla a los casos. Esa caracterización conllevaba una clara prevalencia del Poder Legislativo en tanto las funciones de los otros dos Poderes eran subordinadas o subsidiarias, ordenadas a dotar a la ley de eficacia y respeto. Una nota clave del Estado era su soberanía, que permitía establecer con absoluta libertad los derechos y deberes que tendría los ciudadanos del mismo, y además esos Estados coincidían con sociedades nacionales identificadas y unidas por la ley y sus valores implícitos. La filosofía política que acompañó en general al modelo legalista decimonónico fue la liberal e individualista, de modo que al Estado se lo visualizaba como un mal necesario, con funciones restrictivas orientadas a que la mano invisible del mercado posibilite la mejor vida social.

2. *El derecho*. La ley y el derecho se convierten en sinónimos, en tanto no hay más derecho que el establecido por la ley, así se suprime la posibilidad de algún derecho pre-legal, supra-legal o pos-legal. Pero además la ley era fruto de la voluntad general, que rousseaunamente hablando resultaba infalible, dado que ella siempre era justa, disponía claramente, sin redundancias, con coherencia, etcétera. La enorme decisividad que adquiere la ley para la vida social se refleja cuando en la misma Declaración de 1789 se determina que las únicas obligaciones o restricciones a la libertad son las impuestas por la ley. Las otras posibles fuentes del derecho quedan en el mejor de los supuestos, remitidas y absolutamente subordinadas a la ley, así cuando se habla de la costumbre solo se le reconoce en tanto supletoria o interpretativa, pero se le descarta a aquella que era contraria a la ley; o cuando se reconocen en los Códigos a los “principios generales del derecho” era porque solo se recurriría a ellos en los inusuales casos de lagunas (en el Código civil francés no se admite la integración de la ley) y su validez jurídica remitía a la misma voluntad del codificador que los había puesto implícitamente en la obra legislativa, por eso no era posible derivar de ellos soluciones *contra legem*.

3. *La teoría jurídica.* Queda configurada por la escuela exegética francesa, la histórica alemana y el primer Ihering, de ese modo su tarea se orientará a lograr forjar una verdadera ciencia jurídica con las funciones de sistematizar, describir e interpretar al derecho positivo contenido en la ley, o mejor dicho, en el Código. Especialmente queda marginada la posibilidad de una crítica o valoración de la misma, y también una perspectiva iusfilosófica preocupada por preguntarse por el derecho y el mejor derecho, a ese respecto resultan elocuentes las palabras de representantes de la exégesis francesa dado que se constituyeron en modelos inspiradores del modo de asumir la docencia, así Laurent: “Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, este ya no tiene por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos”, o Aubry: “Los profesores encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña”. Por otro lado, recordemos que aquella escuela francesa giró en torno al Código Civil, que fue por excelencia el Code, lo que de algún modo contribuyó a que la matriz de la teoría jurídica sea iusprivatista, y ello en consonancia con los ideales liberales de la revolución francesa.

4. *El perfil de jurista.* Napoleón no solo asumió el proceso de definir el derecho a través de los códigos, sino que encomendó a las facultades de derecho estatales la tarea de forjar a los juristas que serían funcionales al EDL. De ese modo quedó definida la curricula pertinente, limitada al derecho puesto en los códigos, y así sus libros fueron las asignaturas correlativas que debía conocer el futuro jurista; consiguientemente, las materias que carecían del respaldo en un código, se tornaron irrelevantes, innecesarias y hasta peligrosa en aras de la seguridad jurídica. El método de enseñanza, coherente con el modelo, se reducía a exigir memoria de los alumnos y ninguna capacidad crítica, dado que lo pretendido era que conocieran dogmáticamente el derecho que había formulado la infalible voluntad general. Ese propósito respecto a los juristas queda reflejado claramente en la célebre tesis de Montesquieu en torno a lo que debían ser los jueces: seres inanimados, bocas de la ley.

5. *Los derechos humanos.* El art. 2o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano del 89 reconocerá como “derechos naturales e imprescriptibles” a la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, pero el art. 4o. consagra que la restricción de la libertad solo puede hacerse por ley, con la advertencia del art. 7o. que “todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia”. Traduciendo de manera más directa esas apelaciones a los derechos humanos individuales, queda claro que la operatividad de los mismos no es directa, sino que se encomienda al Poder Legislativo; pues no olvidemos que no existía la posibilidad del control judicial sobre la ley y que la función judicial se reducía a declarar la ley en cada caso. El valor exclusivo y excluyente del modelo era la seguridad jurídica, que consistía en saber anticipadamente cuales serían las consecuencias jurídicas que acarrearían lo que se haga o no se haga con base en lo previsto en la ley, resultando funcional a ese objetivo la presunción *jure et jure* de que la ley publicada en el órgano oficial del Estado, se presumía su conocimiento sin admitir prueba en contrario.

6. *La teoría de la interpretación jurídica.* Todo sistema jurídico que pretenda eficacia debe al mismo tiempo que definir el derecho, establecer cómo se operará el mismo, y pues este segundo elemento —la teoría de la interpretación— resulta decisivo. Dicho del otro modo, una cosa es la fotografía del derecho contenido en las reglas, o sea, una perspectiva estática del derecho, y otra cosa es ver la realidad del derecho en movimiento gracias a la operatividad del mismo en manos de los juristas por medio de la interpretación, y esta es una perspectiva dinámica del mismo. En la base de esas dos miradas está la distinción tajante entre creación y aplicación, que en el modelo bajo estudio correspondía al Poder Legislativo y al Poder Judicial, respectivamente. Consecuentemente, el modelo por diversos medios e instituciones procuró que no asumieran los jueces ninguna facultad creativa, para ello existió el *referé legislativ* (que imponía al legislador como intérprete auténtico las consultas ante eventuales dudas sobre cómo interpretar una ley), el recurso de casación (con la finalidad de unificar e imponer a todos los jueces los criterios interpretativos), la previsión del delito de prevaricato (para el juez que se apartara del sentido de la ley), etcétera. En definitiva, se suponía que a los juristas se los necesitaba para proyectar a los casos (fáciles) la solución genérica prevista en la ley, para ello se les indicó ciertos métodos interpretativos (en Savigni: gramatical, lógico, sistemático, histórico y en la exégesis los dos primeros) que permitirían obtener la premisa mayor del silogismo deductivo que concluiría la solución para el caso individual. La clave del trabajo del jurista era nunca apartarse de la ley y la voluntad del legislador.

7. *La democracia procedimental.* Siguiendo la distinción efectuada por Ferrajoli, la democracia que auspiciaba el EDL era meramente procedimental, en tanto cualquier tema podía ponerse bajo la decisión de la sociedad, que tenía una irrestricta competencia para decidir lo que estimaba conveniente por parte de la mayoría. Pero además, esa democracia funcional al modelo y a su filosofía política, era de impronta burguesa, en tanto para votar se exigían ciertas condiciones patrimoniales o de ingresos. Los valores subyacentes en esa peculiar sociedad democrática eran compartidos por todos, o al menos no eran visibles o tolerados los disensos axiológicos, consiguientemente el rechazo o el apartamiento social era una amenaza más temible que las que provenían del ámbito jurídico. La moral social se define por la ley, pero al hacerlo se convierte en una verdad jurídica, y luego queda una moral personal que se confina al reducto doméstico o familiar.

II. LA CRISIS DEL MODELO Y SU REEMPLAZO. El EDL fue un paradigma jurídico y político —reiterémoslo— muy exitoso, no solo en Europa continental sino también por América Latina desde donde se lo importó, contribuyendo decididamente a ese éxito el trabajo realizado desde las facultades de derecho, pero su crisis coincide con la experiencia del nazismo. En efecto, el Tribunal de Nuremberg fundará su condena por cumplir la ley y violar el derecho, y este derecho que habilita y justifica a la condena se asimilará a los “principios del derecho” o los “derechos humanos”. La Ley Fundamental de Bonn del 49 consagrará esa distinción disponiendo que todos los poderes deben respetar la ley y el derecho. La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 reconociendo su existencia (no creándolos), su carácter universal e inalieble (no son disponible por ninguna voluntad individual o colectiva) contribuye a potenciar la ruptura de aquella central sinonimia entre derecho y ley. En definitiva,

Europa durante la segunda mitad del xx afronta la tarea de crear un nuevo modelo: el Estado de derecho constitucional, que termina reemplazando al EDL y exigiendo una teoría que permita explicarlo, respaldarlo y promoverlo. En ese nuevo modelo serán los jueces los encargados de velar que el derecho no sea violado por ninguna regla jurídica, provenga de donde provenga.

*Rodolfo Vigo*

### 735. MULTICULTURALISMO

El término del multiculturalismo no solo es de reciente creación en las ciencias sociales sino además posee diferentes connotaciones; como dice Kevin Bloor, puede emplearse en un sentido *descriptivo* o en uno *normativo*. Descriptivamente, el multiculturalismo se refiere a aquellas sociedades que manifiestan un grado elevado de diversidad etnocultural o se encuentran en el camino de convertirse en sociedades multiculturales al presentar múltiples identidades en su población.

Así, decimos que un Estado es multicultural cuando entre su población encontramos una creciente diversidad cultural; al respecto, la mayor parte de los Estados nacionales existentes en el mundo poseen poblaciones multiculturales, pues aun cuando intentaron construir una sociedad homogénea culturalmente no lo consiguieron, al albergar en su interior a uno o más grupos con culturas diferentes. México, Guatemala, Bolivia o Paraguay son Estados multiculturales desde sus orígenes por poseer desde su pasado colonial una población etnocultural diversa, principalmente indígena y europea. Otros Estados como el Reino Unido o Francia son Estados multiculturales recientes, pues como Estados nacionales modernos experimentaron desde la Segunda Guerra Mundial una creciente pluralidad consecuencia de los flujos migratorios provenientes de diversas partes del mundo; por ejemplo, en solo cincuenta años, Francia adquirió un 10% de población de origen árabe.

En su sentido *normativo* el multiculturalismo se refiere a los movimientos al interior del Estado nacional que se manifiestan a favor y promueven los beneficios del multiculturalismo con el objetivo de reducir la desigualdad de las minorías etnoculturales para acceder a los principales derechos. En su sentido normativo, los Estados multiculturales promueven la implementación de políticas públicas, modificaciones legales y acuerdos constitucionales para promover la diversidad etnocultural de sus sociedades y reducir la desigualdad de las minorías frente a la sociedad mayoritaria. De esta manera, aquellos decretos constitucionales y las leyes expedidas para su implementación cuyo objetivo sea facilitar el acceso de las minorías etnoculturales a los derechos y libertades básicos que tradicionalmente les fueron negados pueden denominarse multiculturales.

Podemos decir que son Estados multiculturales aquellos que promueven o aceptan la diversidad etnocultural existente al interior de su población. Para estos Estados una sociedad vibrante es aquella que concede espacio y reconocimiento a las múltiples identidades que se encuentran en su interior. En consecuencia, la homogeneidad de una sociedad es rechazada en aras de abrir espacio a nociones tales como tolerancia, pluralismo y derechos de las minorías con el objetivo de reducir la hegemonía de la mayoría y la falta de igualdad para acceder a los principales derechos que otorga un Estado constitucional.

*Francisco Ibarra Palafox*

## 736. MUNDIALIZACIÓN

Por mundialización puede entenderse el fenómeno de gran complejidad caracterizado por lo siguiente:

a) *La intensificación de las relaciones sociales a escala mundial.* Distintos autores han hecho hincapié en la idea de intensificación para referirse a la fase actual de la globalización. Así, para Giddens, la globalización puede definirse como “[...] la intensificación de las relaciones sociales en todo el mundo por las que se enlazan lugares lejanos, de tal manera que los acontecimientos locales están configurados por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia o viceversa” (2004, pp. 67 y 68).

b) *El surgimiento de una cierta forma de organización de la actividad económica, de alcance transnacional.* En lo económico, la globalización actual significa un cambio en el orden económico mundial, que va más allá de la expansión del comercio internacional. En esencia, el elemento novedoso desde esta perspectiva es el surgimiento de patrones de integración de la producción que cruzan las fronteras nacionales, acompañado de un incremento significativo de la inversión internacional de las grandes empresas multinacionales. No obstante, esto no quiere decir que toda la actividad económica mundial se encuentre organizada de dicha manera.

c) *El surgimiento de nuevos actores en la política internacional.* Diversos autores han observado que la época actual se caracteriza por un cambio en el patrón de las relaciones internacionales, que hasta hace algunas décadas estuvo dominado por los Estados nacionales (véase, entre otros, Held, 1997, pp. 99-169; Kapur, 2005, pp. 89-102; Prakash, Aseem y Jeffrey, 1999; Higgott, 2000; Sousa Santos y Rodríguez Garavito, 2007). Como observa Messner, por ejemplo, al lado del Estado-nación surgen ahora actores e instituciones con gran poder e influencia a escala internacional como la Unión Europea, organizaciones no gubernamentales (ONG) internacionales, organismos como el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de Comercio, o empresas como Microsoft y CNN. Es decir, se ha venido dando un cambio en la política mundial, organizada durante mucho tiempo como un sistema de Estados. En primer lugar, los Estados-nación ya no están solos en la política internacional, ahora tienen que compartir el escenario global con un número creciente de actores globales en una economía mundial en dinámico crecimiento y un incipiente mundo social globalmente activo: empresas multinacionales, organizaciones inter y suprarregionales, ONG y particulares, quienes intervienen cada vez más en la política global. A su vez, esto lleva a una estructura policéntrica, más que unicéntrica, del poder (Messner, 1999, pp. 73 y 74).

d) *La formación de redes transnacionales de generación, flujo e intercambio de patrones culturales.* Los sistemas de comunicación modernos hacen que los individuos y grupos puedan acceder a ambientes sociales y físicos que, de otra manera, no habrían conocido nunca. Gracias a ellos pueden superarse las fronteras geográficas que antes impedían el contacto, y se hace posible el acceso a experiencias sociales, culturales y discursos a los que antes no era posible siquiera aproximarse (Held, 1997, p. 155).

e) *Problemas de alcance planetario.* Por último, como otro elemento que caracteriza la actual fase de la globalización, se puede hacer notar la emergencia de una lista de problemas internacionales (o “peligros globales”, en la expresión de Beck, 1999) que no pueden ser resueltos por los Estados aislados, cuya so-

lución habrá de llevar necesariamente a mayores grados de interdependencia: explosión demográfica, deterioro del medioambiente, terrorismo, escasez de agua, energía y alimentación, epidemias, uso de recursos del lecho marítimo profundo, entre otros.

*José Ma. Serna de la Garza*

### 737. MUNICIPIO

El municipio es una forma de organización jurídica, política y administrativa que cuenta con la agrupación de personas pertenecientes a un lugar determinado, asentadas en una fracción territorial establecida por las autoridades de un Estado, las cuales guardan afinidades, intereses e ideales comunes, quienes eligen democráticamente a sus representantes para que escuchen sus necesidades y resuelvan sus problemáticas. Tiene su origen en la convivencia social, a través de la realización de servicios y la participación de sus integrantes, mediante actividades establecidas que permitan la integración y el respeto de los derechos de las personas y el beneficio colectivo. Sirve como base a la organización del Estado, pues es la parte más elemental de este; además, trata las cuestiones más inmediatas y básicas de la sociedad. Para su actuación y formas de gobernar cuenta con un ayuntamiento, que es el órgano colegiado de elección popular directa responsable de la administración y gobierno de cada municipio, y cuyas decisiones son tomadas en colegiación, con votos igualitarios de sus integrantes.

Quintana Roldán refiere que la palabra “municipio” proviene del latín y está compuesta por dos locuciones: *munus*, que se refiere a cargas u obligaciones, tareas, oficios, entre otras acepciones, y el verbo *capere*, que significa tomar, hacerse cargo, asumir ciertas cosas. Así, de la conjunción resultó el vocablo *municipium*, que se define como: ciudades en las que los ciudadanos tomaban para sí las cargas, tanto personales como patrimoniales, necesarias para atender lo relativo a los asuntos y servicios locales de esas comunidades.

La Real Academia Española lo define como la “Entidad local formada por los vecinos de un determinado territorio para gestionar autónomamente sus intereses comunes”, asimismo, otra de las acepciones para definirlo es: “Entre los romanos, ciudad principal y libre, que se gobernaba por sus propias leyes y cuyos vecinos podían obtener los privilegios y derechos de los ciudadanos de Roma”.

Los autores que estudian a la figura del municipio difieren en cuanto a sus orígenes formales. Al respecto, algunos afirman que se originó con la antigüedad clásica romana, pues fue el derecho público en esa época quien lo definió y creó para generar condiciones de gobernabilidad. Así, Antonio María Hernández sostiene dicha postura, pues estima que a partir de los pueblos conquistados se generaron dos clases de sociedades: por un lado, los sometidos o súbditos (*deditti*), quienes entregaron todos sus bienes, creencias religiosas, forma de gobierno y estructura, e incluso —afirma— su persona, dejando en manos de un enviado romano la estructura de su sociedad y, por el otro, los aliados (*foederati* o *socci*), los cuales conservaban su régimen de gobierno y sus instituciones, pero a cambio, debían pagar tributo, recibían órdenes de Roma y sus representantes —llamados magistrados, los cuales podían ser elegidos de manera libre por las personas de dichos municipios— debían rendir cuentas al

governador de la provincia romana. Lo anterior dio pauta a la figura municipal, lo que permitió gobernabilidad y estabilidad en esos territorios.

Si bien el municipio no tenía una acepción formal con anterioridad a la época clásica romana, sí se constituía y existía, pues se manifestaba a través de una representación, organización y una cierta gobernanza —por así definirlo para la toma de decisiones comunes— cercana a la sociedad que reside en un determinado territorio, que se posicionó para el desarrollo de dicha población para, así, satisfacer las necesidades imperantes. El municipio pasó de ser una congregación pequeña de personas con intereses, objetivos comunes y necesidades cercanas o similares, a ser un ente que conjunta o conglomeraba a una gran cantidad de personas con diversidad de ideas, posturas, ideales, necesidades y objetivos, las cuales guardan relación por su estadía común en un cierto territorio poblacional y que son gobernados con base en las necesidades de la mayoría y por un bien común de esta sociedad que trata de escuchar, en la medida de lo posible, a todas y todos, para generar políticas —públicas— que se estiman más idóneas para lograr condiciones de igualdad.

La figura municipal llegó al continente americano a través de la conquista española, pues sirvió para que los españoles fundaran las bases de sus ciudades y para que, mediante una estructura municipal, se les pudiera controlar y aleccionar, establecieran autoridades —cabildos— que daban orden y se aseguraban de generar condiciones de convivencia y existiera colaboración entre las personas que se asentaban en cierta demarcación territorial. Tal y como ocurrió en la época clásica romana, el establecimiento de municipios dio la posibilidad a la Corona española para facilitar el cobro de impuestos y generar mayores riquezas, a cambio de otorgar algunas “prerrogativas”, como autonomía organizacional y de gestión.

En el Estado mexicano, el municipio encuentra sus antecedentes más remotos en el “calpulli” prehispánico, que se consideraba como el centro de la organización política, económica y social de esa época, en la cual las familias trabajaban y convivían cotidianamente, para reunirse en actividades religiosas comunes. Cada “calpulli” (familia) estaba obligado a pagar tributos al imperio azteca y a su tlatoani (emperador), contando con autonomía en cuanto a su organización política, militar y religiosa.

Con el inicio de la lucha de la Independencia mexicana, en septiembre de 1810, se evidenció y acentuó el respeto que se tenía a las instituciones municipales, pues en San Miguel el Grande (ahora San Miguel de Allende) se convocó a las personas y vecinos notables de la localidad para que se procediera a nombrar autoridades y a acordar las medidas que fueran necesarias para asegurar el orden social, integrando una junta directiva. Esta podría ser considerada, de manera análoga, como un verdadero ayuntamiento municipal, que permitiera escuchar las voces de la sociedad ahí asentada y generar condiciones de representatividad de las necesidades de esa población, que —dadas las circunstancias históricas de la época— eran muchas y urgentes, con el objeto de que les permitiera avanzar hacia la construcción de una sociedad más igualitaria y libre se castas.

Durante el Porfiriato, la figura municipal y sus características fueron desplazadas por el presidencialismo dictatorial y autoritario, lo que se tradujo en una falta de acercamiento a los aspectos más básicos de la organización social y de las necesidades que se tenían. Lo anterior generó un olvido social,

implicando a la estructura municipal. Ante el hartazgo y el reclamo social, se originó el movimiento revolucionario de 1910, beneficiando con ello la idea del resurgimiento de la organización municipal autónoma, como un medio de activa participación de las personas en el actuar estatal. En razón de lo anterior, se incluyó en del texto de la Constitución federal de 1917 el concepto de “municipio libre”, elevándolo a rango constitucional, lo que permitió establecer su importancia para el desarrollo estatal.

El artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la forma de gobierno que tendrán los Estados para su régimen interior, el cual debe ser el de una organización republicana, representativa, democrática, laica, popular y, sobre todo, teniendo como base la división territorial y la organización política administrativa al “municipio libre”. Sobre este último aspecto, el legislador constituyente de 1917 quiso implementar la autonomía municipal a través de dicho concepto, incluyendo el nexo para con el Estado y la consideración de ser un organismo descentralizado por región.

El “municipio libre” es un aspecto que le otorga autonomía de actuación respecto a su autodeterminación (personalidad jurídica), patrimonio (libertad de administración hacendaria, así como para proponer a la Legislatura estatal las cuotas o tarifas que se aplicarán a los impuestos, derechos, contribuciones de mejoras y las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que sirvan de base para el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria) y autonomía respecto de las actividades que realiza para el beneficio de la comunidad.

Se tiene la función y el deber municipal de prestar a la población los servicios de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales; alumbrado público; limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos; mercados y centrales de abasto; panteones; rastro; calles, parques y jardines y su equipamiento; seguridad pública, policía preventiva municipal y tránsito; y los que determine la Legislatura del estado, según las condiciones territoriales y socioeconómicas municipales, así como su capacidad para administrarse y financiarse.

Su gobernabilidad recae exclusivamente en un ayuntamiento de elección popular directa, el cual no tiene intermediarios entre el estado al que pertenece. Se conforma por: *i*) un presidente municipal; *ii*) el número de regidores que la ley estatal respectiva determine, y *iii*) el número de síndicos que la ley estatal respectiva determine.

La función del ayuntamiento es aprobar esencialmente, de acuerdo con las leyes municipales que emita la Legislatura estatal: *a*) bandos de policía y gobierno, y *b*) circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal.

**César Bernal Franco**

### 738. MUTACIÓN CONSTITUCIONAL

La noción de mutación constitucional alude al cambio intenso o radical del contenido material de una norma constitucional sin alterar su texto a partir de una nueva significación de su formulación lingüística, con motivo de una transformación en las condiciones que configuran el poder político, la estruc-

tura social, la cultura jurídica o el equilibrio de valores e intereses generales que determinan una realidad o una expectativa histórico-constitucional, ya sea a través de convenciones políticas, prácticas legislativas o administrativas o por vía de interpretación judicial, de manera paulatina o instantánea.

La posibilidad de una “mutación” constitucional ha sido ampliamente debatida desde sus primeros análisis a finales del siglo XIX y principios del XX por la doctrina publicista alemana (destacan Jellinek, Smend y su discípulo Dau-Lin). La noción ha sufrido ajustes y críticas desde entonces, atendiendo a las diferentes perspectivas sobre la Constitución y el Estado constitucional y, en particular, a partir de la adopción de sistemas de control de constitucionalidad de leyes y la importancia creciente de los tribunales constitucionales como intérpretes últimos del texto constitucional y garantes de su supremacía. No obstante, a pesar de su carácter problemático, se reconoce mayoritariamente como una modificación no formal o tácita del sentido normativo de la Constitución que, como parte de su dinámica, permite la evolución del sistema jurídico y su adecuación a la realidad constitucional.

La idea de mutación implica una tensión entre norma y realidad derivada de los requerimientos políticos, sociales o culturales que generan una necesidad o urgencia histórica de modificación del sentido de un texto normativo. A diferencia de la reforma, que supone un cambio en el texto a partir de procedimientos específicos y normalmente agravados, la mutación constitucional es un procedimiento informal (fenómeno jurídico) que no suele estar previsto expresamente en el ordenamiento, pero que tampoco está prohibido. Mutación y reforma constituyen mecanismos complementarios, excluyentes y, en ocasiones, sucesivos, de ajuste del contenido de un texto, considerando, por un lado, que la reforma supone el agotamiento de las posibilidades de la mutación constitucional, como lo destacaron, entre otros, Konrad Hesse y Pedro de Vega, y, por otro, que la fuerza de la Constitución depende no solo de su finalidad y sentido normativo sino también de la estabilidad general de su texto y de su capacidad para adaptarse a la realidad política y social. Por ello, se afirma que la mutabilidad relativa de la Constitución implica, en sí misma, una garantía de su permanencia y durabilidad como mecanismos de articulación de la continuidad jurídica del Estado, la evolución normativa y el cambio político y social. Tan importante es la defensa de la Constitución que asegure la permanencia de sus aspectos esenciales (fines, valores y principios), como necesaria la posibilidad de su transformación, que permita ajustar el texto o su significado a la realidad constitucional. Ello responde a una caracterización de la Constitución como un sistema de integración de la totalidad de la vida del Estado en términos de Smend y Lucas Verdú.

En este sentido, el vínculo entre “Constitución” y “realidad”, “normatividad” y “normalidad”, es relevante a fin de que la Constitución no quede rezagada frente a la “realidad”, lo que requiere —si no se reforma— una interpretación progresiva o evolutiva que conciba a la Constitución como un “instrumento vivo” que opera como “punto de partida” frente a las transformaciones de la vida social, como lo ha destacado, entre otros, Raúl Canosa. Lo anterior no soslaya el riesgo de enmascarar una ruptura constitucional que ceda ante la “fuerza de los hechos”. Por ello, como ha reiterado la doctrina, entre otros, Hesse, Böckenförde, Afonso da Silva y Sagües, conviene diferenciar la mutación constitucional *stricto sensu* de otros fenómenos jurídicos, entre

ellos los supuestos de inconstitucionalidad de leyes, infracciones o incumplimiento de deberes y ejercicio indebido o excesivo de facultades, así como distinguirla de la normatividad constitucional emergente, la configuración legal de derechos o facultades, que no implican un cambio de texto o contenido material, sino solo su explicitación o implementación, y de otras instituciones o figuras que tienen como denominador común las variaciones, sean formales o informales, de la Constitución que incluyen, entre otras, la reforma, la modificación irregular mediante el derecho consuetudinario, la satisfacción de lagunas, el desuso de competencias constitucionales, la sustitución constitucional y la “ruptura constitucional”.

La mutación constitucional no implica la degradación normativa de la Constitución o su ruptura —aunque en ocasiones no resulte fácil la distinción— de ahí que sea un procedimiento admitido por el derecho constitucional y no un fenómeno extrajurídico. Ante todo, se reconoce el carácter supremo y normativo de la Constitución, como parámetro de validez del ordenamiento jurídico estatal. Toda mutación legítima tiene como límites el texto y el contexto constitucional, esto es, en última instancia, la cultura constitucional como ha sido expuesta por Peter Häberle. Al respecto, se ha destacado por la doctrina la exigencia de preservar las funciones básicas de la Constitución, entre ellas, la protección de los derechos fundamentales. De ahí que, por ejemplo, Néstor Pedro Sagüés distinga entre: *a*) mutaciones legítimas (constitucionales o *praeter constitutionem*) que suponen un desarrollo o evolución del sentido normativo para adaptarlo a la realidad político-social o al contexto normativo (conjunto del sistema jurídico), y *b*) mutaciones ilegítimas (inconstitucionales o *contra constitutionem*) que claramente contradicen el texto constitucional respecto a su contexto o panorama normativo.

Lo anterior permite diferenciar entre un concepto amplio y un concepto restringido de “mutación constitucional”, como lo ha propuesto también Díaz Ricci. En general, la doctrina suele rechazar un concepto tan amplio que admita una *praxis* opuesta a la Constitución, mientras que se reconoce la validez y relevancia práctica de un concepto restringido que involucra un cambio “en el interior” de la norma, mas no al margen de la normatividad de la Constitución. Desde esta perspectiva, como lo destacara Hesse, la mutación constituye parte del proceso de concreción o concretización interpretativa de la norma, pues incide en su “ámbito normativo”, el cual comprende el conjunto de circunstancias fácticas objeto de regulación constitucional, a partir del denominado “programa normativo” o mandato de la norma, en el entendido de que el derecho constitucional no se agota en los mandatos abstractos de la norma, desvinculados de la realidad. Ello supone que el fenómeno de la mutación incide en el escenario de la interpretación constitucional como una de sus consecuencias posibles, aunque no se confunde con ella, pues hay desarrollos jurídicos operados vía interpretación judicial que no suponen un cambio intenso o radical que implique una mutación normativa.

En la actualidad, la relevancia práctica de la mutación se advierte especialmente en relación con las normas de derechos humanos que, al asumir la estructura de principios, son normas “abiertas” y requieren “progresivas concreciones”, a fin de garantizar su reconocimiento, protección y garantía, en particular a partir de la jurisprudencia constitucional. La importancia de esta última en la determinación de los derechos y la creciente apertura constitucio-

nal —característica del Estado constitucional contemporáneo—, así como la incidencia de la jurisdicción internacional y del derecho comparado (a partir de los nuevos modelos de control de convencionalidad y diálogo interjudicial) amplían el marco referencial de la “realidad constitucional”, con lo cual se advierte una mayor incidencia —en ocasiones discutible y en otras exitosa— de las denominadas sentencias interpretativas manipulativas, así como las interpretaciones promotoras o reconocedoras de una mutación constitucional.

*Salvador O. Nava Gomar*  
*Mauricio I. del Toro Huerta*



Marín · Eréndira Salgado Ledesma · Luis Gerardo S  
neez Gil · Hermógenes Acosta de los Santos · Alfredo S  
doval Ballesteros · Graciela Rocío Santes Megaña · Is  
ntonio Silva Díaz · José María Soberanes Díez · Soto  
ra Tejada · César David Tarello · Tavoriri Oliver  
Antonio Tóh Euán · Mauricio Indel · Huerta · Pec  
ero Cervantes · José Ugaz · Enrique Urribe · Arzate · M  
onell · Cuauhtémoc Manuel de Wenneheim · Hurriguete  
Castañeda · María del Carmen Alanís Figueroa · Ha  
er Cárdenas Ramírez · Ana María Ibarra Olguín · Juli  
Morán Torres · Sergio García Ramírez · Pablo Francis  
Janine M. Otálora Malassis · Armin von Bogdandy ·  
ndro Olano García · Rodolfo Vigo · Diego Valadés · A  
sús Orozco Henríquez · Leonardo García Jaramillo ·  
Paulina Ortega Rosado · Luis Felipe Nava Gomar · Fe  
onzález · Catalina Botero · Allan R. Brewer-Carías · O  
n Penagos López · Ariel Dulitzky · Caterina Drigo · M  
Pérez Cruz · James Cavallaro · Valeriano Pérez Maldo  
hiniya Petrova Georgieva · Jean Claude Tron Petit · I  
loyo · Ana Giacomette Ferrer · Osvaldo A. Gozaíni · Ó  
es Domínguez · Manuel Eduardo Góngora-Mera · Án  
mírez Hernández · Eréndira Nohemí Ramos Vázqu  
Ángela Margarita Rey Anaya · Guillaume Tusseau · Jo  
ne Rhodes · Pedro Salazar Ugarte · Gabriela Ríos Gr  
Rivera Hernández · Arturo Zaldívar Lelo de Larrea ·  
uez · Geraldina González de la Vega · Graciela Rodrí  
Rodríguez Vázquez · Hernán Salgado Pesantes · Gia  
Romero Martínez · José Luis Soberanes Fernández · M  
guez · Joaquín A. Mejía Rivera · Óscar Parra Vera · M  
R. Sáenz Dávalos · Antonia Urrejola · Juan Pablo Sala  
rín · Juan Luis González Alcántara Carrancá · Luis G



739. *NE BIS IN IDEM*

La expresión *ne bis in idem* o *non bis in idem*, recogida con ambas formulaciones y expresiva de un principio clásico del sistema de justicia penal liberal, significa “no dos veces por una misma cosa”; principio de derecho constitucional por el cual se prohíbe la doble persecución a un mismo sujeto, por idénticos hechos que han sido objeto de anterior actividad procesal, y que concluyera en una resolución final, ya condenatoria, ya absolutoria” (Willmar, Gernaert, *Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000).

Otra caracterización —entre las numerosas existentes— establece: “frase latina que significa literalmente que no debe repetirse dos veces la misma cosa. Con la citada expresión quiere indicarse que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior” (Márquez Piñero, Rafael, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. IV).

Bajo el derecho penal autoritario, previo a la gran revolución de las ideas y la normativa que apareció, sobre todo, al cabo del siglo XVIII, no resultaba insólito ni reprochable que se juzgase a una persona más de una vez por determinados hechos —delito—, pese a existir previamente un proceso seguido en todos sus términos y una sentencia dictada conforme a derecho, que había establecido o negado la responsabilidad penal del inculpado.

De esta suerte, la absolución o la condena operaban con eficacia solamente en el proceso en el que habían sido emitidas, pero no resolvían en definitiva —por encima de una eventual reapertura del enjuiciamiento concluido a través de la sentencia, o de la apertura de un nuevo enjuiciamiento— la situación jurídica del sujeto. Prevalecía, pues, la amenaza de la *bis in idem*; la sentencia existente —sobre la que pendía la posibilidad de nuevo proceso y nueva sentencia de signo diferente— no contaba con la autoridad —la “santidad”, se diría más tarde— de la cosa juzgada; se hallaba pendiente, sin término, la “verdad legal” que solemos depositar un una sentencia definitiva, no se diga una sentencia firme. Sobra ponderar la inseguridad jurídica que esto causaba.

En aras de la seguridad jurídica, mirada como necesidad imperiosa para el buen curso de la vida social, aunque no fuese siempre en aras de la justicia, que puede requerir la reconsideración de casos fallados, el principio *ne bis in idem* se entronizó entre los principios más socorridos del ordenamiento penal liberal, abarcando la identidad de los hechos (elemento objetivo) y de la persona imputada (elemento subjetivo), aunque no necesariamente de la norma invocada, que pudiera ser una disposición diferente, atraída para alterar deliberadamente el sentido y la aplicación del principio.

Las Constituciones nacionales, atentas a los derechos y las garantías fundamentales de los individuos —que son “entraña” y razón de una ley suprema—, han acogido generalmente este principio de seguridad jurídica. Así se observa en el desarrollo de la normativa constitucional mexicana, que da cuenta del referido principio —casi un dogma del penalismo clásico— en el proyecto constitucional de 1856 (art. 25), en la Constitución de 1857 (art. 24), en el proyecto *del primer jefe de 1916* (art. 23) y en la Constitución de 1917 (art. 23). Este precepto, fiel a su formulación original, señala: “(...) Nadie

puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”.

En el orden internacional de los derechos humanos, que ahora forma parte del bloque constitucional mexicano (art. 1o., reformado en 2011), al que han llegado los derechos del individuo que previamente poblaron las Constituciones —además de las aportaciones oriundas del sistema tutelar internacional— también tiene recepción el principio *ne bis in idem*. Así, el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (del que México es parte), dispone: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

A su vez, el art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (del que también es parte México) previene: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Es pertinente observar a este respecto que el Pacto de San José no alude al “mismo delito”, sino a los “mismos hechos”, y con ello extiende una garantía más amplia al individuo, y que el citado instrumento se refiere al *ne bis in idem* en relación con los hechos abarcados por la sentencia absolutoria firme y no alude a la sentencia de condena. Obviamente, el concepto de esta jurisprudencia, como de las normas que le brindan fundamento, abarca los hechos (elemento objetivo) como la persona del inculcado (elemento subjetivo), aunque se invoque al respecto una disposición jurídica diferente.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos advierte a este respecto: se “busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada (por el art. 14.7 del Pacto Internacional citado), la Convención Americana utiliza la expresión «los mismos hechos», que es un término más amplio en beneficio de la víctima” (*caso Loayza Tamayo*).

Recientemente se ha abierto paso a una fuerte corriente que cuestiona a fondo tanto la intangibilidad del principio al que ahora me refero como su conexo, la cosa juzgada, que define el alcance del propio *ne bis*. El cuestionamiento emprendido a este respecto tanto por la normativa y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, como sus correspondientes en el ámbito internacional penal, parten de un principio favorecedor de la justicia en ambos espacios: no es admisible que en aras del *ne bis* o de la “santidad” de la cosa juzgada queden impunes las graves violaciones a derechos humanos o los delitos de mayor gravedad, cubiertos por procesos “fraudulentos” y amparados por sentencias “a modo”.

La ortodoxia del debido proceso y la veracidad de la sentencia, sustentada en aquel, garantizan la intangibilidad de las decisiones jurisdiccionales, absolutorias o condenatorias; no ocurre lo mismo cuando hubo violaciones procesales que determinaron el erróneo contenido de la sentencia, o esta se funda en normas sustantivas inadmisibles desde la perspectiva del orden internacional de los derechos humanos o del sistema internacional de justicia penal. En tales casos procede la revisión y el nuevo enjuiciamiento —*bis in idem*— por parte de la jurisdicción doméstica, o la asunción del tema por la jurisdicción internacional, en ejercicio de la subsidiariedad que le compete.

En este rumbo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que “el desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada «cosa juzgada fraudulenta» que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad” (*caso Carpio Nicolle*). Si el trámite desarrollado bajo forma de juicio no constituye “un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del «debido proceso legal», que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención, (ello) motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza” (*caso Castillo Petruzzi*).

Finalmente, si la violación proviene de la propia ley sustantiva, incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, operan conceptos de violación abarcados en varios preceptos de esta: legalidad material (art. 9o.), privación ilegal de la libertad (art. 7o.), vulneración de garantías judiciales (art. 8o.). Cuando la ley sustantiva aplicada en el proceso y la sentencia es incompatible con aquel instrumento internacional, el futuro enjuiciamiento —con *bis in idem*, por lo que toca a los hechos considerados— se hará bajo normas que no vulneren la Convención (casos *De la Cruz Flores* e *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*).

**Sergio García Ramírez**

#### 740. NEOCONSTITUCIONALISMO

I. INTRODUCCIÓN. El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México). Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente tomará todavía algunos años.

No son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera.

Creo que, como explicación de conjunto que intenta dar cuenta de una serie compleja de fenómenos, el neoconstitucionalismo sí supone alguna novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional de derecho.

¿Qué se engloba bajo el paraguas más o menos amplio del neoconstitucionalismo? O mejor dicho: ¿de qué hablamos cuando hablamos de neoconstitucionalismo? Hay al menos tres distintos niveles de análisis que conviene considerar.

II. TEXTOS CONSTITUCIONALES. El neoconstitucionalismo pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de la década de los setenta del siglo xx. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del

Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.

Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991, entre muchas otras.

III. PRÁCTICAS JURISPRUDENCIALES. En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.

Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes a través de mecanismos jurisdiccionales. Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución “invasora” o “entrometida” (según la correcta observación de Riccardo Guastini), también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.

La mayor presencia de los jueces se ha correspondido históricamente en muchos países que han llevado a cabo transiciones a la democracia, con periodos en los que se ha privilegiado el imperio de la ley por encima de los arreglos político-partidistas.

En un número importante de países que han logrado avanzar en procesos de consolidación democrática, se han creado tribunales constitucionales que han actuado sirviendo de árbitros entre las partes en liza, a la vez que dejaban claro para todos los actores que los derechos de los ciudadanos no podían ser objeto de ninguna clase de regateo político ni estaban a la libre disposición de los partidos con representación parlamentaria.

La actuación del Tribunal Constitucional Federal alemán al ordenar tempranamente en la década de los cincuenta la disolución de los partidos neonazis, el trabajo de la *Corte Costituzionale* italiana para hacer exigibles los derechos

sociales previstos en la Constitución de ese país, las sentencias del Tribunal Constitucional español para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre el Estado central y las comunidades autónomas, son casos que nos ilustran sobre el papel central que tienen los jueces constitucionales dentro de la consolidación democrática.

También en América Latina tenemos ejemplos de jurisdicciones que han estado a la altura de los tiempos que les ha tocado vivir. Son célebres las resoluciones de la Corte Constitucional colombiana al conocer de procesos de acción de tutela por medio de las cuales se mandaron poner drenaje en barrios marginales o través de las que se aseguraba una correcta impartición de justicia dentro de las comunidades indígenas de ese país. También la Sala Constitucional de Costa Rica tiene en su haber varios precedentes que han demostrado la pertinencia de los jueces constitucionales. Los jueces brasileños han logrado salvar vidas ordenando la entrega de medicamentos esenciales para personas sin recursos económicos. En Guatemala, el Tribunal Constitucional paró un golpe de Estado que pretendió dar el entonces presidente Jorge Serrano Elías en 1993.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer, sin embargo, que en América Latina se ha tomado conciencia de forma tardía de la importancia de contar con un sistema judicial que tenga las condiciones necesarias para poder procesar de forma competente y oportuna los conflictos sociales. Es solamente a partir de la década de los noventa, dentro de lo que se ha llamado “la segunda generación” de reformas del Estado, que en muchos de los países del subcontinente se han emprendido profundos cambios en la función judicial y que los propios jueces han comenzado a entender su papel dentro del paradigma neoconstitucional.

IV. DESARROLLOS TEÓRICOS. Un tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo. Tiene razón Luigi Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La ciencia jurídica, nos dice Ferrajoli, puede concebirse hoy en día como “una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”. No es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que derivan de este tipo de postulados.

Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Roberto Barroso, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas Constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas. De entre los muchos ejemplos que se podrían poner basta citar la enorme influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Robert Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (que, por cierto, ha de-

sarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina). Muchas sentencias de la Suprema Corte de México se han basado de forma explícita o encubierta en los textos de Luigi Ferrajoli y lo mismo acontece en varias resoluciones de los jueces argentinos. Gustavo Zagrebelsky ha tenido la oportunidad de hacer aportaciones teóricas de la mayor altura, pero además ha podido ponerlas en práctica en su desempeño como magistrado de la Corte Costituzionale italiana. Y así sucesivamente.

V. ¿QUÉ HAY DE NUEVO EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO? No faltará quien diga que ninguno de esos tres elementos es, en rigor, novedoso y que no hacía falta inventar una nueva etiqueta para identificarlos, pues ya estaban bien analizados bajo las coordenadas teóricas tradicionales del positivismo de la primera mitad del siglo xx. Quizá tengan razón quienes así opinan, pero sigo creyendo que la novedad está en el conjunto: quizá no tanto en uno de los tres elementos si los tomamos por separado, pero sí cuando los ponemos en común, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas.

Es obvio que ya existían textos con mandatos constitucionales sustantivos desde principios del siglo xx (por ejemplo la Constitución mexicana de 1917 o la alemana de la Weimar de 1919). También es verdad que las prácticas jurisprudenciales anteriores a la Segunda Guerra Mundial habían desplegado ciertas dosis de activismo judicial que se parecen a las que actualmente observamos en países con incipientes tradiciones neoconstitucionalistas y, con toda probabilidad, se pueden rastrear postulados neopositivistas desde la década de los treinta del siglo xx. Lo había hecho ya la Suprema Corte de los Estados Unidos en muchas de sus sentencias más relevantes. Por ejemplo, en la más importante de todas, *Marbury vs. Madison* (1803) donde nada menos que “descubre” —por llamarlo de alguna forma— el control de constitucionalidad de las leyes. Lo mismo puede decirse de decisiones activistas en sentido conservador, como lo fueron en su momento *Dred Scott vs. Sandford* (1857) sobre la constitucionalidad de la esclavitud, o *Plessy vs. Ferguson* (1896) sobre la segregación racial en los trenes y en los demás servicios públicos...

Son elementos que sin duda alguna se encuentran en la raíz histórica y política del neoconstitucionalismo; pero lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional que tenemos a la vista en los primeros años del siglo xxi es el conjunto, la combinación de los tres elementos que he mencionado. Todavía más que eso: lo novedosos son sus efectos, es decir, la observación del Estado constitucional de derecho *en funcionamiento*. En el campo de la práctica son muchas las cuestiones que han cambiado en los últimos 50 años, no todas para bien dicho sea de paso. Muchas de ellas podrían ser explicadas también con las herramientas analíticas que nos proporciona el neoconstitucionalismo.

*Miguel Carbonell*

#### 741. NEOCONSTITUCIONALISMOS

*El rótulo “neoconstitucionalismo”.* Dicha denominación se atribuye a la profesora italiana Susanna Pozolo a comienzos de la década de los noventa, logrando extendida y rápida aceptación, aunque no dejó de suscitar cierta resistencia en algunos de sus representantes (p. ej., Ferrajoli o Atienza); sin embargo, seguimos pensando que es apropiado aquel impugnado rótulo, especialmente frente a la alternativa de insistir con el genérico de “constitucionalismos”, dado que todos los autores que se dedicaron a estudiar las constituciones ante-

riores a la segunda mitad del siglo xx se les llamó “constitucionalistas”, y ellos en general tuvieron una visión centralmente política de la Constitución, en tanto les interesaba su parte orgánica, y no prestaron atención a la parte dogmática, atento a que su operatividad quedaba librada a las normas que dictaran discrecionalmente los legisladores. El nombre “neoconstitucionalismo” acentúa la particularidad inédita de interesarse por las constituciones generadas después de la Segunda Guerra Mundial, focalizando su atención en la primera parte de la Constitución (preámbulos incluidos); de ese modo, esa nueva mirada destaca que los derechos humanos incluidos en la misma son operativos, teniendo los diferentes poderes estatales la responsabilidad de procurar su eficacia y/o no violación. Este reconocimiento de la Constitución como una fuente del derecho, o como la *higher law*, suponía que todos los juristas podían y debían ir en todos los casos a preguntarse por la compatibilidad que existía entre aquella juridicidad y la respuesta jurídica explícita infraconstitucional ya dispuesta autoritativamente. En definitiva, los neoconstitucionalistas visualizan y le confieren a la Constitución una operatividad absolutamente original y novedosa para la doctrina constitucionalista generada a lo largo del siglo xix y la primera mitad del xx, y ello justifica encontrar un nuevo nombre para este “nuevo” modo de entender y operar a la Constitución.

Reforzando esta originalidad, puede agregarse que estos nuevos constitucionalistas ocupan mayoritariamente cátedras de Filosofía del Derecho y, en buena medida, proponen un modo de “hacer” iusfilosofía con material constitucional; e incluso, aquellos autores que no son profesionalmente iusfilósofos, los reconocemos como neoconstitucionalistas a partir de ciertas obras que los acreditan como tal, siendo el caso de Gustavo Zagrebelsky y su libro *El derecho dúctil*. Por supuesto que dicha discusión se instala en un campo convencional del lenguaje, y en favor de la opción lingüista hecha —más allá de lo argumentado—, pesa significativamente el uso extendido de “neoconstitucionalismo”, no solo en el ámbito académico, sino también en el jurisprudencial.

Precisando este punto, creemos que es posible avanzar en la nota distintiva de los neoconstitucionalistas, señalando que son aquellos académicos que han elaborado una teoría destinada a “explicar”, “avalar” y “promover” el Estado de derecho constitucional y democrático, o simplemente Estado de derecho constitucional. Esa “promoción” puede deberse a que se visualiza el modelo como valioso (neoconstitucionalismos: no positivistas —constructivistas o realistas— o positivistas-críticos) o porque se entiende que la “promoción” acentuará las posibilidades de un uso alternativo del derecho o las posibilidades de su aniquilamiento y superación (neoconstitucionalismo crítico o populista). Obsérvese que acudimos a los tres verbos (explicar, avalar y promover), porque hay autores que se han ocupado de explicar al Estado de derecho constitucional, pero están muy lejos de avalarlo y promoverlo. Un buen ejemplo puede ser Guastini o Comanducci, en las filas del iuspositivismo, o Massini y Jorge Portela, entre los iusnaturalistas. En cuanto a la segunda nota característica, o sea, la carga iusfilosófica que nutre los aportes “neoconstitucionalistas”, la llamamos contingente, porque remite a nuestra tradición curricular académica continental (el derecho dividido en ramas según códigos), y se presupone que admite una distinción fuerte entre filosofía del derecho y ciencia del derecho, aquella abocada a precisar como mínimo el concepto, el

valor y las características del conocimiento del derecho, y la ciencia abocada a describir, interpretar, sistematizar y valorar al derecho vigente.

Conforme al señalamiento anterior, para poder terminar de entender a los neoconstitucionalistas, hay que explicar mínimamente qué características tiene el Estado de derecho constitucional (EDC) y los cambios que supuso respecto al decimonónico Estado de derecho legal (EDL) que lo antecedió en el tiempo. Recordemos que este último nació de la Revolución francesa y el proceso de codificación, pero que ese paradigma o modelo de Estado de derecho y de jurista que le era funcional entró en crisis a partir del Tribunal de Núremberg, y Europa continental afrontó a partir de ese momento la tarea de construir un nuevo Estado de derecho a lo largo de la segunda mitad del siglo xx, al que hoy reconocemos como EDC. Este supondrá cambiar la concepción de Estado, de derecho y del modelo de jurista que requerían, el que había imperado pacíficamente durante 150 años, e ir configurando en su reemplazo un peculiar aparato conceptual y sus respectivas instituciones. En un sintético repaso a las notas distintivas del EDC respecto al EDL, podemos señalar: *i)* se rompe la sinonimia entre derecho y ley, que fue una de las piezas claves del EDL, pues la ley puede estar en contra del derecho (asimilado a Constitución o a moral racional) y, en tal supuesto, quienes pretendan ampararse en la misma corren el riesgo de tener que enfrentar responsabilidades jurídicas; *ii)* el derecho experimenta una fuerte moralización o axiologización al incorporarse básicamente los derechos humanos o los derechos fundamentales; *iii)* la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador y se convierte en una “fuente del derecho”, en la “*higher law*”, y ello genera una “constitucionalización” de todo el derecho; *iv)* se encomienda a los jueces el control de la ley (incluso, para algunos, hasta de la Constitución), en aras de que el derecho no contradiga a los derechos humanos o a los derechos fundamentales; *v)* la democracia se configura como “el sistema político” que corresponde adoptar, aunque se reflexione sobre la misma a fin de perfeccionarla o profundizarla, y *vi)* todos los neoconstitucionalistas toman distancia del positivismo kelseniano, aunque con fundamentos y vehemencia diferentes. De todas maneras, hay una marcada diferencia entre, por un lado, los neoconstitucionalistas (críticos o populistas) que rompen con la modernidad y toman distancia de la razón y del derecho que hemos conocido hasta ahora y aspiran fundamentalmente a “criticar” la realidad o a cambiarla de manera radical y, por el otro, los restantes neoconstitucionalistas (las otras tres versiones) que alientan cambios o profundizaciones en el marco del derecho que conocemos sin rupturas sustanciales y confiando en la razón como el instrumento idóneo para la tarea propuesta.

*Las variantes neoconstitucionalistas.* Precisado el sello distintivo de los neoconstitucionalistas en el punto anterior, corresponde ahora avanzar con sus diferentes versiones (Vigo, 2016). En concreto, pensamos que estas pueden llegar a ser cuatro: 1) los no positivistas, constructivistas o kantianos, donde se agrupa el más numeroso grupo de autores, y también los más citados y estudiados en la actualidad. Aquí están: Robert Alexy, Carlos Nino, Ronald Dworkin, Manuel Atienza, entre otros; 2) los no positivistas, realistas, iusnaturalistas o aristotélicos, en donde reconocemos a Andrés Ollero, Francesco Viola, Renato Rabbi Baldi, Juan Cianciardo, etc.; 3) los iuspositivistas críticos o hobbesianos, perspectiva dominada por Luigi Ferrajoli, y 4) los críticos o

populistas, entre los que pueden encontrarse diferentes autores que genéricamente, y en aras de subrayar sus peculiaridades, procedería identificarlos como posmodernos (Kennedy, 2012, p. 87), ejemplificando con los nombres de Duncan Kennedy, François Ost, César Rodríguez, Carlos Cárcova (2007), etc. Obsérvese el peso que finalmente adquiere la base filosófica que inspira a esas cuatro perspectivas, pues la clave diferenciadora estará medularmente en: Aristóteles, Kant, Hobbes o los posmodernos.

Un modo apropiado de acreditar las diferencias que se constatan entre esas cuatro variantes neoconstitucionalistas es preguntar la lectura que hacen en torno a temas tales como: principios jurídicos, argumentación, validez jurídica, razón práctica, moral, derechos humanos, saberes jurídicos, sistema jurídico, juridicismo, objeción de conciencia, ética judicial, política y democracia; precisamente en alguna otra publicación específica confrontamos aquellas teorías respecto a esas cuestiones. Sin embargo, en este trabajo nos limitaremos a ver la perspectiva que ellas tienen en cuanto a la polémica positivismo jurídico o no positivismo.

¿*Positivismismo o no positivismo?* Alexy precisa que después de dos mil años sigue habiendo dos posiciones centrales acerca del concepto del derecho: la positivista (*positivistische Theorien*) y la no positivista (*nicht-positivistische Theorien*), y la clave distintiva se conecta con la relación entre derecho y moral; mientras que aquella niega una conexión necesaria y esencial entre esos dos mundos, la no positivista la afirma, por eso esta última niega que haya derecho cuando su contenido es extremadamente injusto, inmoral o irracional. Dicho de otro modo: para los positivistas no hay otro derecho que el puesto y reconocido como tal, cualquiera sea su contenido, y para los no positivistas hay alguna juridicidad que se torna necesaria o incompatible con el derecho que pretende reconocerse como tal. Por supuesto que los neoconstitucionalistas kantianos o constructivistas y también los iusnaturalistas o aristotélicos asumen una posición no positivista, al margen de sus diferencias en torno a fundamentos, el modo de conocer y la amplitud de las exigencias indisponibles para el que crea derecho. Pero veamos con más detalles esas dos teorías neoconstitucionalistas no positivistas.

Empecemos con Alexy, para quien la conexión entre derecho y moral racional implica centralmente la tesis *radbruchiana* de “la injusticia extrema no es derecho” y, consecuentemente, tampoco lo son los órdenes sociales “absurdos” (en los que está permitido cualquier acto de violencia y en los que no existen fines coherentes, sino contradictorios, cambiantes e incumplibles) y los “depredatorios” (las bandas de los dominadores armados, que si bien establecen algunas normas, ellas no fundan ningún derecho de los dominados). La conclusión no positivista “alexiana” es que “una práctica social que no pretendiese nada más que el poder o la fuerza no sería un sistema jurídico” (Alexy, 2005, p. 22), o también con resonancias *radbruchianas*: “el derecho es una realidad que tiene el sentido de servir a los valores jurídicos” (Alexy, 1997, p. 40). Insistamos: el no positivismo recusa la tesis típicamente positivista de que cualquier contenido puede ser derecho, de manera que hay algún contenido necesario o incompatible con el derecho.

Yendo ahora al neoconstitucionalismo aristotélico o realista, destaquemos que la mencionada tesis de un límite moral racional en el derecho tiene claras resonancias en el realismo jurídico clásico, pues fácilmente se asocia a la tesis

tomista de que “la ley injusta no es ley sino *corruptio legis*”. Desde esa escuela, Casaubón explica que el jurista tiene que estar advertido de los diferentes modos de injusticia en las que puede incurrir el derecho (plenamente justo, más o menos justo o injusto, o claramente injusto) y, en consecuencia, cuando la detecta de una manera grave y visible en una norma, no debe reconocerla simplemente como derecho. Recordemos con Aristóteles que los opuestos pertenecen al mismo saber, de modo que quien estudia la justicia también estudia la injusticia, por eso, el jurista tiene que ocuparse de lo injusto o el médico de la enfermedad. Centralmente, aquí se suscribe también que no cualquier contenido puede ser derecho, en tanto hay alguno que necesariamente debe receptorlo y otro incompatible con el mismo.

Ferrajoli, desde su “positivismo crítico o “constitucionalismo positivista”, afirma de mil maneras contra sir Edward Coke y respaldándose en Hobbes: “*auctoritas, nom veritas, facit legem*”, por ende, no realiza ninguna concesión a los que él rotula neoconstitucionalistas, de los que busca distinguirse tajantemente, llamándolos *iusnaturalistas*, *cuasiusnaturalistas* o de matriz anglosajona. El derecho, para el profesor italiano, solo tiene derecho, incluso los derechos humanos que se generaron y contienen prejurídicamente moral, cuando se convierten en derechos fundamentales pasan a ser solo derecho, resultando irrelevante de dónde vienen. Consecuentemente, y en relación con Alexy, rechaza explícitamente la posibilidad de desconocer como derecho a aquel que contiene una extrema injusticia: “En resumen, la tesis de que todo ordenamiento jurídico satisface objetivamente alguna ‘pretensión de corrección’ y algún ‘mínimo ético’, de modo tal que derecho y moral estarían conectados, y la justicia, al menos en una medida mínima, sería un rasgo necesario del derecho y una condición de validez de las normas jurídicas, no es más que la vieja tesis *iusnaturalista*” (Ferrajoli, 2011, p. 31). Ferrajoli incluso llega a rechazar la idea clásica de que el derecho y el Estado son realidades naturales y necesarias expresada en la fórmula “*ubi societas, ubi jus*” y apoyándose en Hobbes afirma: “La idea del contrato social es una gran metáfora de la democracia” (Ferrajoli, 2008, p. 29).

El neoconstitucionalismo crítico, si pretende ser coherente con su planteo posmoderno, no puede entrar al juego del positivismo o no positivismo, y su “teoría del derecho tiene que ser otra cosa” (López, 1999). Así lo admite explícitamente Kennedy: “en lugar de edificar una nueva teoría (que reemplace a la deconstruida), busca inducir [...] las emociones modernistas asociadas con la muerte de la razón, éxtasis, ironía, depresión [...]” (Kennedy, D., 1997, p. 342). Los estudios críticos pretenden demoler o tirar a la basura (*trashing*) al derecho tradicional (Kelman, 1984), y rechazan propuestas reconciliadoras entre el derecho y la razón, exigiendo desde una perspectiva de izquierda “tomar en serio la ideología”, apartándose de toda aspiración conceptualizadora en cuanto “fossilizante”, llegando a postular la “muerte de la razón” al dar a luz al liberalismo. La impronta irracionalista de Kennedy es clara: “Nosotros, los sureños, estábamos en lo correcto desde el inicio, y de muchas maneras, como pequeños posmodernos. Tendíamos a ser extremadamente escépticos sobre las pretensiones de llegar a la universalidad y la verdad y dudábamos del poder racionalista que los nortños atribuían a sus teorías, tanto descriptivas como normativas. Tendíamos a pensar que tanto en el entendimiento de la realidad como en la decisión sobre qué hacer, había extensas áreas de indeter-

minación, confusión y vaguedad. Categorías como la intuición, el decisionismo, la intersubjetividad, la estética (que los norteños podrían habernos atribuido) e incluso el golpeteo de mesas de los espiritistas, eran absolutamente esenciales tanto para decidir qué estaba ocurriendo como qué hacer” (James R., 2012, p. 31). Interpretando a los “CLS” o “Crits”, Owen Fiss (citado por Massini) no duda en atribuirles “negar la pretensión característica de que el derecho es una forma de racionalidad [...] Es simplemente política vestida de otros ropajes”. Incluso las teorías críticas —concluye Molina Ochoa (2015)— se han abocado más al diagnóstico que al tratamiento de los males del derecho contemporáneo.

Es claro que los estudios críticos resultan pronunciadamente variados y, en particular, en torno al derecho existe una lectura que le reconoce una “autonomía relativa” (Kelman, 1987, p. 248), de manera que no lo ve como la visión marxista ortodoxa que lo asimilaba a un simple producto determinado o al reflejo de la infraestructura socioeconómica (Pérez Lledó, 1996, pp. 386 y ss.), lo que conlleva a reconocerle cierta relevancia social en tanto “ideología legitimadora”. El derecho no es solo un instrumento de la lucha de clases, sino también un terreno para la lucha de clases, y el mismo genera un complejo de prácticas discursivas que estructuran las percepciones de la sociedad y que actúan para reproducir o intentar cambiar dicha realidad social. De ese modo, el derecho asume un “aspecto paradójico” y en “situaciones de crisis, en las que los niveles de conflicto se acentúan, ese discurso meramente ideológico, se transforma en una formidable herramienta de lucha, de denuncia, de resistencia a la opresión” (Cárcova, 1991), y concluye: “El hilo de la opacidad, pues ha procurado enhebrar asuntos aparentemente tan heterogéneos [...] una parte del derecho no es fatalidad. Es manipulación, ocultamiento, monopolización deliberada del saber, es estrategia de reproducción del poder; y que tal estado de cosas es susceptible de ser democráticamente modificado” (Cárcova, 1998, p. 183).

*Rodolfo Vigo*

#### 742. NORMA ADSCRITA O SUBREGLA JURISPRUDENCIAL

La indeterminación propia del lenguaje ordinario afecta naturalmente al lenguaje jurídico. Se denomina en particular indeterminación normativa porque, más que la falta de determinación respecto de significados semántico-literales, surgen varios significados normativos que pueden atribuirse a las normas con estructura de principios, sobre todo a aquellas que consagran disposiciones de derechos fundamentales. Las disposiciones con estructura de reglas, las leyes fundamentalmente, explicitan con mayor grado de concreción sus significados posibles y, por tanto, con mayor precisión se puede asignar un significado a una situación concreta o rechazar con mayor precisión significados inadmisibles.

En las situaciones habituales de aplicación del derecho, sobre todo ante el amparo de derechos fundamentales que no precisan sus condiciones de aplicación, se concretan normas adscritas de derecho fundamental a partir de la incorporación argumentativa de los campos semánticos de distintas normas fundamentales. Un ejemplo es el caso de las subreglas constitucionales sobre mínimo vital en Colombia. De los principios de dignidad humana e igualdad material, y de la cláusula del Estado social de derecho, se derivó un derecho

al mínimo vital que adquirió contornos normativos definidos en cada una de sus subreglas.

La forma en que un Tribunal Constitucional desmonopoliza la creación legislativa de derecho y concreta los principios constitucionales, que por su propia naturaleza son indeterminados, es estableciendo “normas adscritas” (Alexy) o, como se denominan en Colombia: “subreglas jurisprudenciales”. Una de las distinciones fundamentales en la teoría de Alexy es entre normas adscritas y directamente estatuidas, las cuales se analizan en el contexto de la estructura y naturaleza de las normas de derecho fundamental. Las normas que establecen derechos fundamentales pueden ser las estipuladas explícitamente en la Constitución (normas directamente estatuidas) o las que se crean interpretativamente y resultan de una correcta fundamentación basada en derechos fundamentales (normas adscritas o subreglas jurisprudenciales).

Cuando las expresiones de los enunciados que consagran derechos fundamentales se interpretan y se plantean en términos de lo que se prescriben, surgen las normas directamente estatuidas. Estas expresan el significado literal de las disposiciones de derecho fundamental. Lo que la disposición expresa configura entonces aquello que ordena la norma directamente estatuida. Cada disposición iusfundamental estatuye directamente solo una norma.

Si un tribunal se encuentra en un caso concreto ante vaguedad o imprecisión en el lenguaje jurídico, tiene que desplegar el significado normativo implícito de las normas constitucionales para determinar su contenido prescriptivo. Una norma sobre derechos fundamentales es adscrita porque, si bien no está establecida directamente por una disposición constitucional, es posible adscribirla argumentativamente a una norma o a un grupo de normas a partir de una interpretación sistemática de la Constitución. Una norma adscrita de derecho fundamental es aquella que, dada una determinada relación de fundamentación, se adscribe a normas existentes en las disposiciones constitucionales. En la fundamentación de esta adscripción radica la validez de la norma adscrita.

La determinación clara y vinculante de las normas adscritas de derecho fundamental, es considerada por Alexy una cuestión central en su teoría. Por ello estableció dos criterios, uno empírico, que califica como norma adscrita a las reconocidas como tal por parte de los jueces, y otro normativo, que reconoce la validez institucional de la norma adscrita en la medida en que, para dicha adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida, sea posible proporcionar una fundamentación iusfundamentalmente correcta: la argumentación justifica la adscripción.

Una norma adscrita es válida como norma de derecho fundamental si es posible aducir una correcta fundamentación basada en derechos fundamentales de dicha adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida en la Constitución. La conocida pretensión de corrección del derecho en la teoría de Alexy armoniza los requerimientos normativos de la interpretación y aplicación del derecho en el marco de democracias constitucionales. Podría hablarse de una “corrección interpretativa” en virtud de la cual una norma adscrita solo puede considerarse válida si su vinculación interpretativa puede fundamentarse correctamente en disposiciones jurídicas. Tres argumentos explican el deber que tienen los tribunales de fundamentar la validez de las normas adscritas: 1) el deber general de motivación de las

sentencias judiciales; 2) la pretensión de corrección y la presunción de constitucionalidad de las leyes, y 3) la exigencia de sustentar la inconstitucionalidad de una ley en una argumentación correcta. El fundamento de la norma directamente estatuida es el texto de la respectiva disposición, mientras que el fundamento de la norma adscrita es la interpretación que parte de las normas directamente estatuidas.

Las normas adscritas de derecho fundamental son normas de origen jurisprudencial y sus efectos jurídicos son los mismos que los de las leyes. Adscripción no implica subordinación, ya que la norma iusfundamental directamente estipulada en la Constitución y la norma iusfundamental adscrita tienen el mismo estatus normativo. La diferencia entre una norma adscrita y una directamente estatuida no radica en su estatus normativo sino en su especificidad, pues esta es más general que aquella. El fundamento jurídico de la norma adscrita es el mismo que el de la tesis optimista frente al carácter vinculante de la jurisprudencia: los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima.

Dos características distinguen a las normas adscritas: 1) están vinculadas interpretativamente a disposiciones iusfundamentales, o bien, a la norma directamente estatuida que constituye su expresión deóntica, y 2) guardan una relación directa con el objeto del caso concreto explicitando un contenido normativo relevante para resolver el problema jurídico en debate (Bernal Pulido). Además de unificar las sentencias que se toman sobre una misma cuestión de derecho, las normas adscritas o subreglas constituyen precedentes constitucionales, contribuyen a racionalizar la actividad judicial y concretan los principios constitucionales.

Lo que un tribunal hace cuando la Constitución habla “con voz incierta” o “con muchas voces” (Moreso), es entonces concretar normas adscritas de derecho fundamental, o subreglas. Para presentar y justificar una subregla son esenciales cuatro pasos: *i)* determinar con claridad los hechos relevantes del caso en los cuales se basó la decisión; *ii)* conocer la razón misma de la decisión, es decir, la parte motiva o *ratio* que guarda relación directa con la parte resolutive; *iii)* la propia decisión, y *iv)* comprobar que los hechos del caso posterior son sustancialmente análogos a aquellos propios de la subregla.

La norma adscrita, una vez determinada para el caso concreto, constituye la proposición normativa del razonamiento que fundamenta la decisión (conclusión) producto de la deducción; opera como premisa mayor, o como *ratio decidendi*, en la estructura argumentativa que edifica el juez para resolver el caso. El principio justificativo de una sentencia —o varias— a partir de su *ratio* se extrae para constituir una subregla que, como norma de derecho constitucional jurisprudencialmente derivada, asiste al juez de pleno fundamento para resolver casos concretos que tengan hechos materiales sustancialmente análogos respecto del que origina, y los que desarrollan, la subregla. La *ratio* delimita el contenido de un derecho para distinguir así su núcleo esencial de protección y propender a la garantía del derecho de quienes se encuentren en circunstancias análogas a las establecidas por la subregla.

La *ratio decidendi* de una sentencia es la parte donde se consagran los argumentos que constituyen la base para la decisión y donde se realiza la formulación general del principio que la fundamenta: donde interpreta y concreta en la sentencia lo ordenado por las distintas disposiciones pertinentes. No es

solo entonces la razón del caso *sub-examine* sino un elemento en una subregla para la resolución de casos futuros conforme al principio de igualdad entre las personas y de coherencia judicial. Solo la *ratio* constituye precedente y solo esta parte de la sentencia tiene fuerza vinculante general para todos los casos futuros pertinentes. La *ratio* establece por sí misma una regla clara que, además, cuenta con un grado de especificidad suficiente como para establecer los supuestos a los cuales se debe aplicar a nuevos casos en cuanto precedente vinculante. La *ratio* igualmente debe responder con precisión al problema jurídico que plantea el caso. Se identifica en una sentencia porque es donde se interpreta la Constitución, o la norma pertinente al caso y, sobre todo, porque es donde se fundamenta el caso concreto.

Si bien la *ratio* de una sola sentencia constituye un precedente válido y obligatorio para todos los casos subsiguientes en los cuales los hechos sean analogizables (p. ej., para determinar hasta qué punto el precedente es relevante en un caso concreto, la Corte Constitucional Colombiana —para su propia labor, así como para orientar la labor de tribunales y jueces inferiores— precisó que deben observarse tres elementos: *a*) en la *ratio* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente; *b*) la *ratio* debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante, y *c*) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser similares o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente, sentencia T-292, 2006), se debe consolidar-explicitar la línea jurisprudencial respectiva. La *ratio* sobre una cuestión jurídica se consolida en oportunidades posteriores cuando en otros casos se reafirma de manera reiterada la regla del fallo inicial. La línea jurisprudencial depura y consolida la *ratio* definida en una sentencia y aplicada en otras subsiguientes (así como una línea jurisprudencial que consolida una *ratio decidendi* adquiere efectos de precedente, de los resultados de la ponderación que resulta entre dos principios constitucionales que colisionan en un caso concreto, quedan reglas que conforman una red cuyo rigor en la aplicación queda el que sea una red sin fisuras. Las subreglas elevan entonces una pretensión de aplicabilidad ante casos iguales). A medida que los precedentes sobre una materia determinada son utilizados como fundamento de nuevos casos, se establece una subregla que, por su obligatoriedad de aplicación en casos analogizables, constituye una fuente de derecho tal como aquella proveniente del derecho legislado. Las subreglas carecen del nivel de abstracción propio de las normas constitucionales de las cuales provienen. Su estructura les posibilita aplicarse de forma general a situaciones iguales.

**Leonardo García Jaramillo**

#### 743. NORMA AUTOEJECUTABLE (*SELF-EXECUTING RIGHT*)

La denominación de estas normas proviene del inglés *self-executing* que quiere decir: ejecutables por sí mismas, autoejecutables o autoejecutivas. El tema de las normas *self-executing* usualmente se refiere a las normas contenidas en los tratados internacionales (derecho convencional), aunque también puede referirse a otro tipo de normas contenidas en otros instrumentos también de índole nacional (Constituciones).

Se consideran normas *self-executing* aquellas que por su misma naturaleza pueden ser aplicadas directa e inmediatamente sin necesidad de ningún acto

legislativo posterior. Así la estipulación de un tratado se considera ejecutable por sí misma (*self-executing*) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implantación o exigibilidad. De esta manera, como señala Loretta Ortiz Ahlf, se considera que hay autoejecutividad cuando la disposición o norma respectiva ha sido redactada de tal forma que de ella surge una regla que los tribunales y órganos judiciales internos puedan aplicarla en cualquier caso concreto de su conocimiento. De esta manera y siguiendo a César Sepúlveda los tratados autoejecutivos *self-executing* serán aquellos que en su cuerpo contienen normas que pueden recibirse como leyes internas sin necesidad de que se dicten otras normas para transformarlas en ordenamientos domésticos. Se aplican directamente como derecho local, sin necesidad de legislación complementaria.

El famoso juez Marshall presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América señalaba que una norma es ejecutable por sí misma, es decir *self-executing*, “toda vez que opere por sí, sin ayuda de una disposición legislativa”. Para Jiménez de Aréchega son dos las condiciones necesarias para que una norma se considere autoejecutiva: la primera que se trate de una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o administrador solicitando esa aplicación, y la segunda que la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente sin que su ejecución se encuentre subordinada a un acto legislativo o a medidas legislativas subsiguientes. De esta manera una norma convencional es ejecutable por sí misma cuando esa ha sido la intención de los Estados parte, teniendo la intención de conceder un derecho definido y exigible por el individuo que solicita la aplicación de dicha norma en su favor ante un juez u otra autoridad. Ejemplo de estas normas son las cláusulas de la nación más favorecida, los tratados con normas sobre libertad de establecimiento, extradición, doble tributación y sobre todo las normas relativas a derechos humanos. El mismo Jiménez de Aréchega señala que existe una presunción a favor del carácter ejecutable de las disposiciones convencionales pues se ha considerado que la disposición de un tratado es ejecutable por sí misma “a menos que contenga una estipulación expresa de ejecución por medio de una ley o pertenezca a una categoría excepcional de tratados a los que no se puede por su propia naturaleza dar efecto como derecho *ex proprio vigore*”. Es por ello que, como señala Michel Virally, muchas de las Constituciones modernas actualmente disponen que los tratados debidamente celebrados tendrán la vigencia del derecho interno y obligarán directamente tanto a las personas como a los tribunales. Este tipo de disposiciones convierten a los tratados celebrados por el Estado en una fuente también del derecho interno.

Según Thomas Buergenthal, si un tratado o una norma se considera como autoejecutable, será directamente reclamable ante los tribunales como cualquier norma de aplicación inmediata de carácter interno, sin necesidad de que existan algún otro tipo de medidas o regulaciones legislativas o administrativas para hacerlo. Así como dice Mathias Herdegen si las disposiciones de un tratado internacional por la certeza de su contenido pueden ser aplicadas por las cortes y autoridades nacionales se habla de una aplicación directa

y es por ello que a este tipo de tratados se le conoce en el lenguaje americano como *self-executing*. Para Víctor Rojas Amandi, para que una norma pueda ser aplicada de manera inmediata y directa se requiere, que sea *self-executing* objetivamente hablando, es decir, que su contenido, objeto y redacción de la misma haya quedado suficientemente determinado para poder ser objeto de aplicación por parte de un tribunal sin que sea necesario que exista una ley especial interna que la reglamente para pormenorizarla, desarrollarla y detallarla. Adicionalmente a ello se requiere el aspecto subjetivo del *self-executing* y que es que los Estados Partes del tratado hayan tenido la voluntad de querer que las disposiciones contenidas en él se apliquen de manera inmediata por parte de sus órganos internos. Así para determinar la naturaleza de una norma habrá que acudir directamente a su texto y ver si la disposición se dirige a los Estados y los obliga a adoptar diversas medidas previas a su aplicación (normalmente medidas a cargo del legislativo de cada Estado) en cuyo caso serán *non-self executing* o si la norma se dirige inmediatamente a los órganos estatales de aplicación del derecho (jueces y administración pública) y a los particulares, caso en el cual se tratará de una norma *self-executing*. En todo caso la determinación de dicha naturaleza es una cuestión de interpretación de la norma, así que usualmente queda en manos de los órganos jurisdiccionales.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados bajo el principio *Pacta Sunt Servanda* establecido en el art. 26 que determina que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, el cual se reafirma con el art. 27 que determina que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (salvo lo dispuesto en el artículo 46 de la propia Convención), ha asumido la postura general sobre la obligatoriedad de los tratados y de su eficacia con independencia de lo dispuesto por la legislación interna de los Estados partes, por lo cual la falta de aplicación de un tratado para el Estado parte que lo hace origina una responsabilidad internacional.

Es importante señalar que el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el párrafo 1o. del art. II del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos produce un efecto inmediato en todos los Estados partes y que dicha obligación jurídica es tanto de carácter positivo como negativo y que la adopción de las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del pacto no está sometida a condiciones y es de efecto inmediato (Observación General No. 31). Del mismo modo en el Sistema Interamericano los arts. 1o. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana han establecido la obligación de aplicar directamente la Convención y sus Pactos complementarios a los jueces domésticos y ejercer por tanto un control de convencionalidad *ex officio*.

*Cuauhtémoc Manuel de Dienheim Barriguete*

#### 744. NORMA NO AUTOEJECUTABLE (*NON-SELF-EXECUTING RIGHT*)

El nombre de estas normas deriva del inglés *Non-self-executing* que quiere decir no ejecutables por sí mismas, no autoejecutables o no autoejecutivas.

Las normas *non-self-executing* se refieren a normas que por su naturaleza no pueden ser aplicadas inmediatamente sino que requieren de un acto o de un desarrollo legislativo posterior para poder darles aplicación. Este tipo de

normas no ejecutables por sí mismas, como dice Loretta Ortiz Ahlf, son disposiciones programáticas que no pueden ser ejecutadas sin una acción legislativa del Estado y que consagran derechos que debido a su naturaleza o a la fraseología del Estado carecen de exigibilidad inmediata debido a la ausencia de normas internas o de otras medidas complementarias del Estado que las hagan efectivas y les den aplicación. Se trata como dice Mathias Herdegen de disposiciones de un tratado que deben ser desarrolladas a través de medidas internas para poder ser aplicadas por las Cortes y autoridades nacionales, como por ejemplo las disposiciones sobre simples obligaciones de emprender un esfuerzo o las cláusulas generales de dar una especial consideración o de promoción.

Esto ocurre, según señala Michel Virally, ya que algunos sistemas constitucionales exigen que antes de poder aplicar como derecho interno cualquier disposición de un tratado (aun cuando este ya haya sido ratificado con la aprobación del Poder Legislativo) debe ser incorporado al derecho interno mediante la correspondiente legislación. Este es un sistema dualista en el que los tribunales del ordenamiento jurídico interno solo aplican la legislación interna aprobada para poner en vigor el tratado y no el tratado mismo, y pueden hacerlo únicamente en tanto dicha legislación esté vigente. Esta es la situación en el Reino Unido por lo menos formalmente.

La doctrina judicial distingue entre tratados que son directamente aplicables como derecho y tratados que no son directamente aplicables, y cuando una Corte sostiene que un Tratado es del grupo *non-self executing* está actuando de un modo nacionalista en “protección” del sistema legal doméstico frente a la influencia de las normas jurídicas de carácter internacional. Generalmente la doctrina judicial ha permitido cierta discrecionalidad para determinar que tratados son *self-executing* y cuales *non-self executing*. Ello ha hecho que las cortes o tribunales nacionales ejerciten a menudo su discrecionalidad en el sentido de considerar a muchos tratados en la categoría de no directamente aplicables (*non-self executing*); sin embargo, las cortes o tribunales transnacionales o internacionales se han inclinado en catalogar a la mayoría de los tratados dentro de la categoría de aplicables directamente (*self executing*). Esto ha ocurrido sobre todo en los tratados de derechos humanos, los cuales se consideran que crean derechos en favor de las personas, que pueden ser directamente reclamables ante sus órganos jurisdiccionales como cualquier ley local. De esta manera, como dice Alejandro Saiz Arnaiz, tienden a desdibujarse en cierto grado y en el ámbito de los derechos fundamentales, las diferencias entre los acuerdos *self-executing* y los que no lo son.

Así, siguiendo a Thomas Buergenthal, los tratados o normas determinadas como no autoejecutables (*non-self executing*) no pueden sin otras medidas legislativas o ejecutivas adicionales a la aprobación o ratificación del tratado, dar lugar al surgimiento a derechos legales u obligaciones reclamables ante los tribunales domésticos. Se trata de disposiciones, según señala Rojas Amandi, que se dirigen expresamente a los Estados, obligándolos a adoptar determinadas medidas previas a su aplicación, precisamente por no ser posible sin ellas su aplicación directa e inmediata por parte de los órganos internos del Estado (jueces y administración pública).

En suma, lo verdaderamente importante para catalogar a un tratado o a una norma como *non-self executing* es que no sea posible su aplicación inmedia-

ta por carecer de las características necesarias a juicio del órgano aplicador como son la voluntad de los autores y el carácter completo de la norma

Es preciso señalar que el carácter ejecutivo o no de las normas contenidas en los tratados tendrá que ser determinado de forma casuística, dependiendo de las normas contenidas en ellos, pero en todo caso se ha señalado que desde el punto de vista del derecho internacional la falta de cumplimiento de tales normas sean ejecutivas o no ejecutivas genera responsabilidad para el Estado que es parte de un tratado. Tal ha sido básicamente la regla establecida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contenida bajo el principio *Pacta Sunt Servanda* establecido en el art. 26 que determina que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplidas por ellas de buena fe”, el cual se reafirma con el artículo 27 que determina que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (salvo lo dispuesto en el artículo 46 de la propia Convención). Esto quiere decir que aunque un Estado determine no poder aplicar por parte de sus tribunales una norma de carácter no auto aplicativa, ello no implica que el Estado no tenga la obligación de legislar en un determinado sentido (el del tratado) y que el no hacerlo le acarrea una responsabilidad internacional.

Es preciso señalar, como bien dice Humberto Nogueira Alcalá, que los tratados de derechos humanos por su propia naturaleza se consideran como normas de tipo *self-executing* (autoejecutivas) obligando a que los jueces nacionales los apliquen de manera directa realizando un control de convencionalidad, lo cual implica que el derecho vigente y vinculante no solo es el que proviene de fuentes internas, sino también el que proviene de fuentes internacionales. Por tanto los derechos de tales normas deben ser asegurados y garantizados a través de la función jurisdiccional doméstica, de tal suerte que no hacerlo implica responsabilidad al Estado por dicho incumplimiento.

De esta manera, si bien cada Estado parte de un tratado puede elegir de cierta forma, como hacer efectivos los derechos humanos en su ámbito interno, lo que no puede hacer de ningún modo es no cumplir con ellos y no aplicarlos, aduciendo que tales derechos no pueden ser ejercidos por hacer falta alguna norma nacional.

*Cuauhtémoc Manuel de Dienheim Barriguete*

#### 745. NORMA PRECONSTITUCIONAL

En términos generales, las normas preconstitucionales son aquellas cuyo periodo de vigor o de vigencia es anterior al de la Constitución, en tanto, las normas pos-constitucionales son las que han surgido a la vida jurídica con posterioridad al momento de emisión de la norma fundamental. Mucho se ha discutido en la doctrina especializada en cuanto a la resolución del conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución. Acerca del particular, una propuesta consistiría (siguiendo un voto particular de Rubio Llorente, ex magistrado del Tribunal Constitucional Español, acerca de la imposibilidad de asimilar las nociones de validez y vigencia de una norma jurídica, el control de constitucionalidad y el efecto derogatorio) en la potestad de todos los órganos jurisdiccionales (sea el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios) de tener por derogadas aquellas disposiciones cuyo

periodo de vigor es anterior a la Constitución. Lo anterior por cuanto es una potestad inherente a la de todo órgano jurisdiccional determinar si el derecho que se ha de aplicar para resolver un conflicto de intereses se encuentra vigente. De ahí que el juicio de vigencia de una norma jurídica siempre es anterior al de validez.

Tal afirmación es una consecuencia necesaria del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y las cláusulas de derogatoria general que contienen algunas Constituciones (en los supuestos en que han sido positivizadas), las que sin duda exigen la abrogación de los preceptos preconstitucionales que resultan incompatibles frente a las normas y los principios de la Constitución vigente. De ahí que el control de constitucionalidad estrictamente considerado (es decir, el juicio de validez de una disposición de conformidad con la Constitución), únicamente se puede producir respecto de normas vigentes, o sobre los efectos ultra-activos de las normas derogadas (pre y pos-constitucionales), teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los institutos de la declaratoria de inconstitucionalidad, el efecto derogatorio, la validez y la vigencia o vigor de una norma jurídica, así como la imposibilidad de asimilar estas nociones. En este sentido, normalmente se entiende por vigor o vigencia la existencia o la positividad de una ley, en tanto que el concepto de validez se ha referido a la adecuación de una norma a otras normas sobre la producción y en particular a la Constitución, pero también en cuanto a su contenido material. En este orden, la derogación o el efecto derogatorio no es otra cosa que la pérdida de la vigencia de la ley, el acto y el efecto de cesación de la vigencia de una norma producida por la aprobación y entrada en vigor de una norma posterior (que puede ser del mismo rango o superior) que modifica, todo o en parte, su contenido, o lo modifica sustituyéndolo por otro diverso, en tanto que la nulidad de la norma se produce cuando se declara su invalidez.

Pese a la claridad de esta tesis, son distintas las soluciones que sobre el conflicto normativo entre la Constitución y las normas preconstitucionales se ha ensayado en el derecho comparado. De esta forma, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (pese a la existencia en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de una cláusula de derogatoria general), sostiene dos criterios distintos, tratándose del control concreto y abstracto de constitucionalidad. Así, en el caso del control concreto se lo ha atribuido a los tribunales ordinarios, en tanto que en el abstracto ha asumido la competencia para declarar la invalidez de una norma preconstitucional, sin tener en consideración el contenido de la cláusula aludida, así como la fuerza normativa de la Constitución. En este marco, dicha disparidad de criterios entre el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución en el sistema alemán es insostenible de cara al texto de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, así como a su normatividad. Por su parte, en el sistema de justicia constitucional italiano se ha desarrollado la noción de la inconstitucionalidad sobrevenida, la cual confunde los conceptos de validez y vigencia, así como la declaratoria de inconstitucionalidad y el efecto derogatorio, negándose entonces uno de los alcances del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, sea su posibilidad de tener por derogadas todas aquellas disposiciones cuyo periodo de vigor es anterior a ella y que la contradice. De modo que no es posible confundir la vigencia o la existencia positiva

de una ley con su validez y su juicio de adecuación a la norma superior que ha regulado no solo el procedimiento para su elaboración (es decir, su origen o su nacimiento a la vida jurídica), sino también a la que debe adecuarse en cuanto a su contenido.

El verdadero sustento de esta construcción jurisprudencial y doctrinaria italiana, que ha permitido someter los preceptos preconstitucionales al control de constitucionalidad y al juicio de invalidez con respecto a la Constitución, lo constituye la inseguridad jurídica y la dispersión jurisprudencial que se podría producir si se permite la facultad de los tribunales ordinarios, y de la misma Corte de Constitucionalidad, de tener por abrogadas las disposiciones anteriores a la Constitución. Se trata entonces de una decisión de *política de justicia constitucional*, si cabe llamarla de esa manera, que no encuentra ningún respaldo en la teoría normativa de la Constitución, y cuyas consecuencias negativas en última instancia serían evitadas por el carácter vinculante de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que la declaratoria de inconstitucionalidad es la premisa para tener por derogada una norma preconstitucional o para declarar su invalidez. De ahí que los tribunales ordinarios puedan tener por derogada una norma preconstitucional, mientras que el Tribunal Constitucional puede igualmente declarar su invalidez. Tal solución *intermedia* también soslaya las diversas implicaciones del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, así como la cláusula de derogatoria general que establece la propia Constitución Española de 1978. Se trata entonces de una solución que no tiene asidero en el ámbito del derecho positivo, en cuya razón tanto el Tribunal Constitucional Español como los tribunales ordinarios deberían tener por derogadas las disposiciones preconstitucionales que son incompatibles frente al texto fundamental, al no superar el juicio de vigencia que sobre ellas impone la normatividad de la Constitución, y su poder para derogar todo el derecho anterior que se le opone. En este sentido, sin duda es importante el voto salvado del profesor Rubio Llorente a la sentencia 4/1981 del 2 de febrero, en que defiende la imposibilidad de asimilar las nociones de validez y vigencia, así como la derogatoria de una norma jurídica y la declaratoria de inconstitucionalidad, y advierte la confusión que se produce en la tesis *híbrida y contradictoria* de la inconstitucionalidad sobreviviente. De ahí que también en este caso la mejor solución para el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y el texto fundamental sería la abrogación de los preceptos anteriores que se oponen a la Constitución. En suma, las normas preconstitucionales son aquellas cuyo periodo de vigor es anterior al de la norma fundamental y en el conflicto normativo entre estas y la Constitución, la normatividad de la última exige ineludiblemente su abrogación, tanto por el Tribunal Constitucional como por los tribunales ordinarios.

*Víctor Orozco Solano*

#### 746. NOTIFICACIÓN

La notificación, en sentido genérico, es un medio de comunicación procesal, a través del cual y respetando las diversas especies y formalidades que las distintas legislaciones prevén, se da a conocer a las partes o a los terceros una resolución judicial o administrativa.

En esencia constituye un medio de comunicación entre las autoridades judiciales o con funciones jurisdiccionales y los sujetos vinculados, directa o indirectamente, con el proceso o procedimiento que se desarrolla, que tiene como objetivo primordial que determinados hechos o actos acontecidos, sin la presencia de los interesados, sean conocidos por estos, lo que a su vez posibilita la oportunidad de la defensa (emplazamiento), así como el desahogo de cargas procesales y, en general, permite a las partes estar al tanto de la tramitación del litigio o trámite respectivo. Para Carnelutti (*Instituciones de derecho procesal civil*), la notificación es un acto de elaboración procesal accesorio.

Dentro del género notificación suelen distinguirse, atendiendo al tipo de resolución que se hace del conocimiento a las partes, el emplazamiento, la citación y el requerimiento.

En nuestro país, en el ámbito federal, se reconocen varias formas para llevar a cabo la notificación de los actos de los tribunales o de las autoridades que llevan a cabo funciones jurisdiccionales, revestidas, cada una de ellas, de formalidades que han de cumplirse para garantizar a las personas el respeto al derecho a una tutela efectiva así como el goce de la garantía de debido proceso

Así, en el Código Federal de Procedimientos Civiles se establece en un capítulo específico los tiempos en que las notificaciones deben ser efectuadas, los datos que deben contener las mismas, los domicilios en los que pueden ser practicadas y las clasifica como personales, por instructivo (cédula), por edictos o por rotulón (lista). En el mismo ordenamiento se prevé que la nulidad de las notificaciones podrá inclusive provocar la insubsistencia de todo lo actuado con posterioridad y que el asunto no podrá ser fallado si antes no se resuelve el incidente de nulidad de notificaciones que hubiera sido planteado.

Por su parte, la Ley de Amparo (vigente a partir del 3 de abril de 2013), en función de la naturaleza de las partes que intervienen en el proceso así como en atención a las circunstancias particulares o especiales que pudieran presentarse dentro del mismo, reconoce como modos o medios de notificación la personal, por oficio, a través de lista y la electrónica para aquellas partes que lo soliciten expresamente y hayan obtenido previamente la *firma electrónica*. Cabe destacar que en el ordenamiento en cita se regula la notificación vía electrónica, lo que supone la armonización de los procesos judiciales con el avance tecnológico de las sociedades contemporáneas, sin sacrificar por ello la certeza jurídica.

Finalmente, debemos considerar los medios de comunicación procesal que se practican entre órganos judiciales pero que tienen como objetivo final el hacer del conocimiento de las partes o interesados en el proceso las actuaciones del tribunal, es decir, notificarlos cuando por razones de territorio la diligencia respectiva resulta imposible, tal es el caso de los exhortos, despachos y cartas rogatorias.

*Andrea Zambrana Castañeda*

#### 747. NÚCLEO DE LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA PARLAMENTARIA

El núcleo de la función representativa es un concepto creado por el Tribunal Constitucional español para determinar el ámbito de protección consti-

tucional, por vía jurisdiccional, de las funciones parlamentarias propias del derecho fundamental a ejercer el cargo público representativo. Estas son la función legislativa y la función de control del Gobierno.

Para argumentar sobre esta protección constitucional, el Tribunal Constitucional español ha señalado, a través de su jurisprudencia, que existe una “directa conexión” entre el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes (sufragio activo) y el derecho de los representantes a ejercer su cargo, pues son los representantes democráticos quienes dan efectividad al derecho de los representados a participar en los asuntos públicos, de modo que ambos derechos quedarían vacíos de contenido o serían ineficaces si el representante político se viese privado del cargo o perturbado en su ejercicio. Por ello, a juicio del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a la participación política, en su vertiente de acceso a los cargos públicos (sufragio pasivo), abarca también el de permanecer en el cargo y el derecho a ejercer las atribuciones propias del mismo.

De este modo, para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos —señala el Tribunal Constitucional español— es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten aplicables en cada caso, las cuales están previstas en los reglamentos parlamentarios.

Sin embargo, la vulneración del derecho fundamental no se produce con cualquier acto que infrinja el estatus jurídico aplicable al representante, “pues a estos efectos solo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa” (STC 220/1991, de 25 de noviembre). Esto es, aquellas funciones que solo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representativo de la institución. Así, forman parte de dicho “núcleo”, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, la función legislativa y la función de control de la acción del Gobierno.

En este contexto, la función legislativa, que personifica la forma de participación de los parlamentarios en la potestad legislativa del Estado (García-Escudero), se compone por: el derecho a presentar iniciativas (STC 124/1995, de 18 de julio), el derecho de enmienda (STC 99/1987, de 11 de junio), el derecho a ejercer su voto en las sesiones (STC 361/2006, de 18 de diciembre) y el derecho de los parlamentarios a participar en el debate (STC 141/2007, de 18 de junio).

Por otro lado, la función de control del Gobierno es la actividad parlamentaria que se dirige a verificar la acción político-administrativa del Gobierno y a sancionar su responsabilidad de conformidad con los principios y directrices establecidos por la Constitución (Luis López Guerra). Esta función se compone por el ejercicio de los siguientes derechos de los parlamentarios: el derecho a solicitar información al Gobierno (STC 203/2001, de 15 de octubre), el derecho de los parlamentarios a interrogar al Gobierno (SSTC 44/2010, de 26 de julio), el derecho a presentar puntos de acuerdo (STC 78/2006, de 13 de marzo) y el derecho de los parlamentarios a constituir comisiones de investigación (STC 88/2012, de 7 de mayo).

Sobre cada uno de estos derechos que integran el núcleo de la función representativa, el Tribunal Constitucional español ha desarrollado una rica

jurisprudencia que ha permitido, en última instancia, garantizar el cumplimiento de la Constitución en el desarrollo de las funciones del Parlamento.

*Luis Felipe Nava Gomar*

#### 748. NUEVOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES

La expresión “nuevos derechos” es de uso reciente y denota, más allá de una taxonomía rigurosa, los derechos individuales y colectivos que durante las últimas décadas del siglo XX fueron social y políticamente reivindicados y que obtuvieron, en diferentes formas, el reconocimiento público en el ámbito de las estructuras políticas occidentales (Zolo, 2009). Los nuevos derechos, también denominados por la doctrina como derechos implícitos o innominados, contradicen la idea de que los derechos sean un complejo normativo cumplido y estático; sin embargo, ello no supone desconocer la historicidad en su reconocimiento, así como la indivisibilidad e interdependencia que tienen los derechos humanos como una de sus principales características. Para Bobbio (1999), los derechos del hombre, por fundamentales que sean, son derechos históricos, es decir, nacieron en ciertas circunstancias marcadas por luchas para la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes, gradualmente, no todos de una vez y no una vez por siempre.

La terminología “nuevos derechos” hace referencia a uno de los más relevantes fenómenos destacados por el ordenamiento jurídico en las últimas décadas, como manifestación del principio pluralista. Este fenómeno consiste en el reconocimiento y tutela que se lleva a cabo en los ordenamientos de situaciones jurídicas subjetivas no codificadas en el derecho positivo, en estrecho ligamen con las exigencias de responder a los nuevos “desafíos universales”, o sea, los nuevos grupos de interés que asumen de hecho relevancia, marcan la evolución de la conciencia social, del progreso científico y tecnológico y de las propias transformaciones culturales (Dal Canto, en Romboli y Labanca Correa de Araujo, 2015, pp. 488-420 y ss.). Esta temática se caracteriza por tratarse de derechos que han sido positivizados en textos normativos solo recientemente o cuyo reconocimiento se ha dado vía jurisprudencial, motivo por el cual es necesario el estudio de la praxis jurisprudencial. En este sentido, son derechos que están relacionados con la protección de intereses difusos o colectivos de la sociedad, por ejemplo, el derecho al agua, el derecho a la paz, los derechos del consumidor, la protección del medioambiente, así como temas relacionados con los avances tecnológicos —como el acceso a Internet— y con el progreso de la ciencia, en particular con cuestiones ligadas a la bioética.

Este concepto aparece ciertamente sugestivo, evocando inmediatamente aquella característica típica de los derechos constitucionales de ser el centro de un progreso histórico evolutivo, sin una solución de continuidad, que lleva a una constante actualización y una continua redefinición de su catálogo y del contenido de cada uno de ellos. De hecho, la naturaleza cambiante de la materia hace que, en relación con la incorporación de los derechos, no se pueda decir que se llegó a un punto definitivo, más bien, la aparición constante de nuevos y diferentes casos requieren una actualización en curso del catálogo constitucional. Se trata de fenómenos evolutivos que, como se dijo, contradicen la idea de que los derechos humanos sean un complejo normativo cumpli-

do y estático. En este sentido, Stefano Rodotà (2012), en *Il diritto di avere diritti* (p. 71), indica: “l’espressione «nuovi diritti», infatti, dev’essere considerata, a un tempo accattivante e ambigua. Ci seduce con la promesa de una dimensione dei diritti sempre capace di rinnovarsi, di incontrare in ogni momento una realtà in continuo movimiento”.

El surgimiento de nuevos derechos se debe a varios factores: 1) el fenómeno de la globalización económica y política; 2) los avances científicos y tecnológicos en una era caracterizada como la cuarta revolución industrial; 3) la internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados; 4) la tutela multinivel de los derechos fundamentales; 5) el diálogo judicial o jurisprudencial en derechos humanos en un escenario multinivel; 6) los cambios sociales y culturales en las sociedades, y 7) la existencia de problemáticas comunes en un ámbito caracterizado por un pluralismo jurídico. Referente a esto último, se puede mencionar el derecho a un medioambiente sano, el derecho al agua, el cambio climático, los derechos de los consumidores, así como el matrimonio entre personas del mismo sexo, temáticas relacionadas con la bioética, como el inicio y fin de la vida y el derecho a una muerte digna, también con los símbolos religiosos, el terrorismo internacional, los derechos de los inmigrantes y el derecho de acceso a Internet, que están presentes en todas latitudes y a las cuales las jurisdicciones nacionales e internacionales han tenido que dar respuestas, que no son siempre uniformes.

Por otra parte, los nuevos derechos viven en una dimensión suspendida entre el particularismo y la universalidad. Particularismo, porque muchas veces se traducen en derechos de identidad, que surgen de la exigencia de protección de aspectos peculiares, a veces íntimos de la persona, relacionados con perfiles étnicos, sexuales, religiosos y éticos, por lo que este fenómeno conduce a una progresiva diferenciación y especificación en la tutela de los derechos humanos. Universalidad, porque la frecuente conexión de tales derechos con los datos científicos, médicos o tecnológicos exalta aquella tendencia más general a desvincular la tutela de los derechos fundamentales de la dimensión de la soberanía estatal, colocándola en su lugar, en un contexto mucho mayor que trasciende las fronteras nacionales, en contexto transnacional. Al respecto, el profesor D. Zolo, en su artículo “Nuovi diritti e globalizzazione” (2009), realiza una interesante clasificación sobre los tipos de nuevos derechos que se pueden establecer: “a) i nuovi diritti che sono stati esplicitamente enunciati in recenti testi costituzionali o trattati internazionali e che godono di una effettività in qualche modo scontata, non opponendosi a interessi o ideologie prevalenti nel mondo occidentale e non minacciando gli interessi vitali delle grandi potenze politiche ed economiche; b) i nuovi diritti che pur enunciati formalmente in documenti nazionali o internazionali godono di fatto di una effettività molto limitata; infine, c) i nuovi diritti che stanno emergendo, ma che non sono stati per ora formalmente enunciati in testi normativi o in trattati a causa delle notevoli resistenze che ne hanno impedito il riconoscimento giuridico, oltre che una minima effettività”.

Por su parte, existen una serie de aspectos que deben tenerse en cuenta respecto a esta temática. En primer lugar, el admitir la construcción pretoria de nuevos derechos equivale a aprobar un desplazamiento de poderes normativos de los órganos legislativos a los jurisdiccionales, lo cual se lleva cabo por

la omisión de los primeros en legislar sobre temas controversiales o polémicos. En segundo lugar, las cláusulas de apertura reconocidas en las cartas constitucionales y convencionales han tenido un rol fundamental. En tercer lugar, este tema pone en evidencia cómo la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) son “instrumentos vivos y dinámicos”. En tal sentido, no existe ningún derecho que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación de carácter legislativo, reglamentario o incluso jurisprudencial. Esto último plantea qué límites tiene el juez constitucional en su actividad interpretativa. Al respecto, para el constitucionalista Romboli (2017), el juez no es un legislador, por tanto, el problema es determinar cuáles son los límites a su actividad “creativa” de derecho. En mi criterio, el reconocimiento de nuevos derechos no puede ser ilimitado o irrestricto por parte del juez constitucional o convencional, sino debe derivarse de un principio, valor o derecho reconocido en un instrumento normativo vinculante, a través de una debida fundamentación o motivación de la sentencia.

En el constitucionalismo latinoamericano se han reconocido una serie de nuevos derechos, entre los que destacan: el acceso a la información administrativa, el derecho al olvido, al buen funcionamiento de los servicios públicos, a un ambiente sano, a la salud, al agua, a la paz, a la verdad, el acceso a Internet, el derecho a la vivienda, el patrimonio cultural, el derecho al mínimo vital, entre otros. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la interpretación sistemática de los principios, valores y derechos reconocidos expresamente en la CADH (1969), la cual es considerada un “instrumento vivo” y “dinámico”, ha reconocido, en el ejercicio de sus funciones contenciosa y consultiva, una serie de derechos vía pretoria, entre los que sobresalen: el derecho a la verdad; al ambiente y a la propiedad comunal indígena; el acceso a la información; el derecho a la salud; la fecundación *in vitro*; la orientación sexual y la identidad de género, y el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo.

***Haideer Miranda Bonilla***

#### 749. NULIDAD PROCESAL

Consecuencia prevista en el ordenamiento jurídico que se actualiza ante la ausencia de los requisitos establecidos para la validez de los actos procesales que da lugar a su invalidez, en virtud de la presencia de alguno de los vicios que son el resultado de la no observancia de la forma legal a la que deben ajustarse las actuaciones jurisdiccionales.

El concepto de *proceso* o *procedimiento* es entendido como el conjunto de actos procesales que tienden a la declaración del derecho y su ejecución cuya violación está prescrita por la ley adjetiva respectiva. Ahora bien, el ideal regulativo que enmarca la institucionalización del *proceso*, como resultado del establecimiento de instancias jurisdiccionales de administración y procuración de justicia en los órdenes jurídicos de corte constitucionalista, se encuentra delimitado por un conjunto de derechos tales como el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, que a su vez encuentran concreciones más específica como la gratuidad en la justicia, el libre acceso a instancias judiciales, el derecho a dirigirse a las autoridades jurisdiccionales, a efecto de buscar su actuación y, finalmente, el derecho de obtener un fallo sobre el

fondo de la cuestión debatida en el marco de los procedimientos previamente establecidos. En este orden de ideas, se observa que la noción de *forma* se encuentra estrechamente asociada con el concepto de *proceso*. Tal vinculación existe en virtud de que estas constituyen las reglas básicas para encauzar la defensa de las partes, en razón de que su presencia es garantía de justicia e igualdad en la contienda. De acuerdo con Giuseppe Chiovenda, las *formas* son aquellas condiciones de lugar, tiempo y medios de expresión a las que deben someterse los actos procesales. De lo anterior se advierte que la *forma* puede referirse tanto al acto procesal en sí mismo, como al conjunto de actos procesales que se relacionan con el estándar requerido a su vez para la validez de otro acto en cadena. En una aproximación histórica de la evolución de las categorías que han empleado los juristas, sobre todo en los países de tradición romano germánica, en relación con el concepto de *forma*, lo que salta a la vista es la tendencia a la flexibilización del uso de estos mecanismos de validez de los procedimientos en las instancias jurisdiccionales y su orientación a la finalidad perseguida por cualquiera de los actos procesales que sean normados, esto es, la consideración de que las *formas procedimentales* en el derecho resultan valiosas en la medida en que concretizan estados de cosas protegidos como los principios procesales antes citados que generan certeza y seguridad jurídicas. En este sentido se observa, *grosso modo*, que se transita progresivamente de un rigurismo formal que encuentra su máxima expresión en la *legis actiones* del derecho romano, pasando por la *doctrina de la libertad absoluta de las formas*, imperante en la Revolución Francesa y que culmina en la *doctrina de la flexibilidad de las formas a la finalidad perseguida por el acto*, defendida por Carnelutti, en su formulación del *principio moderno del fin procesal*, según el cual los actos procesales son válidos en la medida en la que se haya respetado la *forma* adecuada para la obtención de su finalidad. De esta manera resulta comprensible que el concepto de *formas procesales* se encuentre supeditado al concepto de *nulidades procesales*, bien se adopte un criterio clasificatorio de circunscribir el ámbito de las segundas al quebrantamiento de las primeras, o bien el criterio amplio de incluir en el concepto de nulidades, vicios que afectan a otros elementos del acto procesal, *i.e.*, sujeto y objeto; pero, en cualquier caso, las elaboraciones teóricas en torno a la teoría de las nulidades es comprensiva de las violaciones cometidas a la formas procesales en cualquiera de los campos en el derecho, sin ser privativa de algún sector en particular, pese a la existencia de regulaciones específicas en cada uno de ellos. Ahora bien, por lo que hace a la extensión del término *nulidad* en el marco de la teoría general del proceso se advierte que este ha designado tanto al *error procesal* en sí mismo, como por ejemplo, un acto nulo, como los *efectos del error*, esto es, violaciones al procedimiento y, finalmente, el *medio de impugnación* prescrito por el ordenamiento respectivo, como forma de restituir las cosas al estado previo de la violación procedimental cuya repercusión trascienda al resultado del fallo. De tal suerte que una distinción que pudiera clarificar lo anterior sería aquella que distinga entre la *finalidad*, los *efectos* y los *tipos de errores* de los actos procesales. Por finalidad de los actos procesales, como se ha dicho en líneas anteriores, debe entenderse aquellos estados de cosas que conduzcan a la concreción de los principios que informan el proceso, de forma que los actos procesales estarán afectados de nulidad cuando carezcan de algún requisito que les impida lograr su finalidad; debe, no obstante, tratarse de una irregularidad grave y

trascendental que viole los derechos constitucionalmente protegidos en el que se ubica prioritariamente el de la defensa en juicio y la igualdad en la contienda. Vistas así las cosas, el finalismo se propone analizar no ya el fin de la forma, sino el fin del acto cuya forma —u otro de sus elementos— ha sido vulnerado, que en suma se orientan a la correcta aplicación de las normas de fondo. Una consecuencia lógica de lo anterior sería que un acto que no obstante su irregularidad ha conseguido su fin, no será nulo (siempre y cuando no se haya afectado la finalidad de la forma). Ya en el terreno de los efectos, lo que se advierte es que la no observancia de las *formas* en los actos procesales y la consecuente existencia de anulabilidad, como capacidad de los actos de ser declarados nulos, conduce irremediablemente a la declaración de ineficacia de las actuaciones que comprenden las instancias jurisdiccionales que abarcan directa o indirectamente. Lo anterior se expresa a través del latinajo *nullum est quod nullum effectum, producit*. Si bien resulta anulable todo acto procedimental que no se ajusta a la *forma* legal prescrita y que determina su validez, existe la posibilidad de validación o convalidación, comúnmente conocida en el lenguaje foral como *reposición de procedimiento*, que conduce a la restitución de los efectos de la irregularidad, esto es, la declaración de violaciones al procedimiento tiene el efecto de eliminar aquellos actos o actuaciones nulos a efecto de volver a introducir regularidad *según las formas* prescritas para ellos. Esta característica peculiar de la convalidación de la nulidad en los actos procesales, hace que la nulidad se distinga de la figura de la inexistencia presente en su vasta mayoría en la teoría de los actos jurídicos prioritariamente en el derecho privado. Resulta en este sentido anecdótico que la categoría de actos inexistentes surge en el seno de la Comisión de trabajos preparatorios para el Código Civil Francés de 1804 y fue la solución al rígido principio de origen romanista *pas de nullitas sans texte*. Ante la imposibilidad de declarar nulos ciertos actos en razón de la taxatividad extrema del sistema legalista, en aquellos casos en los que la nulidad no estuviere expresamente prevista, el legislador francés optó por la categoría de los actos inexistentes la cual a su vez fue incorporada por el Código Rocco de 1930 en Italia. Finalmente, en tercer lugar, se ubican los errores o defectos de los actos procesales. En este sentido la teoría de la nulidad ha distinguido entre los *errores de contenido* y los *errores de procedimiento*, dicha clasificación pretende ser descriptiva de la actuación del juez y en este sentido opera *intra* procesalmente. Los primeros, también conocidos como errores *in iudicando*, no anulan los actos sin perjuicio de ser impugnables por vía de recurso. Los segundos, denominados *in iudicando*, casi siempre desembocan en la declaración de nulidad. El error *in procedendo* o vicio de actividad es identificable desde que comienza a movilizarse la acción y el proceso inicia y tanto las partes como el juez realizan actos de carácter sucesivo que conducen a consumir el juicio. En tal desarrollo del proceso, se verifican, como se ha mencionado, ante la falta de observancia de las *formas* que la ley procesal respectiva ha determinado en cada caso, actuando como garantía para los justiciables y como base fundamental del proceso. Los errores de razonamiento, *i.e.*, errores *in iudicando* tienen que ver con la apreciación de parte del juzgador, con la interpretación de hechos y de normas y su concatenación en la sentencia. A diferencia de estos últimos el ámbito de verificación de los errores *in procedendo* es la inejecución de la ley que regula la *forma* que norma la consecución de las diversas etapas del proceso; frente al error de aplicación en las

normas de fondo, que conduce a que dicho acto deba ser reparado, dentro de los sistemas de revisión o de instancias superiores. A manera de conclusión restaría hacer mención sobre la forma de reparación de los *errores in procedendo*. Esta debe entenderse como la previsión que existe en los ordenamientos en relación con la declaración de nulidad, sin importar la forma en que se presente (sea incidente, sea a través de un recurso o en vía de juicio), con lo cual la manera de hacer valer la nulidad dependerá de los momentos procesales oportunos que determine la ley adjetiva respectiva. En instancias revisoras, el estudio de la nulidad procesal, entendida como violaciones al procedimiento, que en el caso del juicio de amparo se lleva a cabo de manera oficiosa, obliga al juzgador a retrotraer las cosas al estado previo a la violación procesal a efecto de restituir la garantía de adecuada defensa en juicio.

***Francisco Javier Cárdenas Ramírez***

Luis Espíndola Morales · Aída Díaz-Tendero · Yessica I  
strada Marún · Javier García Roca · José Julio Fernán  
uiz · Elvia Lucía Flores Ávalos · Antonio Flores Salda  
D. Frosini · Felipe Alfredo Fuentes Barrera · Jesús Enric  
ente · Flavio Galván Rivera · José Gamas Toluco · Ed  
cía Morelos · María de Lourdes García Ruiz · Ignacio  
de Andrea Sánchez · Enrico Andreoli · Luis Fernando  
Araujo · Víctor Orozco Solano · Jorge Ulises Carmo  
odríguez · Laura Rangel Hernández · Luis Raúl Gonz  
Rosario Rodríguez · María de Jesús Medina Arellano ·  
Santos Flores · Carlos Báez Silva · Walter Arellano H  
Bátiz · Eduardo Ferrer Mac-Gregor · Juan Manuel Ar  
nte · Jaime Cárdenas Gracia · Sara Pennicino · Arman  
os González Blanco · Edward Pérez · Carlos Gaio · Alf  
o · Yaruma Vásquez Carrillo · Ayesha Borja Domíngu  
Antonio Bretón Betanzos · Armin von Bogdandy · Da  
Hernández · José Luis Soberanes Fernández · Enrique  
dena Alcalá · Norma Lucía Piña Hernández · Jean Ca  
o Govea · Amelia Gascón Cervantes · Héctor Guillerm  
Campuzano Gallegos · Carla Huerta Ochoa · Sandra  
· José Ramón Cossío Díaz · María Díaz Crego · Franc  
el González Oropeza · Leonardo García Jaramillo · M  
n · Mireya Castañeda · Francisco Javier Díaz Revorio ·  
rnández · Juan Luis González Alcántara Carrancá · L  
Castillo Sánchez · Caterina Drigo · Ariel Dulitzky · Ma  
thia Chanut Esperón · Yasmín Esquivel Mossa · Carlo  
Rumak · Osvaldo A. Gozaíni · Clicerio Coello Garcé  
Manuel Collí Ek · Hermógenes Acosta de los Santos ·  
rio Cruz Martínez · José María Coello de Portugal · J  
Díaz Ábrego · José Fernando Franco González Salas ·  
n Cruz · Manuel Fernando Quinche Ramírez · Teres



750. **OBITER DICTUM**

Son dos elementos fundamentales en la doctrina del *stare decisis* del derecho anglosajón (*Common Law*) los que se distinguen dentro del “precedente judicial” o sentencia: el *obiter dictum* y la *ratio decidendi*. En el sistema de precedentes el primer paso es declarar los hechos substanciales —rechazando aquellos que no lo son— para la determinación del principio normativo sobre el cual el juzgador fundamenta su decisión, es decir, la *ratio decidendi*. A *contrario sensu*, el *obiter dictum* (*obiter dicta*, en plural) se compone del análisis, razonamientos y principios invocados por el juzgador en un caso concreto pero que no constituyen el principio normativo sobre el cual se basa su decisión, y por tanto no representa la parte obligatoria del precedente, ni vinculante para casos posteriores. Sin embargo, el *obiter dictum* posee una fuerza persuasiva para controversias futuras a resolver por las cortes. La razón por la cual el *obiter dictum* no es vinculante en casos posteriores se basa en que estos razonamientos no son estrictamente relevantes para el caso concreto que se ha resuelto en la sentencia.

Terense Ingmanasi (*The English Legal Process*, 12a. ed., Oxford, 2008) señala que *obiter dictum*, literalmente “dicho sea de paso, ó —a propósito de—”, es la especulación del juzgador acerca de cuáles razones o principios normativos podrían ser aplicados a la controversia concreta, si los hechos probados en el caso resuelto hubieran sido distintos. Los enunciados o razonamientos elaborados *à propos de* por el juzgador a lo largo del texto de una sentencia constituyen el *obiter dictum*, son anotados ahí de forma hipotética, es decir, a manera de ejemplos se establecen ciertos supuestos y principios generales del derecho que podrían ser aplicados a la controversia concreta, pero que resultan irrelevantes para apoyar el pronunciamiento normativo y por tanto la decisión para fundamentar la resolución del caso.

El carácter persuasivo del *obiter dictum* implica reconocer que detenta una autoridad en la doctrina del *stare decisis* en el derecho anglosajón, esto significa que en casos futuros los enunciados que lo conforman son influenciables y pueden inducir e instar los argumentos o razonamientos del juzgador en casos futuros. Es ahí donde cobra importancia el *obiter dictum*, debido a que en controversias posteriores, el juzgador puede tomar en consideración esos razonamientos hipotéticos al caso concreto a resolver si así lo cree procedente.

*María de Jesús Medina Arellano*

751. **OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL**

La locución “objeto de control constitucional” significa aquello que es materia de los diversos controles de constitucionalidad, esto es: la forma de actuar de los órganos de poder.

Esto implica que los órganos públicos como tal no son el objeto del control constitucional, sino los actos son emitidos por estos. La actuación de cualquier autoridad debe supeditarse a los límites previstos en el texto constitucional. El verificar que dichas actuaciones se apeguen a los parámetros de constitucionalidad, será el objetivo de los medios de control previstos en la ley fundamental.

La medición efectuada por los controles de constitucionalidad puede darse en diversos momentos. Si bien los actos de autoridad son la materia objeto del control constitucional, la naturaleza de los medios de control atienden a circunstancias determinadas.

Dentro de los tipos de control (político, jurisdiccional y social) solo los políticos y los jurisdiccionales pueden tener una medición y repercusión jurídica, esto implica que su diseño y alcance están fomentados por el propio orden constitucional, para su mantenimiento y vigencia.

Siendo el objeto de control de constitucionalidad la validez de los actos de autoridad, cuando estos rebasan los límites establecidos, afectando el orden constitucional o la esfera jurídica de las personas, operan como medios de reparación a dicha afectación, restituyendo el derecho vulnerado a la situación que guardaba antes de la comisión del acto generador. Estos medios de control son *a posteriori*, y requieren de la materialización del acto, es decir, que se haya exteriorizado, pues de lo contrario no puede aludirse algún tipo de agravio. El control jurisdiccional puede ser activado oficiosamente, o a petición de parte, según la naturaleza y funcionamiento de estos.

Si bien, la mayoría de los controles de constitucionalidad funcionan como medios de reparación *a posteriori*, existen también controles de carácter previo, los cuales operan antes de la entrada en vigor de una norma jurídica de alcance general, sometándose a la validación del órgano encargado de ejercer la tutela constitucional. Si bien esta modalidad no posee una naturaleza jurisdiccional, por no existir una litis, afectación, ni administración de justicia por parte de un juez u órgano jurisdiccional, si resulta ser un control jurídico, pues requiere de un impulso procesal por alguna parte legitimada, y es sometida a una valoración jurídica para determinar su validez.

Otra modalidad en que pueden operar los controles constitucionales es en consecución de su objeto, esto puede ser a través del análisis que hagan en abstracto o en concreto de las normas jurídicas. El primero puede desdoblarse de forma previa o posterior a la entrada en vigor de la norma, y tiene como objeto someter la validez de dicha norma al contenido de la Constitución. En caso de existir una contradicción o inadecuación, se declara como inconstitucional parcial o totalmente.

La característica del control abstracto constitucional es que el análisis de validez no se deriva de la afectación que haya producido la norma al momento de su aplicación. Por otra parte, el control constitucional en concreto dimana de la función del juez al momento de resolver sobre la constitucionalidad de una norma jurídica, cuando esta es aplicada a un caso concreto y, como consecuencia, se genera una merma o vulneración al orden jurídico o en la esfera jurídica de las personas. Este ejercicio de control implica la validación de una norma jurídica en relación a un caso concreto, teniendo la resolución solo efectos relativos.

Una última acepción sobre la forma de ejercer el control constitucional con referencia a su objeto es cuando un órgano jurisdiccional es el encargado de llevar a cargo dicho control. Esto puede ser de dos formas: concentrada o difusa. La forma concentrada hace alusión a que la tutela de la constitucionalidad se ubica en una sola competencia y jurisdicción, por lo que solo esa instancia es la legitimada para declarar la inconstitucionalidad de un acto o una norma jurídica. En cambio, cuando el control se lleva a cabo de forma difusa, como su nombre lo indica, se difumina a cualquier órgano jurisdiccional la labor de tutela constitucional. El control difuso de constitucionalidad, en su sentido original, significa la obligación de todo juez de mantener la observancia de la supremacía constitucional. A diferencia del control concentrado, el difuso se limita a la inaplicación de aquella norma que se presume como

contraria al orden constitucional, reservándose la facultad de declaración de inconstitucionalidad, es decir, la expulsión de la norma del sistema jurídico a un órgano jurisdiccional supremo, o en su caso, a un Tribunal constitucional.

Estos controles (concentrado y difuso) pueden existir tanto a nivel local como a internacional. En el caso del sistema interamericano, el control concentrado que ejerce la Corte Interamericana como máximo órgano de tutela e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, y demás instrumentos interamericanos, consiste en asegurar el cumplimiento efectivo de los dispositivos convencionales por parte de los Estados miembros de dicho sistema. En cambio, el control difuso de convencionalidad posee una variante al de constitucionalidad. Mientras que el control difuso de constitucionalidad tiene como objeto solamente la conservación del orden constitucional, el de convencionalidad busca el cumplimiento y tutela efectiva de los derechos humanos reconocidos a nivel convencional. Esto significa que todos los jueces pertenecientes al sistema deben hacer valer la vigencia del orden convencional, sin importar el grado, cuantía y territorialidad. Además de estas variaciones, el control difuso de convencionalidad no hace referencia a una inaplicación de la norma que se estima como inválida de *ipso facto*, sino que su aplicación requiere de forma primera, una interpretación armonizadora entre las normas constitucionales y los preceptos convencionales, buscando que prevalezca la vigencia plena de todos los derechos humanos.

En tal sentido, un último significado de la expresión “objeto de control constitucional” conlleva a la obligación de toda autoridad de fundamentar sus actos a los parámetros de constitucionalidad y convencionalidad, protegiendo y promoviendo en todo momento la eficacia de los derechos humanos, pues de lo contrario carecerán de validez y mermarán la fuerza normativa del orden constitucional. Para garantizar la vigencia material de la Constitución, los controles constitucionales tendrán como objeto mantener la primacía e intangibilidad de los principios fundamentales y derechos humanos reconocidos por la Constitución.

*Marcos Francisco del Rosario Rodríguez*

## 752. OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL (DISPOSICIONES)

Es comúnmente aceptado que la “disposición” es todo texto que forma parte de un documento normativo, es decir, un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación.

Los partidarios de que los tribunales constitucionales se pronuncien sobre disposiciones normativas, han encontrado en los sistemas de derecho escrito un mayor apoyo a sus argumentos, al considerar que, en este tipo de sistemas, el valor otorgado a la certeza del derecho quedaría lesionado por intervenciones del tribunal que, sin alterar las disposiciones, vinieran a modificar los contenidos normativos de ellas derivados. Por tal motivo, la simple posibilidad de interpretaciones inconstitucionales derivadas de un texto legal debería implicar la inconstitucionalidad del texto sometido a control de constitucionalidad. Ello significa que, si el enunciado normativo fue redactado de tal manera que permita atribuirle un sentido contrario a la Constitución, dicho acto normativo tendría que ser declarado inconstitucional, por no expresar lo que debería o, porque expresándolo, le faltasen los requisitos formales indispensables.

En esta misma línea también se suele afirmar que el objeto del juicio es el acto normativo en todas sus posibles acepciones y no la norma o las normas consideradas en lo individual, pues para dar inicio a cualquier mecanismo de control constitucional (concreto o abstracto), el órgano con legitimación activa (demandante) plantea el asunto con referencia a un texto legal, indicando las disposiciones consideradas inconstitucionales.

Incluso se ha dicho que la idea de que el objeto del control de constitucionalidad es el texto y no la norma se reafirma por el hecho de que los tribunales no están vinculados por la interpretación que del texto realiza el órgano solicitante del pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad, esto es, el tribunal no emite su decisión con base en la constitucionalidad de la norma que el órgano proponente le ha señalado como deducible del texto impugnado, sino que analiza el texto y, una vez interpretado, recaba las normas de él derivadas y decide si estas son contrarias o no a la Constitución.

Si se parte de la idea de que el juicio de constitucionalidad se forma sobre la disposición legislativa, los únicos pronunciamientos posibles serían la declaración de constitucionalidad, la declaración de inconstitucionalidad o la declaración de inconstitucionalidad parcial del texto. Esto implicaría que el juez constitucional, aun cuando tuviera la posibilidad de extraer de una disposición varias interpretaciones “conjuntas” o “alternativas”, se debería enfrentar a la incómoda situación de elegir entre: *a*) la declaración de inconstitucionalidad, que eliminaría las normas contrarias a la Constitución pero, con ellas, también aquellas perfectamente compatibles con la ley fundamental, lo que podría ocasionar una situación inconstitucional más grave, y *b*) la declaración de constitucionalidad, que mantendría la plena validez de la disposición, pero con ello permanecerían también vigentes aquellas normas contrarias a la Constitución.

Esta compleja situación se ha evitado permitiendo que las decisiones de los tribunales constitucionales incidan sobre las normas, siempre y cuando entre ellas y las disposiciones no exista una correspondencia unívoca. Por tanto, el argumento relativo a que el objeto del pronunciamiento recae siempre sobre las disposiciones no puede ser del todo aceptable, puesto que ello supondría negar la posibilidad de utilizar algunas de las modalidades de sentencia denominadas como intermedias o atípicas (interpretativas en sentido estricto y manipuladoras), pero sobre todo porque el órgano de control tendría una camisa de fuerza al estar limitado a emitir solo sentencias estimatorias o desestimatorias de la inconstitucionalidad.

Por último, a fin de determinar que la disposición es el único objeto de control, se ha puesto en evidencia la existencia de disposiciones sin norma (en el sentido de que una disposición expresa un fragmento de la norma, siendo necesario recurrir a otra u otras disposiciones para recabar la norma completa), descartando la relevancia de esta última.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

**753. OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL (DISPOSICIONES Y NORMAS)**

Las posturas relativas a que el objeto de control de constitucionalidad son las disposiciones o las normas no pueden verse como líneas de pensamiento totalmente opuestas, sino que pueden ser matizadas.

En ese sentido, y con relación a las disposiciones que no tienen una interpretación unívoca, se niega la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie únicamente respecto a las disposiciones, ya que es preciso tomar en consideración las normas que de aquellas derivan, de forma que el control de constitucionalidad tiene por objeto las disposiciones, pero también las normas.

Otras veces, los tribunales parecen seguir un camino intermedio, en el cual los pronunciamientos de inconstitucionalidad recaen habitualmente sobre los textos y excepcionalmente sobre las normas recabadas de los textos. Se trata, probablemente, de la solución más aceptable, también si a ella se le imputa que no tiene un cierto compromiso con las exigencias diversas.

Del mismo modo es posible ubicar en las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las normas tres supuestos: *a)* si de una disposición pueden deducirse varias normas alternativamente, una de ellas inconstitucional, la declaración debe recaer sobre esa norma, dejando intacta la disposición; *b)* lo mismo debe suceder si de una disposición derivan conjuntamente varias normas, siendo una de ellas inconstitucional, y *c)* si todas las normas que se derivan de una disposición son inconstitucionales, su declaración de inconstitucionalidad hará caer a la propia disposición, pero incluso en este último supuesto parece que Riccardo Guastini establece que el verdadero objeto de la sentencia estimatoria es la norma, al deducirse que la inconstitucionalidad de la disposición es una mera consecuencia de la inconstitucionalidad de las normas que de ella derivan.

Fruto de una perspectiva diferente es la tesis propuesta por Aldo María Sandulli, quien, al describir la abrogación y la declaración de inconstitucionalidad, encuentra otro motivo para diferenciar el objeto del juicio de constitucionalidad y sostener que la abrogación, en cuanto causa de cesación de la eficacia de una ley, debe operar exclusivamente sobre la norma, sin extender sus propios reflejos hasta el acto-fuente, ya que el objeto de dicha declaración es evitar que sobre un caso en concreto se pronuncien al mismo tiempo dos preceptos incompatibles entre sí. Por el contrario, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes debe operar directamente sobre la ley o, en general, sobre el acto-fuente, con lo que necesariamente se arrolla también a cada norma, que eventualmente no es inconstitucional.

Tampoco falta un sector de la doctrina que señala que la eliminación de las disposiciones (o expresiones) a las que se refiere la declaración de inconstitucionalidad debería hacerse antes de proceder a complejas operaciones lógicas, las cuales permiten extraer de aquel grupo de palabras que forman una ley, un artículo, un apartado, etc., una o más normas jurídicas, con la consecuencia de que tal operación sería obstaculizada, si después de la enmienda del texto no subsistieran más los presupuestos literales de las correspondientes argumentaciones lógicas.

También hay quienes, con base en la tesis de que las declaraciones de inconstitucionalidad son las normas, argumentan que los tiempos deberían invertirse, de manera que primero tendría que hacerse la interpretación del texto, con la consecuente precisión de la norma, y después la eliminación de aquellas normas declaradas inconstitucionales (Pizzorusso). Si ello es así, la interpretación de la disposición impugnada se convierte en un momento esencial del juicio de constitucionalidad.

Sirve a este punto referirse a otras tesis propuestas por estudiosos que niegan relevancia a la diferencia entre disposición y norma, al señalar que la distinción se limita al ámbito doctrinal, ya que no es ni lógica ni jurídicamente fundada, ni parece aceptable en los términos absolutos en que es propuesta por algunos autores, por lo cual en la práctica jurídica se da una equivalencia total entre disposición y norma (Monteleone y Ascarelli).

En términos similares, pero con mayor énfasis en la distinción para los fines de aplicación del derecho, se ha argumentado que cada disposición expresa una sola norma, la cual se recaba al momento de aplicar la disposición, por tanto, las sentencias que estiman que un precepto es inconstitucional interpretado en un determinado sentido (sentencias interpretativas estimatorias), de conformidad con este argumento, tienen el inconveniente de considerar la existencia simultánea de dos o más normas, de las cuales unas son consideradas inconstitucionales, mientras que las otras siguen gozando de la calidad de constitucionales (Silvestri).

Parece claro que estas últimas tesis no se ajustan a la realidad, la cual muestra, por un lado, la persistente tendencia del juez constitucional de hacer separaciones de normas y, por el otro, que no es posible encontrar en el ordenamiento jurídico algún precepto que permita censurar tal tendencia.

En suma, estas últimas opiniones doctrinales solo son congruentes desde las doctrinas normativista del derecho y formalista de la interpretación, en las que, por un lado, el derecho es concebido como un sistema de normas preexistentes respecto de su interpretación y de su aplicación y, por el otro, la interpretación es concebida como conocimiento de normas y no como construcción de las normas a partir de los textos.

Esta apreciación es la que permite diferenciar entre una interpretación “verdadera” o una interpretación “falsa” de las normas, pero no se puede realizar esta distinción desde la práctica jurisdiccional, en donde los tribunales pueden, a partir de una misma disposición, extraer varios significados normativos (normas), de los cuales unos pueden ser inconstitucionales y otros conformes con la Constitución.

A la luz de lo dicho hasta ahora, es evidente la importancia que tiene distinguir entre disposición y norma, pues ello resulta esencial para comprender que el objeto de los diversos tipos de sentencias que emiten los jueces son, por una parte, las disposiciones respecto a las cuales realiza la actividad interpretativa, eventualmente divisoria (extracción de varias normas de una misma disposición) o combinatoria (combinación de varias disposiciones para extraer una sola norma) y, por otra parte, las normas que de ellas derivan, las cuales son recabadas por el juez constitucional.

Así, existen sentencias de la jurisdicción constitucional —cuando se declara inconstitucional o conforme con la Constitución un artículo o parte de un artículo— que se refieren a disposiciones o partes de disposiciones, que se denominan sentencias estimatorias; de igual forma, existen sentencias de desestimación pura y simple y, por último, las que tienen por objeto normas, para declararlas conformes o no con la Constitución, que serían las sentencias interpretativas y manipuladoras.

Sin embargo, en un primer momento, todas las sentencias tienen como objeto disposiciones por dos razones: primera, porque las normas son el significado atribuido a una disposición como consecuencia de su interpretación, y

segunda, porque aun en las sentencias interpretativas y manipuladoras hay un pronunciamiento expreso o tácito sobre la disposición, que al menos en uno de sus significados es conforme con la Constitución.

Por tanto, las decisiones de los tribunales inciden en primer lugar y normalmente sobre las disposiciones, pero excepcionalmente también sobre las normas, porque estas no son puramente hipotéticas o imaginarias.

Si las sentencias interpretativas son posibles, es precisamente porque les subyace la idea de que todo el enunciado normativo alberga tantas normas en potencia como interpretaciones quepa adscribirle; con mayor razón si se considera que el objeto sometido a control son estas normas derivadas del enunciado normativo, y solo formalmente el propio enunciado. A la postre, una norma existe como tal solo a partir del momento en el que la correspondiente interpretación la individualiza como “mandato” o, lo que es lo mismo, como regla de derecho para la aplicación.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

#### 754. OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL (NORMAS)

El término “norma” (o contenido normativo) se emplea para designar el enunciado que constituye el sentido o significado que se otorga a una disposición, a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones o de fragmentos de estas. Dicho de otra forma, la norma es una disposición interpretada y, de este modo, reformulada por el intérprete.

Tomando en cuenta lo anterior, por mucho tiempo se ha sostenido que los tribunales constitucionales tienen siempre como objeto de control de constitucionalidad a las normas, incluso —para una tesis extrema que tuvo mucho eco— prescindiendo de una valoración sobre su fundamento en los textos, de modo que el pronunciamiento del Tribunal tuviera como única consideración la norma individualizada por el órgano que propone el juicio de constitucionalidad (Carnelutti).

Sin embargo, son abundantes los inconvenientes que hoy plantea esta tesis. Por un lado, si se aceptase que el Tribunal debe pronunciarse sobre la cuestión planteada, y esta se refiere (solo) a una norma, el juez constitucional estaría totalmente vinculado por la interpretación dada por el órgano proponente del procedimiento, aun cuando dicha interpretación derivara de una norma absolutamente privada de cualquier consistencia; cuando haya sido extraída equivocadamente, o bien, cuando su obtención haya sido producto de una actuación arbitraria.

Por otro lado, y en conexión con lo anterior, si el Tribunal no tomara en consideración el texto y solo se limitara a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, esto ocasionaría que siguieran existiendo normas que, derivadas de la disposición que contiene la norma impugnada, no se supiera si son conformes o contrarias a la Constitución por no constituir objeto del juicio; o visto desde otro ámbito, que la norma que sí ha formado parte de la impugnación fuese declarada conforme con la Constitución, mientras que otras normas que en realidad fuesen contrarias a ley fundamental no podrían ser declaradas inconstitucionales por no formar parte de dicha impugnación. No parece necesario insistir más sobre este punto, pues es generalmente admitido en la jurisprudencia y en la doctrina predominante que el

juez constitucional no está vinculado por la interpretación dada por el órgano proponente del respectivo juicio.

Otras veces se ha sostenido que si el objeto del juicio de constitucionalidad es la norma contenida en la ley, y si dicha norma se considera incompleta, el Tribunal debe anular la ley o la parte de la ley que la expresa, sin necesidad de agregar una norma faltante o la porción de esta. Sin embargo, es preciso tener cuidado de no confundir norma con texto normativo, ya que por lo general es la norma la declarada válida, y no el texto normativo que la contiene. De ahí que se pueda presentar el mismo texto normativo como expresión de otra norma susceptible de ser considerada inválida, o bien, si dicho texto, en combinación con otros, puede ser expuesto como origen de una norma derivada, es posible proponer un recurso para la impugnación de estas otras normas posibles.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

755. **OBLIGACIÓN ESTATAL DE GARANTIZAR LOS DERECHOS (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)**

La obligación general de garantizar los derechos, según lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

La obligación general de garantizar los derechos implica que se lleve a cabo una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz vigencia del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Conforme a la obligación de garantía, el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de los derechos, sino que además debe emprender *acciones positivas para que estos derechos puedan cumplirse en la realidad*. Estas acciones, según Medina Quiroga, consisten en todas aquellas que resulten necesarias para posibilitar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar de sus derechos y libertades.

La Corte IDH, en su opinión consultiva 11/90 determinó que *garantizar* implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituiría un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.1 de la propia CADH.

Asimismo, de la obligación general de *garantía* se derivan otra serie de *deberes específicos* (o formas de cumplimiento) que se han venido desarrollando en la jurisprudencia de la Corte IDH desde sus inicios, entre los que se destacan los siguientes. En primer lugar, el Estado debe asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos a través de medidas generales dirigidas a toda la población, lo que incluye la adecuación del derecho interno con los estándares internacionales. Incluso, en caso de que existiesen elementos culturales que obstaculicen el pleno goce y garantía de los derechos, el Estado deberá adoptar medidas para su remoción.

Asimismo, en ocasiones surge el deber de protección especial en función de las necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.

En tercer lugar, se incluye el deber de prevención que abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas. De la misma forma, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos.

Por otro lado, el Estado debe adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente, ya sea que dichas amenazas provengan de agentes públicos o privados, cuando se tenga conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado.

En quinto lugar, la Corte IDH, en el caso *Velásquez Rodríguez*, señaló que los Estados deben prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos; investigar seriamente, con los medios a su alcance, las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, así como imponer las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación.

En el mismo caso, también reconoció que si bien en ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona, la de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. La misma debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa.

Finalmente, en caso de violación a los derechos humanos, el Estado debe cooperar con los órganos internacionales para la protección de los derechos a nivel internacional y, eventualmente, reparar a las víctimas de acuerdo con los estándares que al efecto se han establecido en el derecho internacional de los derechos humanos en caso de violación a los derechos.

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor  
Carlos María Pelayo Moller*

#### 756. OBLIGACIÓN ESTATAL DE NO DISCRIMINACIÓN

De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), hay una relación intrínseca entre el principio de igualdad y no discriminación, sobre la cual existen distintas concepciones: una relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria y otra vinculada a la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. La importancia de la igualdad y no discriminación es tal que es considerada una norma imperativa en todas las áreas del derecho internacional, por cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. Esto implica que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), “[...] pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e

internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.

La no discriminación está íntimamente ligada al derecho a la igualdad ante la ley, la cual prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal y, en consecuencia, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley, ya que el binomio igualdad-no discriminación impregna toda actuación del poder estatal, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de todos los derechos humanos. Como lo señala la Corte IDH, “[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.

No todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, en el sentido de no atentar por sí mismo contra la dignidad humana, ya que existen ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que las mismas se consideren contrarias a la justicia, sino más bien vehículos para realizarla o para proteger a los sectores más vulnerables de la sociedad, como es el caso de las mujeres, la niñez, las personas con algún tipo de discapacidad, las personas mayores, los pueblos indígenas y afrodescendientes, y las personas LGBTTTTI.

En este sentido, existen distinciones que pueden constituir diferencias compatibles con la dignidad humana por ser razonables y objetivas y discriminaciones que constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos, es decir, que no persiguen un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Para determinar qué diferencias de tratamiento son o no discriminatorias es necesario establecer criterios objetivos de razonabilidad, proporcionalidad y justicia. En este sentido, según la Corte IDH, no habría discriminación “[...] si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.”

Para garantizar el derecho a la no discriminación y a la igualdad no solamente se requiere que los Estados se abstengan de realizar prácticas discriminatorias y remover las normas legales que las promueven o permiten, sino también adoptar medidas positivas para corregir las desigualdades y las vulnerabilidades, puesto que, siguiendo a Tara Melish, “cuando la discriminación histórica se ha convertido en parte de la estructura social, la mera aprobación de leyes y la ausencia de una conducta pública no discriminatoria no son suficientes para garantizar la igualdad ante la ley. Se precisan, adicionalmente, medidas positivas”. La Corte IDH ha señalado que: “Las garantías de protección igual ante la ley y de la ley [...] y la prohibición de la discriminación [...], son esenciales para que los individuos estén habilitados para disfrutar toda la gama de sus derechos y libertades fundamentales. En los casos en que ciertos grupos de la población históricamente han sido objeto de cierta forma de discriminación pública o privada, la existencia de disposiciones legislativas puede no bastar como mecanismo para asegurar su igualdad en la sociedad. El derecho a igual protección de la ley y a ser iguales ante la ley también puede exigir la adopción de medidas positivas para establecer la protección contra un tratamiento discriminatorio en los sectores público y privado”.

Para la CIDH, el derecho de igualdad y no discriminación genera una obligación cuatripartita para los Estados, en el sentido de abstenerse de introducir en su ordenamiento jurídico normas discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios sobre diferentes sectores de la población; eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio; combatir las prácticas discriminatorias, y establecer normas y adoptar las medidas necesarias para reconocer y asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley.

Se pueden resaltar dos cuestiones fundamentales. Primero y, de acuerdo con Amartya Sen, el no ser objeto de discriminación puede concebirse como un “metaderecho”, por cuanto designa el derecho humano de las personas a que el Estado adopte las medidas necesarias para lograr el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones que las demás personas y la realización efectiva de todos sus derechos sin establecer jerarquías entre ellos, lo cual implica el diseño y aplicación de políticas públicas que persigan tales fines.

Segundo, para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales esta obligación de garantizar que los derechos humanos se ejerzan en igualdad y sin discriminación debe ser asumida de forma inmediata, ya que la misma no está subordinada a su implementación gradual o progresiva ni a la disponibilidad de recursos económicos, y “abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente”, por tanto, los Estados tienen la obligación inmediata de garantizar que un derecho sea ejercido sin discriminación alguna, ya que no depende de la limitación de los recursos y del nivel de desarrollo del país y, en este sentido, no se encuentra dentro de los parámetros del principio de progresividad.

La prohibición de no discriminar no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, ya que debe reprobarse en todos los casos en que se otorgue un trato distinto a una persona en función de su pertenencia a determinados grupos sociales, religiosos o políticos. Para la CIDH, un Estado que se declare respetuoso de los derechos humanos y se muestre verdaderamente interesado en su propia democratización debe sostenerse sobre la igualdad y no discriminación de las personas, y sobre la plena incorporación de las mismas “en la vida pú-

blica, social y económica, aprovechando y desarrollando sus valores humanos, culturales y organizativos”.

*Joaquín A. Mejía Rivera*

**757. OBLIGACIÓN ESTATAL DE RESPETAR LOS DERECHOS  
(JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)**

Desde el inicio de su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha abordado con especial cuidado la forma en que los derechos humanos deben ser observados por los Estados. En su primera sentencia sobre el fondo, en el caso *Vélásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), sostuvo que el artículo 1.1 del Pacto de San José es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) puede ser atribuida a un Estado, y especificó la existencia de dos obligaciones generales en materia de derecho internacional de los derechos humanos que se derivan de lo dispuesto por dicho precepto: la obligación de respetar y la obligación de garantizar los derechos.

La obligación general de respetar los derechos consiste básicamente en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación. Lo anterior debido a que el ejercicio de la función pública tiene límites que se derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Gros Espiell define el “respeto” como “la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”.

Así, la Corte IDH, en su opinión consultiva número 6/86 señaló que “la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”. Dichas consideraciones han sido seguidas por otros organismos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos a nivel internacional.

En este sentido, el contenido de la obligación estará definido a partir del derecho o libertad en específico. Entre las medidas que debe adoptar el Estado para respetar dicho mandato normativo, según Nash, se encuentran las acciones de cumplimiento, que pueden ser positivas o negativas y estarán determinadas por cada derecho o libertad. Esta obligación comprende todos los derechos, tanto civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, los cuales, por su naturaleza llevan implícita una fuerte carga prestacional.

Cabe precisar que la obligación de respeto a los derechos humanos prevista en el artículo 1 de la CADH excluye la aplicación del principio de reciprocidad consagrado en el derecho internacional clásico, toda vez que los Estados parte de la Convención tienen la obligación de respetar los derechos con independencia de que otro Estado parte lo realice dentro de su jurisdicción; de donde deriva la naturaleza objetiva de las obligaciones internacionales relati-

vas a derechos humanos, es decir, existe una ausencia de reciprocidad cuando los Estados firman, ratifican o se adhieren a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Entre los casos más significativos que ha conocido la Corte IDH sobre graves violaciones a derechos humanos, en donde los Estados demandados han incumplido con la obligación general de respetarlos, destacan, entre otros, los relativos a desapariciones forzadas, masacres, ejecuciones extrajudiciales y tortura.

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor  
Carlos María Pelayo Moller*

#### 758. OBLIGACIONES GENERALES DE LOS ESTADOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Los Estados asumen obligaciones internacionales en materia de protección de derechos humanos en la medida que exista una norma de derecho internacional de los derechos humanos que le resulte aplicable. Estas obligaciones deben distinguirse de aquellas que el Estado tiene con base en las constituciones políticas que imponen deberes al Estado en materia de protección a derechos fundamentales.

Las obligaciones internacionales en materia de protección de derechos humanos pueden ser encontradas, principalmente, en tratados de derechos humanos que se vinculan a los Estados, en la medida en que hayan sido firmados y ratificados por estos. Ello no obsta para que puedan existir obligaciones internacionales relativas a derechos humanos en otro tipo de fuentes del derecho internacional, así como tampoco para que puedan existir obligaciones en materia de derechos humanos en tratados que no conciernen principalmente al tema.

Es indispensable distinguir una obligación internacional en materia de derechos humanos, por un lado, y su justiciabilidad, por otro. Por lo que respecta a un tratado de derechos humanos o que contenga obligaciones concernientes a estos, una obligación internacional existe y vincula al Estado a partir de que la misma haya sido firmada y ratificada por el mismo, es decir, la obligación existe y es exigible con la sola ratificación de la fuente de donde emane la misma, y no depende de que la misma sea considerada justiciable ante alguna instancia jurisdiccional internacional. La justiciabilidad, por otro lado, hace referencia a la competencia o jurisdicción que tiene un tribunal internacional para valorar el cumplimiento de una obligación internacional en un caso en concreto.

En lo que concierne a las obligaciones generales que se desprenden de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el artículo 1.1 de dicho instrumento prevé el deber estatal de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, 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”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), desde su primera sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez*, ha señalado que de esta norma se desprenden dos obligaciones generales: el deber de respetar derechos humanos y el deber de garantía de los mismos. Por su parte, el

artículo 2 de la CADH reconoce como obligación general el deber de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos” los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado y que el Estado se obligó a garantizar.

El deber de respeto, como desarrolló la Corte IDH en su sentencia al caso *Velásquez Rodríguez*, implica que “[el] ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”. En sentido similar, en la opinión consultiva 6/86, indicó que “no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público” y que “[se] trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente”, concluyendo que “en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”.

Las obligaciones de respeto son, en su mayoría, obligaciones negativas, es decir, obligaciones de “no hacer” o “no violar”; sin embargo, existe una discusión académica sobre si pueden existir violaciones al deber de respeto por el incumplimiento del Estado de una obligación de “hacer”. Al respecto, Nash y Ferrer Mac-Gregor sostienen que la obligación de respeto implica el cumplimiento de la obligación dispuesta en la norma directamente, ya sea absteniéndose de actuar o brindando una prestación; posición contraria a Medina Quiroga, quien sostiene que el deber de respeto es solo de “abstención”.

Con respecto a la obligación de garantizar, en el caso *Velásquez Rodríguez* se señaló que “implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”, por lo que “de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”. Ferrer y Pelayo refieren que “la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye un incumplimiento” de las obligaciones contenidas en la Convención.

Acorde con el caso *Velásquez Rodríguez*, la obligación de *prevenir* es una obligación de medio, que “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”.

La obligación de *investigar* y, de ser el caso, *sancionar*, es igualmente una obligación de medio, por la cual el Estado debe investigar “toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno

ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención”. Se precisa que el cumplimiento de una investigación no debe llevar necesariamente a la conclusión de que se deba sancionar a una persona.

Existe una obligación de *reparar* cuando se ha cometido una violación a derechos humanos. Conforme a lo desarrollado por la Corte IDH, “[la] reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”.

Debe señalarse que el referido artículo 1.1 convencional requiere igualmente, como obligación, que los Estados garanticen que el goce de los derechos reconocidos en dicho instrumento sea respetado y garantizado a todas las personas sin discriminación alguna.

Finalmente, con base en el artículo 2 de la Convención, surge una obligación estatal de adoptar medidas de toda índole para adecuar sus ordenamientos jurídicos internos con las obligaciones internacionales relativas a la protección de derechos humanos. Así, según la publicación doctrinal de la Corte IDH y el Ministerio Público Fiscal de Argentina, “el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica”. Ello incluye, pero no se limita, a “la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio” y “la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.

*Edward Pérez*

#### 759. OMBUDSMAN

La institución del *ombudsman* surgió en Suecia en los inicios del siglo XVIII y ha demostrado ser extremadamente adaptable a las circunstancias de cada país y en nuestros días se encuentra difundida a tal punto que puede llamársele, sin temor a equivocarnos, una institución de carácter universal.

Es esta misma flexibilidad la que ha determinado que el *ombudsman* haya conocido muchas configuraciones distintas, dependiendo de las distintas funciones a las que se ha dirigido, por ello resulta complicado realizar una definición que abarque todas sus variantes, más bien, siguiendo el planteamiento de Fix-Zamudio puede señalarse que de esta institución se reconocen tres modelos correspondientes a tres etapas en su evolución: el denominado modelo clásico; en segundo término el *ombudsman* ibérico y, finalmente, el modelo del *ombudsman* en Latinoamérica.

Los dos últimos modelos de *Ombudsman* toman como punto de partida el paradigma escandinavo, el cual, en su configuración original o clásica, es un organismo general o mayoritariamente dependiente, aunque no de manera jerárquica, del parlamento; es un comisionado parlamentario para la fiscalización de la administración pública en relación con la legalidad de la conducta de las autoridades del Poder Ejecutivo. Es decir, en un primer momento, la

institución se dirige a la vigilancia de la legalidad administrativa, entendida esta de una forma amplia, es decir, no sólo el principio de la legalidad en sentido estricto, sino incluyendo la justicia, la equidad, la razonabilidad en las resoluciones o en los actos de la autoridad administrativa.

En consecuencia, desde una perspectiva tradicional o clásica, el *ombudsman* es un organismo autónomo cuyo titular, designado por el Poder Legislativo o el Ejecutivo —o por ambos—, que tiene como función esencial la vigilancia de la actividad de la administración pública, la recepción de quejas de los administrados en contra del funcionamiento de algunos servicios administrativos, la intervención para resolver las controversias en plazos más breves, la investigación respecto de la lesión a los derechos de los administrados y en vista de los resultados de la investigación, formular recomendaciones —no vinculante— a las autoridades a efecto de restablecer las prerrogativas que hayan sido vulneradas a los ciudadanos. Partiendo siempre del principio de recurrir a las más mínimas formalidades, sin perder de vista la seguridad jurídica.

Las funciones que debe desarrollar un *ombudsman* en el modelo clásico son básicamente recibir e investigar quejas. Las características esenciales para el desarrollo de sus actividades son: independencia, imparcialidad, credibilidad en el proceso de revisión y confidencialidad en el desarrollo de sus actos.

La segunda etapa en la evolución de esta institución se puede identificar a partir de las características de la introducción de esta institución en Portugal y en España. Este modelo tiene como característica esencial que el *ombudsman* amplía el ámbito de su competencia y se constituye como el órgano enfocado hacia la protección los derechos fundamentales. En efecto, como es sabido, estos países volvieron a la senda democrática después de largas dictaduras —con la natural actividad restrictiva y en ocasiones violatoria de los derechos esenciales de las personas por parte de la administración que conlleva todo gobierno dictatorial—, por lo que, en el diseño del nuevo Estado de derecho, se tomó la idea del *ombudsman* de origen escandinavo, pero se le adicionó la preocupación esencial por la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido la Constitución española de 1978 considera al defensor del pueblo —que es como se le designó— como un órgano o una garantía de los derechos fundamentales, tanto los enumerados en la Constitución española como los que derivan de los instrumentos de carácter internacional. Otro tanto sucedió en Portugal.

Una situación similar se desarrolló en América Latina después de la traumática situación que embargó a la mayoría de los países del subcontinente durante la década de los setenta del siglo XX con diversos regímenes dictatoriales; situación que, sin embargo, dio la oportunidad de llevar a cabo una importante renovación constitucional a partir de la década siguiente; producto de dicha renovación fue la adopción de la institución del *Ombudsman*. Si bien en América Latina la figura del *Ombudsman* se inspiró fundamentalmente en el constitucionalismo democrático español, sin embargo existe un conjunto de elementos que distinguen a la figura latinoamericana respecto a la ibérica. En efecto, en América Latina, el *ombudsman*, además de dedicarse fundamentalmente a la protección de los derechos humanos, sin que ello implique tampoco abandonar el control de la legalidad administrativa, incorpora a sus finalidades principales la búsqueda de establecer una cultura de respeto a los mismos derechos humanos. De esta forma, este tercer modelo tiene grandes

tareas adicionales, consistentes, básicamente, en la promoción, difusión y enseñanza de los derechos fundamentales.

Es de señalarse que las características propias del *ombudsman* en América Latina, que hacen que su finalidad esencial sea la protección y promoción de los derechos humanos, permiten que estas instituciones formen parte, de manera natural, del “movimiento de instituciones nacionales de protección de derechos humanos”, auspiciado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Este movimiento se fundamenta en la preocupación de la ONU por la vigencia de los derechos humanos y que fueron concretadas en los denominados Principios de París —adoptadas por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en marzo de 1992, en su resolución 1992/54 y posteriormente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/134 del 4 de marzo de 1993— los cuales parten de tres premisas: en primer término, que debe darse prioridad a la elaboración de arreglos adecuados en el plano nacional para garantizar la aplicación efectiva de las normas internacionales en materia de derechos humanos; en segundo lugar, que las instituciones nacionales son las que pueden desempeñar en el plano nacional el papel más importante en lo que respecta a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y a la formación e intensificación de la conciencia pública respecto de esos derechos y libertades; finalmente, la tercera de las premisas señala que las Naciones Unidas pueden desempeñar una función catalizadora que contribuya al establecimiento de instituciones nacionales, en su calidad de centro de intercambio de información y experiencia.

En nuestro país, la función *ombudsman* la desempeña, a nivel nacional la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y a nivel local las comisiones (aunque pueden tener otra denominación como procuraduría) estatales (y del Distrito Federal) de derechos humanos.

*José Luis Soberanes Fernández*

## 760. OMBUDSMAN UNIVERSITARIO

El vocablo sueco *ombudsman* significa representante, mandatario o procurador; en la actualidad se utiliza el vocablo *ombudsperson* como sinónimo, en atención a los estándares de género, en tanto que su actividad es denominada genéricamente en el mundo angloparlante como *ombudsing*.

Las instituciones educativas son ámbitos en los que tienen incidencia actividades administrativas, académicas y estudiantiles, entre otras, que dan lugar a relaciones de muy variada índole, por ejemplo: las de tipo laboral, aquellas entre autoridades educativas y profesores, investigadores o personal administrativo; las de carácter académico, entre el profesorado y el alumnado, entre autoridades de centros de investigación y personal académico, asistentes y becarios; o de carácter administrativo, entre autoridades académicas y estudiantes, respecto a los diversos trámites que deben llevarse a cabo durante la vida estudiantil, tales como inscripciones o exámenes de grado, entre muchos otros. Desde otro ángulo, también hay un ámbito de relación entre el propio personal académico, o de los estudiantes entre sí.

Las actividades y relaciones apuntadas se dan en un marco de reglas jurídicas, que pueden ser externas a la institución o generadas por esta, en particular cuando posee autonomía. Dentro del amplio campo de las reglas jurídicas externas e internas a las instituciones educativas se ha ido confor-

mando un núcleo de derechos y deberes que integran un sector que podemos denominar “derechos y deberes en la educación”, los cuales están vinculados y, de hecho, forman parte del muy amplio e importante derecho humano a la educación.

A tales derechos y deberes, cuyos titulares son esencialmente alumnos y personal académico, se les conoce como *derechos universitarios*, cuando se trata de instituciones de educación superior. Los derechos universitarios son, desde cierta perspectiva, una expresión de diversos deberes y derechos humanos que tienen incidencia en las instituciones de educación superior, en las diversas actividades y relaciones que ocurren en ellas.

Una de las formas de difundir y garantizar la efectividad de los derechos universitarios ha sido a través del establecimiento, al interior de las instituciones de educación superior, de órganos de protección para tales derechos, los cuales comparten la naturaleza de un *ombudsman*, es decir, un órgano que vigila la regularidad de los actos de la administración, y que, además, orienta, recibe quejas, promueve soluciones mediadas y puede emitir recomendaciones.

Al igual que todas las instituciones jurídicas y sociales, el *ombudsman* ha sufrido transformaciones, de acuerdo con el contexto y las ideas e influencias vigentes en el momento histórico en que se incorpora a un determinado ordenamiento nacional e incluso supranacional. Particularmente, en el ámbito iberoamericano, esta evolución o trasplante, se tradujo en la creación del defensor del pueblo, institución que se implementó en España en el año de 1978, luego de su transición de un régimen autoritario hacia uno más abierto y la emisión de una nueva Constitución. Las atribuciones del defensor girarían en torno a la vigilancia de la administración y se incorporaría la característica más propia de este modelo iberoamericano: la garantía institucional de los derechos humanos o fundamentales, como señala el artículo 54 de esa *ley fundamental*, conservando la importante función representativa como un comisionado de las Cortes Generales.

En Norteamérica los antecedentes de esta actividad llamada hoy en día *ombudsming*, enfocados al ámbito educativo, se ubican en la universidad canadiense Simon Fraser, Burnaby, Columbia Británica, donde fue implementado en 1965. En 1998, dicha casa de estudios estableció una Oficina para Solucionar Casos de Acoso (The Harassment Resolution Office), la cual, en 2003, cambiaría su nombre al de Oficina de Derechos Humanos (Human Rights Office), ampliando su competencia para recibir quejas frente a casos de discriminación. En dicho sistema aplican las políticas universitarias, así como el Código de Derechos Humanos de la Columbia Británica (1973). La implementación de estas figuras no ha significado la desaparición de la primera, cuyos temas conocimiento excluyen a los relativos a las mencionadas oficinas. Por su parte, en los Estados Unidos encontramos un antecedente en la Universidad Estatal de Nueva York, que cuenta con una defensoría desde el año de 1967 y la Universidad Estatal de Washington, desde 1970, ambas en Estados Unidos de América, entre otras experiencias.

En nuestro país, el modelo ibérico sirvió de inspiración a los profesores Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo para crear en el año de 1985 a la Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México. Durante la sesión del Consejo Universitario del 29 de mayo de 1985 fue aprobado el Estatuto de esa Defensoría que se convertiría en el precedente

de las comisiones de derechos humanos que se instituirían a nivel federal y de cada entidad federativa en México, y a su vez sería el modelo para la creación de defensorías, procuradurías y órganos afines, en la mayoría de las instituciones educativas superiores mexicanas.

Si bien dichas instituciones tienen una finalidad común, difieren en ocasiones en el marco que les da sustento, en su organización y alcance de sus atribuciones. No obstante, algunas de ellas pueden consistir en: *i)* recibir reclamaciones de estudiantes o académicos por la afectación de sus derechos universitarios; *ii)* efectuar las investigaciones que sean necesarias, las cuales pueden ser de oficio o a petición de parte, cuando esté manifiesta la afectación a su esfera de derechos; *iii)* proponer soluciones para resolver las situaciones que le son planteadas con inmediatez; *iv)* la emisión de recomendaciones dirigidas a la autoridad que vulneró los derechos, estas, regularmente se emiten ante la negativa de la autoridad para atender la problemática durante el procedimiento, y *v)* rendición de cuentas, que se lleva a cabo ante el rector y el Consejo Universitario a través de la presentación de un informe anual o de informes especiales.

En este tenor, las defensorías, procuradurías e instituciones de promoción y protección de los derechos universitarios, actualmente presentes en Estados Unidos, Canadá, México y diversos países latinoamericanos y de Europa, forman una especie de subsistema de *ombudspeople* especializados en la salvaguarda de derechos al interior de las instituciones de educación superior, cuyo objetivo primordial es fortalecer la cultura de la legalidad y respeto a la dignidad humana en dichas instituciones.

*Jorge Ulises Carmona Tinoco*

#### 761. **OMBUDSPERSON**

Este vocablo tiene su origen en el término *ombudsman*, palabra de origen sueco que significa representante, mediador de los ciudadanos ante los poderes públicos. Conocido en su origen como el mandatario del Parlamento para controlar la aplicación de las leyes por las instituciones judiciales y la administración, el *ombudsman* ha evolucionado progresivamente de ser un vigilante de la legalidad a desempeñar el rol de defensor de los derechos de las personas frente a las autoridades administrativas.

La institución del *ombudsman* nace de manera formal en Suecia en 1809, desde donde se expande de manera inicial a otros Estados escandinavos, y después a un número creciente de países en el mundo que la han adoptado con algunos matices, según sus necesidades, y adoptando diversas denominaciones en función de la región a la que pertenezcan, tales como protector del ciudadano, mediador, defensor del pueblo, comisario parlamentario, procurador de los derechos humanos, defensor de los derechos civiles, defensorías e instituciones, procurador de vecinos, procurador del gobernado y comisionado de los derechos humanos.

Debido al esparcimiento que la institución tuvo en el mundo, el nombre de *ombudsman* comenzó a ser utilizado para hacer alusión a aquellas instituciones nacionales que se encargaban de la protección de los derechos humanos en un territorio determinado o para identificar a los titulares de las mismas.

Sobre el vocablo *ombudsman*, si bien la International Ombudsman Association ha referido que este término es neutral respecto del género, pau-

latinamente se ha ido adoptado por la academia y algunos sectores de la sociedad el concepto *ombudsperson*, a efecto de dejar atrás el sufijo masculino inglés —*man*—, y evolucionar para que evoque un término semánticamente neutral.

Se considera que el término *ombudsperson* resulta más apropiado en la época actual, pues se adecua de forma congruente con el principio de igualdad de género y la creciente participación de las mujeres en los espacios públicos, así como su cada vez más amplia presencia en los espacios de protección, promoción y defensa de los derechos humanos. Ello explica por qué es necesario y oportuno dejar de usar el término de origen sueco *ombudsman* para referirnos al cargo de defensoría desde el más incluyente *ombudsperson*, expresando así el compromiso de un Estado con la igualdad.

De acuerdo con Héctor Fix-Zamudio, la institución del *ombudsperson* reconoce tres modelos correspondientes a tres etapas de su evolución: 1) el denominado modelo clásico, nombrado por el Parlamento para, inicialmente, vigilar las resoluciones de los tribunales, y posteriormente extender su vigilancia a las autoridades administrativas; 2) el modelo ibérico, que incorpora la defensa de los derechos fundamentales, y 3) el modelo *ombudsperson* en Latinoamérica (denominado criollo), que pone mayor énfasis en la promoción, protección y defensa de los derechos humanos.

Los principios generales que encierra la figura del *ombudsperson* son recibir e investigar quejas de los particulares contra la deficiente actuación de las autoridades, siguiendo un procedimiento gratuito, sencillo y breve, interviniendo para, de ser posible, lograr un arreglo amistoso entre las autoridades y el quejoso, pero de no lograrse este acuerdo, formula una recomendación pública autónoma no obligatoria para la autoridad, que está respaldada por su fuerza moral y por el apoyo que la opinión pública otorga a sus informes periódicos dados a conocer a través de los medios de comunicación masiva; además, formula denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

En los inicios del decenio de 1990 se observó un importante crecimiento en la creación de instituciones nacionales de derechos humanos (INDH) en el mundo, que adoptan el modelo del *ombudsperson*, con el mandato central de promover y proteger los derechos fundamentales en una sociedad determinada. Los Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, mejor conocidos como “Principios de París” (aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en marzo de 1992 y reafirmados por la Asamblea General en marzo de 1993), son el documento base que regula las características de dichas instituciones, las modalidades de su funcionamiento y sus competencias, al tiempo que promueven la institucionalización de organizaciones ya existentes e impulsan la creación de ellas en todo el mundo.

Las reglas que contemplan los Principios de París pueden ser divididas en los siguientes criterios o categorías: *i*) en la esfera relativa a “las competencias y atribuciones” que atañen a una INDH, se establece que una institución con este carácter debe estar autorizada para poder supervisar cualquiera situación en la que se encuentre una violación de los derechos humanos; *ii*) en lo relativo a su “composición y garantías de independencia y pluralismo”, se menciona que la composición de la institución y la elección de sus miembros deberá ajustarse a un procedimiento que ofrezca todas las garantías para ase-

gurar la representación pluralista de las fuerzas sociales interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos. La institución debe disponer de la estructura necesaria para lograr el correcto desempeño de sus funciones, teniendo como fin, de igual forma, lograr su autonomía respecto del Estado y no tener una dependencia financiera que pudiera limitar sus funciones. El nombramiento de las personas al mando de las instituciones deberá hacerse mediante acto oficial en el que se señalará la duración del mandato; *iii*) la tercera categoría se refiere a “las modalidades de funcionamiento” de estas instituciones, entre las que se encuentra examinar cada uno de los asuntos dentro de su competencia, recibir los testimonios y obtener los documentos necesarios para el examen de los asuntos sometidos a su competencia, dirigirse a la opinión pública para dar a conocer los resultados de sus opiniones y recomendaciones, estar en coordinación y mantener comunicación con órganos de carácter jurisdiccional o de cualquier otra índole encargados de la protección de derechos humanos, y establecer relaciones con las organizaciones de la sociedad civil que se ocupen de la protección y promoción de los derechos humanos, y *iv*) por último, el criterio que trata sobre los “principios complementarios relativos al estatuto de las comisiones dotadas de competencia cuasijurisdiccional” se refiere, por un lado, a que las INDH podrán estar facultadas para recibir y examinar denuncias y demandas de los particulares, pueden acudir a ellas las organizaciones no gubernamentales, las asociaciones de sindicatos, etc., se les encomienda buscar soluciones de conciliación para las partes, informar a los reclamantes de sus derechos y de los recursos de los que disponen y, por el otro, transmitir a las autoridades competentes las denuncias que conozcan, así como formular recomendaciones. El *ombudsperson* es un organismo público del Estado, mas no del Gobierno, es un órgano de la sociedad y defensor de esta.

*Luis Raúl González Pérez*

## 762. OMISIÓN INCONVENCIONAL

En términos generales, la omisión inconventional se produce, básicamente, ante los incumplimientos de los mandatos convencionales de ejecución diferida, que requieren un desarrollo normativo ulterior, ya sea mediante normales legales o de cualquier otra índole, para gozar de eficacia plena. En estas hipótesis, el control de convencionalidad por omisión funciona de manera similar y paralela al control de constitucionalidad por omisión. Así, en el sistema de justicia constitucional costarricense, la Sala Constitucional goza de plena competencia para efectuar ambos controles, teniéndose como parámetro objetivo de valoración la norma fundamental, o bien, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que, en el caso costarricense, tienen no solo un valor supraconstitucional, sino que forman parte del bloque de regularidad constitucional o del derecho de la Constitución.

De este modo, tratándose de omisiones inconventionales, es posible clasificarlas, al igual que las omisiones inconstitucionales, en absolutas o relativas, totales o parciales, dependiendo de si el vacío normativo que impide el desarrollo del precepto constitucional de ejecución diferida es completo —es decir, que no haya ninguna norma vigente sobre el tema—, o bien, cuando es posible reconducir la omisión a un caso en que se viole el principio de igualdad —esto es, cuando el legislador, en el ejercicio de su libertad de configura-

ción normativa, omite dictar normas sobre ciertos grupos que deberían estar integrados por la disposición cuestionada—.

Un caso emblemático lo podemos encontrar en la sentencia 2010-11352, de 29 de junio, en la que se resuelve la acción de inconstitucionalidad promovida por Maureen Patricia Ballesteros Vargas, contra el artículo 262 del Código Electoral. En este pronunciamiento, que constituye un típico ejemplo de inconventionalidad por omisión, la Sala concedió un plazo de 36 meses a la Asamblea Legislativa para que dictara reforma parcial a la Constitución Política, así como la reforma a su reglamento, para incorporar el deber de probidad como una causal de cancelación de credencial de los diputados, y otras sanciones. Lo anterior, teniendo en consideración lo dispuesto en los artículos 65 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el numeral VII de la Convención Interamericana contra la Corrupción. En esta sentencia, la Sala Constitucional señaló que “no le cabe duda que tiene competencia de dar un plazo al órgano o ente correspondiente para que se cumpla con la obligación internacional, inclusive cuando se trata de una reforma o modificación constitucional. El principio de derecho internacional *effet utile* exige del Estado, en la interpretación y aplicación de los Tratados sobre derechos humanos, y de aquellos no autoaplicables (*non-self executing*), la de estimular a todos los órganos del aparato estatal para que se generen efectos duraderos en el orden interno de acuerdo con las obligaciones internacionales adquiridas, de modo que se deben tomar las medidas necesarias en todo su conjunto, para asegurar que los términos de un acuerdo internacional tengan efectos en armonía con el derecho interno. A esto siguen los mecanismos de cooperación entre los Estados y organizaciones internacionales, y de seguimiento sobre la compatibilidad de la legislación interna con la de los convenios internacionales”.

Otros casos son las sentencias 2013-10712, de 8 de agosto, y la 2014-3715, de 14 de marzo, en las que la Sala Constitucional, por mayoría, se negó a exigir a las autoridades costarricenses el cumplimiento de la obligación de aplicar la técnica de la fecundación *in vitro* (FIV) a las amparadas, pese a los alcances del fallo de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. En esta línea, en la última sentencia, la Sala sostuvo que “en la citada sentencia se le impone al Estado de Costa Rica *el deber de regular* el desarrollo de la FIV, precisamente, para hacer posible la aplicación de esta técnica en nuestro país, no que se dicte una sentencia de esta sala normando esta técnica. Esa regulación, al estar de por medio derechos fundamentales, necesariamente tiene que ser mediante ley, toda vez que así lo impone el principio de reserva de ley (artículo 28 constitucional). Así las cosas, mientras la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo no emitan y sancionen una ley que regule la materia, no es posible exigir la aplicación de la técnica de la FIV, salvo que se vulnere, ni más ni menos, el numeral 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 28 constitucional y se contradiga la misma sentencia de la Corte; amén de que un acto de esa naturaleza se constituiría en una indebida interferencia de esa Sala en el proceso de ejecución de sentencia que está fiscalizando el Tribunal internacional de derechos humanos y en el proceso de cumplimiento de sentencia que han elegido el Poder Legislativo y Ejecutivo. Si bien este Tribunal no desconoce que la puesta en práctica de la técnica denominada FIV es considerada por la Corte como un derecho, su ejecución tiene

una serie de consecuencias que exige la regulación de esta materia mediante Ley formal, tal y como se indicó supra. Por tal razón, el recurso de amparo debe ser declarado sin lugar”.

Por su parte, en el voto salvado de la magistrada Hernández López se sostiene: “a) se priva de efectos y de su valor vinculante a la sentencia de esta Sala número 2000-2306 de las quince horas veintidós minutos del quince de marzo del dos mil; b) se ordena a las todas autoridades públicas involucradas, abstenerse de cualquier acción que tenga como efecto directo o indirecto impedir o prohibir la práctica de la técnica de la fertilización *in Vitro*, entendida esta en la forma y con el alcance descritos en la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la FIV, lo anterior sin perjuicio del obligado ejercicio de las potestades de vigilancia y regulación atribuidas a las autoridades públicas con competencias específicas sobre la materia; c) se ordena dar acceso a la amparada a los servicios especializados de la Caja Costarricense de Seguro Social, para ser valorada sobre si ella y su pareja presentan un problema de infertilidad que les permita clínicamente calificar para el acceso a la técnica de Fertilización *In Vitro*. De resultar positiva la valoración, darle acceso a ese tratamiento bajo las regulaciones de su médico tratante”.

Lo anterior, al considerarse que el principio de reserva legal debe aplicarse a las limitaciones a los derechos fundamentales, no a su aplicación directa de la Constitución, ya que estos son *self executing*, es decir, no necesitan de leyes que los implementen para su garantía. Por otro lado, en el voto particular del magistrado Jinema Lobo a la decisión 2013-10712, se expuso que “No obstante, conforme se transcribió supra, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que la prohibición de esa técnica, producto de lo resuelto por la Sala Constitucional, implicó una ‘arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia’, así como una discriminación indirecta por razón de discapacidad, género y económica en perjuicio de los demandantes. De ahí entonces que, en aplicación en este caso concreto del criterio vertido por la CIDH, para los suscritos Magistrados, lo procedente es acoger el presente proceso de amparo y, en consecuencia, ordenarle a Ileana Balmaceda Arias, en su condición de Presidente Ejecutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, o a quien ocupe su cargo, adoptar las medidas que correspondan para que inmediatamente después de dictada la regulación que debe efectuar el Estado costarricense sobre la técnica de Fertilización *in Vitro*, se le aplique ese tratamiento a la recurrente Yesenia Caldera Umaña, siempre que sus condiciones médicas así lo permitan y que no exista una contraindicación por parte de un médico institucional”.

Cabe mencionar que el poder ejecutivo emitió un decreto en el que se regulaba la técnica de la fecundación *in vitro*, que fue impugnado ante la Sala Constitucional, quien, con una votación dividida, por mayoría declaró la inconstitucionalidad de ese decreto, pero luego, la Corte IDH, en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 26 de febrero de 2016, dispuso, entre otras cosas, que “debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio de dicho derecho tanto a nivel privado como público” y, además, “disponer que, en lo que respecta al cumplimiento del punto dispositivo tercero de la sentencia y conforme a lo indicado en el Considerando 36 de esta resolución, se mantenga vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S de 11 de septiembre de 2015,

sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la sentencia<sup>7</sup>. Con ello, a partir de ese momento ha sido aplicada la técnica aludida.

*Víctor Orozco Solano*

### 763. OMISIÓN LEGISLATIVA

La inconstitucionalidad por omisión, desde un punto de vista doctrinal, se puede definir como “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación” (Fernández Rodríguez, 1998). Por lo tanto, desde este punto de vista se estima que solo es inconstitucional la inacción del legislador que cumple esas características. En la arquitectura de un Estado democrático de derecho es el Poder Legislativo el encargado de emanar las normas que desenvuelvan los preceptos constitucionales que requieran tal proceder. Por ello, parece lo más adecuado que la omisión inconstitucional se predique solo del legislador, aunque en sistemas presidencialistas se podría introducir alguna matización en ello. El periodo excesivamente prolongado a la hora de actuar introduce la necesidad de un proceder casuístico que analice individualmente las circunstancias de cada supuesto. La ineficacia de la norma constitucional sería la negativa consecuencia de una situación de este tipo. Ello permite excluir aquellos supuestos en los que, pese a la ausencia de un adecuado desarrollo, el precepto constitucional tiene una vigencia tan efectiva que cumple las previsiones constitucionales en cuanto a su aplicabilidad.

En los diversos casos de derecho comparado, en líneas generales, se sigue esta idea de ausencia de actuación legislativa referida a una concreta previsión constitucional, insertándose, por lo tanto, en el ámbito de las tesis obligacionistas. También la jurisprudencia que reconoce su existencia camina por una línea *grosso modo* similar.

La existencia en la Constitución de preceptos de obligatorio y concreto desarrollo, que se pueden denominar encargos al legislador, es el argumento jurídico más poderoso en favor de la existencia de esta institución. Estos encargos son normas constitucionales de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ellas contenida, resultan de obligatorio y concreto desarrollo para que cobren eficacia plena. Se trata de normas incompletas que requieren para su eficacia la interposición del legislador. Como es sabido, los textos constitucionales no pueden agotar la regulación de las materias que abordan, tanto por razones prácticas como por exigencias del carácter abierto que ostentan. Esto convierte en inevitable la existencia de tales encargos, que se caracterizan por su estructura (generan una obligación de desarrollo) y no por su contenido material.

Del mismo modo, juegan en defensa de esta figura el propio carácter normativo de la Constitución, el principio de supremacía de la misma y la función transformadora que desempeña.

La libertad de conformación del legislador debe darle un importante margen de maniobra temporal y material, pero no puede ser un permiso para desconocer indefinidamente las obligaciones de desarrollo constitucional y la especial vinculación de la norma básica. El principio es la necesidad de desarrollo que reclaman los encargos al legislador; la excepción la constituye el retra-

so en ese desarrollo, que como tal excepción necesita de justificación si quiere imponerse, al menos momentáneamente. Otra opción perjudica el proyecto de futuro que diseña la Constitución, desvaloriza el carácter normativo de la misma e, incluso, puede coadyuvar a una mutación constitucional.

En la actualidad esta categoría está prevista en diversos casos en el derecho comparado. En las dos últimas décadas su reconocimiento en el derecho positivo sufrió un moderado aumento. En el ámbito de las Constituciones nacionales, podemos citar a Angola, Brasil, Ecuador, Portugal, Timor y Venezuela. No a nivel constitucional, pero sí prevista en la legislación de la jurisdicción constitucional, tenemos los supuestos de Costa Rica y Hungría. En Constituciones regionales la encontramos en Argentina (Río Negro, Tucumán), Brasil (en casi todas sus Constituciones locales) y México (Chiapas, Quintana Roo, Tlaxcala, Veracruz).

Asimismo, en distintos supuestos la inconstitucionalidad por omisión se reconoce, de una u otra forma, a nivel jurisprudencial. Serviría como ejemplo Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Colombia, España, Estados Unidos, Italia, Nicaragua, Perú, República Dominicana o Rumanía.

Una de las más complejas cuestiones a las que se enfrenta esta figura es lograr una articulación práctica aceptable y eficaz, que se cohoneste adecuadamente con la arquitectura institucional del sistema respectivo. Las diversas soluciones de derecho comparado atestiguan que ello no es una tarea pacífica.

Respecto a las vías procesales que se podrían emplear, las opciones son diversas: una acción abstracta de inconstitucionalidad por omisión radicada en la jurisdicción constitucional; una acción concreta de inconstitucional, que el juez ordinario eleva al tribunal constitucional; aceptar la procedencia de una acción de protección de derechos fundamentales ante semejantes omisiones; o el uso de sentencias constitucionales atípicas, como recomendaciones al legislador o sentencias aditivas. La opción de las sentencias constitucionales atípicas se ha revelado en la práctica como efectiva y respetuosa con el equilibrio institucional, aunque en ello es necesario no prescindir de las dosis de autolimitación que deben caracterizar a un tribunal constitucional.

De igual forma, a veces se prevé que detectada la omisión se comunique al órgano legislativo sin más (art. 283 de la Constitución de Portugal) o para que adopte las medidas necesarias (art. 232 de la Constitución de Angola; art. 103.2 de la Constitución de Brasil, que es una vía de fiscalización abstracta). En otros supuestos, se le da un plazo al legislador para que actúe (art. 436.10 de la Constitución de Ecuador; también las dos provincias argentinas citadas; Chiapas; Quintana Roo; Tlaxcala —tres meses—; Veracruz), o se le da un plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección o los principios, bases y reglas normativas a regular (respectivamente, art. 336.7 de la Constitución de Venezuela, y art. 88 de la Ley de Justicia Constitucional de Coahuila).

También, en el marco de algunas acciones protectoras de derechos, el tribunal competente para el control puede dictar las órdenes o instrucciones que garanticen, en el caso concreto, y sin más especificaciones, el ejercicio de estos derechos, definiéndose las condiciones para esa satisfacción directa del derecho. Ello está pensado más bien para el ámbito legal y administrativo, aunque en algún caso se puede interpretar que también es posible esgrimir esta acción ante una omisión inconstitucional. Sirve como ejemplo el *mandado de injunção* brasileño (previsto en el art. 5.LXXI de la Constitución, un mecanismo de

control concreto e inspirado en el *writ of mandamus* anglosajón). Esta figura procede ante la falta de norma de desarrollo que torna inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales.

Asimismo, se puede establecer la reparación patrimonial del ciudadano perjudicado en sus derechos por la omisión inconstitucional. En cambio, otros mecanismos de solución resultan criticables y no aceptables, como el dictado provisional de la normativa que falta por parte del órgano de jurisdicción constitucional. Ello excede las funciones que esta debe asumir de conformidad con su naturaleza y afecta de manera desproporcionada al principio de libertad de conformación del legislador.

*José Julio Fernández Rodríguez*

#### 764. OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA

Tipo de omisión legislativa que da lugar a una infracción constitucional, caracterizada por la ausencia total y absoluta de la legislación que el constituyente o el órgano revisor de la Constitución ordenó que se creara específicamente en un determinado plazo, o de la legislación que debe desarrollar un precepto constitucional para tornarlo plenamente aplicable. Así, las omisiones legislativas absolutas estriban en la ausencia total de una ley cuya emisión se prevé constitucionalmente.

*Carlos Báez Silva*

#### 765. OMISIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA TRIBUTARIA

De manera general, la inconstitucionalidad por omisión legislativa se entiende como la vulneración del texto constitucional causada por la inactividad, inclusive parcial, del poder legislativo respecto de aquellas normas jurídicas que, de manera expresa o tácita, exigen del legislador un específico desarrollo ulterior para ser efectivas, siempre que el término fijado por la norma jurídica haya vencido, la inactividad del legislador pueda tildarse de excesiva o irracional o su actuación lesione el principio de igualdad al excluir, de manera arbitraria, a un grupo determinado de sujetos que debiera participar del beneficio o régimen jurídico previsto por la ley.

Extrapolando esta noción de inconstitucionalidad por omisión legislativa al campo del derecho tributario, podemos definir a la omisión legislativa como la vulneración de los principios materiales de justicia tributaria que sancionan los textos constitucionales, tales como: capacidad económica (Bolivia, Brasil, España, Honduras, Panamá, Venezuela); capacidad contributiva (Paraguay, República Dominicana); proporcionalidad (Argentina, Chile, Honduras, México); reserva de ley tributaria (Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Nicaragua, México, Perú, Venezuela); equidad (Argentina, Colombia, Honduras, México); igualdad (Chile, España, Paraguay, Perú); progresividad (Brasil, Chile, España, Venezuela); no confiscatoriedad de los tributos (España, Nicaragua, Paraguay, Perú), etc., causada por la inactividad, inclusive parcial, del poder legislativo, que impide el ejercicio efectivo de dichos principios en tanto derechos del contribuyente, siempre que la inactividad del legislador sea excesiva o que con su actuación se vulnere el principio de igualdad tributaria, implicando una afectación a los obligados tributarios, ya sea porque haga nugatorios los derechos fundamentales del contribuyente o porque el carácter deficiente de la regulación legislativa cause inseguridad jurídica.

De acuerdo con la teoría general de la inconstitucionalidad por omisión, las omisiones legislativas exigen como requisito básico la existencia de un *mandato expreso de legislar o encargo al legislador* contenido en una norma de rango constitucional, cuyo desacato por parte del poder legislativo sea el motivo que origine la omisión legislativa. Tratándose de derechos fundamentales la doctrina (Rangel Hernández, 2009) ha reconocido que, aun cuando el mandato de legislar no sea expreso, en estos casos existe un mandato de legislar que no se encuentra directamente en el texto constitucional, sino que viene implícito en la naturaleza de esos derechos, en cuanto mandatos de optimización, y por el principio de progresividad de los mismos, que obliga a todos los operadores jurídicos a realizar todas las conductas que sean necesarias para lograr su debido cumplimiento y garantizar su disfrute.

Por tanto, desde una perspectiva de derechos fundamentales, los principios materiales de justicia tributaria implican en abstracto un encargo al legislador que se desprende de la naturaleza propia de los derechos del contribuyente, por lo que las normas jurídicas que los contienen representan mandatos implícitos de actuación al legislador cuyo incumplimiento puede actualizar una omisión legislativa inconstitucional con motivo de su inobservancia.

Por otro lado, partiendo de la clasificación que suele distinguir entre omisiones legislativas de carácter absoluto y omisiones legislativas de carácter relativo, se debe reconocer que en materia tributaria las segundas son mucho más frecuentes que las primeras, debido a que aquellas pueden actualizarse tanto en normas jurídicas de derecho sustantivo como adjetivo, es decir, la deficiencia de la actividad legislativa puede crear vacíos en las normas fiscales que representan tanto obligaciones sustantivas como obligaciones formales del contribuyente, ya sea porque infrinjan el principio de igualdad tributaria o simplemente porque entrañen la ausencia de plenitud normativa al no regular expresamente alguno de los elementos esenciales del tributo. Por ejemplo, que entre los elementos que configuran la base imponible del impuesto, el legislador otorgue determinado beneficio fiscal (p. ej., alguna deducción, reducción o minoración) a las instituciones bancarias, excluyendo —sin aparente base objetiva y razonable que supere el juicio de proporcionalidad— al resto de los conceptos que integran el sistema financiero, negándoles participar de tal beneficio. Bajo esta óptica, las omisiones relativas, además de poder presentarse en normas adjetivas, pueden recaer en la obligación tributaria principal.

En cambio, las omisiones absolutas o totales tienen menor presencia, debido a que solo pueden cobrar vida en normas adjetivas o en aquellas que se traduzcan en obligaciones formales para el contribuyente y que se espera existan materialmente; más no pueden recaer sobre la obligación principal, pues suponer la inactividad absoluta del legislador en el ejercicio de la potestad normativa tributaria impediría al Estado allegarse de los recursos necesarios para el cumplimiento de sus fines y cubrir el gasto público, pues la función recaudadora de la potestad tributaria tiene como marco de referencia al principio de legalidad en sentido amplio, manifestado en la expresión latina *nullum tributum sine lege*, cuestión que hace imposible que el legislador omita crear las contribuciones necesarias para sostener el gasto público. Desde esta perspectiva, las omisiones absolutas son aquellas que solo recaen en normas de procedimiento y respecto de las cuales no existe regulación positiva, pero se espera exista alguna. Ocurriría en aquellos casos en que el legislador abro-

que un código, ordenanza o ley general tributaria y, al momento de expedir el nuevo ordenamiento, omite regular, por ejemplo, los plazos para la conclusión de las facultades de fiscalización de la administración tributaria.

La inactividad del legislador puede presentarse también en leyes fiscales de rango infraconstitucional que requieran de posterior desarrollo normativo para cobrar eficacia plena. Inclusive, estas situaciones también pueden actualizarse ante la falta de adecuación o armonización de la legislación tributaria nacional a los tratados para evitar la doble tributación —aquí ya no hablamos de un tema de inconstitucionalidad, sino de *inconvenionalidad* por omisión legislativa en materia tributaria—, y es precisamente en este tipo de instrumentos internacionales o leyes domésticas en las que también tienen cabida las omisiones absolutas.

Al margen de lo anterior, es indudable que cualquier omisión —relativa o absoluta— que se presente en la ley tributaria y que cumpla con los requisitos necesarios, vulnerará eventualmente el texto constitucional de uno u otro modo, bien porque haga nugatorios los principios materiales de justicia tributaria, bien porque cause inseguridad jurídica a los obligados tributarios con motivo de la falta de regulación legislativa expresa de determinado supuesto de hecho.

No obstante, la judicialización de las omisiones legislativas en materia tributaria no ha sido un tema pacífico. Hasta antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo en abril de 2013, se había negado a los contribuyentes, casi con carácter general, la posibilidad de reclamar la inactividad del legislador por las vías de la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y el juicio de amparo; sin embargo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al resolver el amparo en revisión 1359/2015, reconoció finalmente que las omisiones legislativas pueden ser reclamadas en el juicio de amparo, puesto que: 1) el término “omisiones” utilizado en el artículo 103, fracción I, constitucional permite entender que el poder legislativo puede ser autoridad responsable para efectos del juicio de amparo; 2) el texto constitucional no establece una causal de improcedencia expresa respecto de las omisiones atribuibles al legislador; 3) en el marco del juicio de amparo habrá omisión legislativa propiamente dicha cuando exista un mandato constitucional que establezca de manera precisa el deber de legislar y esa obligación haya sido incumplida total o parcialmente, y 4) es necesario reinterpretar el principio de relatividad de las sentencias de amparo conforme a la reforma de 10 de junio de 2011, que modificó el diseño constitucional del juicio de amparo, ampliando su espectro de protección, especialmente tratándose de derechos fundamentales que tienen una dimensión colectiva y/o difusa.

Pese a que el criterio de la SCJN respecto de la admisibilidad del juicio de amparo contra omisiones legislativas ha sido reiterado poco a poco por los tribunales del Poder Judicial de la Federación (el más reciente en julio de 2018 por una tesis aislada emitida por un tribunal colegiado de circuito), el principio de relatividad de las sentencias de amparo, junto a algunos otros impedimentos como la improcedencia de la declaratoria general de inconstitucionalidad respecto de normas tributarias y el principio de reserva de ley tributaria, continúan siendo límites en la búsqueda de reparo judicial frente a las omisiones legislativas en materia tributaria.

*Israel Santos Flores*

## 766. OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA EN COMPETENCIAS DE EJERCICIO OBLIGATORIO

Ausencia total de una ley cuya emisión ha sido ordenada expresamente en la propia constitución por el órgano constituyente o por el órgano revisor de la misma.

La Suprema Corte de Justicia la Nación ha sostenido que el sistema de facultades de las autoridades del Estado mexicano se expresa positivamente de varias maneras:

a) Prohibiciones expresas que funcionan como excepciones o modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas.

b) Facultades de ejercicio potestativo, es decir, el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida, y

c) Facultades de ejercicio obligatorio, o sea que el órgano está obligado a ejercer la facultad establecida en la Constitución (Suprema Corte mexicana, Controversia Constitucional 14/2005, en *SJFYG*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2333).

En el caso de existir un mandato específico para que se ejerza la facultad legislativa, el órgano legislativo no tiene la posibilidad de decidir si crea o no una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedir determinada ley. Este mandato es correlativo, por lo regular, a la existencia de normas constitucionales de eficacia mediata, o sea, que para su plena eficacia tales normas reclaman un desarrollo legislativo.

La Suprema Corte ha sostenido que el mandato concreto de crear una ley en específico puede encontrarse de manera expresa o implícita en las normas constitucionales, ya sea en su texto mismo o en su derecho transitorio. Por ejemplo, el art. 21, cuarto párrafo de la Constitución al prescribir que las resoluciones del ministerio público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley, le impuso, de manera implícita en su texto mismo, al legislador secundario (tanto federal como estatal) el mandato de crear una ley al respecto, o bien modificar las existentes.

Un ejemplo de mandato explícito de legislar contenido en disposiciones transitorias es el del art. 73, frac. XXIX-J, el cual prescribe que el Congreso tiene facultad para legislar en materia de deporte, estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la Federación, los estados, el Distrito Federal y municipios; asimismo de la participación de los sectores social y privado. En el decreto mediante el cual se adiciona tal frac., el art. transitorio segundo fijó un año como plazo máximo para la expedición de la ley reglamentaria de las atribuciones de la Federación en materia de deporte. La Suprema Corte mexicana ha sostenido que las normas transitorias cumplen con la función de establecer las obligaciones, parámetros y tiempos para la adecuación de los cambios normativos establecidos por el órgano de reforma constitucional (Controversia Constitucional 14/2005, en *SJFYG*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2337).

La controversia constitucional 326/2001 representa un ejemplo de la situación en la cual el legislador que tiene una obligación o mandato concreto consistente en expedir una ley determinada y *no lo hace*. El art. 115 de la Constitución federal fue reformado, entre otros, con el objeto de que el servicio

público de seguridad pública, tránsito y vialidad les sea transferido a los municipios. En una disposición transitoria el órgano revisor de la Constitución federal prescribió el plazo de un año como máximo para que las entidades federativas adecuaran las correspondientes normas constitucionales y legales. Al cabo de este plazo, el municipio de Toluca solicitó al gobierno del Estado de México la transferencia o municipalización del servicio referido, a lo que este se negó con base en el hecho de que aún no se habían adecuado las normas legislativas para hacerlo (*SJFyG*, Novena Época, t. XVII, mayo de 2003, Pleno y Salas, p. 964).

Cabe destacar que a la justificación esgrimida por el gobierno del Estado de México, la Suprema Corte respondió afirmando que la Constitución federal, en tanto que norma jurídica, vincula e impera sobre todos los sujetos políticos por igual, en el caso tanto al órgano legislativo como al ejecutivo; lo anterior implicaba que los órganos mencionados estaban obligados a hacer “todo lo que estuviera a su alcance para lograr el cumplimiento efectivo y oportuno” del mandato constitucional, el cual resultó incumplido.

En virtud de que durante la sustanciación de la controversia las normas constitucionales y legales estatales fueron adecuadas a la norma constitucional federal, la Suprema Corte resolvió declarar la invalidez del oficio del gobierno del Estado de México en el que se negaba la solicitud del municipio de Toluca y ordenarle a aquel que en un plazo de 90 días procediera a la transferencia del servicio público.

Otros ejemplos de este mismo tipo de omisión legislativa absoluta respecto de facultades de ejercicio obligatorio pueden ser las controversias constitucionales 46/2002 y 80/2004. Un ejemplo más puede serlo la controversia constitucional 4/2005, en la que la Suprema Corte consideró, entre otras cosas, que el Congreso del estado de Tlaxcala incurrió en una omisión legislativa absoluta de una facultad de ejercicio obligatorio, pues no había adecuado la Constitución estatal ni las normatividad secundaria a las normas constitucionales relacionadas con la independencia del Poder Judicial del estado, por lo que se le conminó para que “a la brevedad posible” cumpliera con el mandato constitucional (*SGFyG*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 1677).

*Carlos Báez Silva*

## 767. OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA EN COMPETENCIAS DE EJERCICIO POTESTATIVO

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el sistema de facultades de las autoridades del Estado se expresa positivamente de varias maneras, una de ellas consiste, precisamente, en las facultades de ejercicio potestativo, es decir, el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida.

En el caso de los órganos legislativos, una facultad de ejercicio potestativo no implica, evidentemente, una obligación, sino solo la *posibilidad* establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales, de forma tal que dichos órganos pueden decidir si ejercerá o no tal facultad y la oportunidad de hacerlo. En pocas palabras, en ese caso el órgano legislativo decide, libremente, si crea o no determinada norma jurídica y en qué momento lo hará.

Por lo que hace a las omisiones legislativas respecto de facultades de ejercicio potestativo, el control de su constitucionalidad se torna más complicado, en virtud de que no se está en presencia de un mandato concreto cuyo desacato torne evidente la infracción a la Constitución.

Imaginemos que, siendo las doce horas de un día muy soleado, entro a una habitación con amplios ventanales por los que se cuele gran cantidad de luz natural. Al entrar a la habitación no enciendo la luz artificial. Nadie podría sostener que he omitido encender la luz. Ahora imaginemos que entro a la misma habitación, pero al punto de la media noche, la cual es muy cerrada y no hay luna visible. Al entrar no enciendo la luz. Ahora sí se podría sostener que lo he omitido, por la simple razón de que era esperable que lo hiciera. Ahora agréguese al ejemplo el hecho de que existiera una norma que me facultara o me diera competencia para encender la luz. ¿Algo cambiaría?

Si estando facultado para encender la luz (o siendo competente para ello), el ejercicio de tal atribución me fuera potestativo (es decir, yo decido si ejerzo o no la facultad, y el momento de hacerlo), y, siendo las doce la noche, no ejerzo mi facultad o competencia, la omisión en la que incurriría sería consecuencia del contexto en el que no ejercí mi facultad o competencia potestativa, mas no de una violación a la norma que fija mi competencia o determina mi facultad. En tal caso no violaría directamente ninguna norma.

Pero, siguiendo con el experimento mental, si alguien tuviera derecho a leer en la mencionada habitación en la hora en que le plazca, la media noche por ejemplo, y, facultado en forma potestativa como lo estoy para encender la luz, no lo hago, no solo omito una conducta esperable, aunque no obligada, sino que, además, vulnero un derecho: el de quien teniéndolo para leer en la habitación en cualquier momento no puede ejercerlo. Si, en el extremo, resultare que tal derecho está constitucionalmente consagrado, en ese caso mi omisión violaría, de manera indirecta, la Constitución, pues una norma constitucional dejaría de ser eficaz en razón de mi omisión.

Es así que el legislador también incurre en una omisión legislativa inconstitucional cuando, a pesar de que no exista un mandato constitucional explícito para legislar, su omisión legislativa genera consecuencias normativas que vulneran derechos fundamentales. Esa sería una omisión absoluta de ejercicio potestativo.

Por otra parte, lo cierto es que no siempre se le imponen al legislador mandatos legislativos explícitos, sino que tal mandato es resultado de una interpretación sistemática y/o funcional de determinadas normas constitucionales. Por ejemplo, si bien no existe una prescripción constitucional federal que obligue a los poderes legislativos locales a actualizar o revisar la demarcación territorial de los distritos electorales uninominales de sus respectivos estados, bajo el criterio poblacional, lo cierto es que, a partir de una lectura sistemática y funcional de la Constitución federal, se puede llegar a la conclusión de que tales órganos legislativos están obligados a actualizar tal demarcación territorial, a menos, cada diez años, tras el más reciente censo general de población (SUP-JRC-511/2006, resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el cual, no obstante, no se entró al análisis de fondo, en virtud de que la reparación era material y jurídicamente imposible dentro de los plazos electorales).

Finalmente, cabe citar a Francisco Fernández Segado quien en *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado* (Madrid, 2009) señala que no diremos en modo alguno que el rol del legislador es el de mero ejecutor de la Constitución, equiparándolo de esta forma con el rol del poder reglamentario respecto de la ley. Aunque no fuera más que por la legitimidad democrática de que goza, es patente que el legislador se sitúa en una posición bien distinta respecto de la Constitución que la que tiene el poder reglamentario respecto de la ley, al margen ya de que los preceptos constitucionales, genéricos y abiertos como regla general, particularmente los de la parte dogmática de la Constitución, no imponen una única, exclusiva y excluyente, normación de desarrollo, sino que posibilitan una pluralidad de opciones que el legislador, en cada caso, habrá de concretar. Ello, sin embargo, no ha de entenderse como una libérrima capacidad decisoria. El legislador se halla sujeto a los mandatos constitucionales, que no puede ni debe ignorar, más aún cuando lo que está en juego es la plena vigencia de derechos constitucionalmente consagrados, pues como Häberle ha mostrado con claridad meridiana, la normatividad constitucional no es suficiente para la plena vigencia de los derechos; estos requieren normalmente del legislador. Este, atendiendo a criterios de oportunidad política, puede ciertamente graduar en el tiempo su intervención normadora, pero ello no extraña que, exigida constitucionalmente tal intervención, el legislador puede deferir indefinidamente su mediación. No vamos a entrar ahora a valorar la relevancia del elemento temporal o del plazo, algo de lo que nos ocuparemos con posterioridad. Sí diremos que en cuanto la inercia del legislador genere situaciones contrarias a las previsiones constitucionales o posibilite la pervivencia situaciones contradictorias con el marco constitucional, esa inercia estará impidiendo a plena vigencia constitucional y, por lo mismo, generando una acción constitucional que, por lógica, y a modo de principio general, debiera ser susceptible de algún tipo de control.

*Carlos Báez Silva*

**768. OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA  
EN COMPETENCIAS DE EJERCICIO OBLIGATORIO  
Y DE EJERCICIO POTESTATIVO**

Un sector de la doctrina (entre ellos Bidart Campos, 2003) ha enfatizado sobre la distinción entre competencias de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo. En términos amplios, se identifica a las primeras como aquellas que por naturaleza son imperativas y vinculantes, de tal suerte que el titular no puede negarse a su cumplimiento, ni demorarlo indiscriminadamente, so pena de violentar la norma de donde proviene dicha competencia; que para el caso que nos ocupa refiere a la propia Constitución. Mientras que las competencias de ejercicio potestativo (también llamadas facultativas, discrecionales o permisivas) son aquellas donde el constituyente otorga libertad al destinatario para su ejecución, quien deberá analizar la situación concreta, para determinar de acuerdo a las circunstancias, si ejercita o no dicha competencia y la oportunidad para hacerlo.

Entonces, los órganos del Estado detentan competencias potestativas cuyo cumplimiento es discrecional, de modo que su omisión no implica transgresión a la norma fundamental, e igualmente cuenta con competencias de

ejercicio obligatorio, que necesariamente deben ser atendidas o de lo contrario se actualiza una inconstitucionalidad por omisión, la cual podrá caer en el ámbito administrativo, legislativo o judicial. Como se verá, esta construcción doctrinal ha sido llevada al campo de las omisiones imputables al legislador.

En términos latos las omisiones legislativas hacen referencia a una ausencia de carácter normativo que puede ser atribuida a un órgano que tenga conferidas facultades para la expedición de algún tipo de normas; sin embargo, las omisiones legislativas relevantes para el *derecho procesal constitucional* son las que provienen de un mandato de legislar, en concreto de una competencia de ejercicio obligatorio. En términos más dogmáticamente correctos se habla de inconstitucionalidad por omisión legislativa, que se define como *la violación constitucional que se presenta por la falta de emisión, total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional, o de aquellas que se requieran para la armonización de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales; en ambos casos su expedición es ordenada por la propia norma fundamental y su omisión impide la eficacia plena de aquella* (véase *omisión legislativa*, consúltese Rangel, 2009).

Tradicionalmente las omisiones legislativas se han clasificado en absolutas o totales y relativas o parciales, según el grado de actividad desarrollada por el órgano en cuestión; en el primer caso no se desplegó ninguna actividad legislativa, es decir, hay un incumplimiento “total o absoluto” de la obligación de legislar, mientras que en el segundo, si se produjo una norma, pero hay un incumplimiento “relativo o parcial” toda vez que no se incluyó algún supuesto normativo, grupo, destinatario, derecho o prerrogativa que debió ser considerado en la misma, sin importar si esta se refiere a derechos humanos, competencias, garantías institucionales u otro tipo de derechos (véase *omisiones legislativas relativas o parciales*).

La conjunción de los elementos antes señalados lleva a hablar de omisiones legislativas respecto de competencias de ejercicio obligatorio y otras de competencias de ejercicio potestativo; aproximación teórica y jurisprudencial que ha sido ampliamente desarrollada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), lo que justifica las referencias que se harán a casos mexicanos.

La distinción entre el tipo de competencias es importante toda vez que será indispensable para determinar si una omisión legislativa es o no violatoria de la Constitución, criterio que puede ser utilizado de manera genérica en diferentes países.

La doctrina mayoritaria sobre la materia ha preferido referirse al mandato de legislar, como elemento constitutivo de una inconstitucionalidad por omisión (legislativa) o de una omisión legislativa inconstitucional. Este mandato hace referencia a una norma constitucional que establece una obligación específica al legislador sobre el dictado de algún tipo de normas (incluidas las referidas a derechos humanos); sin embargo, en ciertos casos y de acuerdo a la configuración de algunas garantías constitucionales también puede extenderse a otras autoridades a las que su propio marco normativo les asigne competencias materialmente legislativas, como por ejemplo gobernadores, ayuntamientos, entre otras, como sucede en Costa Rica, en algunas provincias de Brasil, así como en las entidades federativas mexicanas de Tlaxcala, Coahuila, Nayarit y Yucatán.

El señalado mandato de legislar puede identificarse, para el caso que nos ocupa, con una competencia —de legislar— de ejercicio obligatorio. Entonces, no atender al mandato —no ejercer oportunamente una competencia de ejercicio obligatorio— traerá como consecuencia la calificación de inconstitucionalidad de dicha conducta omisiva, lo que en la especie se traducirá en una omisión legislativa inconstitucional o dicho de otra manera en una inconstitucionalidad por omisión legislativa.

La SCJN ha sostenido sobre las de ejercicio potestativo que “la competencia, en sentido estricto, no implica una obligación: es simplemente la posibilidad establecida en el ordenamiento jurídico de crear, modificar o suprimir normas generales”. Sobre las de carácter obligatorio ha señalado que “en este tipo de competencias el órgano legislativo no tiene la opción de decidir si crea o expide una norma general determinada, sino que existe un mandato o una obligación a su cargo de expedirla o crearla, que puede encontrarse expresa o implícitamente en el texto de las propias normas constitucionales, o en el de sus disposiciones transitorias” (Órganos Legislativos. Tipos de facultades o competencias derivadas del principio de división funcional de poderes, Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1528).

Teniendo en cuenta lo anterior, la SCJN generó una clasificación de las omisiones en relación con el tipo de competencia de la que provienen: *a)* absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; *b)* relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; *c)* absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga, y *d)* relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1527).

A partir de los criterios generales antes señalados, cuando se presenta ante la SCJN un caso relacionado a una omisión legislativa, se realiza el ejercicio de clasificación para determinar la procedencia de la acción intentada y en su caso declarar la violación a la Constitución.

Destacan los siguientes pronunciamientos judiciales sobre las omisiones legislativas: “Facultad o competencia obligatoria a cargo de los congresos estatales. Su omisión absoluta genera una violación directa a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1365).

“La falta de previsión de las sanciones que deban imponerse ante las faltas en materia electoral, es una omisión clasificable como relativa en competencia de ejercicio obligatorio” (Novena Época, Pleno, SJF y su Gaceta, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2324).

“La falta de regulación del límite de sobrerrepresentación del partido dominante en el congreso del estado de Tamaulipas es una omisión clasificable como relativa en competencia de ejercicio obligatorio” (Novena Época, Pleno, S.J.F. y su Gaceta, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2325).

*Laura Rangel Hernández*

769. **OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA O PARCIAL**

Las omisiones legislativas en sentido lato refieren una ausencia normativa atribuida a un órgano que tenga conferidas facultades para la expedición de algún tipo de normas; sin embargo, las omisiones legislativas relevantes para el derecho procesal constitucional son aquellas que provienen de un mandato de legislar, en concreto, de una competencia de ejercicio obligatorio.

En términos dogmáticos, la inconstitucionalidad por omisión legislativa es definida como “la violación constitucional que se presenta por la falta de emisión, total o parcial, de normas secundarias de desarrollo constitucional, o de aquellas que se requieran para la armonización de la legislación secundaria a nuevos contenidos constitucionales; en ambos casos su expedición es ordenada por la propia norma fundamental y su omisión impide la eficacia plena de aquella” (Rangel, 2009).

El análisis constitucional de las omisiones legislativas depende del sistema de control y las garantías constitucionales que haya adoptado cada país o entidad federativa. Si bien es todavía debatido su control, se aprecia un aumento en su aceptación en varios países mediante la adopción de acciones procesales específicas para este tipo de vicio, o bien, con una respuesta jurisprudencial en el resto de los procesos constitucionales, tanto en la vía abstracta como en la concreta. En este último caso existen experiencias exitosas en juicios como el amparo y sus homólogos, en donde se resuelve la afectación en el caso concreto e, inclusive, algunas veces se logra una proyección más amplia a los efectos a través de sentencias atípicas, como las interpretativas, aditivas o exhortativas.

La distinción entre omisión legislativa absoluta y relativa proviene de la obra de Wessel (1952), para quien la diferencia subyace en que en las absolutas no se ha producido ningún tipo de actividad legislativa encaminada al desarrollo de algún precepto constitucional, en tanto que en las relativas la norma expedida ha dejado de considerar a algunos grupos específicos, lo que provoca afectación a derechos humanos y, consecuentemente, transgresión al principio de igualdad. Esto es, el análisis constitucional opera en la actividad realizada por el legislador y no en su abstención, debiéndose reconducir a una inconstitucionalidad común y analizándose la falta de completitud de la norma expedida (Fernández Rodríguez, 1998, y Fernández Segado, 2009). Otro sector refiere omisiones legislativas totales o parciales, según el grado de actividad desplegado por el legislador, entendiéndose de manera homóloga las omisiones relativas o parciales y las absolutas o totales.

En las omisiones legislativas relativas frecuentemente se excluyen a ciertos grupos o se omite algún supuesto normativo que debió considerarse en atención al contexto y mandato constitucional o se sugiere la posible violación al debido proceso (Bazán, 2014). También pueden presentarse omisiones relacionadas con garantías institucionales, el ejercicio de competencias por parte de autoridades, etc., es decir, no solo se configuran en disposiciones sobre derechos humanos. Para la Corte Constitucional colombiana, “el legislador incurre en una omisión legislativa relativa cuando ha regulado de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional; o cuando de dicha insuficiencia de regulación (omisión de una condición o un ingrediente que de acuerdo con la C sería exigencia esencial para armonizar con ella) o

incompleta reglamentación, conduce a la violación del derecho a la igualdad” (sentencia C-1549, 2000).

Con el paso del tiempo, las omisiones legislativas relativas han adquirido identidad propia, por lo que la mayoría de los tribunales constitucionales estudian la conducta omisiva del legislador de manera directa a través del análisis de la norma emitida, declarando, en su caso, la existencia del vicio (omisión inconstitucional) respecto de aquellas partes, supuestos o sujetos que no fueron contemplados, por lo cual se le ha identificado como una deficiente regulación. Esto significa que no es necesario reconducir el vicio a una inconstitucionalidad común (de carácter positivo); sin embargo, todavía no hay unanimidad al respecto, por ejemplo, la SCJN lo ha hecho en las acciones 22/2001, 23/2001, 24/2001, 27/2002 y 24/2004, y en la controversia 1/2007, etcétera.

*Experiencia procesal constitucional en México.* Mediante criterios jurisdiccionales se ha determinado que *en el juicio de amparo resulta improcedente todo tipo de omisión legislativa*, ya que conminar a la expedición de la norma omitida, y su eventual cumplimiento, no es congruente con el principio de los efectos particulares de la sentencia de amparo (J, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVIII, 2008, p. 43). No obstante, nuevos desarrollos, junto con las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo de 2011, permiten ser optimistas en cuanto a su posible control, por ejemplo con la tesis “Omisión legislativa o reglamentaria. Hipótesis en que es procedente el amparo indirecto” (Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, t. IV, 2016, p. 2995); criterio acertado, al resolverse de manera particularizada la violación a los derechos humanos del quejoso, aunque siempre será necesaria una vía que permita la corrección de manera general. También se ha dictado un criterio minoritario que señala que debe analizarse en amparo la violación al principio de igualdad cuando hay “un trato desigual por exclusión tácita” (Novena Época, 1a. Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 2010, p. 167).

Después de un complicado inicio, se reconoció que *la acción de inconstitucionalidad es una vía procedente para el análisis de omisiones legislativas relativas* (Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXX, 2009, p. 701): 118/2008, 7/2009, 8/2009, 9/2009, 21/2009, 27/2009, 29/2009, 30/2009, 31/2009, 39/2009, 41/2009, 14/2010, 15/2010, 16/2010 y 17/2010. En tanto que *la controversia constitucional ha dado lugar a ambos tipos de omisiones*. En el caso de las relativas, destacan asuntos en los que se ha analizado el vicio (1/2007, 25/2008, 49/2008, 138/2008, 61/2010, 88/2010, 74/2011, 79/2013) y en otras se ha declarado la improcedencia (5961/2006, 63102/2006 y 104/2006). En ambos tipos de procesos se ha destacado la necesidad de expedir la legislación omitida, pero en ciertos casos se ha declarado la improcedencia y consecuente sobreseimiento; mientras que en otros se ha alegado la omisión sin comprobarse, o no se demuestra la competencia para legislar, o se presentan dificultades de competencia o legitimación, o no se logran las mayorías necesarias para la declaratoria (véase omisiones legislativas relativas en competencias de ejercicio obligatorio).

Por lo que respecta a las *omisiones absolutas*, a nivel internacional se aprecia una tendencia reiterada, que no unánime, por no admitir su control, como en Colombia y España. En México, la SCJN ha admitido su control vía contro-

versía constitucional (46/2002, 80/2004, 82/2004, 83/2004 y 14/2005); sin embargo, determinó la improcedencia de las omisiones absolutas en la acción abstracta de inconstitucionalidad aduciendo la incompatibilidad del vicio con las características propias de la acción, principalmente debido a la ausencia de norma, como sucedió en la 7/2003 sobre la falta de expedición de normas locales derivadas de una reforma a la Constitución de Tabasco, y en la 79/2008 por no haberse expedido la ley de justicia para adolescentes en Guerrero, a pesar de existir un mandato expreso en un artículo transitorio del decreto de reformas a la Constitución federal con un plazo específico para ello (Rangel, 2013). Este criterio se reitera en la acción 37/2014. Si bien existen claras dificultades para el control de las omisiones absolutas, existen casos como el previamente señalado, derivados de las continuas reformas a la Constitución mexicana, en los que el mandato se encuentra en los artículos transitorios que determinan de manera expresa y clara el tipo de normas que deben expedirse, así como el plazo en que debe hacerse. Todo ello debería tomarse en cuenta para permitir el control constitucional de su incumplimiento y, por tanto, ofrecerse una solución favoreciendo la regularidad del orden jurídico, garantizando el acceso a la justicia constitucional y logrando la eficacia de la Constitución.

*Laura Rangel Hernández*

#### 770. ORGANISMO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO

Los estudios sobre los organismos constitucionales autónomos típicamente recurren en primer lugar a la definición de “órgano constitucional” de Manuel García-Pelayo. Este autor retoma los escritos de Santi Romano para ubicar la naturaleza del nuevo Tribunal Constitucional español dentro del orden jurídico de aquel país. Específicamente, García-Pelayo sostiene que este Tribunal cuenta con el mismo “status” que los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, rompiendo así con la fórmula tripartita de división de poderes heredada de Montesquieu.

De acuerdo con García-Pelayo, los órganos constitucionales autónomos reúnen cuatro características fundamentales. 1) Están explícitamente “establecidos y configurados” por la Constitución, es decir, el texto de la Constitución debe especificar con detalle la composición del órgano, los métodos de designación de sus titulares, su sistema de competencias así como su estatus jurídico. 2) Deben ser “constitutivos” en cuanto sus funciones serían necesarias para el buen funcionamiento del “modelo de Estado” establecido en la Constitución. Si la desaparición del órgano no causaría mayores obstáculos para el desarrollo normal del sistema constitucional, entonces estaríamos apenas ante un órgano de “relevancia” constitucional. 3) Los órganos constitucionales deben participar directamente “en la dirección política del Estado”. Ello implica que deben ser instancias que no se limiten a aplicar o a interpretar normas diseñadas por otras instituciones, sino que determinen por ellas mismas las políticas y lineamientos generales de actuación de las autoridades públicas. 4) Deben existir “la paridad de rango y las relaciones de coordinación”. El órgano no puede estar subordinado a ningún otro órgano o poder del Estado ni puede ser aislado, sino que debe mantener una coordinación e interacción constante.

Este fundacional análisis de García-Pelayo no debe ser aplicado irreflexivamente al análisis de los organismos autónomos contemporáneos de Améri-

ca Latina como los *ombudsmen*, los institutos electorales, los bancos centrales o los organismos de combate a la corrupción que tienen una naturaleza distinta a la de un Tribunal Constitucional. Tal y como lo ha afirmaba Jorge Carpizo, “algunas características de ambos órganos ciertamente coinciden, pero el órgano constitucional al que se refiere García-Pelayo es completamente diverso de un órgano constitucional autónomo”.

Dado lo problemático que resulta la aplicación estricta de las categorías de García-Pelayo a la realidad latinoamericana actual con su diversidad de diferentes órganos autónomos, los tratadistas generalmente han preferido lo que podría llamarse un enfoque “negativo” o “minimalista” con respecto al tema. Por ejemplo, José Luis Caballero, Jaime Cárdenas e Ileana Moreno todos definen a los organismos autónomos simplemente como “entes jurídicos” que no dependen orgánicamente de los Poderes Ejecutivo, Judicial o Legislativo. De acuerdo con estos autores, no hace falta cumplir con una serie de características estrictas para llegar a ser un organismo constitucional autónomo, sino que es suficiente simplemente contar con un respaldo constitucional explícito y no formar parte de los otros órganos del Estado.

Desde la década de los ochenta el mundo ha experimentado una ola internacional de creación de cientos de nuevos organismos autónomos. Esta revolución global en el diseño del Estado moderno sin duda pone en cuestión las teorías clásicas de división tripartita de poderes. México sobresale como un caso ejemplar en esta tendencia mundial. La reforma del Estado en México se ha ejercido en gran medida por medio de la creación de nuevos organismos autónomos y “cuasi-autónomos”. Durante los últimos años se le ha otorgado autonomía constitucional al Instituto Federal Electoral (IFE), a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), al Banco de México (BM) y al Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI). Asimismo, se han creado organismos cuasi-autónomos como el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI) y el Consejo de la Judicatura Federal (CJF), aumentándose, por otra parte, la autonomía de la Auditoría Superior de la Federación (ASF).

Sin embargo, con la excepción de Venezuela y Ecuador, y en menor medida Bolivia y Colombia, las Constituciones de América Latina todavía no reflejan de manera integral el surgimiento de este nuevo poder del Estado. Por ejemplo, en México, de acuerdo con una lectura estricta del primer párrafo del art. 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) los organismos constitucionales autónomos no tendrían cabida alguna dentro del orden jurídico mexicano: “El supremo poder de la Federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial”. Al no formar parte de los poderes tradicionales del Estado, estos organismos no comparten el “supremo poder de la Federación” y por lo tanto no podrían ejercer autoridad pública alguna.

Para atender esta situación, en 2007 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) desarrolló una jurisprudencia que finalmente aclaró el rol de estos organismos dentro del orden jurídico mexicano. Este criterio implica un avance importante en la teoría constitucional mexicana ya que realza el papel fundamental que juegan los organismos constitucionales autónomos en la gestión de la autoridad pública.

*John Mill Ackerman Rose*

771. **ÓRGANO DE ACUSACIÓN EN EL JUICIO POLÍTICO**

El juicio político es un procedimiento de control legislativo previsto en la Constitución, que se desahoga en ambas cámaras. Fue diseñado para sancionar a un número determinado y específico de servidores públicos federales: senadores, diputados, ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de despacho, el fiscal general de la república, los magistrados de circuito y los jueces de distrito, el consejero presidente, los consejeros electorales y el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los integrantes de los órganos constitucionales autónomos, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a estas y fideicomisos públicos, al igual que el auditor superior de la federación.

Son también susceptibles del juicio político federal los gobernadores, diputados locales, magistrados de los tribunales superiores de justicia, los consejeros de la judicatura de las entidades federativas y los titulares de los órganos constitucionales autónomos locales. En el caso de estos servidores públicos, el juicio político federal procede por violaciones graves a la Constitución y a las leyes federales y el manejo indebido de fondos y recursos federales. En estos supuestos, la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las legislaturas locales para que estas procedan como corresponda.

Las sanciones en el juicio político pueden ser la destitución en el cargo y la inhabilitación, o solamente esta en el caso de que el funcionario no se encuentre ya en funciones y cuando el juicio político se inicie dentro de un año después, como indica el primer párrafo del artículo 114 constitucional.

El artículo 109 de la Constitución indica que cualquier ciudadano puede denunciar con elementos de prueba y bajo su más estricta responsabilidad a los servidores públicos susceptibles de juicio político. Este no procede por la mera expresión de las ideas. De acuerdo con el artículo 7 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, las conductas sancionables por el juicio político son: 1) el ataque a las instituciones democráticas; 2) el ataque a la forma de gobierno republicano, representativo y federal; 3) las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales y sociales; 4) el ataque a la libertad del sufragio; 5) la usurpación de atribuciones; 6) cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la federación, a uno o varios estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones; 7) las omisiones de carácter grave, en los términos de la fracción anterior, y 8) las violaciones sistemáticas o graves de los planes, programas y presupuestos de la Administración pública federal.

De conformidad con el párrafo cuarto del artículo 110 de la Constitución, para la aplicación de las sanciones, la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión de aquella Cámara, después de haber sustanciado el procedimiento y con audiencia del inculcado.

La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (art. 10) establece que, tras la ratificación de la denuncia de juicio político ante la Secretaría General de la Cámara de Diputados, esta deberá turnarse a la Subco-

misión de Examen Previo, que se integra por 14 diputados de las Comisiones Unidas de Gobernación y Justicia.

Esta Subcomisión tiene como tarea analizar la legitimación de las partes y determinar presuntivamente la existencia de las infracciones. Resuelve por mayoría si ha lugar o no a la supuesta responsabilidad y el inicio del procedimiento, o si procede desechar la denuncia de plano.

El artículo 12 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos señala que la decisión de la Subcomisión de Examen Previo puede revisarse por el Pleno de las Comisiones de Gobernación y Justicia, siempre que lo soliciten al menos 10% de sus miembros.

Si el inicio del procedimiento es acordado por la Subcomisión de Examen Previo, se turna el asunto a la Sección Instructora. Después de la reforma de 1999 a la Ley Orgánica del Congreso General, se incorporó como Comisión ordinaria de la Cámara de Diputados a la Comisión Jurisdiccional, que tiene como atribución principal ordenar la participación de cierto número de sus integrantes dentro de la Sección Instructora (son cuatro los integrantes de esta última).

La Sección Instructora tiene como competencias practicar todo tipo de diligencias para la comprobación de las conductas imputadas, admitir y desahogar las pruebas, dar vista al denunciado y defensores, aceptar las pruebas y alegaciones del denunciado y, finalmente, formular sus conclusiones.

Una vez precisadas las conclusiones, la Sección Instructora las envía a la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, la que cita, a través de su presidente, al Pleno de la Cámara para resolver sobre las acusaciones y responsabilidades. En la fecha de celebración del Pleno de la Cámara de Diputados, esta se erige como órgano de acusación, previa declaración del presidente de la Mesa.

Una vez en conocimiento del Pleno de los diputados, se dispone que algún secretario de la Mesa dé lectura a las constancias de autos, así como a las conclusiones presentadas por la Sección Instructora. Posteriormente, se da la palabra al denunciante y, a continuación, el servidor público imputado y/o su defensor expresan lo que a su derecho convenga. Es posible que el denunciante pueda replicar los alegatos y razones del servidor público y/o de su abogado, lo que implicaría que estos también se manifiesten en contra de esa réplica.

Cuando concluye esta etapa, el denunciante y el servidor público denunciado, junto con su abogado defensor, se retira del recinto parlamentario y el Pleno de la Cámara procede a discutir y votar las conclusiones propuestas por la Sección Instructora.

Si la mayoría absoluta de los presentes en el Pleno de los diputados votan a favor de las conclusiones de la Sección Instructora, la Constitución determina que la Cámara baja actúe como órgano de acusación.

El párrafo quinto del artículo 110 señala: “Conociendo de la acusación la Cámara de Senadores, erigida en jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente mediante resolución de dos terceras partes de los miembros presentes en la sesión, una vez practicadas las diligencias correspondientes y con audiencia del acusado”. Para que el Senado resuelva en definitiva, la Comisión Jurisdiccional conforma previamente la Sección de Enjuiciamiento.

Esta emplaza a la Comisión de los diputados encargada de la acusación, al acusado y al defensor para que presenten sus alegaciones.

Una vez que concluye el trabajo de la Sección de Enjuiciamiento mediante la elaboración de sus conclusiones, el presidente de la Mesa Directiva del Senado anuncia la formalización del Senado como jurado de sentencia dentro de las 24 horas siguientes a la recepción de las conclusiones. El Pleno del Senado oye las alegaciones de las partes, quienes después de alegar abandonan el recinto parlamentario, y el Pleno vota las conclusiones de la Sección de Enjuiciamiento. Si la resolución determina la conformidad con el juicio político, el presidente de la Mesa hace la declaratoria, la que establecerá las sanciones de destitución y/o inhabilitación. Las decisiones de ambas cámaras son inatacables.

*Jaime Cárdenas Gracia*

#### 772. **OVERRULING**

En el ámbito de la teoría del precedente vinculante, el *overruling* indica la abrogación de una regla enunciada en un juicio anterior y la sustitución con una nueva regla. Realizando una simplificación se puede diferenciar el *distinguishing* del *overruling*. A través del primero, el juez de *Common Law* se aleja de un precedente sin sustituirlo; mientras que en segundo caso “elimina” del sistema de las fuentes la regla previamente elaborada por un tribunal inferior. Por lo que respecta las cortes superiores, generalmente pueden *overrule* los propios precedentes. Empero, debe recordarse que la *House of Lords* británica, al contrario de la Suprema Corte estadounidense, no es jurídicamente vinculante por los propios precedentes sino a partir de 1966. El *overruling* no debe confundirse con el *reversal of judgment*, el cual hace referencia a la anulación, en apelación, de una sentencia impugnada.

*Sara Pennicino*  
(traducción de Mario Cruz Martínez)



encia Carrasco · Luiz Guilherme Marinoni · José Her  
Hernández Parra · Joaquín A. Mejía Rivera · Hiram R  
César Nava Escudero · Salvador O. Nava Gomar · Ma  
odoy · Néstor Pedro Sagués · Moll · Pedro Esteban  
ami Ordóñez · J. Jesús Orozco Henríquez · Víctor O  
Villena · Roberto Romboli · Felipe Paredes Paredes ·  
os Hernández Toledo · Andrea Pons Loyo · Andrea Z  
dez Toledo · Carlos Pérez Vázquez · César Enrique O  
ández Torres · Daniel Álvarez Toledo · Ana Paulina C  
ezada · Janine M. Otálora Malassis · Eduardo Alcaraz  
s · Jorge Mario Pardo Rebolledo · Alberto Saíd · Herna  
Mendoza García · Catalina Botero · Javier Tajadura T  
ván · César Landa Arroyo · Óscar Parra Vera · José Ar  
aseca · Susana Thalía Pedroza de la Llave Torruco · Jo  
Carlos Cruz Razo · Cristina Blanco Vizarreta · Juan M  
ández · Diego Valadés · Eloisa Denia Cosimo · Julio C  
lorales · Federico De Fazio · Luiz Alberto David Arauj  
Zilbeti Pérez · Giorgia Pavani · María Alejandra de la  
rellano · Jaime Cárdenas Gracia · María del Pilar Her  
nael Núñez Torres · Javier García Roca · Miguel Mend  
Pablo González Domínguez · Mario Cruz Martínez  
Gil · Juan Manuel Acuña · Sandra Gómora Juárez · Ye  
Bartlett · Osvaldo A. Gozaini · Patricia Kurczyn Villal  
María Teresa Pérez Cruz · Sofía Galván Puente · And  
Bofill · Ana Giacomette Ferrer · Set Leonel López Gi  
Olvera · Carmen Morte Gómez · Lucio Pegoraro · Pa  
López Vergara Newton · Humberto Nogueira Alcalá  
rmen Macías Vázquez · Aída Díaz-Tendero · María I  
ez · Luis Felipe Nava Gomar · Rogelio Flores Pantoja  
es Sánchez · Alfonso Herrera García · Namiko Matzur  
Mavčič · Mariela Morales Antoniazzi · Raúl Manuel



## 773. PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD

Como en el léxico común, el lema “parámetro” indica un término de referencia, de confrontación, utilizado por los tribunales constitucionales para verificar la constitucionalidad del objeto puesto en la base del juicio.

Cabe destacar que el contenido del parámetro (o, dicho de otra forma, bloque de constitucionalidad) no varía solo de un ordenamiento a otro, sino también en el interior de un mismo ordenamiento, bien puede cambiar en función del tipo de juicio pendiente ante el tribunal constitucional.

Afirmar que el parámetro está constituido por la Constitución parece evidente y, al mismo tiempo, incompleto; el parámetro es más amplio.

En primer lugar, hay que observar la extensión textual de las Constituciones. Estas, a veces, no incluyen directamente en el texto algunas materias constitucionales (ejemplo histórico: el *Bill of Rights* fue incorporado en la Constitución de los Estados Unidos de América algunos años después de su aprobación), por lo cual es necesario realizar una ampliación del parámetro con el fin de ejercitar un pleno control de constitucionalidad de las normas. El *Conseil constitutionnel* francés, por medio de la decisión núm. 71-44 DC de 16 julio 1971 ha reconocido valor jurídico pleno al preámbulo de la Constitución de 1958 (que hace referencia a la declaración de los derechos de 1789, al preámbulo de la Constitución de 1946 y a los principios fundamentales de las leyes de la República), y lo ha incorporado en el *bloc de constitutionnalité*. Eso ha abierto las puertas al control de las normas respecto de los derechos y de las libertades enunciadas, precisamente, en la parte que precede al texto constitucional, transformado el Consejo en un verdadero “tribunal de los derechos”. También en Bélgica, la extensión del parámetro al título II de la Constitución (“Los belgas y sus derechos”) permitió delinear el rol de la (antigua) *Cour d'Arbitrage* (inicialmente, un juez de los conflictos de competencia entre el Estado, las regiones y las comunidades lingüísticas) que se convirtió en una moderna *Cour constitutionnelle*.

En segundo lugar, el parámetro puede incluir otras fuentes —no constitucionales— internas al ordenamiento nacional. Es el caso de las llamadas normas interpuestas, es decir disposiciones sin rango constitucional, previstas en las Constituciones, cuya violación configura una violación indirecta de la carta. Son tales, por ejemplo, las *ordonnances organiques* francesas, que implementan la Constitución de 1958 (y no pueden ser modificadas “*dans le même esprit*” y forman parte del núcleo duro - decisión núm. 60-6 DC du 15 janvier 1960); las leyes orgánicas de aprobación de los estatutos de las Comunidades autónomas españolas; las leyes de delegación italianas y españolas; a veces los reglamentos parlamentarios (aunque los tribunales constitucionales son poco propensos a utilizarlas como parámetro porque privilegian el principio de autonomía de las cámaras); otras fuentes previstas por los singulares ordenamientos constitucionales (ejemplo, las leyes básicas, generales o marco estatales usadas como parámetro respecto a las leyes de los entes territoriales, como en España y Portugal); algunos principios derivados de la jurisprudencia constitucional y, a veces, las convenciones (las cortes supremas de Canadá e Israel las han empleado como parámetro de ciertas normas primarias y, en general, las han usado en la interpretación).

En tercer lugar, se debe evidenciar la propensión a medir fuentes externas al ordenamiento nacional como los tratados, las convenciones internacionales y, sobre todo, las declaraciones de tutela de los derechos, típica de los países

que en los últimos decenios han reformado o adoptado una nueva Constitución. Los precursores en este sentido son los ordenamientos español (art. 10.2 de la Constitución) y portugués (art. 16.6 de la Constitución), por los cuales tales fuentes no son elevadas como normas parámetro, sino constituyen por lo regular un vínculo interpretativo de las normas dedicadas a los derechos. Los tribunales constitucionales de ambos países han potenciado así la tutela de los derechos fundamentales; sin embargo, esto no significa abrir las puertas a nuevos derechos, sino usar los tratados internacionales “para configurar el sentido y alcance de los derechos que (...) recoge la Constitución” (TC español 38/1981). Ambas experiencias han influenciado diversos ordenamientos latinoamericanos y de Europa del Este, algunos de los cuales han abierto el parámetro, entre muchos otros, a estas fuentes internacionales (incorporan expresamente las fuentes internacionales en el bloque de constitucionalidad, por ejemplo, en América latina: Colombia y Venezuela, en Europa del Este: Eslovenia y Eslovaquia).

La circunstancia de que hoy la actividad de las cortes se basa especialmente en la jurisdicción de las libertades se da incluso por la ampliación o dilatación del parámetro: si ello se debilita, el rol de las cortes se relega principalmente a la actividad de regulación y vigilancia del reparto de competencias. Por el contrario, la ampliación del parámetro, en relación a la función de tutela de los derechos, permite a las cortes expandir su propia actividad ocasionando, en algunas ocasiones, la modificación del papel del órgano y de la relación con los otros órganos constitucionales.

Este elemento puede afectar también las clasificaciones de los sistemas de justicia constitucional (véase justicia constitucional-clasificaciones); si ponemos en el centro del razonamiento la tutela de los derechos, se nota que —prescindiendo de los elementos basados en el carácter del control (abstracto/concreto; preventivo/sucesivo; concentrado/difuso) hoy todavía enfatizados por la doctrina en el estudio de los modelos de justicia constitucional— la amplitud del parámetro parece ser el elemento tendencialmente unificador de la justicia constitucional, entendida cada vez más como jurisdicción de las libertades. El parámetro parece abrir paso a una clasificación distinta de los ordenamientos en dos grandes bloques: los que usan como parámetro la sola Constitución y los que innovan extendiéndolo a otras fuentes, en particular los tratados internacionales en tema de derechos, siendo un “meta-criterio” de clasificación (pues no sustituye a los demás, sino los usa para poder afirmar, y luego opera autónomamente como elemento unificador de la justicia constitucional actual).

La tendencia a dilatar el parámetro no concierne solo a la justicia constitucional, sino involucra también a las jurisdicciones estatales y extra-estatales.

Cada vez más a los jueces se les pide realizar el control de convencionalidad de las normas a aplicar respecto a cartas de derechos universales o “regionales”. Es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de los países que han adherido o de la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, que a veces ha quebrado equilibrios históricos entre poderes de antiguas democracias (la *incorporation* con lo *Human Rights Act 1998* impone a los jueces del Reino Unido conciliar los actos normativos internos de rango primario con sus disposiciones e interpretar la ley estatal con sus normas, teniendo en cuen-

ta el “judgement, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights”.

En Europa, la inclusión de la Carta de Niza en el Tratado de Lisboa ha llevado al tribunal de justicia a extender su parámetro de juicio (aunque en las primeras sentencias, la mención de la carta no se ha hecho como argumentación, haciendo superfluo este nuevo parámetro).

*Giorgia Pavani*

#### 774. PARIDAD POLÍTICA

La lucha de la mujer por abrirse espacios en la vida pública y política del Estado en condiciones de igualdad con el hombre se remonta siglos atrás cuando muchas mujeres valientes comenzaron a alzar la voz exigiendo tanto la emancipación femenina como la auténtica universalidad de los derechos humanos. Y es que el respeto y garantía del derecho a la igualdad que pareciera fundamental en cualquier Estado que se jacte de ser democrático, se han visto obstaculizados por una cultura patriarcal en la que los estereotipos de género han desplazado a los valores democráticos (Del Valle y Hernández, en Espíndola y Flores, 2019).

Un ícono de esta lucha lo representa Olympe de Gouges quien, en 1793, fue condenada a la guillotina por defender los derechos de las mujeres al proclamar la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana —entre otras acciones—. Se trata de un referente histórico icónico, pues su trabajo y pensamiento trascendió a la arena de los derechos políticos. En efecto, Olympe defendió incansablemente el derecho de toda mujer a recibir un trato en condiciones de igualdad en relación con los hombres, tanto en su vida pública como en la privada, haciendo énfasis en la posibilidad de ejercer el derecho al voto y asumir cargos públicos. Ella, como toda mujer de su época, fue constantemente marginada por su sexo, origen, clase social y cultura; incluso, fue excluida de todo aprendizaje y educación, empero, sin temor buscó abrirse caminos para ser escuchada, para poder debatir públicamente y para ejercer sus derechos como mujer.

Ha implicado una ardua labor, a lo largo de los años, construir el andamiaje social, cultural, jurídico y político indispensable para lograr el fin anhelado: la igualdad de hombres y mujeres en el reconocimiento, respeto y garantía de los derechos políticos. Si bien se trata de una lucha inacabada, la materialización de estos esfuerzos comenzó a principios del siglo pasado cuando, finalmente, la mujer empezó a dejar de ser *invisibilizada*, *discriminada*, *excluida* y *silenciada* de la vida pública, y le fueron reconocidos sus derechos políticos.

Fue así que, en 1948, nace la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer y, con ello, el reconocimiento por parte de los Estados de que: “el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo” (art. 1).

Asimismo, en 1966, se reconoció en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que tanto hombres como mujeres gozan de los derechos civiles y políticos contenidos en dicho instrumento en condiciones de igualdad; para después establecer en el artículo 25 que, sin distinción alguna, todos los ciudadanos tienen derecho a: “[...] a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b)

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; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

Otros instrumentos internacionales que también han proclamado la igualdad sustantiva de las personas, con independencia de su género, para acceder a las funciones públicas del Estado y poder participar en los asuntos públicos, así como la prohibición de la discriminación y la obligación de garantizar los derechos civiles y políticos, son la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), de 1979, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), de 1994.

En México, los cambios sustanciales comenzaron en la década de los cincuenta, cuando el entonces presidente de la República, Adolfo Ruiz Cortines, impulsó la reforma constitucional del artículo 34, logrando así que el 3 de julio de 1955 las mujeres pudieran votar por primera vez en las elecciones federales para elegir diputaciones, senadurías y gubernaturas.

Si bien lo anterior fue un paso importante, el evidente contexto asimétrico en que hombres y mujeres se desarrollaban en el ejercicio político propició la implementación de acciones afirmativas entendidas como “[...] medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer” (art. 4 CEDAW), esto a efecto de lograr compensar la brecha material existente entre ambos. De esta forma, las primeras acciones afirmativas implementadas en el país para lograr la paridad fueron las cuotas de género.

Así, en un país donde más de la mitad de la población está conformada por mujeres, era imperante buscar mecanismos que permitieran involucrarlas en la toma de decisiones públicas y, por ello, de manera gradual y paulatina se han ido generando importantes cambios en materia de paridad política respecto de los distintos espacios públicos y momentos en los que una persona puede involucrarse en la vida del Estado, tanto en el ámbito legislativo como en el jurisprudencial. Veamos.

En 2013, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) emitió la sentencia SUP-JDC-1080/2013 en la que determinó la validez de los “lineamientos del concurso público 2013-2014 para ocupar cargos y puestos del servicio profesional electoral” emitidos por el otrora Instituto Federal Electoral, donde se invitaba exclusivamente a las mujeres a participar en el concurso abierto para ingresar al servicio profesional electoral. Dicho fallo supuso un precedente de relevancia, generado a partir de la presentación de 27 demandas promovidas por hombres que aludieron sentirse vulnerados en sus derechos y discriminados en razón de género, con la emisión de una convocatoria solo para mujeres. Tal como se refirió, el Tribunal Electoral validó dicha convocatoria, sosteniendo que no se actualizaba un trato discriminatorio al tratarse de una *medida especial de carácter temporal* que buscaba acortar la brecha de desigualdad entre ambos.

Si bien la participación de la mujer en la conformación de los órganos y autoridades electorales implica un avance en el efectivo ejercicio de los derechos político-electorales, no podríamos reducirlo solo a ello, pues también

implica permitirle el acceso a los cargos dirigentes de los partidos políticos, así como el verdadero goce del *derecho pasivo al voto*, es decir, el derecho a ser votado entendido en sus tres dimensiones: *a)* derecho a la postulación o a contender por un cargo; *b)* derecho a ser electo para el cargo público, y *c)* derecho a acceder al cargo y al ejercicio efectivo del mismo.

A propósito de lo anterior, la Sala Superior del TEPJF resolvió el asunto SUP-REC-531/2018 en el que estableció que: “Para la paridad ‘electoral’, el acceso efectivo a los derechos políticos de mujeres y hombres, implica su aplicación en los cargos de las dirigencias partidarias, en las etapas del proceso electoral como son las elecciones, así como el derecho al voto pasivo en su vertiente de acceso y desempeño del cargo”.

A guisa de ejemplo tenemos que, producto de la evolución e implementación de acciones afirmativas tendentes a lograr la paridad de género en los espacios referidos por el TEPJF, en las últimas elecciones para integrar al Congreso de la Unión mexicano se logró un resultado histórico, ya que la Cámara de Diputados quedó integrada por 246 mujeres y 254 hombres electos para el periodo 2018-2021, mientras que la Cámara de Senadores se integró por 65 mujeres y 63 hombres que fungirán como senadores durante el periodo 2018-2024 (Maccise y Rivas, en Cepeda y Eguiarte, 2019).

Por último, merece la pena mencionar que uno de los últimos grandes avances lo es la reforma de 2019 en materia de paridad de género, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio, por virtud de la cual se modificaron los artículos 2, 4, 35, 41, 52, 53, 56, 94 y 115 de la ley fundamental, a fin de que, por un lado, se reconociera constitucionalmente a la paridad como un principio, o sea, como mandatos de optimización —en palabras de Robert Alexy— y, por el otro, para que dicho principio permeara ya no solo en aquellos cargos de elección popular, sino en diversos espacios públicos que puede ocupar una persona con independencia de la forma que accede al mismo (es decir, puede o no ser a través de voto directo).

En efecto, con esta reforma se elevó a rango constitucional la obligación de que el principio de paridad de género se garantice en: *1)* la elección de representantes ante los ayuntamientos de municipios con población indígena (art. 2, inc. A, frac. VII); *2)* el derecho a ser votada (art. 35, frac. II); *3)* el nombramiento de las personas titulares de las secretarías de despacho del poder ejecutivo federal y sus equivalentes en las entidades federativas (art. 41); *4)* la integración de los organismos autónomos (art. 41); *5)* la integración de la Cámara de Diputados (art. 53); *6)* la integración de la Cámara de Senadores (art. 56); *7)* la integración de los órganos jurisdiccionales (art. 94), y *8)* la conformación de los ayuntamientos (art. 115).

Si bien el principio de paridad es un concepto materialmente inacabado y en constante evolución, no podrían obviarse los logros hasta ahora consumados que han trascendido a la inclusión de la mujer en los espacios públicos, y que le permiten formar parte de la toma de decisiones públicas.

*María Alejandra de la Isla Portilla*

## 775. PARTIDO POLÍTICO

La doctrina electoral conceptúa a los partidos políticos como organizaciones estables que solicitan el apoyo social a su ideología y programas políticos, para competir por el poder y participar en la orientación política del Estado.

Los partidos políticos, según palabras de Jesús Alfredo, Dosamantes Terán en el *Diccionario de derecho electoral*, “son entidades de interés público, la ley determinará las formas específicas de su intervención en el proceso electoral. Los partidos políticos nacionales tendrán derecho a participar en las elecciones estatales y municipales”.

Para Elisur Artega Nava y Laura Trigeros Gaisman en el *Diccionario jurídico, temático de derecho constitucional*, Los partidos políticos “son solo un medio para hacer efectivo al principio democrático, no son la única vía para ello, ni pueden sustituir la intervención directa de la ciudadanía en el ejercicio de sus derechos políticos”.

Algunas de las características de los partidos políticos es el estar constituidos por una parte plural de la población, grupo de hombres y mujeres, que son ciudadanos en el pleno ejercicio de sus derechos cívicos y que legalmente se organizan en forma permanente, en términos generales, un partido no debe ser la obra y el pensamiento de un solo hombre, dentro de estos encontramos a los dirigentes y los dirigidos.

Siendo que la mayor parte de los países cuenta con leyes electorales todo partido político debe constituirse bajo la legislación correspondiente, por lo anterior, son instituciones políticas permanentes que a través de su desenvolvimiento histórico representan una garantía de seriedad y responsabilidad del pensamiento político de un pueblo.

Así mismo, todo partido debe contar con ideologías y programas políticos comunes para así completar los fines que representan, es decir, debe ejecutar una plataforma política integrada por sus principios originales, debiendo comprender un programa nacional que resulte del estudio de los grandes problemas o necesidades de un país y de la forma y medios para solventarlos.

“En México, las ideologías políticas están muy presentes y es por ello que toda organización política que aspire a obtener registro como partido político nacional debe precisar sus principios ideológicos de carácter político, económico y social, esto, definido por nuestro Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales”.

Es importante mencionar que existe una diversidad de partidos ya que cada uno de estos agrupa a porciones del total de un cuerpo electoral, esto debido a que los partidos buscan una colaboración suficiente de los electores que les permita asumir el poder.

Si bien es cierto, el partido político tiene por objeto asumir el poder, ello no condiciona su existencia, aunque sin la obtención de este no podría desarrollar sus fines, por lo tanto implica la voluntad manifiesta y efectiva de ejercerlo directamente y su función va de acuerdo a los sistemas políticos en que se encuentran insertos además del entorno político, social y económico en su ámbito de actuación, surgiendo como principales la transmisión de demandas, la organización de las elecciones y el nombramiento de personal político, una vez obtenido el poder, esto es en caso de triunfar este impone un equipo de hombres encargados de realizar los propósitos del mismo, permitiendo a los países democráticos la renovación del equipo gubernamental anterior.

Al respecto, conviene tener presente que el artículo 41, párrafo segundo, base I, de la Constitución establece el derecho de los partidos políticos nacionales a participar en las elecciones estatales, municipales y del Distrito

Federal, y dispone asimismo, que la ley determinará las normas y requisitos para el registro legal de los partidos políticos y las formas específicas de su intervención en el proceso electoral.

Conforme con este precepto, los partidos políticos nacionales se encuentran sujetos tanto a normas de carácter federal, como a normas de índole local, según los comicios en que participen, pues de acuerdo con la distribución de competencias prevista en los artículos 41 y 116, fracción IV, de la Constitución, las elecciones de los poderes de los estados se rigen por las normas emitidas por la legislatura local respectiva, en tanto que en la renovación de los poderes federales se aplican las disposiciones emanadas del Congreso de la Unión.

En tal virtud, los partidos políticos están vinculados a la Constitución federal y, en general, al sistema jurídico nacional, por lo que están obligados a regir sus actividades por el principio de juridicidad y los principios del Estado democrático, no solo por mandato legal sino también por razones de congruencia con el régimen político en el que son actores fundamentales, de conformidad con su encuadre constitucional.

En armonía con lo señalado, en el párrafo cuarto del artículo 22 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se dispone que los partidos políticos nacionales están sujetos a las obligaciones establecidas en la Constitución federal y en el propio código.

En ese sentido, de acuerdo a lo previsto en el artículo 24 del citado ordenamiento electoral para que una organización pueda ser registrada como partido político nacional, necesitan formular una declaración de principios y en congruencia con ellos, formular su programa de acción, así como los estatutos que normen sus actividades; deberán contar con 3,000 afiliados en por lo menos 20 Entidades Federativas, o tener 300 afiliados en por lo menos 200 distritos electorales uninominales; no pudiendo, por ningún motivo, tener menos del 0.26% de afiliados del total del padrón electoral federal que haya sido utilizado en la elección federal ordinaria inmediata anterior a la presentación de la solicitud de que se trate.

Para constituir un partido político nacional, la organización interesada, notificará ese propósito al Instituto Federal Electoral en el mes de enero del año siguiente al de la elección presidencial; para demostrar que cumple con los requisitos señalados en el párrafo anterior.

*Partidos políticos como entidades de poder público.* Un ejemplo de entidades de interés público son los partidos políticos, mismos que tienen como fin primordial, promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación federal, estatal y municipal y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de estos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. Tienen personalidad jurídica, gozan de los derechos y de las prerrogativas que establecen la Constitución general de la República, las Constituciones políticas de los estados y demás normatividad electoral.

El sistema de partidos y la afirmación de la pluralidad política tienen su impulso definitivo con la reforma electoral de 1977. Es a partir de entonces que los partidos son reconocidos en la Constitución como entidades de interés público.

Nuestro país recorría el trayecto hacia una democracia plural y competitiva, a través de grandes transformaciones en el sistema electoral; fundamentalmente, en torno a las normas para la organización de las votaciones, las características de la institución encargada de ello, el sistema para la calificación de los comicios y la regulación de los partidos como entidades de interés público, con una vida institucional fortalecida a través de las disposiciones legales.

A raíz de la reforma de 1977 se les otorga a los partidos políticos el carácter de entidades de interés público y se rechaza la concepción anterior de que era meras asociaciones privadas. Se les otorga este carácter ya que los partidos promueven o tienen como finalidad la participación del pueblo en la democracia. Existe otra entidad de interés público que son las comunidades indígenas como lo indica la constitución

Su objeto al ser entidades de interés público es preservar las prerrogativas de la ciudadanía, sus acciones no son puramente individuales, ya que tienen características de acciones de interés público o colectivo, denominadas también como acciones de clase o grupo.

Los partidos políticos son a través de los cuales se establecen vínculos entre la sociedad y el Estado. Ayuda a la formación de los gobiernos asegurando la personificación de la sociedad.

Los partidos políticos son entidades de interés público porque cumplen un papel en la ingeniería política del poder del Estado mediante la organización de la ciudadanía con una cierta independencia y autodeterminación y desde un régimen jurídico establecido ex profeso.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido cinco tesis jurisprudenciales y una aislada pronunciada por la segunda sala con respecto al tema de entidades de interés público, todas ellas pronunciadas en la actual novena época y la mayor parte de su contenido con respecto al tema de los partidos políticos.

En ninguna de las tesis se define el concepto de entidades de interés público, solamente en la tesis P.J. 40/2004 (Consultable en el disco óptico *IUS, Jurisprudencias y tesis aisladas Junio 1917-diciembre 2012*) se señala que los partidos políticos son entidades de interés público y deben cumplir con los fines que establece el artículo 41 constitucional como son: 1) que sean el medio para promover la participación del pueblo en la vida democrática; 2) que contribuyan a la integración de la representación nacional y 3) que hagan posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público. Asimismo en la tesis P./J. 146/2005 define la obligación de los partidos políticos como entidades de interés público referida al aspecto de la transparencia en lo relativo a la obtención, manejo y destino de los recursos públicos y privados que reciben para el desarrollo de sus actividades ordinarias y de campaña.

La misma tesis se aplica para interpretar un caso específico regulado en la Ley Electoral de Quintana Roo al señalar que el artículo 32, fracción II, de la citada ley, prevé como requisito para aspirar a ocupar un cargo de elección popular en la entidad el ser electo o designado candidato por un partido político o coalición, aunque la Constitución Local no lo establezca, no transgrede lo previsto en la fracción I del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En cinco tesis se alude a lo previsto en los artículos 41 fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 22 del Código

Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales al señalar que los partidos políticos nacionales son entidades de interés público, constituidos por ciudadanos, con derecho a participar en los procesos electorales federales, estatales y municipales, cuya finalidad es promover la participación ciudadana en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y, como organizaciones de ciudadanos, favorecer el acceso de quienes postulan como candidatos al ejercicio del poder público.

En la tesis P./J. 29/2004, se analiza el tema del derecho que gozan los partidos políticos en relación con el financiamiento público de los partidos al considerar que el hecho de que el artículo 30, párrafo primero, del Código Electoral del Distrito Federal, establezca que los partidos políticos que por sí mismos hubieren obtenido por lo menos el 2% de la votación total emitida en la elección de diputados a la Asamblea Legislativa por el principio de representación proporcional, tendrán derecho al financiamiento público de sus actividades, no viola el principio de equidad, pues, por una parte, se da un trato igual a todos aquellos partidos políticos que se encuentren en la misma situación, ya que los que no alcanzan la votación mínima requerida no tendrán derecho al financiamiento público y, por otra, aun cuando los partidos políticos conserven su registro nacional, lo cierto es que si no tienen a nivel local (Distrito Federal) representatividad, al no haber alcanzado el porcentaje mínimo, es evidente que no están en situación igual a aquellos que sí obtuvieron ese porcentaje.

En la tesis aislada 2a. XXII/98 podemos observar ciertas características que nos pudieran llevar a definir que son las entidades de interés público al establecer que estas no forman parte de las asociaciones privadas, ni constituyen órganos del Estado, y tampoco quedan comprendidas en los supuestos de excepción a que se refiere la fracción XXXI del apartado "A" del artículo 123 de la ley fundamental.

En otro orden, debemos destacar que desde la última década, ante un panorama de profunda desconfianza en los partidos, dirigentes e instituciones políticas en general, se comenzó a ponderar la necesidad de realizar modificaciones legales en la estructura institucional del país en el ámbito constitucional, en particular en lo relativo al funcionamiento partidario y electoral.

Es por eso, que surgió la necesidad de que los partidos políticos se democratizaran en su interior, siendo su finalidad primordial comprender todo el conjunto de disposiciones normativas y medidas políticas tendientes a garantizar que tanto la formación y manifestación de la voluntad partidaria, como los dirigentes internos seleccionados y los candidatos designados para ocupar puestos de poder, sean acordes y correspondientes con la voluntad mayoritaria de los miembros del partido.

De lo anterior, podemos señalar que la democracia interna de un partido se desenvuelve principalmente a través de tres esferas principales: la primera tiene que ver con la realización de ciertas funciones sociales que permitan conectar al partido con las aspiraciones de una porción de la ciudadanía; la segunda se vincula a la capacidad del partido para darse su propia organización; y el último se relaciona con la capacidad del partido para generar un candidato acorde con las expectativas de quienes se adhieren a él.

En este aspecto, podemos destacar que ha sido criterio reiterado (Tesis VIII/2005) por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de

la Federación que, para el cumplimiento de las finalidades de los partidos políticos, estos tienen una amplia libertad o capacidad autoorganizativa y autoregulatoria, siempre que sus actos y normas se ajusten al orden jurídico nacional y se respeten los derechos fundamentales de sus afiliados.

Por tanto, se considera que los documentos básicos de los partidos políticos prevén disposiciones normativas mínimas o fundamentales, sin que en dichos preceptos se establezca un entero y acabado desarrollo de los aspectos declarativos, ideológicos, programáticos, orgánicos, procedimentales y sustantivos, por lo que, como parte de su facultad autoorganizativa y autoregulatoria, es dable que los partidos políticos se den sus propias normas reglamentarias e instrumentales para el debido cumplimiento de sus fines.

*Juan Manuel Arreola Zavala*

#### 776. PARTIDO POLÍTICO ANTISISTEMA

La voz “partidos políticos antisistema”, en una primera aproximación, hace referencia a aquellas organizaciones que, si bien satisfacen formalmente los requisitos constitucionales y legales para conformarse como partidos políticos, realizan actos contrarios al sistema democrático; esto es, son organizaciones que emplean la democracia para subvertirla.

Los partidos políticos antisistema se caracterizan por procurar una mentalidad antisocial y antipluralista; se identifican como organizaciones que, en la práctica, desnaturalizan su encomienda constitucional; su finalidad no es la de servir como herramienta democrática, sino la de ser puntal de otros regímenes. La desnaturalización de los partidos políticos con estas características busca hundir el régimen democrático representativo y ubicarse en escenarios como la “antipolítica” o el “antipartidismo”.

Algunas herramientas jurídicas para establecer la peligrosidad o intensidad de la gravedad de las conductas de los partidos políticos antisistema son la *clear and present danger* (teoría del peligro presente o inminente), que si bien surgió de la jurisprudencia estadounidense para responder a la necesidad de reducir la inseguridad jurídica que provocaban las leyes de sedición de aquel país sin estrictos criterios legales (*Giltow vs. New York; Chapinsky vs. New Hampshire; Brandenburg vs. Ohio*), también fue empleada para la proscripción de partidos políticos considerados peligrosos en tiempos de guerra (*Partido Comunista de los Estados Unidos* o *CPUSA*).

En la determinación sobre la actualización de partidos políticos antisistema están involucradas la limitación, suspensión o restricción temporal de los derechos de participación política. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha empleado en diversas de sus sentencias el *test de proporcionalidad* como una herramienta jurídica para controlar judicialmente la elección del legislador sobre los medios y medidas que emplea para alcanzar un fin determinado. Esta herramienta es empleada para clarificar si determinadas conductas partidistas deben o no considerarse gravemente lesivas de la democracia y, en consecuencia, si deben emplearse límites válidos del derecho de asociación.

Asimismo, el principio del *efecto útil* en la imposición de la medida también está presente en la determinación jurisdiccional de los partidos políticos antisistema, ya que constituye una herramienta jurídica que busca conferir una interpretación constitucional preferencial que imprima la mayor protección del sistema democrático.

Otra figura que se ha tomado en consideración en diversas resoluciones del TEDH es el *margen de apreciación nacional* (*Partido Comunista Unificado de Turquía vs. Turquía*; *Partido Socialista de Turquía vs. Turquía*; *Partido de la Libertad y de la Democracia vs. Turquía*, entre otros) con base en el cual, respecto a la determinación de este concepto, ha sostenido que los Estados deben considerar, al menos, los siguientes aspectos: *a)* la previsión de la figura jurídica en la legislación nacional; *b)* la finalidad legítima perseguida, y *c)* su carácter necesario en el contexto de una sociedad democrática, todo ello en el entendido de que los partidos políticos no solo han de respetar las reglas de la democracia, sino que, además, no deben pretender suprimirla.

El procedimiento para la determinación de partidos políticos antisistema es considerado un medio de control democrático que permite establecer el grado de *lesividad a la democracia*. Si la lesión es grave, entonces existirán condiciones para considerar que dicha organización es antidemocrática y debe disolverse. De esta manera, el parámetro de control constitucional para la determinación de partidos políticos antisistema no se basa en el riesgo de desaparición de la democracia, sino en una lesión grave a esta.

La técnica del *levantamiento del velo*, primeramente construida en el derecho anglosajón y aplicada posteriormente en el sistema continental europeo, ha sido una herramienta útil para la determinación de partidos políticos antisistema, porque permite a los órganos jurisdiccionales introducirse en los entresijos y entramados de estas organizaciones políticas con la finalidad de descubrir su verdadera naturaleza y establecer, a partir de ello, si se trata de sociedades ficticias, aparentes, con una máscara, velo o pantalla que encubre acciones contrarias a su naturaleza constitucional y legal.

Otras figuras como el *abuso del derecho*, el *fraude a la ley*, así como la *tesis de la contaminación sobrevenida* han sido empleadas para establecer tanto los límites al derecho de asociación en materia política como las simulaciones de aquellos “partidos antisistema” que han buscado, por otros medios, dar continuidad a las acciones ilícitas que motivaron su disolución en acciones como la postulación de candidaturas a través de otros partidos políticos, su postulación a través de coaliciones o candidaturas sin partido, la creación de nuevos partidos políticos o el financiamiento de otras organizaciones políticas que buscan la consecución de fines antidemocráticos.

Entre las conductas que han actualizado la figura de partidos políticos antisistema se encuentran las relativas a la promoción de la violencia, formaciones paramilitares, racismo o acciones xenófobas (*Partido Nacionalsocialista del Reich* o *Partido Social Imperial*, Alemania, 1952; *Partido Nuevo Triunfo*, Argentina, 2005; *Partido Vlaams Blok*, Bélgica, 2004); partidos políticos fundamentalistas religiosos (*Refah Partisi*, Turquía, 1998); partidos políticos promotores de golpes de Estado (*Partido Comunista*, Letonia, 1991-1995); los que fomentan o no condenan el terrorismo (*Herri Batasuna*, *Euskal Heritarrok* y *Batasuna*, España, 2003-2009); por financiamiento ilícito y actos de corrupción (*Partido Democrata*, Tailandia, 2010); aquellos considerados un peligro (*Partido Comunista de los Estados Unidos [CPUSA]*, Estados Unidos, 1951; *Partido de la Unidad Nacional*, Canadá, 1940 y el *Front de Libération du Québec*, Canadá, 1970).

También existen casos en los que distintos órganos jurisdiccionales han establecido límites a diversas causas tendentes a obtener la declaratoria de “partidos políticos antisistema”. Algunos de ellos son los relacionados, por

ejemplo, con la prohibición de partidos comunistas (*Partido Comunista Nepeckerista [PNC] vs. Rumania*, 2005; *Tsonev vs. Bulgaria*, 2006 y *Partido Comunista Unificado de Turquía vs. Turquía*, 1998). En estos asuntos, el TEDH ha sostenido que “la disolución de un partido político únicamente con base en su ideología, inclusive, antes de haber iniciado actividades, es una medida radical y desproporcionada al fin pretendido y, por tanto, innecesaria en una sociedad democrática”. En *Linkov vs. República Checa*, el TEDH recuerda que la determinación de un partido político antisistema debe atender a una *necesidad social imperiosa* y, para ello, debe asegurarse de la existencia de indicios sobre el riesgo de un atentado suficiente y razonablemente próximo contra la democracia, de la imputabilidad al partido de los actos o de los discursos de los dirigentes o militantes. En definitiva, concluye que la negativa de inscribir a un partido político es una medida radical que solo puede aplicarse en los casos de la mayor gravedad.

Del mismo modo, ha reconocido que una medida de esta naturaleza (declaratoria de partido político antisistema) limita, de manera desproporcionada, el ejercicio de las libertades de expresión y asociación que permiten el pluralismo en una sociedad democrática. El TEDH reconoce que un partido político puede hacer campaña por medios pacíficos y plantear medidas como el cambio de legislación, así como de las estructuras constitucionales, sin que ello pueda considerarse ilegal, puesto que no emplea ni promueve la violencia u otros medios antidemocráticos en los cambios que forman parte de su ideario.

Otro supuesto es el relativo a la presunta continuidad, a través de otros partidos políticos, de acciones terroristas (casos *Bildu* y *Sortu*, España, 2009 y 2012, respectivamente), en los que el Tribunal Constitucional español determinó que ante la existencia de contraindicios respecto a que las pretendidas organizaciones fueran la continuación de grupos terroristas ligados a *Euskadi Ta Akatasuna* (ETA), la ilegalización de dichas agrupaciones no debía determinarse *a priori*, sino a partir de que se demuestre que la intención defraudadora ha llegado a materializarse.

**Luis Espíndola Morales**

### 777. PARTIDO POLÍTICO (ILEGALIZACIÓN)

La “ilegalización de partidos políticos” se refiere al medio de control democrático y límite al derecho de asociación en materia política a partir del cual se analiza si un determinado instituto político atenta contra el sistema democrático. Constituye un límite al ejercicio del derecho de asociación, porque las conductas que lo motivan se ubican fuera de su ámbito de cobertura. Entre estos límites están, por ejemplo, sectas, fundamentalistas religiosos, organizaciones paramilitares, terroristas, delincuencia organizada, o las asociadas con aquellas, las financiadas con recursos ilícitos o ilegales, las que promuevan, inciten lenguaje de odio, de violencia, las golpistas o las vinculadas con actos de corrupción. La ilegalización de partidos políticos también es un medio de control democrático, su auge se dio en la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial. Los países de la posguerra optaron por una democracia militante que protege su propio espacio y que hará lo necesario para poner a raya a los enemigos de la democracia. Las atroces experiencias derivadas de estos acontecimientos condujeron a la necesidad de proscribir a aquellas asociaciones que eventualmente empleaban el sistema democrático para subvertirlo.

La disolución de partidos políticos antisistema en las primeras sentencias alemanas (disolución del Partido Nacionalista del *Reich* o del Partido Social Imperial en 1952) influyó en el ánimo de legisladores de otros países. En constituciones como las de Argentina (art. 38), Turquía, (art. 69), Portugal (art. 51), España (art. 6), Polonia (art. 11) Rumania (art. 37) y Ucrania (art. 37) es posible advertir, con diferentes variantes, una tendencia de esta naturaleza.

En los países recién independizados de la antigua Unión Soviética se presentaron casos de ilegalización de partidos políticos, como en Letonia, en donde el Partido Comunista fue declarado ilegal y disuelto por el Tribunal Constitucional de aquel país por realizar actos violentos con intenciones golpistas. En Turquía, el Tribunal Constitucional disolvió al *Refah Partisi* o partido de la prosperidad, así como su pretendida continuación a través del partido *Fazilet*, por fomentar actividades en contra de la república laica, debido a las amenazas de sus dirigentes de imponer el Corán y generar un Estado musulmán, ya fuese por métodos pacíficos o violentos. Un ejemplo que escapa a esta tendencia, dado el contexto de aquel país, son los casos *Yardor vs. Israel* y *Neiman vs. Charman*, en los que el Tribunal Constitucional de aquel país determinó la actualización de “partidos políticos antisistema” de las organizaciones políticas que negaban la existencia del Estado israelí o de la existencia de un Estado democrático.

En España, los partidos políticos *Herri Batasuna*, *Euskal Heritarrok* y *Batasuna* fueron declarados ilegales por el Tribunal Constitucional español, quien determinó la existencia de vínculos entre dichas organizaciones y la organización terrorista *Euskadi Ta Akatasuna* (País Vasco y Libertad, ETA), lo mismo que en los casos de las candidaturas que le sucedieron a través de la disolución del grupo parlamentario ARABA (Corcuera Atienza, 2008) e Iniciativa Inter-nacionalista (STC-5/2009 y STC-6/2009).

En Bélgica, si bien no se llegó a la declaratoria de disolución del partido *Vlaams Blok*, que propugnaba prácticas xenófobas, sí se determinó el retiro de su financiamiento, lo que paulatinamente condujo a su desaparición. Conductas como la corrupción y violación a las normas del financiamiento de los partidos políticos también han conducido a su proscripción, como es el caso, en Tailandia, del Partido Demócrata.

En Estados Unidos, el Partido Comunista fue proscrito en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, al considerarlo un peligro real e inminente que presuntamente perseguía el derrocamiento violento del Gobierno. En Canadá, tanto el Partido de la Unidad Nacional (1940) como el *Front de libération du Québec* (1970) fueron disueltos bajo la *War Measure Act*, con el argumento de promover un cambio violento del Gobierno sin elecciones en un contexto de guerra. En países como Argentina (Partido Nuevo Triunfo) y Grecia (Partido Amanecer Dorado) se iniciaron procedimientos de “ilegalización de partidos políticos” al considerarlos promotores del odio racial hacia extranjeros e inmigrantes.

Los efectos de la ilegalización de partidos políticos han sido distintos, atienden tanto al contexto y problemática de cada país como a la gravedad y trascendencia de las violaciones cometidas. Entre las medidas que han acompañado a la ilegalización de partidos políticos se encuentran el decomiso o la confiscación de bienes; la suspensión temporal y supervisada de los derechos políticos de los militantes que hubieran motivado la ilegalización; el impe-

dimento temporal de formar, adherirse o crear partidos o agrupaciones con fines políticos; la proscripción de financiar a otros partidos políticos para dar continuidad a los actos ilegales; realizar acciones o trabajos de beneficio social o de promoción de los valores democráticos; tomar cursos de capacitación, entre otros.

Algunas de las críticas a este concepto son las relacionadas con el establecimiento de un derecho electoral del enemigo; es considerada una medida antidemocrática, por cuanto inhibe el pluralismo y puede usarse, sin los controles adecuados, como una vía gubernamental para disuadir o eliminar a adversarios políticos.

*Luis Espíndola Morales*

#### 778. PELIGRO EN LA DEMORA

Para concederse la suspensión de los actos reclamados en el juicio de amparo indirecto en México, la propia Constitución, la ley de amparo y la jurisprudencia, han echado mano de la doctrina procesal constitucional para establecer los *principios* que rigen su otorgamiento.

En efecto, existen principios que rigen el juicio de amparo, como lo son la instancia de parte, el agravio personal y la definitividad. Cada uno se refiere a ciertos elementos de la acción y otros más a la sentencia, como el principio de relatividad de la misma (hoy en una franca reformulación, sobre todo después del amparo en revisión 1359/2015 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) o el estricto derecho (igualmente en crisis a partir de interpretaciones progresistas de los derechos humanos y del control difuso que le acompañan).

Pues bien, la suspensión tiene también sus principios, distintos de sus requisitos constitucionales o jurisprudenciales, que rigen su concesión y que desvelan su naturaleza, a saber: la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, también enunciados en el latín jurídico como *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, respectivamente.

El primero implica el examen provisional que realiza el juzgador para calificar si el solicitante —quejoso— tiene o no un derecho, que pueda o tenga que ser preservado mientras dura el juicio. Su análisis está relacionado las más de las veces con el derecho mismo de fondo y, en muchas ocasiones, llegan incluso a identificarse. También podría decirse *interés suspensorial*.

Pero existe otro principio, materia de estas líneas, que versa no sobre el documento o estatus que respalda el derecho del quejoso, sino sobre la situación fáctica y jurídica —más fáctica que jurídica— en que se encuentran las cosas al iniciar el juicio y solicitarse la suspensión de los actos reclamados. De ahí que se requiera tomar como punto de partida *el efecto* mismo de la suspensión tradicional cuando el juzgador “ordena que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentran”, ya que ordena esta paralización de los actos precisamente *por el riesgo* a que están expuestos los bienes y derechos litigiosos en caso de que aquellos llegaran a ejecutarse.

El peligro en la demora es, por tanto, de capital importancia en el otorgamiento de las medidas cautelares, como lo es la suspensión en el juicio de amparo, o bien, la suspensión de los actos en cualquier otro proceso, constitucional o no. Es una referencia inmediata al transcurrir del tiempo, a advertir sus consecuencias; una exhortación al juez para mirar más allá

del expediente y observar, atento en la realidad, los posibles riesgos en que pueden quedar atrapados los bienes materia del litigio si no se suspenden los actos que les ponen en peligro inminente. Su traducción al latín, *periculum in mora*, se refiere a advertir “peligro en la mora”, o sea, en el retardo del proceso; por eso está conectado con el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva, pues una justicia lenta es una justicia denegada. Y debido a que el retraso en los juicios es en ocasiones insalvable —las cargas de trabajo, la litigiosidad de las sociedades contemporáneas—, se vuelve necesario preservar los bienes y derechos encontrados hasta donde sea posible.

Unos individuos arbóreos con fines festivos (árboles de Navidad, pues) detenidos en la aduana en vísperas de Navidad, no parecen servir de mucho si le son entregados al quejoso después de las fechas decembrinas, supuesto posible en el caso de que la persona afectada gane el juicio contra la autoridad aduanera. Una ejecución de la vida, con todo y que está desterrada en definitiva de la gran mayoría de países del orbe, debe paralizarse de urgencia porque, de ejecutarse, no hay marcha atrás; y entonces, mientras el juez revisa la constitucionalidad del acto, el mismo debe suspenderse.

Piense el lector en esta situación de los tiempos modernos, extraída de la reflexión que hiciera en su momento el abogado Roberto Ignacio Ortuño Burgoa a propósito del amparo 376/2015, resuelto por el juzgado undécimo de distrito del quinto circuito. Una chica decide interrumpir su embarazo en los parámetros de las leyes, pero su pareja objeta la decisión argumentando que primero él quiere saber si efectivamente es o no el padre biológico del ser humano en gestación. Este chico debe pedir la suspensión del acto reclamado, solicitando al juez que ordene que las cosas se *mantengan en el estado en que se encuentran* y prohibiendo a los médicos involucrados practicar la interrupción, ello hasta en tanto se conozca si él es o no el padre biológico del concebido, tal cual es su pretensión.

La cuestión azarosa es que mientras la chica comparece y defiende sus derechos en el proceso, el tiempo avanza y, llegado un punto sin que pueda practicar la interrupción del embarazo, este se tornará ilegal al rebasar el tiempo permitido por las leyes (generalmente 12 semanas). Se tendría a un “concebido no nacido con suspensión”, dado que él representa en cierto modo la materia del amparo, con todo y que la única pretensión del posible padre es estar seguro sobre su paternidad. Perdónese lo chusco de la historia, pero retrata de cuerpo entero las problemáticas que tienen instituciones de tal relevancia como la suspensión y sus principios, por un lado, y el balance de los derechos, por el otro (tres derechos involucrados en este caso: el de la madre, el del posible padre y el del concebido).

Por tales motivos, al definir el peligro en la demora queda expuesta la prudencia, el talento; la apreciación del juez respecto del caso, su lectura de la realidad. Por eso es un principio para el otorgamiento de la suspensión y no un mero requisito formal. Entre los requisitos está, en cambio: el solicitarla, que el acto exista y sea susceptible de suspenderse; que su otorgamiento no contravenga disposiciones de orden público, ni se siga perjuicio al interés social y, en algunos casos, la entrega de una garantía que salvguarde los posibles daños a un tercero, si es que la medida cautelar le repercute.

Finalmente, ahora que se ha mencionado a algún tercero afectado por la concesión de la suspensión, no debe olvidarse que la suspensión es, al partici-

par de las características de las medidas cautelares, una incidencia revocable, provisional, que depende en todo caso de la suerte del juicio principal. De manera que si se concede y su otorgamiento afecta derechos de terceros, o bien, se concede y luego la situación fáctica o jurídica cambia, la suspensión podrá y deberá ser modificada.

Por lo demás, el peligro en la demora está conectado, necesariamente, con la naturaleza del acto que se pretende suspender y el tipo de bienes que están en juego en el proceso. Es así una gran responsabilidad y una apelación a la voluntad jurisdiccional, pues no cabe duda de que más allá de un acto de inteligencia por parte del juzgador —que lo es—, también se requiere de su querer.

*César Enrique Olmedo Piña*

### 779. *PER SALTUM*

La definitividad de los actos o resoluciones debe entenderse en el sentido de que si existen otras instancias para conocer y resolver las impugnaciones o controversias promovidas por los ciudadanos, deberán de promoverse y agotarse en primer lugar antes de acudir a la interposición del juicio de amparo o los medios de impugnación en materia electoral previstos en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Esto es, dicha regla se aplica toda vez que tanto el juicio de amparo como los medios de impugnación en materia electoral, por su propia naturaleza, se deben conocer en una jurisdicción especializada o extraordinaria cuando ya no exista otra vía para resolver la controversia que pudiera ocasionar una modificación o revocación del acto o resolución reclamada.

Para que resulten procedentes los medios de impugnación extraordinarios previstos tanto en la ley de amparo como en la ley general correspondiente, es necesario que el acto o resolución reclamada, sea definitivo y firme.

Tales características se traducen en la necesidad que el acto o resolución que se combate no sea susceptible de modificación o revocación alguna, o bien, que requiera de la intervención posterior de algún órgano diverso para que adquiera esas calidades, a través de cualquier procedimiento o instancia, que se encuentre previsto, en el caso concreto, en la normativa local.

En ese sentido, la procedencia y tramitación de dichos juicios y medios de impugnación está regida por reglas especiales y por principios fundamentales que los estructuran como el medio jurisdiccional idóneo para lograr la actuación de las prevenciones constitucionales, a través de una contienda equilibrada entre el gobernante y el gobernado.

Dentro de estas reglas fundamentales que estructuran al juicio de amparo y a los medios de impugnación en materia electoral, se encuentra el principio de definitividad que establece que dichos juicios o medios son procedentes en contra de actos definitivos, es decir, actos respecto de los cuales no exista ningún recurso ordinario o medio de impugnación por el cual puedan ser modificados o revocados; en consecuencia, la definitividad del acto como presupuesto de procedencia, implica que antes de acudir a dichos juicios o medios de impugnación en materia electoral, se deberán agotar los recursos que prevea la ley ordinaria y que sean idóneos para modificar o anular el acto de que se trate.

Por tanto, el principio de definitividad se cumple cuando se agotan previamente a la promoción de este, las instancias que reúnan las dos características siguientes: a) que sean las idóneas, conforme a las leyes locales respectivas, para impugnar el acto o resolución electoral de que se trate; y, b) que conforme a los propios ordenamientos sean aptas para modificar, revocar o anular a estos.

En esa línea argumentativa, la exigencia de agotar las instancias previas tiene como presupuesto que estas sean idóneas, aptas, suficientes y eficaces para alcanzar las pretensiones de los justiciables en el pleno uso y goce del derecho presuntamente violado, pues solo de esta manera se da cumplimiento a la máxima constitucional de justicia pronta, completa y expedita, además de otorgar racionalidad a la cadena impugnativa, en tanto que, para estar en aptitud de acudir a un órgano de jurisdicción excepcional y extraordinaria, los quejosos o justiciables debieron acudir previamente a medios de defensa e impugnación viables.

Ahora bien, si bien por regla general los medios ordinarios se deben agotar antes de interponer el juicio de amparo o en su caso, los medios de impugnación en materia electoral, para cumplir con el principio de definitividad, también lo es que existe una excepción a dicha regla que se actualiza cuando el agotamiento previo de los medios o recursos ordinarios se traduzca en una amenaza seria para los derechos sustanciales que son objeto del litigio, porque los trámites que existen y el tiempo necesario para llevarlos a cabo puedan implicar la merma considerable o hasta la extinción del contenido de las pretensiones o de sus efectos o consecuencias, entonces debe tenerse por cumplido el requisito de definitividad. A esta situación excepcional de agotar los recursos o medios ordinarios se le denomina *per saltum*, o salto de la instancia previa para interponer el juicio de amparo o medio de impugnación electoral correspondiente.

David Cienfuegos Salgado (*Justiciabilidad Electoral en México. Reflexiones, Retrospectivas y Retos*, 2013) señala que “el *per saltum* en el derecho procesal electoral federal mexicano consiste en la petición que el sujeto legitimado para promover alguno de los juicios constitucionales en la materia le hace al órgano jurisdiccional terminal para que este, saltando las instancias correspondientes y ordinarias, conozca y resuelva un litigio cuyo conocimiento y resolución corresponde a un órgano jurisdiccional que, en situaciones ordinarias, debe dictar una resolución impugnante ante el referido órgano terminal”.

Asimismo, Lorenzo Barone (*Recurso Extraordinario Federal*, 2009) estima que dicha figura “es un instituto de naturaleza procesal mediante el cual, en casos de extrema excepcionalidad, fundados en razones de gravedad institucional seria, interviene la Corte Suprema de Justicia en una causa judicial por salto de las instancias judiciales intermedias, a fin de que resuelva la controversia”.

Es decir, el *per saltum* consiste en la solicitud que realiza el actor o quejoso en un juicio a un órgano jurisdiccional terminal de control constitucional y de legalidad, tratándose de la revisión de sentencias o resoluciones que ponen fin al procedimiento, derivadas de un proceso jurisdiccional que pudiese atentar contra los derechos de las personas, a fin de que conozca y resuelva de la controversia sin necesidad de agotar las instancias previas ordinarias intermedias, por actualizarse un caso de excepción al principio de definitividad.

Por tanto, para que proceda el *per saltum* resulta necesario acudir a la situación extraordinaria o sui generis que se genere por razones de premura, indefensión o de probable irreparabilidad del acto reclamado, a fin de que conozca y resuelva la controversia el órgano jurisdiccional terminal, que será el que determine si en el caso concreto se actualiza dicho instrumento procesal instaurado a fin de no agotar el principio de definitividad de las instancias previas.

Por último, caber mencionar que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha emitido criterio al respecto en la jurisprudencia 9/2001, que lleva por título: “Definitividad y firmeza. Si el agotamiento de los medios impugnativos ordinarios implican la merma o extinción de la pretensión del actor, debe tenerse por cumplido el requisito”.

*Juan Manuel Arreola Zavala*

#### 780. PERJUICIO DE LOS INTERESES PÚBLICOS FUNDAMENTALES O BUEN DESPACHO

Cuando se apela a la presencia de un perjuicio de los intereses públicos fundamentales, o al buen despacho, se evoca implícitamente a una categoría especial de valores, que van más allá del interés particular.

Ernesto Gutiérrez y González (*Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, 2008) dice que en el derecho romano, Ulpiano explicaba la diferencia entre el derecho público y el derecho privado: “*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod singulorum utilitatem*”, que significa: derecho público es lo que se refiere a las cosas de la ciudad: derecho privado es el que se refiere a los particulares.

Joaquín Escriche divide al derecho público, en general y particular. En lo general, el derecho público se identifica con el derecho internacional, con los fundamentos de la sociedad civil, que es común a muchos Estados. En lo particular, considera que el derecho público fija los fundamentos del Estado y las relaciones con su población. A este derecho dice que pertenecen la Constitución, la ley electoral, las leyes que regulan la organización de autoridades y tribunales, las leyes que aseguran el orden, la moral y la seguridad de los ciudadanos, las que fijan las condiciones del matrimonio, la patria potestad, la cualidad de las personas, entre otras y señala que también se le conoce como derecho político.

En cambio, para el mismo autor, el derecho privado se concreta a los negocios pecuniarios entre particulares y se compone de leyes que rigen contratos, testamentos, sucesiones y modos de adquirir la propiedad.

Ernesto Gutiérrez y González opina que es inútil clasificar al derecho en público y privado, pues la obligatoriedad de cualquier derecho es de interés público.

Es cierto que desde el enfoque de la validez de las normas, no podrían construirse categorías entre lo que debe considerarse derecho público y privado, pues desde el momento en que las normas quedan inscritas en el sistema jurídico, forman parte del derecho positivo y eso es suficiente para que todas revistan un interés general.

Sin embargo, más allá de esta idea de unificar a lo privado y lo público subsiste el problema de identificar cuáles son los intereses públicos fundamentales.

La respuesta viene de la jurisdicción y específicamente de la diferencia que existe entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción constitucional tiene una relación especial con los intereses públicos fundamentales que la jurisdicción común, no tiene.

En la justicia constitucional, las decisiones están más próximas a los valores o principios inscritos en el marco constitucional. En tanto que en la jurisdicción ordinaria se desahogan conflictos que no se relacionan necesariamente con ese tipo de intereses, sino con otros que conciernen a las partes. No obstante, aún en este tipo de casos, no se descarta la posibilidad de que prospere alguna vía de control constitucional, cuando hay vicios en el procedimiento o en la sentencia que se relación con la violación de algún derecho fundamental o bien cuando alguna norma aplicada es contraria a la constitución o a algún tratado internacional sobre derechos humanos.

En los distintos medios de control constitucional, como el juicio de amparo, las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad e incluso, en el control difuso de convencionalidad (artículo 1o. de la Constitución), hay necesidad de tomar decisiones que versan precisamente sobre estos intereses públicos fundamentales, que igual pueden llamarse derechos humanos, principios supremos como la dignidad, la igualdad, la equidad o la justicia o valores implícitos en ese tipo de normas (Grote, Rainer, *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*).

En este sentido, un perjuicio a los intereses públicos fundamentales, tiene lugar cuando se descubre una incompatibilidad en el ejercicio de atribuciones legislativas, administrativas o jurisdiccionales, con los valores emanados de la Constitución; por tanto, el buen despacho, constituirá una calificación sobre el debido ejercicio de estas atribuciones y el mal despacho será lo contrario.

El artículo 129 de la nueva Ley de Amparo, menciona algunos casos en los que se pueden causar perjuicios al interés social o contravenir disposiciones de orden público.

Así, por ejemplo, se contravendrá el interés social o el orden público, cuando se continúe con el funcionamiento de centros de vicio o lenocinio; la producción de narcóticos; se permita la consumación o continuación de delitos; se permita el alza de precios en productos de primera necesidad; se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave; se impida la ejecución de campañas contra el alcoholismo y la drogadicción; se impida el cumplimiento de órdenes militares para la defensa del territorio, la independencia o la soberanía y seguridad nacional; se afecten intereses de menores; entre otros.

El propio artículo 129 de la Ley de Amparo, permite conceder una medida cautelar excepcionalmente, aún cuando se trate de alguno de los casos enunciados, si con la negativa de la medida cautelar se causa mayor afectación al interés social. Este artículo incorpora el juicio de ponderación, que es un balance entre los principios en colisión, mediante el cual se gradúa el peso de cada principio y se determina el principio prevalente, sin invalidar al principio opuesto (Ricardo, Guastini, 2010).

Por tanto, la jurisdicción constitucional valora el buen o mal despacho autoritativo a la luz de los intereses públicos fundamentales reconocidos en la Constitución; y, frente a una colisión, selecciona al principio prevalente.

*Miguel Mendoza Montes*

### 781. PERSONA CON DISCAPACIDAD (ACCIONES PARA SU INCLUSIÓN EN BRASIL)

En Brasil, el tema de las acciones afirmativas ha adquirido una importancia singular; ocasionada porque los datos del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) revelaron que el índice de personas con discapacidad que actualmente residen en el país y que requieren de una atención especial llega a 23%.

La Constitución federal de 1988 garantiza el derecho a la igualdad en varios títulos y capítulos de su texto normativo, extendiéndolo a las personas con discapacidad. Así, el artículo 37, fracción VIII, determina que el legislador deberá reservar un porcentaje de los cargos y empleos de la Administración pública, directa e indirecta, para ser ocupados por personas con discapacidad. La protección, sin embargo, no exime a la persona de obtener el mínimo necesario de puntuación en el concurso público realizado. Aunque sí les ofrece la ventaja en la clasificación a partir de su obtención.

Se debe también señalar que el artículo 7, fracción XXXI, establece que la prohibición de cualquier discriminación en lo que se refiere al salario y criterios de admisión del trabajador con discapacidad constituye garantía fundamental de los trabajadores urbanos y rurales.

Igualmente, en el campo de la distribución de competencias entre las entidades de la federación brasileña, la Constitución determinó, en el artículo 23, fracción II, que todas las entidades de la federación deben cuidar de la protección y garantía de las personas con discapacidad; igualmente, en el artículo 24, fracción XIV, se determina que la Unión, los estados miembros y el Distrito Federal pueden legislar sobre la protección y la integración social de las personas con discapacidad. En este último caso, por tratarse de competencia concurrente, la Unión debe expedir una norma general sobre el tema, y las entidades federativas, legislación suplementaria.

También, respecto de la asistencia social, el artículo 203, fracciones IV y V de la carta de 1988 consigna que esta garantía tiene como objetivos la habilitación y rehabilitación de las personas con discapacidad, así como la promoción de su integración a la vida comunitaria. En ese sentido, la Constitución concedió el beneficio de un salario mínimo mensual a la persona con discapacidad que compruebe no poseer medios para proveer su propia manutención o que esta pueda ser asumida por su familia, conforme a lo establecido en la ley.

Otra cuestión que vale la pena destacar es la accesibilidad. La Constitución, en el artículo 227, párrafo primero, fracción II, ordena al Estado la creación de programas de prevención y atención especializada para las personas con discapacidad física, sensorial o mental, así como la integración social del adolescente y del joven con discapacidad, mediante la capacitación para el trabajo y la convivencia, además de la facilitación del acceso a los bienes y servicios colectivos, mediante la eliminación de obstáculos arquitectónicos y de todas las formas de discriminación. El párrafo segundo del mismo artículo dispone que la ley deberá determinar las directrices para la construcción de edificios de uso público y construcciones aledañas, así como la fabricación de vehículos de transporte colectivo, con la finalidad de garantizar el acceso adecuado a las personas con discapacidad. Y un poco más adelante, en el título IX, denominado “Disposiciones Generales”, el artículo 244 determina

que la ley ordenará la adaptación de los edificios, construcciones y vehículos que ya existen, para la misma finalidad.

El orden jurídico también se integra por una serie de leyes importantes, entre ellas la Ley 10.098, de 19 de diciembre de 2000, que consagra las normas generales y los criterios básicos para la promoción de la accesibilidad de las personas con discapacidad, y la Ley 10.182, de 12 de febrero del 200, que dispone la exención de impuestos para la adquisición de vehículos destinados a personas con discapacidad, en particular, el impuesto sobre productos industrializados (IPI).

Sin embargo, y a pesar de esa normatividad interesante y valiosa, teniendo en cuenta la dificultad para efectivizar los derechos de este amplio grupo de la población brasileña, se recibió con alegría la noticia de la incorporación en el orden jurídico de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Con esa finalidad, previamente se enmendó la Constitución para determinar la forma y jerarquía con las cuales los tratados internacionales ingresan en el sistema. La Enmienda 45 de 2004, que adicionó el párrafo tercero al artículo 5 de la Constitución, otorgó estatus de enmienda a los tratados aprobados por el Congreso conforme a los turnos de votación (dos en cada una de sus casas) y el quórum de aprobación (tres quintos de los miembros de cada una de ellas) establecido para la reforma del texto constitucional. Una de las consecuencias de esa determinación es que los derechos y garantías introducidos por tratados pasan a ser considerados cláusulas pétreas, al igual que los originariamente consagrados.

Cabe mencionar que la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad pasó a ser el primer instrumento aprobado por esa vía (el Tratado de Marrakech también fue recibido en los términos del párrafo tercero del artículo 5, por eso hoy existen dos instrumentos de protección de las personas con discapacidad). Ese hecho estimuló al Gobierno brasileño a elaborar la Ley 13.456 del 2015, conocida como Estatuto de la Persona con Discapacidad.

El documento legislativo consolidó la protección, tratando de los más diversos asuntos, desde el cuidado con las condiciones de desarrollo físico de la persona hasta los derechos culturales. Se trata de una legislación moderna, que provocó gran impacto, especialmente porque se proyectó a otras legislaciones, influenciando la modificación de conceptos en el Código Civil, Penal y en el de Defensa del Consumidor, entre otros.

El Estatuto abordó también el tema de la educación, afirmando que toda escuela está obligada a recibir personas con discapacidad. El amplio articulado determina un sistema nacional inclusivo en todos los niveles y modalidades, garantizando condiciones de acceso, permanencia y la eliminación de barreras que impidan la participación y el aprendizaje. Igualmente, prevé que las escuelas que forman parte del sistema privado de enseñanza deben matricular a personas con discapacidad, prohibiendo el cobro de montos, mensualidades, anualidades o tasas adicionales.

Esta última norma fue impugnada ante el Supremo Tribunal Federal por la Confederación Nacional de Establecimientos de Enseñanza (CONEFEM), entidad que representa a las escuelas del sistema privado, a través de la acción directa de inconstitucionalidad 5357. La entidad consideraba que algunos

artículos del Estatuto deberían estar dirigidos exclusivamente a las escuelas públicas, especialmente aquel que obliga a matricular estudiantes con discapacidad. También se mostraba inconforme con la directriz que prohíbe el cobro de tasas adicionales.

Una serie de asociaciones y entidades salieron a la defensa de las personas con discapacidad, entre ellas la Orden de los Abogados de Brasil (OAB), que lo hizo en calidad de *amicus curiae*. La acción directa de inconstitucionalidad fue rechazada por el Supremo Tribunal Federal. En efecto, la Corte no solamente negó la medida cautelar solicitada, sino que, en sesión plenaria y por una mayoría significativa (9 votos a 1), decretó que el derecho de convivencia debe estar garantizado no solo para estudiantes con discapacidad, sino de manera general, es decir, para todos los estudiantes, que aprenderán juntas nuevas formas de relacionarse. Por eso, la convivencia de todos los alumnos es fundamental.

De conformidad con el funcionamiento procesal, la decisión tomada por la Corte posee efecto vinculante, obligando por tanto al sistema público y al privado, en el marco de la administración del sistema educativo. Así, el fallo constituyó un avance democrático, siendo un punto de referencia para las personas con discapacidad en Brasil.

*Luiz Alberto David Araujo  
Pietro de Jesús Lora Alarcón*

## 782. PERSONA CON DISCAPACIDAD (INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA)

El pronunciamiento más importante que existe en el Sistema Interamericano sobre la institucionalización de personas con discapacidad se encuentra en el informe sobre la situación de derechos humanos en Guatemala, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en abril de 2018. En particular, el análisis en referencia se hace respecto de la situación de los pacientes del Hospital Federico Mora, institución que tiene medidas cautelares dictadas por la CIDH desde 2012, y cuya alarmante situación ha sido advertida por otros organismos de derechos humanos, como por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas (CRPD, por sus siglas en inglés) en sus observaciones finales sobre el informe inicial del país en mención (CRPD/C/GTM/CO/1, 30 de septiembre de 2016, párr. 44); la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), en su comunicado de prensa donde llama a garantizar los derechos humanos de pacientes del Hospital Federico Mora (7 de diciembre de 2014), y el Comité contra la Tortura, en sus observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Guatemala (CAT/C/GTM/CO/5-6, 24 de junio de 2013, párr. 21).

La institucionalización de personas con discapacidad resulta contraria a su derecho a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad. En este sentido, y tomando lo referido por el CRPD, la Comisión señala por primera vez que para garantizar este derecho, la vida de las personas con discapacidad debe desarrollarse fuera de cualquier institución residencial. Lo anterior debido a que, por su naturaleza, las imposiciones que derivan del régimen de institucionalización resultan en la

pérdida de autonomía y en la imposibilidad de tomar de decisiones, como lo refiere la CIDH (Situación de derechos humanos en Guatemala, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 208/17, 31 diciembre 2017, párr. 464. En este sentido, véase también CRPD, *General comment on article 19: Living independently and being included in the community*, CRPD/C/18/1, 29 de agosto de 2017, párr. 16 c).

Respecto del contenido del derecho a vivir en la comunidad —siguiendo los estándares establecidos por el CRPD—, la CIDH señala que dicho derecho involucra dos aspectos centrales: por un lado, las personas con discapacidad deben contar con los medios necesarios que les permitan tener control y tomar decisiones respecto de su propia vida (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 208/17, 31 de diciembre de 2017, párr. 466 y CRPD/C/18/1, párr. 16 a) y, por el otro, estas personas deben tener participación e inclusión plenas mediante el desarrollo de ambientes inclusivos (CRPD/C/18/1, 29 de agosto de 2017, párr. 16 [b] y 19).

Asimismo, la Comisión determina que la ausencia de apoyos y servicios en la comunidad incentiva la institucionalización de las personas con discapacidad, pues ello ocasiona que las instituciones se vuelvan la única opción para que reciban el tratamiento que necesitan. En este sentido, reafirma lo señalado por el CRPD en el sentido de que la falta de servicios diseñados para satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad en la comunidad deriva en la segregación indefinida (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 208/17, párr. 469). Considerando lo anterior, la Comisión llama al Estado de Guatemala a la desinstitucionalización, a través de la creación e implementación de servicios comunitarios que permitan a las personas con discapacidad vivir en la comunidad (párr. 464). Para tal objeto, las medidas específicas que deben adoptarse son las siguientes: *a)* definir la estrategia de desinstitucionalización con indicadores como son plazos, recursos y evaluación; *b)* garantizar, en el diseño y establecimiento de dicha estrategia, la participación de las personas con discapacidad de manera directa y a través de las organizaciones que las presentan, y *c)* asignar recursos suficientes para los servicios de apoyo.

Por otra parte, es de resaltar que a pesar de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no se haya pronunciado sobre la institucionalización *per se*, en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (sentencia de 4 de julio de 2006, núm. 149, párrs. 106, 107 y 129) dicho Tribunal analizó la situación especial de vulnerabilidad en que se encuentran las personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas (para mayor información sobre el caso véase Galván, 2015, p. 67). En consecuencia, en dicho caso la Corte determinó que, con base en las obligaciones generales de garantía de la vida e integridad personal, los Estados tienen deberes especiales de protección y prevención respecto de estas personas, los cuales se traducen en los deberes de cuidar y de regular y fiscalizar (párrs. 98, 99, 137, 140 y 146). La decisión de la Corte permite inferir que para evitar que las personas con discapacidad sean internadas en instituciones de larga estancia —las cuales, debido a su naturaleza implican *per se* un serio riesgo para el disfrute de sus derechos— los Estados deben adoptar medidas efectivas que garanticen la vida en la comunidad de las personas que viven con esta condición.

*Sofía Galván Puente*

### 783. PERSONA JURÍDICA ANTE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

La personalidad jurídica propia e independiente de las personas jurídicas de derecho privado (PJ) respecto a la de sus miembros ha sido objeto de análisis por los principales sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Estos sistemas, que por lo general son similares en cuanto al régimen de acceso y garantía de los derechos de los particulares, presentan normativas y prácticas muy disímiles cuando se trata de demandas en donde la violación de derechos es cometida *prima facie* en contra de la PJ.

En el marco de las Naciones Unidas, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dispone que los individuos que aleguen ser víctimas de una violación pueden presentar comunicaciones en contra del Estado parte responsable. El Comité de Derechos Humanos (CDH) ha rechazado las demandas en donde se presenta como víctima de la violación a una PJ, ya que entiende que el protocolo al hacer referencia a los “individuos” solo habilita a estos a presentar demandas. De este modo una PJ constituida con arreglo a las leyes de un Estado parte de dicho protocolo no tiene derecho en cuanto tal a presentar comunicaciones al Comité.

Del mismo modo, el CDH ha inadmitido quejas cuando son los miembros de la PJ los presentados como presuntas víctimas, si es que conforme a su interpretación la violación afectó los derechos de la PJ y no a los derechos de las personas físicas relacionadas a esta. Para determinar la víctima del acto violatorio el CDH analiza a nombre de quién se agotaron los recursos de las instancias internas. De este modo, si los mismos fueron agotados a nombre de la PJ, de manera indefectible el CDH entiende que debe rechazar la demanda por tratarse de derechos que pertenecen esencialmente a la PJ.

No obstante lo anterior, puede notarse una diferenciación en el tratamiento de las demandas dependiendo el derecho que se reclame vulnerado. En tal sentido, tenemos que en ciertos casos cuando la demanda versa sobre libertad de expresión, a diferencia de otros derechos, el CDH tiende a obviar el análisis sobre las cuestiones relativas a la personalidad propia y separada de la PJ y tampoco presenta un criterio claro respecto al análisis del agotamiento de los recursos internos a nombre de la entidad o de sus miembros, ya que entiende que la propia naturaleza del derecho en juego está indisolublemente vinculado al individuo.

En el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), a diferencia del Protocolo Facultativo del PIDCP, dispone en su primer artículo que las Altas Partes Contratantes reconocen a “toda persona” bajo su jurisdicción sus derechos y libertades. A su vez, el Protocolo Adicional núm. 1 al CEDH, en su primer artículo reconoce que “[t]oda persona física o jurídica” tiene derecho al respeto de sus bienes. Es así que convencionalmente el *ius standi* de las PJ se encuentra garantizado en el hemisferio europeo.

A diferencia de lo que ocurre en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), en el europeo se exige una identidad entre peticionario y presunta víctima, por lo que una PJ únicamente podría presentar una demanda en beneficio propio más no a nombre de una tercera persona, ni siquiera la de sus miembros. La práctica actual en el SIDH es inversa y las PJ solo pueden

presentar peticiones en donde actúen como peticionarias y presenten como presuntas víctimas a personas físicas, sin importar la vinculación de estas con la PJ en cuestión.

Entre los sistemas analizados, el europeo es el único sistema internacional de derechos humanos que hasta el momento habilitó el acceso a la más amplia gama de PJ, desde fundaciones y partidos políticos hasta corporaciones de evidentes fines lucrativos.

Además del acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), bajo el CEDH las PJ gozan de la protección tanto de derechos sustantivos como procedimentales. En el periodo de enero a julio de 2013, el 4,75% de las demandas analizadas por el TEDH corresponden a casos sometidos por PJ, o donde ellas son presentadas como las afectadas directas de una violación, y al menos el 68% de estas fueron abiertas a trámite por dicho tribunal.

El TEDH ha ido más allá, y ha reconocido que las PJ incluso gozan de determinados derechos morales susceptibles de ser reparados a través de indemnizaciones. Así por ejemplo, el Tribunal ha entendido que una PJ puede sufrir daño moral por la frustración de sus miembros o fundadores debido a la violación de sus derechos reconocidos en el CEDH (*Comingersoll S.A. c. Portugal*, núm. 35382/97, 6 de abril de 2000).

Los tres sistemas se asemejan en la negación del acceso a los entes gubernamentales como peticionarios por violaciones de derechos humanos ya que, independientemente del grado de autonomía que estos cuenten, las autoridades públicas no pueden presentar demandas contra su propio Estado.

En el marco de la OEA la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 1o. la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En su apartado segundo señala que persona “es todo ser humano”. A consecuencia de esta disposición la Corte y la Comisión Interamericanas (Corte IDH y CIDH) se han mantenido reacias a reconocer violaciones a los derechos de las PJ en cuanto tales.

Sin embargo, la práctica de la CIDH utilizando como instrumento normativo a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dista mucho de aquella posterior a la entrada en vigor de la Convención Americana. Es así que en al menos tres oportunidades la CIDH declaró violados los derechos de PJ contenidos en dicha Declaración. El primero reconocía la violación del derechos a la asociación y la libertad religiosa de una asociación religiosa (Caso núm. 2137 “Testigos de Jehová”, Argentina) y los otros giraban en torno a la libertad de expresión de dos medios de comunicación (Caso núm. 9250 “ABC Color”, Paraguay; Caso núm. 9642 “Radio Ñanduti”, Paraguay).

En 1991 fue la primera oportunidad en la cual la CIDH, en base a la Convención Americana, se pronunció sobre su competencia *ratione personae* respecto a las PJ. En la demanda fueron presentadas como presuntas víctimas los accionistas de una entidad bancaria (Caso núm. 10.169 “Banco de Lima”, Perú), y si bien durante el trámite del asunto el Estado no cuestionó la competencia *ratione personae* la CIDH resolvió declarar inadmisibles la petición por considerar que “para los propósitos de esta Convención, ‘persona’ significa todo ser humano”.

Con posterioridad a este asunto, la CIDH ha mantenido una práctica constante sosteniendo la inadmisibilidad de peticiones cuando la PJ es presentada como víctima directa. Asimismo la CIDH ha afirmado que, en principio, los accionistas no pueden considerarse víctimas de actos de interferencia con los derechos de una empresa, salvo que prueben que sus derechos se han visto afectados directamente. La forma de probar dicha afectación, al igual que la práctica del CIDH, sería mediante el agotamiento de los recursos internos a nombre de estos.

A pesar de lo anterior, la CIDH se ha mostrado más flexible en reconocer la afectación de derechos de las personas físicas relacionadas a la PJ cuando a través de esta se ejercen determinados tipos de derecho. Por ejemplo, entendió que si una conducta estatal interfiere en el ejercicio de un medio de comunicación sí podría configurar una violación al derecho a la libertad de expresión en perjuicio de las personas naturales que lo utilizan para difundir información y opiniones (Informe 72/11 “William Gómez Vargas”, Costa Rica). En estos casos la CIDH no rechazó la admisibilidad por haberse agotado los recursos a nombre de la PJ.

La Corte IDH se ha mostrado más flexible respecto al tratamiento de demandas donde la afectada directa es la PJ, y si bien aún no admite la posible vulneración de derechos de la entidad jurídica reconoce que bajo determinados supuestos el individuo puede acudir al SIDH para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del derecho (Caso Cantos *vs.* Argentina, Excepciones Preliminares).

*Natalia Chudyk Rumak*

#### 784. PERSONA MAYOR

Se prefiere la denominación de persona mayor o personas mayores, frente a anteriores designaciones como “adulto mayor”, “persona adulta mayor”, “tercera edad” y otros eufemismos como “edad dorada”, a partir de la adopción de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores por la Organización de los Estados Americanos, en junio de 2015. En cuanto a la edad a partir de la cual se considera a alguien persona mayor, el consenso internacional generado por las organizaciones internacionales del sistema de las Naciones Unidas, particularmente la Organización Panamericana de la Salud, ha establecido los 60 años como límite etario inferior para el grupo de personas mayores. En general, en los países más desarrollados se establece a partir de 65 años y en los países menos desarrollados a partir de los 60. La mayor parte de los países de la región de América Latina y el Caribe comparten el criterio de los 60 años, salvo Costa Rica y Ecuador, donde el límite etario inferior para este grupo son los 65 años. Respecto a la denominación *persona muy mayor*, se utiliza para designar a las personas de 75 años y más en los países menos desarrollados, y de 80 años en adelante, en los más desarrollados.

*Aída Díaz-Tendero*

#### 785. PERSONA MAYOR (PRINCIPIOS EN FAVOR DE LA)

A nivel universal, los principios en favor de las personas mayores tienen casi 30 años. El documento más importante en la materia son los Principios de las

Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad, que data de 1991, año relativamente próximo a la Primera Asamblea Mundial sobre Envejecimiento, celebrada en Viena en 1982, y en la que el envejecimiento en los países en desarrollo no estaba aún en la agenda, al contrario de lo que sucedió en la Segunda Asamblea Mundial, celebrada en Madrid en 2002, en la que el envejecimiento del mundo en desarrollo presentaba ya un desafío.

Los cinco principios que figuran en el citado documento son los siguientes: *i) independencia*: se relaciona en el documento con el acceso a los servicios básicos, así como con la seguridad económica, el derecho a la educación, a medioambientes favorables y a tomar sus propias decisiones en cuanto a dónde residir; *ii) participación*: alude a que las personas mayores se involucren en la formulación y aplicación de las políticas públicas que les conciernen, así como a la formación de movimientos o asociaciones que impulsen dichas agendas; *iii) cuidados*: se refiere de manera general a disfrutar de la protección de la familia y la comunidad, esto es, deposita en estos actores la responsabilidad del cuidado, aunque se mencionan también los servicios sociales y jurídicos, y la atención institucional, con una alusión a las instituciones de cuidados de largo plazo. Se subraya el respeto a la intimidad de la persona mayor, especialmente en residencias de larga estada, así como el derecho a decidir sobre su cuidado y su calidad de vida; *iv) autorrealización*: principio que se centra en el acceso a los recursos de los cuales disponen las sociedades en materia educativa, cultural, espiritual y recreativa, y *v) dignidad*: se relaciona este principio con la seguridad y con el deber de no discriminación, incluyéndose de manera significativa la salvedad: “independientemente de su contribución económica”.

*Aída Díaz-Tendero*

#### 786. PERSPECTIVA DE GÉNERO (TRANSVERSALIZACIÓN DE LA)

La vida de las mujeres y hombres se encuentra impregnada por las relaciones de género, la cultura, la etnia, la clase, la edad, el idioma, todas ellas relaciones de poder a través de las cuales se expresan y refuerzan desigualdades y discriminaciones múltiples. Estas intersecciones biológicas-culturales-económicas demandan comprender y atender mejor las diversidades mediante una adecuada articulación de estas categorías a la hora de diseñar políticas públicas (Munévar, 2005) y analizar la realidad para su posterior transformación.

La estrategia del *mainstreaming* de género traducido al español como “transversalización” apunta a obtener mayor impacto en el objetivo de superar las discriminaciones sociales de género y alcanzar mayores niveles de igualdad entre mujeres y hombres. El concepto aparece en textos posteriores a la Tercera Conferencia Mundial sobre la Mujer en Nairobi (1985) como resultado de las políticas para el desarrollo iniciadas en 1984, después de que se estructurara el Fondo de Naciones Unidas para la Mujer (Unifem) y se estableciera como mandato la incorporación de las mujeres y la igualdad de sus derechos a la agenda para el desarrollo (Rigat-Dflaum, 2008). Posteriormente, es adoptada en la Cuarta Conferencia sobre la Mujer (1995) en Beijing con el objetivo de hacer frente al bajo impacto que estaban teniendo las diferentes políticas, programas y acciones para lograr la igualdad entre mujeres y hombres en diferentes países.

A partir de Beijing, y a pesar de no contar con directrices sobre cómo desarrollar esta estrategia, la mayor parte de las agencias del sistema de Naciones

Unidas, gobiernos, agencias de cooperación bilateral y otras organizaciones de desarrollo, adoptan la transversalización de la perspectiva de género. En este contexto se identifican necesidades por definir una estrategia que involucre a todas y todos los actores, que permee el total de las acciones, acelere los cambios estructurales y además que tenga un alcance global.

Según el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc), la transversalización de la perspectiva de género representa integrar el enfoque de igualdad de género de forma transversal en todas sus políticas, estrategias, programas, actividades administrativas y financieras e incluso en la cultura institucional, para contribuir verdaderamente al cambio en las situaciones de desigualdad entre mujeres y hombres.

En julio de 1997, el Ecosoc definió el concepto de la transversalización de la perspectiva de género de la siguiente manera:

“Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros”.

En este contexto, la transversalización de la perspectiva de género es un proceso político a la vez que técnico, de análisis y de evaluación. Es una estrategia que involucra a las y los diferentes actores sociales en la búsqueda de la igualdad entre mujeres y hombres al mismo tiempo que denomina determinadas herramientas para el análisis de género. Se trata de un enfoque transformador, dotado de un cuerpo teórico propio, dirigido a analizar los impactos diferenciados entre mujeres y hombres, que permite tomar en cuenta las especificidades de personas como seres integrales y que, al mismo tiempo, tiene como objetivo implementar medidas para corregir las desigualdades (Rigat-Dflaum, 2008).

*Maidier Zilbeti Pérez*

#### 787. PLAN POLÍTICO SOCIAL

La Constitución mexicana contiene en su articulado las bases de la organización político-social basada en una economía mixta con justicia social. Fue la primera en incluirlos en su texto como objetivos de la organización política y como función del Estado en cumplirlos. Es consustancial a la democracia el establecimiento de un régimen que, respetando las libertades y los derechos fundamentales, tenga también como función el establecimiento de un régimen más justo de distribución de los beneficios conjuntos del capital y del trabajo en forma equitativa y la obligación del Estado de estructurarlo y mantenerlo. La misma inquietud se manifestó en la Constitución de la república alemana, conocida como Constitución de Weimar, en 1919. Al día de hoy, la mayor parte de las constituciones incluyen un plan o programa económico-social en su articulado como objetivo de su organización política.

El proyecto del primer jefe, presentado al Congreso Constituyente en 1916, era profundamente liberal y, por tanto, escrupulosamente respetuoso de los derechos fundamentales tradicionales con base en el derecho de propiedad, la economía de mercado y la libre concurrencia al mismo, así como de la no intervención del Estado en la economía sino en lo estrictamente necesario.

Si se lee con cuidado el *Diario de los debates del Congreso Constituyente*, se encontrará que aun los diputados radicales nunca excluyeron la economía de mercado ni las libertades fundamentales que la sustentan, y así quedó claro en el texto finalmente aprobado: libre concurrencia en la producción, industria, comercio o servicios al público y condena a los monopolios considerados como atentados en contra del consumidor (art. 28), libertad de profesión, industria, comercio o trabajo (art. 4), libertad de tránsito de personas (art. 11), libertad de comercio entre los estados, proscripción de las alcabalas, prohibición de aduanas locales e inspecciones de bultos y de diferencias fiscales por razón del origen de las mercancías (art. 117, frac. IV, V, VI y VII), reconocimiento de las “sociedades comerciales por acciones” y “bancos debidamente autorizados” (art. 27). Estos principios han permanecido inalterados desde 1917. Los extremismos socialistas fueron rechazados por los constituyentes, como consta en las memorias del diputado Pastor Rouaix, quien tuvo a su cargo la elaboración de los proyectos de los artículos 27 y 123 que, con pocas modificaciones, fueron la base de los textos finales aprobados.

Las aportaciones del grupo radical dentro del constituyente fueron: *a)* un nuevo concepto de Estado opuesto al “dejar hacer dejar pasar” del Estado liberal; *b)* la declaratoria de la propiedad nacional de las tierras, aguas y recursos naturales incluyendo el subsuelo; *c)* la concepción de la propiedad con función social, que sirvió de base para la división de los latifundios y la clara protección a la pequeña propiedad agropecuaria; *d)* la consagración de los derechos sociales: el derecho a la tierra por quienes la trabajan mediante el fraccionamiento de las enormes extensiones territoriales mantenidas con el trabajo de peones en condiciones semejantes a la esclavitud, previéndose la indemnización correspondiente a los propietarios afectados, la protección de la pequeña propiedad agropecuaria y la restitución de las tierras que, en connivencia con las autoridades, habían sido arrebatadas a las comunidades desde hacía décadas. El derecho proteccionista del trabajo, que impuso obligaciones al “patrono” en beneficio del “trabajador”, estableció los derechos de asociación laboral y de huelga así como las bases de un sistema de seguridad social, y *e)* una economía mixta, reconociendo a la empresa privada, pero agregando la participación de las estatales y la de campesinos y trabajadores organizados para la producción y comercialización de bienes y servicios.

En momentos críticos posteriores a la nacionalización bancaria cuestionada, en septiembre de 1982, fue necesario redefinir y ordenar lo que desde 1917 el Congreso Constituyente había dictado. De ahí la reforma de 1983, iniciada en el órgano de reformas constitucionales por el presidente Miguel de la Madrid, que dio como resultado los artículos 25, 26 y partes del 27 y del 28.

El sistema político social quedó estructurado de la siguiente forma:

*Rectoría del Estado.* Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional, según lo ordena el artículo 25. Por rectoría se entiende que el Estado “planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande

el interés general en el marco de libertades” que otorga la Constitución (tercer párrafo). Reformas posteriores han añadido tres condiciones al desarrollo: 1) la sustentabilidad (reforma de 28 de junio de 1999), que impone la obligación de que el desarrollo presente no dañe los recursos de las futuras generaciones; 2) la competitividad (reforma de 5 de junio de 2013), que promueve el equilibrio y la equidad en la determinación de los precios en los mercados; en realidad, el texto original entendía la “competencia” implícita en la “concur-rencia”, y 3) la estabilidad financiera (reforma de 20 de mayo de 2015), que garantiza la mejora real de salarios y de la economía en general; el Estado velará por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo. La rectoría se ejercita a través de determinadas facultades que el propio artículo establece: planear, conducir, coordinar, orientar, regular y fomentar (párr. segundo).

*Los sectores productivos.* Al desarrollo económico nacional concurren, con responsabilidad social, los sectores público, social y privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la nación (art. 25, cuarto párr.): *i)* el sector público tendrá a su cargo, como representante de la nación, la explotación, uso o aprovechamiento de los recursos en aquellas áreas que la Constitución le reserva, siendo estas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radioactivos; generación de energía nuclear, planeación y control del sistema eléctrico nacional, servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos; acuñación de moneda y emisión de billetes (art. 28, párrs. cuarto y séptimo). Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, la nación llevará a cabo dichas actividades, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible, mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con estas o con particulares. Corresponde también a la nación el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía y la regulación de sus aplicaciones con otros propósitos. El uso de energía nuclear solo podrá tener fines pacíficos. El Estado creará los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores sociales privados (art. 28, párr. quinto). El Estado tendrá un Banco Central autónomo (art. 28, párr. sexto). El poder ejecutivo contará con órganos reguladores coordinados en materia energética, denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía (art. 28, párr. octavo). En el artículo 28 se establecen como áreas prioritarias los ferrocarriles y la comunicación vía satélite. El artículo 25 dispone que en ellas podrá participar el Estado, por sí o con los sectores social y privado. Al ejercer su rectoría protegerá la seguridad y soberanía de la nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de conformidad con las leyes de la materia (art. 28, cuarto párr.); *ii)* sobre la base de criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público (art. 25, párr. séptimo). El Estado promoverá las

condiciones para el desarrollo rural integral, (art. 27, frac. X), y *iii*) la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares (art. 25, último párr.).

*Planeación democrática del desarrollo.* El primer párrafo del artículo 26 establece que el Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional. Planear es fijar metas, objetivos, estrategias y acciones. Un plan de desarrollo es una guía de todas las actividades de la economía, bajo la rectoría del Estado y con la participación de todos los sectores. Se requiere el compromiso de cada uno de ellos.

*Libre concurrencia y libre competencia.* Se denomina libre concurrencia al derecho de todos los productores de acudir a los mercados, garantizado por la libertad de industria y comercio, en concordancia con el artículo 5. La libre competencia es garantía del funcionamiento eficaz de los mercados que asegura que la participación del empresario sobre costos y precios se dé con oportunidades iguales para todos. Ambos principios están claramente declarados en los dos primeros párrafos del artículo 28.

*Restricciones a la libre concurrencia.* Por razones de interés social, se ha previsto que el Estado pueda intervenir en el proceso oferta-demanda, determinación de precio y actividad libre de los particulares en los casos que la propia Constitución ordena.

El sistema político social parte de la responsabilidad del Estado como rector del desarrollo económico, para dictar normas en el marco de lo que la Constitución le ordena, planificar la economía en conjunto con los sectores social y privado, y participar activamente como productor y gestor de bienes y servicios en los casos que la ley suprema ordena. Es regulador, planificador y promotor de la actividad económica.

*José Gamás Torruco*

## 788. PLENO JURISDICCIONAL

La palabra pleno jurisdiccional está vinculada al término jurisdicción, que se refiere a la función jurisdiccional. El procesalista español Juan Montero Aroca llama a esta función, *derecho jurisdiccional*, que comprende aspectos relacionados con la potestad jurisdiccional, como: la organización judicial; la condición del juez; acción y pretensión y otros conceptos relacionados con obligaciones, cargas y categorías procesales (Gonzalo M., Armienta Calderón, 2006).

El propio Juan Montero Aroca explica que para el estudio de la jurisdicción, el derecho constitucional es el punto de partida de toda concepción doctrinal. En este sentido resalta la importancia de penetrar en la comprensión del Poder Judicial; la naturaleza de su función; sus órganos de gobierno y la relación con los demás poderes, legislativo y ejecutivo.

En este sentido, el término pleno jurisdiccional se emplea para nombrar a uno de los sujetos de la relación procesal; al juzgador, pero con la peculiaridad de que un pleno se conforma con más de un juez. Los jueces que integran el pleno deciden controversias judiciales de forma colegiada y mediante votación directa. Se requiere de la concurrencia de un número mínimo de miembros para que las sentencias sean válidas y puede exigirse, según las peculiaridades del caso, de una mayoría simple, calificada o de una votación unánime, así como de reglas de competencia, organización y lineamientos para superar la eventualidad de un empate.

La Constitución de 1857 disponía que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se integraría con once ministros propietarios; cuatro supernumerarios; un fiscal y un procurador general. El 1o. de diciembre de 1857 quedó instalada la primera corte y según el reglamento de 29 de julio de 1862, podía funcionar en pleno o en salas. Para las resoluciones del pleno bastaba la presencia de seis ministros y se tomarían por mayoría de votos presentes, teniendo voto de calidad el presidente de la corte (Joel, Carranco Zúñiga, 2000).

Con motivo de la reforma constitucional del 22 de mayo de 1900 al artículo 91 de la Constitución de 1857 se estableció que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondría de quince ministros y funcionaría en pleno o en salas. El Código Federal de Procedimientos Federales del 3 de octubre de ese mismo año precisó que el pleno, para su funcionamiento, requería de la presencia de nueve ministros. En tanto que los tribunales de circuito serían unitarios.

La Constitución de 1917 disponía que, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se conformaría de once ministros y funcionaría en pleno o en salas.

Las reformas más importantes que han tenido lugar a partir de la Constitución de 1917, han sido: la del 20 de agosto de 1928 que aumentó el número de ministros de once a dieciséis, al crearse una tercera sala; la de 15 de diciembre de 1934, que elevó el número de ministros a veintiuno, con motivo de la creación de la cuarta sala, encargada de conocer asuntos laborales; la del 19 de febrero de 1951 que se llevó hasta el 25 de octubre de 1967, en las que se crearon los tribunales colegiados de circuito y se aumentó a veintiséis el número de ministros, con motivo de la instalación de la sala auxiliar. El 10 de agosto de 1987 hubo otra reforma que entró en vigor en 1988 en la que se delegó a los tribunales colegiados de circuito el conocimiento de temas de legalidad y en 1994 tuvo lugar una reforma que incorporó al Consejo de la Judicatura Federal y retornó a la primigenia integración de once ministros, en lugar de los veintiséis anteriores. Cada sala se conforma de cinco ministros, bastando cuatro de ellos para su funcionamiento.

Los tribunales colegiados de circuito ocuparon un episodio importante a partir de su creación en 1951. Antes de esta fecha la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acumuló un rezago de 37,881 asuntos, con los entonces nuevos tribunales colegiados de circuito para el año de 1955 se redujo el número a 10086 asuntos y se disminuyeron cuando se les extendió la competencia en temas de legalidad (Jorge Iñárritu, 1971).

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación vigente, dispone en su artículo 2o. que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se compondrá de once ministros y funcionará en pleno o en salas, sin que el presidente integre alguna de las salas. El diverso artículo 4 del mismo ordenamiento, señala que es suficiente la asistencia de siete ministros para que la Suprema Corte de Justicia, pueda funcionar en pleno. Sin embargo, con motivo de una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de abril de 2013, se precisa que se requerirá la presencia de al menos ocho ministros para los casos señalados en los artículos 105, fracción I, penúltimo párrafo y fracción II, y 107, fracción II párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En lo que concierne a los Tribunales Colegiados de Circuito, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en sus artículos 33 y 35 disponen,

entre otras cuestiones, que esos órganos jurisdiccionales, se conformarán por tres magistrados; las resoluciones se tomarán por unanimidad o por mayoría de votos de sus integrantes.

La mencionada reforma del 4 de abril de 2013 a la Ley Orgánica, deriva de la diversa publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011 a los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que introdujo importantes cambios al juicio de amparo; así como de la que se publicó el 2 de abril del año 2013, a la Ley de Amparo.

En lo que aquí interesa, la reforma constitucional en la fracción XIII del artículo 107 del texto constitucional creó a los plenos de circuito. Se trata de tribunales encargados de dirimir el criterio que debe prevalecer entre tesis contradictorias, emitidas por tribunales colegiados de un mismo circuito.

El funcionamiento, número de integrantes, quórum, y formalidades para las sesiones quedaron regulados a través del Acuerdo General 14/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, publicado el 14 de junio de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*. Dicho acuerdo, dispone, entre otras cosas, que los plenos de circuito se integrarán por los tribunales colegiados que formen parte del mismo circuito; también precisa que si en un circuito existen dos tribunales colegiados, todos los magistrados conformaran el pleno, pero si hay más, únicamente sus respectivos presidentes; y que para su integración, bastará la presencia de la mayoría de sus miembros; salvo aquellos que se conformen de tres magistrados, en cuyo caso se requiere que todos asistan.

*Miguel Mendoza Montes*

## 789. PLENO DE CIRCUITO

Uno de los elementos que más aporta a la seguridad jurídica es la uniformidad de las decisiones judiciales, reconociendo, desde luego, la posibilidad de la variación y modificación de los criterios en nuestro sistema jurídico.

En el derecho comparado no se encuentra disposición similar a la que ha creado el constituyente permanente en el texto de la Constitución Federal, y en la nueva Ley de Amparo en torno a los plenos de circuito. Sin embargo, existen sistemas de unificación jurisprudencial como los procedimientos con que cuentan Argentina y Colombia; así como recursos de unificación de jurisprudencia y otros sistemas regulados como recursos extraordinarios —tal es el caso de Chile— de los cuales conocen sus cortes supremas.

La noción de los plenos de circuito lleva implícita precisamente la existencia de los distintos circuitos judiciales. Por su organización federal, que también se refleja en el sistema judicial, el territorio mexicano se encuentra dividido en circuitos y en distritos judiciales. A raíz de la creación de los tribunales colegiados de circuito cada uno de estos tribunales tiene la posibilidad de emitir tesis y, desde luego, jurisprudencias que resultan obligatorias a los tribunales inferiores existentes en su circuito, mas no así a otros tribunales colegiados de su misma jerarquía, existentes incluso en el propio circuito o en circuitos distintos.

A través de la historia del siglo xx podemos observar cómo la Suprema Corte de Justicia de México fue delegando, ya sea por autorización legislativa o por la determinación de acuerdos internos, facultades a los tribunales colegiados de circuito para conocer de determinados asuntos, concretamente de

cuestiones de legalidad, dejando a la máxima autoridad judicial las cuestiones relativas a la constitucionalidad de actos y normas; en ese tenor se inscriben las reformas constitucionales y legales de los años 1988, 1992, 1995 que siempre tuvieron el propósito de disminuir el trabajo jurisdiccional de legalidad de la suprema corte.

La razón de la creación de los plenos de circuito radica en que con la proliferación de los tribunales colegiados de circuito, y la consecuente creación por cada uno de ellos, de jurisprudencia obligatoria para los tribunales inferiores, pero no entre sí, existen discrepancias al interpretar la norma jurídica. Es tal la variedad de criterios que la justicia se llega a tornar una cuestión de azar, dependiendo del criterio que sustente el tribunal terminal.

Las contradicciones de criterios entre tribunales colegiados de circuito eran resueltas por la suprema corte, en pleno o en salas, cumpliendo una función unificadora. Y por la proliferación de contradicciones, la corte tenía que dedicar mucho tiempo a resolverlas. Antes esto el legislador dispuso como solución la creación de los plenos de circuito.

La reforma constitucional del 6 de junio de 2011, previó la existencia de los plenos de circuito como uno de los elementos para descargar a la suprema corte del conocimiento de estos asuntos, y como un elemento para unificar la jurisprudencia; y se delegó al Consejo de la Judicatura Federal la obligación de crearlos. En caso de que exista contradicción de criterios entre los plenos de circuito procederá el máximo tribunal a definir el criterio imperante.

Tratándose de contradicciones entre plenos de circuito, se legitimó al procurador general de la República, a los tribunales colegiados de circuito y a sus integrantes, a los jueces de distrito y a las partes en los asuntos concretos para denunciar las contradicciones entre tribunales; así como a los ministros de la corte, a los plenos, a los órganos de la Procuraduría General de la República, y a los jueces para denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los plenos de circuito pueden estar integrados por todos los magistrados adscritos a los tribunales colegiados del mismo circuito o, en su caso, por los presidentes de estos órganos.

El Consejo de la Judicatura Federal emitió el acuerdo 14/2013 para regular lo relativo a los plenos de circuito. De la regulación específica se advierte que estos plenos tienen las siguientes características: 1. En los circuitos judiciales se establecerán los plenos, mismos que se compondrán por los presidentes de los tribunales colegiados del circuito respectivo; 2. En los circuitos en los que únicamente haya dos tribunales, los plenos se integrarán con la totalidad de los magistrados que lo conforman; 3. En aquellos circuitos donde existan más de dos tribunales colegiados se integrarán por sus respectivos presidentes.

Se decidió también que los tribunales colegiados auxiliares no integran los plenos. Que habrá plenos especializados por materia cuando existan tribunales especializados, y plenos sin especialización cuando los tribunales sean de conocimiento mixto. Cada pleno tendrá un magistrado presidente quien será designado de manera rotativa conforme a la lista del decanato en el circuito, durará un año en su encargo y no podrá ser reelecto para los dos periodos inmediatos posteriores.

*Juan Carlos Cruz Razo*

## 790. PLURALISMO JURÍDICO

La noción de pluralismo jurídico es uno de los binomios más utilizados en los últimos años en el discurso teórico de los sistemas jurídicos continentales y que ha resurgido de la historia misma de los ordenamientos jurídicos occidentales. El pluralismo como sinónimo de la tradición jurídica europea ha sido una nota característica en la añeja tradición del modelo jurídico de occidente. Harold Berman (*Law and revolution*) destaca que una de las constantes de la historia de la tradición jurídica de occidente fue la capacidad de generar un esquema de pluralidad de ordenamientos, y articularlos en un sistema jurídico donde lo local era convergente con lo supranacional. En ese sentido, se debe recordar uno de los rasgos de los ordenamientos jurídicos de la antigüedad: Su matriz consuetudinaria y la necesidad de interactuar con otros ordenamientos para ir delineando la geografía de la cultura jurídica occidental. Así, se puede advertir en la literatura un buen número de análisis sobre el pluralismo como ejercicio de comparación de tradiciones jurídicas. Por ejemplo, Francesco Calasso reconstruye la historia jurídica de la época medieval a través de la noción de pluralismo jurídico (*Medioevo del diritto*).

De lo anterior, se advierte como la discusión histórica sobre el pluralismo parte de la descripción de los ordenamientos jurídicos y los elementos que los integran. Por ello, en el siglo xx una de las disciplinas que contribuyó al desarrollo de la teoría jurídica del pluralismo fue el derecho comparado. Textos seminales como *Les grands systèmes de droit contemporain* de René David o *Introduzione al Diritto comparato* de Rodolfo Sacco establecieron la necesidad de concebir el universo jurídico desde una perspectiva más amplia desde una visión de sistema y a través de la visión plural de los sistemas jurídicos. Así, en el siglo pasado se cimentaron en Europa las bases de una teoría jurídica sobre el pluralismo. Massimo Corsale señalaba una notable distinción, en la famosa *Enciclopedia del diritto*, entre pluralidad y pluralismo. Aquella se refiere al hecho concreto de que en un sistema social coexisten diversos ordenamientos jurídicos. El pluralismo es sobre todo un discurso que analiza los vértices del paradigma de la pluralidad desde una visión crítica. La rigidez que caracterizó la epistemología jurídica constitucional de la segunda parte del siglo xx, en donde el fenómeno jurídico estaba aparejado a la ley estatal como manifestación legislativa, ha dado paso a una nueva forma de entender el perfil de los paradigmas jurídicos del siglo xxi.

La geografía de la ciencia jurídica contemporánea presenta el pluralismo como una de las herramientas más eficaces para entender los procesos de globalización económica y transnacionalización del derecho. Más aún, el pluralismo ha sido uno de los grandes discursos de reivindicación social en las teorías justicialistas y garantistas del derecho. Las grandes denuncias de grupos sociales han encontrado en el pluralismo una categoría científica para reivindicar sus derechos. Incluso, dicha noción ha fungido como elemento axial del discurso de los derechos fundamentales. El pluralismo jurídico contemporáneo ha representado la mayor crítica a la modernidad jurídica, encarnada en el principio de igualdad y libertad. Así, se ha visto languidecer el modelo libertario frente a los grandes desafíos que ha presentado la época contemporánea, ya que las necesidades y expectativas sociales no han sido colmadas por el principio de igualdad y el estado moderno.

El pluralismo es también un discurso sobre la coexistencia de los ordenamientos jurídicos en donde se ha buscado dar una respuesta a los proce-

tos políticos y económicos de regionalización, a partir del establecimiento de criterios mínimos de justicia en los diversos diseños institucionales. La Unión Europea ha presentado claramente la necesidad de buscar cánones que permitan homologar las diferentes realidades locales con principios jurídicos europeos. De tal suerte, en los últimos años se ha destacado la función del derecho comunitario en la construcción de espacios jurídicos. Lo local, lo estatal y lo global han aspirado a la construcción de un nuevo sistema jurídico. Justamente, el pluralismo como teoría y práctica busca la coexistencia de sistemas normativos y jurídicos en diversas realidades, tanto regionales como nacionales, a través de un discurso crítico que permita articular los principios de los sistemas y establecer un espacio jurídico común. Desde la teoría, el esfuerzo por parte de la ciencia jurídica ha estado acompañado por otras disciplinas sociales para integrar un corpus que permita la comprensión de nuevos fenómenos sociales y legales que identifiquen la creación de principios jurídicos que puedan establecer un espacio jurídico que contenga la gramática del Estado constitucional. En esta sede, la sociología ha jugado un rol fundamental en la construcción de un discurso jurídico que ha advertido las carencias del modelo legal cuya vocación legislativa había inhibido las consecuencias de la interacción social. La tradicional perspectiva del derecho ha transitado a la construcción de una disciplina social que reivindica las expectativas sociales en el marco de un sistema social lleno de desigualdades formales como concretas.

El pluralismo es una de las soluciones del derecho contemporáneo a las complejas realidades de la modernidad y posmodernidad jurídica (Boaventura de Souza Santos. *Sociología Jurídica Crítica*). Ni la libertad como principio político ni los procesos de globalización han escapado a la crítica del pluralismo jurídico. Derechos fundamentales, globalización, democracia constitucional, democracia participativa, movimientos sociales, minorías étnico-culturales, derecho comunitario, son algunos de los conceptos que han sido analizados por los vértices del pluralismo jurídico y reconocidos por la ciencia jurídica como parte determinante en la teoría del pluralismo jurídico. En esta perspectiva, debe señalarse la importancia en el establecimiento de una teoría sobre el pluralismo jurídico el surgimiento de movimientos sociales de reivindicación de derechos fundamentales de grupos vulnerables, al evidenciar las respuestas débiles del sistema nacional.

Surge pues una interrogante que vale la pena menuzar, por sus alcances y efectos en los ordenamientos jurídicos. ¿Cómo lograr establecer el canon del pluralismo en los diversos diseños institucionales? O de dicho de otra manera, cómo entender en la actualidad la veta del pluralismo en la aplicación del derecho y en el aseguramiento de libertades básicas. La filosofía política anglosajona ha contribuido de forma decisiva en la discusión. Charles Taylor ha propuesto la teoría del multiculturalismo como una salida a la encrucijada que plantea el liberalismo a partir de la política del reconocimiento (*Multiculturalism*). Kymlicka ha sugerido la noción de ciudadanía multicultural como punto de partida de los derechos de las minorías (*Multicultural Citizenship*). Otros autores han destacado la necesidad de desculturalizar la noción filosófica de los derechos, separando el debate entre liberales y comunitaristas, para vincularla a una nueva teoría jurídica de los derechos fundamentales, en donde el pluralismo sea el eje del reconocimiento jurídico y la necesaria coordinación

de jurisdicciones en el marco del Estado nacional (Mario Cruz Martínez, ¿Es necesaria la desculturalización de los derechos indígenas?).

Como se podrá advertir, las posibilidades que inaugura el pluralismo han logrado establecer nuevas vetas de reflexión en la filosofía del derecho y en las teorías jurídicas contemporáneas. Dentro de la ciencia jurídica, algunos autores, como Peter Häberle (*El Estado Constitucional*), han concebido el derecho comparado como una herramienta determinante en la aplicación de la cultura jurídica de un país determinado y en ese reconocimiento, la posibilidad de ampliar los parámetros de protección constitucional. Así, la desestataización de los sistemas jurídicos ha pasado por revisar los conceptos básicos del Estado moderno y en ese marco, las interrogantes han sido tan amplias como complejas. Cómo se puede revisar la noción de soberanía estatal, en tanto elemento nuclear de todo tipo de democracia y a la luz de los procesos de globalización jurídica; qué relación surge en el seno de los diseños institucionales entre los conceptos de regulación jurídica y emancipación social; cómo afecta la connotación de cultura en el ámbito constitucional; qué importancia tiene la noción de ciudadanía, entre otros. Como se puede advertir, las interrogantes son profundas por su alcance en el ámbito de las disciplinas sociales y en la construcción de las teorías jurídicas. Sin embargo, surge dentro de la gramática jurídica, el derecho de la unificación y derecho comparado como disciplinas señeras para concebir los modelos que plantea el pluralismo jurídico. Hoy día, el pluralismo tiene su mejor evidencia en el derecho de la unificación. A través de cuerpos unificados del derecho se puede evidenciar la capacidad de los sistemas legales por la armonización en diversas áreas del derecho público y privado. Por su parte, el derecho comparado y otras disciplinas afines, como el derecho procesal constitucional, buscan el estudio de los diferentes instrumentos legales como textos legislativos y fundamentalmente, la rica jurisprudencia nacional e internacional para lograr el conocimiento de los modelos jurídicos y encontrar los elementos de coexistencia y equilibrio. En resumen. El pluralismo jurídico es hoy día un discurso crítico del sistema jurídico y una poderosa herramienta de diálogo entre las culturas jurídicas.

*Mario Cruz Martínez*

#### 791. PODER CONSTITUIDO

El poder constituido es la suma de instituciones, normas y prácticas que derivan de un poder constituyente. El poder constituido tiene su más alta expresión en los procedimientos de reforma de la Constitución, como el previsto en el artículo 135 de la carta magna mexicana y en los poderes de mutación constitucional que, vía la interpretación constitucional, realizan los tribunales constitucionales y las cortes supremas. Ahora bien, tanto sobre los procedimientos de reforma constitucional como sobre la interpretación que muta a la Constitución existen polémicas interminables, entre otras, las siguientes: 1) ¿cuáles son los límites a la reforma constitucional y los límites de la interpretación constitucional?; 2) ¿el poder constituido está totalmente atado al poder constituyente originario —originalistas *vs.* evolucionistas en Estados Unidos—?; 3) ¿se puede controlar constitucionalmente el procedimiento de reforma constitucional y el producto de la reforma? —¿puede ser una norma constitucional inconstitucional?—, y 4) ¿hasta dónde son plausibles las cláusulas de intangibilidad contempladas en la Constitución?

Ninguna de las preguntas anteriores tiene fácil respuesta. La primera de ellas abunda en el alcance de la reforma o de la interpretación constitucional. Un grupo numeroso de la doctrina suele coincidir en los límites o restricciones del poder de reforma y de la mutación constitucional. No se puede reformar el tipo de Estado o la forma de gobierno, o derogar los derechos humanos, o el mismo procedimiento de reforma, porque la Constitución deja de ser lo que es. En cuanto a la interpretación constitucional, se dice que esta debe tener límites, porque de otra suerte el intérprete constitucional se transforma en un poder constituyente originario de carácter permanente.

En Estados Unidos y otras partes del mundo deliberan sobre las concepciones y los conceptos constitucionales (la polémica de los originalistas y evolucionistas). Dworkin señaló que toda Constitución cuenta con concepciones determinadas por el constituyente originario que no pueden menoscabarse por el poder constituido, pero que también existen los conceptos que sí son susceptibles de afectarse por el poder constituido, ya sea mediante reforma o mutación constitucional. El problema de ideología constitucional consiste en determinar cuáles son las concepciones y cuáles son sus conceptos, además de precisar sus significados, dado el carácter indeterminado de las normas e instituciones constitucionales.

El tercer problema también es muy sugerente. Para la mayoría de la doctrina constitucional europea es imposible sostener que una norma constitucional es inconstitucional. En América Latina, de manera más flexible, muchas de sus constituciones —Colombia, Costa Rica o Perú— aceptan que las reformas constitucionales pueden ser controladas constitucionalmente, ya sea por violaciones en el procedimiento de reforma o por razones sustanciales, del contenido de las reformas. En México, la Ley de Amparo de 2013 establece en su artículo 61, fracción I, que el amparo es improcedente en contra de reformas a la Constitución.

En cuanto a las cláusulas de intangibilidad, algunas constituciones — como la alemana en su artículo 79.3— señalan que son intangibles y que no pueden reformarse las siguientes materias: las que afecten la división de la federación en estados, el principio de cooperación de los estados en la potestad legislativa, y los principios reconocidos del artículo 1 al 20, que tienen relación con los derechos fundamentales y los principios democráticos. En otros sistemas constitucionales, como el mexicano, se abunda sobre el reconocimiento de decisiones políticas fundamentales implícitas y su plausibilidad.

Existe coincidencia en el sentido de que el poder constituido no puede entenderse sin reflexionar sobre el poder constituyente originario. El poder constituyente es de naturaleza extraordinaria, toca los límites entre lo jurídico y lo político. El derecho constitucional surge inequívocamente de actos de voluntad política. Estos actos de voluntad política son transitorios y deben desaparecer una vez concluida la obra constitucional para que la actividad del Estado se desenvuelva a partir de ese momento, sobre bases jurídicas fundamentales. Lo interesante de los actos de voluntad política que dan lugar a una Constitución nueva o a la transformación de la misma es que definen, en buena medida, la naturaleza del futuro Estado. En palabras de Loewenstein, “el material de derecho comparado hasta permite sacar la conclusión de que, a partir de la técnica de reforma constitucional aplicada respectivamente, se puede deducir el carácter del régimen político”.

Por eso, el tema de los procedimientos que utilice el poder constituyente para dar lugar a una nueva Constitución o cambios sustanciales en la misma no es inocente; debe, por un lado, generar suficientes condiciones de legitimidad política y consenso social y, al mismo tiempo, propiciar los elementos para la construcción de un Estado constitucional democrático. No es casual, por tanto, que autores como Bryce señalaran que el procedimiento de reforma constitucional es la parte más destacada de cualquier Constitución. Los procedimientos de reforma constitucional, originaria en nuestros días, deben ser participativos, abiertos y deliberativos, sin que impliquen la exclusión de algún sector social o político relevante. No es momento de constituciones impuestas, ni de constituciones de mayoría, ni de constituciones emanadas de una voluntad triunfante en alguna revolución, ni mucho menos constituciones producto de un golpe de Estado.

Cuando se plantea una nueva Constitución o se propone una revisión integral a la misma, independientemente de las cuestiones formales que el derecho positivo vigente contemple, se debe dar respuesta a seis preguntas básicas: el órgano que debe hacer la reforma constitucional, la conveniencia de instaurar un procedimiento o varios para las reformas constitucionales futuras, el nivel de rigidez de esas reformas, la participación popular en todo procedimiento de reforma constitucional, los límites explícitos para las reformas constitucionales futuras y, desde luego, la existencia de límites implícitos. La respuesta a esas preguntas definirá en buena medida el futuro del Estado, su legitimidad democrática, su legitimación y su estabilidad política.

Respecto al órgano que debe elaborar la nueva Constitución o hacer la revisión integral a la misma, el derecho comparado es rico en experiencias, tal como describen Pedro de la Vega y Javier Pérez Royo. La cuestión queda zanjada en la elección entre generar un órgano *ad hoc* o utilizar los poderes constituidos. Generalmente, para nuevas constituciones, se concibe un órgano especial en donde pueden tener participación poderes ya constituidos, además de que se suele incorporar la participación ciudadana. Lo importante, desde mi punto de vista, sería siempre el nivel de legitimidad democrática con la que cuenta el poder constituyente. Sobre los procedimientos que ese poder constituyente prevea para futuras reformas constitucionales, algunas de las constituciones más avanzadas del mundo, tanto europeas como latinoamericanas, señalan un procedimiento doble: uno para reformas a normas constitucionales que se consideran fundamentales o intangibles, y otro para normas que el constituyente originario no considera con la misma relevancia que las primeras. La rigidez de los procedimientos de reforma constitucional futura dependerán de las opciones del constituyente originario; es obvio que una Constitución que establezca procedimientos muy rígidos de reforma pueda ser alterada vía interpretación o mutación constitucional, como se deduce de la experiencia constitucional estadounidense, en donde la interpretación de la Suprema Corte de Estados Unidos en muchas ocasiones ha alterado el sentido constitucional de las normas constitucionales. En cuanto a la participación popular en el constituyente originario, me parece que está fuera de dudas; es más, creo que sin una suficiente y debida participación ciudadana en el proceso, el constituyente originario ve limitada su legitimidad democrática. Opino, por tanto, que esa participación debe darse en todas las fases del procedimiento constitucional, ya sea en su inicio, pudiendo proponer vía iniciativa

popular reformas y/o a través del establecimiento de un referéndum previo; durante el procedimiento, al contar la ciudadanía con la información plena de las deliberaciones del constituyente y, desde luego, al final, con el referéndum aprobatorio. Sé que la historia, en ciertos casos, demuestra el uso demagógico de medios de democracia directa. Desde mi punto de vista, se trata de trascender esa crítica. El uso de los medios de democracia directa no debe servir para el abuso de las élites, deben ser estas desenmascaradas cuando pretendan manipular los instrumentos de democracia directa, y la manera de desenmascarar a la élite se logra con la deliberación y la presentación amplia de los argumentos y contraargumentos de los distintos sectores políticos y sociales involucrados. El tema de los límites explícitos e implícitos es, hoy en día, parte de todo el constitucionalismo de la segunda posguerra. Estos límites vinculan al poder de reforma constitucional, pero se decía en el pasado que no al constituyente originario. Es obvio, por otro lado, que esos límites son parte —o deben ser parte— de la naturaleza constitucional y democrática del Estado de nuestro tiempo. Tales límites entrañan, por ejemplo, en el constitucionalismo democrático, la imposibilidad del poder reformador de alterar el régimen democrático, menoscabar los derechos humanos o trastocar la forma republicana o federal del Estado. Dentro del marco constitucional democrático, si el poder reformador de la Constitución alterara esos límites, los tribunales de control de constitucionalidad deben tener la competencia para determinar la inconstitucionalidad de una reforma elaborada por el poder revisor —en contra de los límites explícitos (cláusulas de intangibilidad) o de los implícitos—.

*Jaime Cárdenas Gracia*

## 792. PODER CONSTITUYENTE

En la teoría política y jurídica contemporánea, “poder constituyente” se refiere al autor de la Constitución de una comunidad política, a la autoridad que da origen y legitimidad a un orden jurídico. El verbo “constituir” y sus derivados tienen una larga trayectoria en el pensamiento jurídico. Como Andreas Kalyvas refiere, estos términos tienen una presencia importante en los textos de derecho público desde al menos la Roma antigua, donde designaban a una legislación superior a la ordinaria (*Poder constituyente: una breve historia conceptual*, 2016); sin embargo, no es hasta el advenimiento de las primeras constituciones codificadas tras la Revolución francesa y la Independencia estadounidense que “poder constituyente” consolida su significado actual. Esta entrada se organiza en dos partes. La primera, de carácter histórico-analítico, delimita el espacio conceptual de “poder constituyente” a finales del siglo XVIII. Este concepto ha tenido importantes y muy variados desarrollos desde entonces, los cuales van desde la interpretación voluntarista de Carl Smimitt (*Teoría constitucional*) hasta la conceptualización que de él realizó el materialismo revolucionario (véase Antonio Negri, *El poder constituyente*, 2015). No obstante, el núcleo conceptual que sirve de referente a todos los desarrollos posteriores, ya sea para oponerse o para ampliarlo y adaptarlo, es, sin lugar a dudas, el que surge con el pensamiento constitucional que acompañó el surgimiento de las constituciones escritas modernas.

Cuando surgen las constituciones codificadas, la pregunta “¿quién es el poder constituyente?” se vuelve relevante. La paradigmática respuesta de Siéyes en *¿Qué es el Tercer Estado?* parte de una tesis antigua: la jerarquía de las leyes

señala la jerarquía de sus autores. Por ello, Siéyes distingue a las constituciones de las otras leyes escritas, para así establecer “la secuencia de leyes *positivas*”, refiriendo que “en cada una de sus partes la Constitución no es obra del poder constituido, sino del *poder constituyente*. Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de la delegación. En este sentido, las leyes constitucionales son *fundamentales* (1983, p. 109). El significado de “poder constituyente” se delimita en contraposición al de “poder constituido”.

La distinción entre el poder constituyente y el poder constituido es intrínseca al constitucionalismo moderno; de acuerdo con él, las constituciones deben ser herramientas que limitan al poder político y garantizan la protección de los individuos contra posibles abusos gubernamentales. Es precisamente porque el Gobierno no puede controlar al poder constituyente, el cual es previo y superior, que la Constitución puede, en principio, proporcionar “seguridad constitucional” a los individuos.

Como lo expresa Thomas Paine en *Los derechos del hombre*, “un gobierno basado en los principios sobre los que se establecen los gobiernos constitucionales surgidos de la sociedad no puede tener el derecho de alterarse [a sí mismo]. Si lo tuviera, sería arbitrario.” (1984, p. 70). El poder constituyente moderno queda así vinculado a la idea de soberanía popular, mientras que la soberanía parlamentaria y monárquica, bajo las cuales el Gobierno puede transformar cualquier ley, son normativamente rechazadas. Finalmente, en la doctrina del poder constituyente que tiene sus raíces en este periodo histórico se distingue entre el poder constituyente originario y el permanente o reformador. El primero es el autor de una nueva Constitución, mientras que el segundo está a cargo de sus reformas.

El concepto “poder constituyente” ha sido particularmente relevante en el debate constitucional contemporáneo en torno a la posibilidad de declarar inconstitucional una reforma constitucional. En la Constitución mexicana no existe una cláusula que establezca de manera explícita la facultad de control de constitucionalidad de las reformas. Surge entonces el interrogante de si la falta de una cláusula de este tipo es suficiente para negarle al Tribunal Constitucional tal capacidad.

Para quienes responden afirmativamente, como lo hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el amparo en revisión 123-2002, la función del juez constitucional está limitada por el contenido literal del texto constitucional. Desde esta perspectiva, los tribunales constitucionales son un poder constituido más y sus funciones están y deben estar totalmente limitadas por el texto constitucional. En este sentido, en la controversia constitucional 81-2001, la SCJN negó la facultad de revisión del procedimiento y subrayó el carácter extraordinario del poder constituyente derivado, por cuanto es representante de la voluntad del pueblo. Se afirma así el carácter constituyente del poder reformador y, por tanto, su capacidad de transformar la Constitución como expresión de la soberanía popular. Desde esta óptica, el Tribunal Constitucional es un poder constituido que, si bien juega un papel fundamental en el sistema de frenos y contrapesos de cara a los otros órganos constituidos, no puede limitar a un poder constituyente. Resoluciones subsecuentes (acciones de inconstitucionalidad 168/2007 y 169/2007; amparos en revisión 186/2008, 552/2008, 2021/2010 y 488/2010) han compartido el mismo fundamento teórico.

**Andrea Pozas Loyo**

## 793. PODER JUDICIAL

Ha sido un error muy extendido, y solo abandonado en fechas recientes, el desdén hacia el Poder Judicial como objeto de atención por el derecho constitucional, que había llevado su curiosidad a los otros dos poderes clásicos: Ejecutivo y Legislativo. Las razones parecen ser históricas. El Montesquieu del *Espíritu de las Leyes* creía que el poder de juzgar era en cierto modo nulo y escasamente peligroso para los ciudadanos. También Hamilton en *El federalista* decía que el judicial era el más débil de los tres departamentos del poder, porque ni influye sobre las armas ni dirige la riqueza, ni puede tomar una resolución activa. En esta antigua línea de pensamiento se insertan los tratadistas que afirmaron que no es un verdadero “poder” sino una simple “función” consistente en la aplicación pura y simple de la ley. Nada de esto es cierto ni resulta una comprensión adecuada, por ejemplo, a las normas de la Constitución mexicana, las cuales consagran el moderno entendimiento de la justicia como un poder independiente, gobernado por un Consejo de la Judicatura, y que se mantiene unido a través de la jurisprudencia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lógica que debe entenderse igualmente predicable de los sistemas de justicia de los estados.

La expansión de la juridicidad inherente al Estado de derecho ha llevado a jueces y tribunales a ejercer nuevas y variadas funciones, de esencial importancia, que difícilmente pudieron imaginar los liberales que en el siglo XIX realizaron la codificación; tantas, que ese Poder Judicial de mínimos se ha transformado en su magnitud. Hoy casi no existen ámbitos exentos de jurisdicción y en muchos Estados constitucionales se avanza en el control de los elementos reglados de los actos políticos del gobierno (incluidos ámbitos que pueden ser secretos de Estado o nombramientos de altos cargos) y de la discrecionalidad administrativa, mediante diversas técnicas. Los tribunales controlan también los procedimientos electorales y el escrutinio, superando el viejo modelo de revisión parlamentaria de las actas. Han aparecido nuevos órdenes jurisdicciones distintos al civil y penal, y jueces especializados en materias como la mercantil o la contencioso-administrativa. La justicia constitucional controla la constitucionalidad de las leyes, haciendo del Congreso, no un órgano soberano sino un poder constituido sometido a la Constitución. Y, día a día, los órganos judiciales revisan la potestad reglamentaria y los actos administrativos de diversos gobiernos multiniveles (la Federación, los Estados, y los municipios). El Consejo de la Judicatura ha asumido buena parte de las competencias sobre la administración de justicia con la finalidad de asegurar la independencia externa de la judicatura respecto de los otros poderes. En consecuencia, la organización del Poder Judicial y la determinación de los límites de sus funciones para impedir que invadan a otros poderes, incurriendo en una función de suplencia, han alcanzado una notable complejidad. Al tiempo, la independencia de los órganos judiciales es tan esencial para la propia supervivencia de la democracia constitucional que únicamente respecto de la justicia podemos realmente pensar en la necesidad de una verdadera “separación” de poderes, y no en un entendimiento más flexible de tal división como ocurre en la realidad con el juego de contrapesos entre el Legislativo y el Ejecutivo, incluso en los sistemas presidenciales.

En países como México, este poder debe adjetivarse con dos calificativos esenciales: “federal” y “difuso”. La Constitución reconoce una dualidad, el

Poder Judicial de la Federación y aquellos establecidos en las Constituciones de los estados, siguiendo la influencia del constitucionalismo estadounidense, un modelo federal clásico que se superpuso a la organización procesal heredada de la colonia. Por otro lado, hoy tiende a comprenderse —siguiendo a la doctrina italiana— como un poder “difuso”, es decir, tan dilatado en su unidad como para que cada juez o tribunal sea independiente del resto en sus enjuiciamientos. Esta independencia interna es no menos relevante que la externa, y demanda una organización judicial desprovista de criterios de jerarquía y subordinación —a diferencia del Ejecutivo—, que alcanza su unidad mediante un sistema de recursos judiciales que vertebran la jurisprudencia, en particular, las sentencias constitucionales, la casación de la ley y la unificación de doctrina de los tribunales.

La función jurisdiccional ya no puede caracterizarse como la aplicación de la ley al caso, recurriendo a la teoría de la subsunción de los supuestos de hecho en normas abstractas y generales: una premisa mayor y otra menor. El juez no es la boca que expresa las palabras de la ley. Nada es tan mecánico ni automático. La realidad es harto más compleja y exige del juez un esfuerzo interpretativo. Los jueces construyen las normas a partir de diversas fuentes del derecho y mediante disposiciones de muy diversos rangos: constitucionales, internacionales, legales, reglamentarias; con las que a menudo no es sencillo alcanzar una interpretación sistemática y desprovista de contradicciones. La distinción entre creación y aplicación de la ley no puede comprenderse más que como ingredientes de un mismo fenómeno en diferentes dosis. Asistimos a un derecho cada vez más dúctil construido a través de principios generales, que dan una mayor imprecisión al canon o parámetro de enjuiciamiento. Las leyes actuales están repletas de remisiones, cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados de no siempre unívoca inteligencia. La antigua unidad de la ley se ha descompuesto en una pluralidad de tipos de leyes con diversas funciones y objetos. Y la descentralización federal en diversos ordenamientos internos o la protección internacional subsidiaria de los derechos contribuyen a enriquecer, y a complicar, la selección de las fuentes. El juez moderno ejerce una cierta discreción —o discrecionalidad— judicial: dicta una verdadera decisión judicial responsable, limitada por la predeterminación normativa de las fuentes y su sujeción a la Constitución y a la ley.

En este escenario moderno, los derechos fundamentales de los justiciables que integran el derecho al proceso debido (la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales en los juicios) han contribuido a transformar la regulación de los procesos y la forma de ejercer la función jurisdiccional al hacer del justiciable —y no el juez— el centro de este servicio público en cuanto titular de unos derechos de prestación. La necesidad de interpretar de manera finalista y antiformalista los requisitos procesales, y no como obstáculos insalvables, de favorecer la subsanación de los defectos, de impedir situaciones de indefensión, de permitir la prueba, de garantizar los derechos al juez ordinario e imparcial y la igualdad de armas de las partes, son entre otros muchos, ingredientes esenciales de esta nueva organización. El juez moderno está comprometido por mandato constitucional con el Estado de derecho y los derechos fundamentales.

Una independencia judicial tan amplia y constitucionalmente garantizada, un poder tan difuso y dotado de funciones importantes deben tener como

contrapesos la responsabilidad del juez por distintas vías (entre otras la disciplinaria ante el Consejo de la Judicatura), un serio sistema de reclutamiento objetivo y un régimen estricto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades que aseguren que ejerce la potestad jurisdiccional con eficacia, exclusividad, independencia e imparcialidad.

*Javier García Roca*  
*Alfonso Herrera García*

#### 794. *POLITICAL QUESTIONS*

La doctrina de las *political questions* se originó en Estados Unidos, a partir del impulso que la corriente judicial auto-restrictiva —*self restraint*— o prudente impuso en las resoluciones de casos difíciles, al asumir que había cuestiones constitucionales que no eran justiciables, o dicho en otros términos, materias que —en principio— no eran solucionables a través del proceso judicial debido a la ausencia de una norma aplicable. Sin embargo, también se puede señalar la existencia de la corriente contraria o del activismo judicial clásico —*judicial activism*—, según el cual (en virtud del caso *Marbury vs Madison*) no había disposiciones legales que pudieran exceptuarse del control constitucional. Asimismo, se observa una tercera corriente judicial, la denominada corriente funcional, que trata de balancear ambos extremos estableciendo razones prácticas para su intervención. En todo caso, esta doctrina en sus diferentes modalidades ha tenido impacto en la jurisprudencia comparada de los tribunales constitucionales europeos, sobre todo a partir de la lucha contra el formalismo jurídico-constitucional.

A partir de interpretar críticamente la cuestión política de las causas judiciales difíciles es que se puede perfilar la posición del tribunal constitucional con relación al Congreso y al gobierno, para lo cual cabe plantear —en vez de preguntar qué es una *political question*— cuándo un tema de la agenda pública se convierte en una *political question*. Y es que, como sostiene Philippa Strum, resulta imposible una definición jurídica del término en la medida que en el proceso judicial las cuestiones políticas son los asuntos sin solución, pero a la vez, los asuntos sin solución en el proceso judicial son las cuestiones políticas.

Por ello, es en el marco del derecho comparado donde se puede plantear con claridad la problemática de las *political questions*. En ese sentido, es importante destacar, en la jurisprudencia comparada, el intento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en 1962, de establecer criterios que las identificasen. Así, en el caso *Baker vs. Carr*, dicho Tribunal Supremo sentenció que en todos los casos en que se había formulado la doctrina de las *political questions*, se trataba: (i) de un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional, (ii) de una carencia de estándares judiciales apropiados para su enjuiciamiento, (iii) de una imposibilidad respecto a que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político idóneos para un tipo de discreción claramente no judicial, (iv) de una imposibilidad respecto a que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales, (v) de una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada, y finalmente (vi) de una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales. No obstante, en este punto la jurisprudencia nortea-

mericana no ha sido uniforme, si se considera que este aporte delimitador de las *political questions* del liberal Tribunal Warren fue, más bien, una excepción. Tal como quedó establecido a partir del *Tribunal Burger*.

En todo caso, para perfilar el alcance de las *political questions*, se hace necesario apelar no solo a la dogmática, sino también al quinto método de interpretación del derecho constitucional comparado en su forma jurisprudencial. En ese sentido, la calificación de un proceso constitucional como político o no, no tiene una definición *a priori*, sino casuística, en la medida que lo político opera con categorías decisionistas, las que están de acuerdo con el *Zeitgeist* de cada época y país, aunque dentro del marco político y jurídico del régimen democrático y constitucional. Precisamente, es en esa tensión permanente y universal entre el derecho y la política democráticos, donde se podrían encontrar algunas reglas de entendimiento y encuadramiento de los procesos constitucionales políticos, así como en las posibilidades y los límites de la interpretación jurídico-constitucional de las *political questions*.

A diferencia de los Estados Unidos, donde la tradición judicial estableció que las *political questions* no eran cuestionables en principio, la doctrina constitucional europea asume una postura de control político o material de la Constitución, mediante determinadas técnicas interpretativas.

En el caso alemán, el Tribunal Constitucional Federal alemán tuvo un papel muy importante cuando se plantearon cuestiones políticas “*politischen Fragen*”, en relación con algunas leyes y medidas económicas dictadas por el Parlamento y el Gobierno, durante la etapa de la reconstrucción económica después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, en Alemania la doctrina de las cuestiones políticas también ha ido tomando forma a través de la doctrina de la justicia política —*Politische Justiz*—, en la cual el TCF se ha visto compulsado a defender la democracia política, mediante la resolución de casos políticos durante la etapa de la posguerra, como la disolución del Partido Socialista del Imperio (partido neonazi), la disolución del Partido Comunista Alemán o, más contemporáneamente, la condena a los actos terroristas de los miembros de la Fracción del Ejército Rojo.

En cuanto a la experiencia jurisdiccional española sobre cuestiones políticas, esta nos muestra algunos casos judiciales de alta relevancia política y social, como en la lucha del Estado contra el terrorismo. En estos casos se ha presentado el tema de las cuestiones políticas —si bien no en la forma de la doctrina norteamericana o alemana— en clave de control material de la Constitución.

De otra parte, en América Latina se puede señalar que la justicia constitucional tiene un desarrollo embrionario en materia constitucional para hacer justiciable las llamadas cuestiones políticas.

En Argentina, en la década de los ochenta, con el retorno a la democracia la jurisprudencia fue consolidando progresivamente una posición de control de la constitucionalidad de los actos políticos, no exenta de avalar ciertas decisiones políticas, como la convalidación de la llamada ley de la obediencia debida, alegando la gravedad de la crisis militar, bajo la doctrina de la emergencia, para evadir el juzgamiento del militar Camps, acusado de violar los derechos humanos, lo que ha sido corregido en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina sobre el caso Simón, que declara inválida dicha legislación.

En el Perú, se puede señalar que el tribunal constitucional ha establecido una jurisprudencia sobre las *political questions*, en la sentencia que plantea cuestionar la decisión del congreso relativa a la expulsión de tres magistrados constitucionales, por haber violado el derecho al debido proceso, entre otros argumentos.

En suma, la judicialización de las *political questions* es una tarea que le corresponde decidir al Tribunal Constitucional y no al Congreso —en cuanto a su alcance o la densidad de control judicial— a través del desarrollo de los clásicos principios y las nuevas técnicas de interpretación constitucional. Con ello se evita que frente al abuso parlamentario o del gobierno se instale el abuso judicial, lo que no obsta para que se planteen una serie de problemas, como la sensación generalizada de estar pasando del gobierno de los representantes democráticos al *gobierno de los jueces* sin que existan mecanismos de responsabilidad democrática de estos últimos. No hay una única solución a ese real peligro, pero una cuidadosa selección de los magistrados, el establecimiento de las garantías institucionales que se les provea la norma legal, así como el respeto a los límites de su interpretación constitucional en causas políticas, reducirán las posibilidades del ejercicio incontrolado de los magistrados constitucionales.

*César Landa Arroyo*

#### 795. POLÍTICA PÚBLICA JUDICIAL

En la época moderna, las funciones del Estado se asentaron en la importancia de tres valores dominantes: la eficiencia, la democracia y la justicia. Sin embargo, a lo largo de los 100 últimos años, un nuevo valor ha trastocado la tríada original de funciones estatales irrumpiendo transversalmente en todas las instituciones: la justicia social (Vile, 2007).

Países como Colombia han reconocido el valor justicia social como el pilar sobre el cual debe erigirse todo actuar estatal; incluso, el artículo 1 de la Constitución de dicho país señala que Colombia “es un Estado social de derecho”, entendida tal expresión —de la propia exposición de motivos— como la finalidad social del Estado que responde a una “deuda social” hacia los más desfavorecidos.

Si bien la Constitución mexicana no señala expresamente que México sea un Estado social de derecho, fue una de las primeras constituciones en reconocer derechos sociales y actualmente posee una amplia carga social a través de la protección al trabajo, la educación, la salud, entre otros. En la propia exposición de motivos de 1917 se dijo que sobre el “gran principio de solidaridad” deben descansar todas las instituciones.

Una de las actividades concretas del quehacer estatal para lograr el valor de justicia social es el diseño y realización de programas de acción, lo que conocemos como políticas públicas. Estas son una manera de satisfacer ciertas obligaciones del Estado con la sociedad en su conjunto, específicamente los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales, debido al principio de interdependencia de los derechos humanos, en muchos casos son prerequisite para el disfrute de otros derechos, como la vida o la integridad.

Se dice que los derechos sociales son programáticos y, en consecuencia, expresan solamente un mandato al poder legislador para su desarrollo mediante el diseño de políticas públicas que los satisfagan. Por ello, la

ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas es una tarea destinada al legislador o administrador, habitualmente considerada como “no justiciable”.

Si bien se reconoce que el juez no tiene la tarea de diseñar las políticas públicas, al reconocer derechos sociales en nuestra Constitución y, por tanto, la obligación del Estado de garantizarlos, inevitablemente se exige a los jueces intervenir en aquellos casos donde el Estado “falle” en el cumplimiento de dichas obligaciones. El papel de los jueces en la política, por ende, no se debe tanto a una ambigua politización (Becker, 2001), sino al carácter de los asuntos que conocen y a su nuevo papel como “jueces de derechos humanos”, que los obliga a garantizar, en todo ámbito, los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de la materia.

La tesis que afirma que las políticas públicas no son justiciables surgió, casualmente, como doctrina tribunalicia en el célebre caso *Marbury vs. Madison*. Nace, pues, en los albores mismos del control de constitucionalidad como una restricción autoimpuesta por la Corte Suprema (Sagüés, 2001). No obstante, como apunta el doctor Acuña (2011), en la actualidad, las cuestiones políticas están sufriendo una reducción de sus fronteras por el mismo medio que antes las ensancharon: la actividad jurisdiccional.

¿Cómo se puede concebir el sistema de impartición de justicia en el ámbito de las políticas públicas? O, dicho de otro modo, ¿pueden existir políticas públicas en el ámbito judicial? Como es claro, dentro de la órbita de acciones gubernamentales, el poder judicial no es ajeno a dicho debate, pues, así como las instituciones públicas y privadas cuentan con planes de dirección, la Judicatura debe planear el rumbo de su organización; de tal suerte que las políticas públicas se conviertan en una garantía para el adecuado desarrollo y ejercicio de la función jurisdiccional.

El derecho comparado nos ofrece claros ejemplos de cómo la justicia constitucional se ha ido expandiendo para abarcar estos temas, por ejemplo, la Corte Constitucional sudafricana, en el caso CCT1/00, ordenó rediseñar el programa de vivienda estatal, ya que en el mismo no se consideró el problema de la vivienda en su contexto social, económico e histórico; o la sentencia T-177/99 de la Corte Constitucional colombiana, que ordenó al Consejo Nacional de Política Económica y Social revisar su política en materia de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de la seguridad social en salud (SIBSEN), a fin de garantizar que su aplicación no diera como resultado la violación sistemática de los derechos fundamentales.

En el caso mexicano, un ejemplo lo constituye la resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 237/2014, que concedió el amparo a cuatro quejosos autorizándolos a realizar todas las actividades de autoconsumo del estupefaciente “cannabis” con fines lúdicos o recreativos —sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar—. Sentencia en la que, si bien la Sala no hizo una revisión estricta de la política nacional de salud, sí desencadenó un amplio debate a nivel nacional respecto a la necesidad de diseñar una política pública acorde con las consideraciones emitidas por el Alto Tribunal en dicha sentencia.

Como se ve, la constitucionalización del derecho y, en consecuencia, el desarrollo y expansión de los derechos humanos a todas las esferas del orden jurídico, ha provocado la necesidad de adecuar las decisiones con criterios

materiales, y ya no solo estrictamente formales. La intervención de los jueces no se reduce a solucionar disputas, sino, sobre todo, es un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad.

En esta tarea, los estándares fijados internacionalmente deberán ser la “regla de juicio” sobre cuya base intervengan los mecanismos de control estatal (Abramovich, 2006), tomando en cuenta las características que deben tener las políticas públicas con enfoque de derechos humanos, como la integralidad, intersectorialidad, participación, universalidad y coordinación. La tarea de los jueces será entonces la de confrontar el diseño de las políticas públicas con dichos estándares y, en caso de hallar divergencias, reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos ajusten su actividad en consecuencia.

Es cierto que desempeñar esta tarea implica la incursión de los jueces a esferas donde históricamente no lo ha hecho —esto es a lo que se ha llamado “debilitamiento de las cuestiones políticas no justiciables” (Acuña, 2011)—; sin embargo, ninguna objeción en su contra resulta suficiente para afirmar que es un área donde los jueces no deben intervenir. No significa posicionar al poder judicial frente al resto de los poderes, sino un control eficaz en áreas donde antes no existía.

*Daniel Álvarez Toledo*  
*Ana Paulina Ortega Rosado*

#### 796. POLÍTICA PÚBLICA JUDICIAL CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Políticas públicas es la acción u omisión del gobierno para enfrentar un problema o hecho social. A lo largo de la historia y de la propia construcción del Estado, los grandes estadistas se han esforzado por estudiar y analizar el funcionamiento del mismo, proponiendo métodos de estudio, disciplinas y herramientas que permitan el buen ejercicio de gobierno.

A esta necesidad, surge el estudio de la política pública, la cual obedece a una necesidad por encontrar soluciones a problemas, hechos, circunstancias o actos sociales que debe resolver la autoridad, por lo tanto, la política pública es la acción u omisión del gobierno en respuesta a un problemática, a través de acciones de gobierno, instituciones, programas, leyes, reformas y demás instrumentos públicos.

Su aplicación se establece en distintas etapas, a saber: 1. Identificar el problema, 2. Buscar y evaluar las posibles soluciones, 3. Seleccionar la política pública, 4. Implementar la política pública y evaluar la misma.

Ahora bien, la política pública judicial es un concepto relativamente nuevo de aplicación en los gobiernos judiciales, pues, la política pública como tal se aplicaba solo desde la perspectiva del Poder Ejecutivo y Legislativo, sin embargo, en la propia evolución de las judicaturas se ha advertido la necesidad de buscar nuevas herramientas o metodologías para el buen ejercicio del gobierno judicial, sobre todo armonizar los esfuerzos del Estado mexicano a través de sus instituciones, no puede el Poder Judicial ser ajeno al fortalecimiento del Estado.

En ese contexto, las reformas que ha sufrido el sistema jurídico mexicano han sido de tal envergadura que merecen y exigen implementaciones integrales, interdisciplinarias, transversales, responsables y estadistas que no

desvirtúen el origen de la misma y el espíritu de la ley; ejemplo de ello es la reforma del 10 de junio de 2011 publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en materia de derechos humanos, que reformó el artículo 1o. de la Constitución general de la República, donde obliga a las autoridades el respeto irrestricto de los derechos humanos, exigiéndoles que observen los tratados internacionales para su ejercicio, además de buscar la norma que más le favorezca al individuo.

Bajo estas aristas, el Poder Judicial de la Federación tiene un peso muy relevante en la reforma y, depende de este que pueda respetarse y aplicarse la misma, pues, los jueces y magistrados federales serán el último peldaño de la defensa de los derechos humanos, a través de sus resoluciones.

Esto es, los ciudadanos y los juzgadores, tienen el derecho de que la autoridad judicial como gobierno, actúe con pleno respeto a los derechos humanos, luego entonces, las políticas públicas judiciales con perspectiva de derechos humanos, es la obligación que tienen los integrantes del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal de tomar decisiones valoradas, diseñadas, analizadas e implementadas bajo la protección de los derechos humanos, por tal motivo, se debe exigir este respeto en todas y cada una de sus determinaciones, y revisar aquellos criterios y acuerdos generales que vulneren estos principios obligatorios plasmados en el artículo 1o. Constitucional. Una judicatura federal será cada día más fuerte, en tanto sea respetuosa de los derechos humanos.

Un ejemplo de lo anterior, es que en materia disciplinaria deben determinarse las medidas respetando los derechos humanos, revisando la convencionalidad y la norma que más le favorezca al servidor público; así pues, debe velarse que las medidas no afecten el buen funcionamiento de la impartición de justicia, protegiendo el derecho que tiene todo ciudadano al acceso a la justicia.

Otro ejemplo, son las adscripciones o readscripciones de los depositarios del Poder Judicial de la Federación, pues, las reglas deben estar determinadas bajo un estudio serio de cada caso en particular, respetando los derechos humanos de ese juzgador, cuidando que no altere el sistema y no distraiga la determinación a ese juez o magistrado, vulnerado con ello la autonomía e independencia judicial, ya que la tranquilidad es parte de la esfera protectora de esos principios, no basta, el justificar medidas por necesidades del servicio, es obligación del órgano de gobierno justificar la medida atendiendo el derecho humano.

Ahora bien, como se ha mencionado las políticas públicas judiciales se aplican por acción o por omisión a través de los acuerdos generales de la judicatura, ya sea creando, reformando o derogando, políticas que atiendan la problemática existente.

En conclusión, el diseño e implementación de las políticas públicas judicial con perspectiva de derechos humanos, son las acciones y, en algunos casos, omisiones que determine la judicatura en razón de un hecho o problema detectado que vulnera los derechos humanos de los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral, así como el buen servicio público de impartición de justicia y en consecuencia a los justiciables.

***Gerardo Enrique Hernández Aguirre***

**797. POLÍTICA PÚBLICA SOCIAL**

En la actualidad y de acuerdo a Lahera Parada, podemos identificar dos conceptos de políticas públicas, el tradicional y aquel otro que podríamos denominar actual. De acuerdo a la posición tradicional, las políticas públicas podrían ser definidas como “aquellas que se corresponden al programa de acción de una autoridad pública o al resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental”. A la luz de este concepto se le asigna un papel central al Estado como si las políticas públicas fueran materia exclusiva de las autoridades públicas. Desde una posición actual e integral, Las políticas públicas: “son cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales y la previsión de sus resultados. El mínimo de una política pública es que sea un flujo de información con relación a un objetivo público, desarrollado por el sector público y consistente en orientaciones”. Las políticas públicas así concebidas, son soluciones específicas acerca de la forma en que deben ser abordados los asuntos públicos determinados en la agenda pública. De esta forma, la determinación de los temas que conformarán la agenda pública, determina a su vez las políticas públicas que el Estado gestionará. En un sistema democrático, los temas de la agenda pública deberían ser determinados mediante el diálogo y la discusión. En el marco de un sistema democrático, la determinación de la agenda pública es una labor compleja. Esta complejidad se encuentra determinada por la diversidad de preferencias que se deben contemplar para establecer qué temas deben integrar la agenda pública y en consecuencia, qué políticas públicas deben ser abordadas y entre ellas, cuáles deben ser de atención preferente. En un esquema democrático o mayoritario, la determinación de esta agenda entonces dependerá de un sinnúmero de factores entre los que cabría mencionar: la habilidad de los grupos para manipular las elecciones sobre la agenda a su favor, o la prevalencia que el partido político triunfador en un proceso electoral otorgue a ciertos temas de interés público. Sin embargo, esta reseñada flexibilidad en la conformación de la agenda pública no es tal. En el marco del constitucionalismo actual, la Constitución no solo establece como se organizará el poder y la manera en que los órganos del Estado deben tomar sus decisiones; ella establece además aquello que estos pueden y en ocasiones lo que no pueden decidir. Pero además, establece de un modo más o menos fuerte, vías para la acción, fines cuya consecución se debe procurar o, fines constitucionales que se deben obtener, es decir, resultados que la acción de los poderes debe conseguir. Esta determinación es brindada constitucionalmente, aunque no de modo exclusivo, mediante los derechos. Tal como ha señalado Abramovich (2009), existe una muy estrecha relación entre derechos constitucionales y políticas públicas y más específicamente, entre derechos sociales fundamentales y políticas públicas sociales. En el marco de la democracia constitucional, entonces, las decisiones o las determinaciones de la agenda pública no está entregada por completo al juego democrático. Cuando la Constitución, impone a las autoridades la consecución de ciertos bienes como salud, educación, vivienda digna etcétera. está imponiendo temas de

la agenda pública que debería determinar el diseño de políticas públicas sociales, más allá de las políticas públicas de un gobierno específico y más allá también de los postulados del partido político que se encuentre al frente del gobierno. En realidad, lo que hace es establecer aquello que en términos de políticas públicas podríamos denominar *políticas de Estado* por cuanto trascienden a los gobiernos de turno. Esta idea intenta resumir los postulados básicos de la democracia constitucional o del constitucionalismo actual y entronca perfectamente en los postulados típicamente constitucionales, por cuanto la pretensión de toda Constitución es la estabilidad o perdurabilidad, por ello, la incorporación de medios dificultados de reforma o la existencia del control judicial de la constitución que tienen como finalidad, dotar a la Constitución de esas cualidades. Lo dicho en el párrafo anterior, de ninguna manera pretende sugerir que la agenda sobre políticas públicas sociales no pueda ser discutida por las instancias democráticas, ni siquiera que los cuerpos políticos y de la administración pública no deban aceptar las preferencias que pudieran determinarse por la vía democrática, ni que estos no gocen de cierto grado de discrecionalidad para el establecimiento de las políticas públicas. Lo que se quiere afirmar es que, como en todo escenario constitucional, todas las determinaciones enunciadas, no pueden prescindir de los bienes predeterminados constitucionalmente y que la agenda pública deberá necesariamente contemplar. Por otro lado, el concepto actual de políticas públicas proporcionado por Lahera, es más incluyente que el concepto tradicional, pues permite incluir en el diseño y puesta en práctica de las políticas públicas a una serie de actores como la ciudadanía, los grupos sociales y el sector privado entre otros. El abandono del concepto tradicional y restrictivo de políticas públicas, nos brinda cierta claridad para proponer ya no un criterio vertical de expansión del concepto en cuanto a la determinación y diseño de las políticas públicas, sino y de manera complementaria, un criterio expansivo horizontal en cuanto a la fiscalización de las políticas públicas. Tradicionalmente los expertos tienden a considerar que dicho ámbito no tiene ninguna relación o vinculación con el derecho constitucional y mucho menos con los derechos sociales fundamentales. Si aceptamos la ecuación propuesta de acuerdo a la cual, la Constitución establece bienes materializados en términos de derechos y estos bienes no resultan prescindibles al momento de diseñar una agenda pública que a su vez determinará las políticas públicas a confeccionar e implementar, resulta lógico sostener que las políticas públicas tienen mucho que ver con el derecho constitucional y los postulados constitucionales en cuanto a la forma en que estos determinan a aquellas por cuanto las políticas públicas deben tender a realizar los bienes objeto de los derechos. Ahora bien, una derivación del juicio tradicional de acuerdo al cual las políticas públicas se encuentran desconectadas del derecho constitucional y de los contenidos constitucionales, ha sido el considerar que la justicia constitucional no tiene nada que decir acerca de las políticas públicas. En materia de políticas sociales que implementen derechos sociales y su fiscalización por parte de la jurisdicción constitucional, el juicio ha sido aun más categórico. Lo dicho hasta aquí es avalado por ciertos sectores de expertos en materia de políticas públicas que al analizar los aspectos de su fiscalización, ya no solo contemplan la fiscalización interna ejercida por diversos comités, o la fiscalización política que pueden desempeñar los parlamentos, sino que incorporan al Poder Judicial como agente fiscalizador.

El rol del Poder Judicial en este ámbito, puede abarcar diversos aspectos tales como el control de políticas públicas sociales excluyentes, la implementación de políticas públicas sociales diseñadas pero no ejecutadas, la corrección de procedimientos que implementan políticas públicas y en los casos más graves, llegar incluso a la invalidación de políticas públicas sociales.

*Juan Manuel Acuña*

### 798. PONDERACIÓN

El término ponderación puede ser —y de hecho es— utilizado en diversos sentidos; sin embargo, en el contexto de la teoría de la argumentación jurídica y, más particularmente, de la interpretación constitucional, la ponderación es entendida con un significado más estricto, esto es, como uno de los pasos correspondientes al examen de proporcionalidad. Como es conocido, el examen de proporcionalidad es un método para justificar relaciones de prioridad condicionada entre principios y está compuesto por tres subexámenes: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es precisamente dentro del marco de este último subexamen donde se dice que se debe ponderar.

En su *Teoría de los derechos fundamentales*, Robert Alexy sostiene que el subexamen de proporcionalidad puede ser simplificado en una regla que él denomina *ley de la ponderación*, y que establece lo siguiente: “Cuanto mayor es el grado de la falta de satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

La *ley de la ponderación* indica que esta clase argumentación requiere fundamentar tres cosas: *i*) el grado de afectación del principio restringido (llamémosle *x*) como consecuencia de la adopción de una medida *y*. Para ello puede hacerse uso de una escala que distinga entre grados de afectación altos, medianos o bajos; *ii*) el grado de satisfacción del principio que pretende justificar la restricción (llamémosle *z*) como consecuencia de la adopción de *y*. Aquí también puede utilizarse una escala que distinga entre grados de satisfacción altos, medianos o bajos, y *iii*) por último, deben compararse los grados de afectación del principio *x* y de satisfacción de *z* a los fines de determinar si existe una relación de compensación entre las pérdidas ocasionadas a *x* y las ganancias obtenidas por *z*.

De esta manera, siempre que el grado de afectación de *x* resulte mayor que el grado de satisfacción de *z*, entonces debe considerarse que la restricción es desproporcionada y, por tanto, injustificada. En el resto de los casos, es decir, en todos aquellos en que el grado de afectación de *x* resulte igual o menor que el grado de satisfacción de *z*, entonces debe considerarse que la restricción es proporcionada y, como tal, justificada.

Existen varias objeciones dirigidas en contra de la racionalidad de la ponderación. Aquí se destacarán solamente tres. Una primera objeción aduce que la *ley de la ponderación* no garantiza racionalidad, en virtud de carecer de pautas materiales que brinden certeza con respecto a cuál debe ser su resultado. En este sentido, es catalogada como una mera “fórmula vacía”, dentro de cuyo ámbito pueden ser cobijadas las más diversas concepciones materiales de la ponderación; sin embargo, a esta objeción pueden oponérsele dos contraargumentos. En primer lugar, la objeción parte de presuponer que solo pueden ser racionales aquellos juicios de ponderación que emanen de un procedimiento que garantice una certeza absoluta en su resultado, empero, este

presupuesto debe ser descartado en virtud de su “hiperracionalidad”, esto es, por exigirle a la argumentación jurídica un nivel de racionalidad mayor a aquel que puede efectivamente brindar y que únicamente es alcanzado por las disciplinas puramente formales. En segundo lugar, el hecho de que la *ley de la ponderación* no presuponga ningún resultado material no significa, por sí solo, que su presencia resulte trivial, es decir, que no aporte en nada a la toma de decisiones jurídicas. Su principal función consiste en explicitar cuáles son las premisas que deben ser fundadas materialmente para considerar justificada una relación de precedencia condicionada entre principios. Si se le entiende de este modo, entonces la *ley de la ponderación* cumple un papel parecido al que cumple la subsunción.

Una segunda objeción está relacionada con la justificación material de los factores que integran esta ley. Esta indica que no existen criterios objetivos que permitan fundamentar racionalmente la asignación de grados de afectación y satisfacción de los principios; por ello, la atribución de dichos valores queda exclusivamente librada al decisionismo subjetivo del juzgador. No puede haber dudas de que en cualquier ponderación intervienen las valoraciones subjetivas. No obstante, esto no constituye por sí solo un inconveniente, si se acepta la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de esta clase de juicios normativos. Así, el primero se pregunta acerca de cuáles son los motivos empíricos que influyeron en la formulación de un determinado juicio de ponderación, por ejemplo, un determinado procedimiento psicológico. En cambio, el contexto de justificación se interroga acerca de cuáles son las razones que respaldan a un determinado juicio de ponderación. La importancia de esta distinción radica en que, aun cuando pueda demostrarse que ciertos motivos subjetivos fueron la causa determinante para que un agente se incline por un cierto juicio de ponderación, ello no dice nada con respecto a su corrección o justificación, por lo cual, la cuestión referida a la racionalidad de la ponderación no pasa por averiguar si los decisores cuentan o no con una carga de subjetividad. Más bien, el punto decisivo consiste en saber si, desde el punto de vista del contexto de justificación, es posible reconstruir reglas y formas de la argumentación implícitas que garanticen su control racional. Efectivamente, esta última cuestión puede ser respondida en términos positivos, ya que las reglas y formas de la argumentación que se utilizan para asignar grados de afectación y satisfacción de los principios no son otras que las mismas que se usan para la interpretación de las normas jurídicas en general.

Con todo, incluso aceptando la estructura interna de la *ley de la ponderación* y la posibilidad de justificar materialmente las premisas o factores que la componen, puede presentarse una tercera objeción. Esta indica que la ponderación de principios presupone la comparación entre elementos que carecen de una unidad de medida común y, en consecuencia, se trata de una comparación entre elementos inconmensurables. Es cierto que los principios constitucionales son inconmensurables, lo que se debe al hecho de que las intensidades de la afectación e importancia de la satisfacción de los principios no pueden ser cuantificadas dentro de una escala cardinal. A pesar de ello, esto no implica que no puedan ser comparados con la ayuda de algún criterio normativo de valoración, pues, de la misma manera que las peras y las manzanas pueden ser comparadas en razón de su sabor o dulzura, o la música de Bach

y Madonna pueden ser comparadas en razón de su calidad compositiva, los principios constitucionales pueden ser comparados de acuerdo con la importancia de su aplicación en un caso concreto con la ayuda de escalas ordinales.

*Federico De Fazio*

### 799. POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS

La noción de derecho positivo es el punto de partida para arribar a una definición del término “derechos positivizados”. En una acepción general, según Bobbio en el libro *El tiempo de los derechos*, el derecho positivo es el conjunto unitario de normas, tanto de conducta como de organización, que reglamentan las relaciones fundamentales para la convivencia y la supervivencia del grupo social. Si bien es en el derecho romano donde surge la idea del derecho codificado, la misma alcanza su cabal desarrollo en el marco del nacimiento del Estado liberal moderno, donde representa uno de sus soportes fundamentales.

La relación dicotómica configurada por el Estado y el derecho fue advertida por la mayoría de los principales exponentes de la filosofía política y del derecho. En este orden, perspectivas como la de Kelsen coinciden en ver a ambos como la cara de una misma moneda, sin que se pueda entender a uno sin el otro y sin importar quien detente el poder soberano del Estado. Es a través de las normas jurídicas establecidas como subsiste el Estado y por las que materializa su poder coactivo.

Ahora bien, el concepto de “derechos positivizados” sugiere necesariamente la existencia de un proceso legislativo en el contexto del Estado moderno, como la vía mediante la cual los derechos en su sentido más amplio pasan a formar parte del conjunto de normas que rigen a una sociedad.

El proceso legislativo es una de las tres fuentes formales del derecho, junto con la costumbre y la jurisprudencia. De acuerdo con esto, García Máynez, en la obra *Introducción al estudio del derecho* (2003), dice que “en los países de derechos escrito, la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales... es el proceso mediante el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general”. De esta manera, el proceso legislativo es la forma típica de positivización de derechos, más allá de su incorporación en el orden constitucional o en leyes secundarias.

La positivización de derechos debe ser comprendida como la síntesis de un proceso político y jurídico, cuyas etapas comprenden la construcción conceptual de los derechos y libertades, y su consiguiente protección a través de la definición de un orden legal. Un hecho universal decisivo en el proceso aludido fue la proclamación de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada por la Asamblea Nacional Francesa en 1789, en tanto asidero filosófico e inventario axiológico cruciales en la ulterior incorporación de derechos en las primeras Constituciones democráticas.

En este orden de ideas, la evolución de los derechos comprende su reconocimiento e incorporación crecientes en los sistemas jurídicos del Estado moderno, como salvaguarda de su observancia. En el campo de los derechos humanos, este hecho evidencia la compaginación de los principios iusnaturalistas y positivistas, ya que incluyen elementos y fundamentos de ambos, cuya articulación plasma los principios de igualdad y libertad en un cuerpo jurídico normativo.

Dentro del proceso de positivización de los derechos es posible encontrar cuatro grandes etapas o generaciones a lo largo de la historia. En primer

lugar, el reconocimiento de los derechos individuales (libertad, igualdad, seguridad y propiedad) o también conocidos como de primera generación, que fueron bandera de lucha de las revoluciones de Inglaterra, Francia y Estados Unidos entre los siglos XVII y XVIII, que con sus respectivas proclamaciones de derechos ayudaron a modelar las primeras Constituciones de la era moderna: la del estado de Virginia de 1776, la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787 y sus diez primeras enmiendas de 1791, así como la Constitución francesa de 1793.

La segunda generación surge en el siglo XX con la Constitución mexicana de 1917, que define a derechos de índole social, relativos a la educación, al trabajo y a la seguridad social.

Los derechos humanos de tercera generación conciben al hombre como integrante de grupos sociales, de los que surgen los derechos concernientes a un medio ambiente sano, a la diversidad cultural, a la información y a las minorías. En la actualidad se discuten los derechos de cuarta generación, dirigidos a que las nuevas generaciones cuenten en el futuro con un mundo viable.

En México, el proceso de inclusión de derechos en los ordenamientos jurídicos tiene una larga trayectoria, comenzando en 1814 con la Constitución de Apatzingán, en donde ya se incluyó el reconocimiento de libertades; en las Constituciones federalistas del siglo XIX, que abarcan los periodos de 1824 a 1835 y de 1847 a 1852, también se reconocen una serie de libertades y la obligación del Estado de protegerlas; el triunfo del movimiento liberal y la promulgación de la Constitución de 1857 consagraron los principios de igualdad, libertad y seguridad personal, e incorporó un modelo más acabado del juicio de amparo, surgido ya con anterioridad tanto a nivel local como federal; por último, con la Constitución de 1917 se inició una auténtica vertiente social del constitucionalismo mexicano, mediante la inclusión de los derechos a la educación y del trabajo. Con la trascendente reforma de 2011 en la materia se fortaleció el reconocimiento de los derechos y libertades en el país, al tiempo de establecer principios y mecanismos jurídicos más eficaces para su protección.

De la manera antes descrita es como los derechos han transitado en el proceso de positivización, además de contribuir a la conformación de lo que algunos autores contemporáneos denominan como “Estado democrático de derecho”; sin embargo, recientemente, el *neopositivista* italiano Luigi Ferrajoli, en su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ha propuesto una segunda etapa en la naturaleza de los derechos humanos, lo que implica un nuevo paradigma para el positivismo clásico. Este autor argumenta que mientras que en la primera fase lo que importaba era la legalidad formal, para un segundo momento ya no basta con este componente, sino que además se garantice el respeto a los principios constitucionales y derechos fundamentales establecidos. Con ello se da lugar al Estado constitucional de derecho.

En México y en Iberoamérica, la noción de Ferrajoli resulta especialmente pertinente como pauta de actuación de los diversos actores, ya que en la promulgación de una ley o la emisión de una sentencia, respectivamente, se tendrán que salvaguardar los derechos humanos a partir de un respeto pleno a la Constitución y la observancia de las normas contenidas en el plano de la convencionalidad internacional, ampliando con ello sus garantías.

**Rodolfo Lara Ponte**

800. **POTESTAD NORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN**

El artículo 89, fracción I, de la Constitución establece la facultad reglamentaria del poder ejecutivo federal, lo que implica que el presidente está autorizado para expedir disposiciones reglamentarias para la ejecución de las leyes. Los reglamentos, según la doctrina y la jurisprudencia, no pueden contrariar a la ley ni ir más allá de la misma, pero sí adecuarla a las múltiples situaciones que pueden estar regidas por sus normas. La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado algunos principios que rigen la materia y que, en síntesis, son los siguientes:

*Principio de legalidad*, del que derivan dos principios subordinados. El primero es el principio de reserva de ley, que evita que el reglamento aborde materias reservadas exclusivamente a la ley (delitos, penas, tributos, causas de expropiación, etc.). El segundo es el de la subordinación jerárquica de la ley al reglamento, y consiste en que el reglamento debe estar precedido por una ley con las excepciones que establezca la Constitución.

*Principio de primacía de la ley*, que deriva de los artículos 89, fracción I, y 72, inciso f, de la Constitución, el cual entraña la obligación del ejecutivo federal de expedir reglamentos cuando el Congreso de la Unión establezca un plazo para ese efecto o cuando la ley determine líneas materiales precisas para el ejercicio de la facultad reglamentaria. El presidente no puede desacatar esas obligaciones.

*Principio de autoridad formal de la ley*, que se desprende también de los artículos 89, fracción I, y 72, inciso f, de la Constitución. El reglamento complementa a la ley pero no puede derogarla, modificarla, limitarla o excluirla, pues, en principio, la ley solo puede modificarse mediante el mismo procedimiento que le dio origen. Este principio, sin embargo, debe matizarse, con motivo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, en donde, con fundamento en el vigente artículo 1 de la Constitución y las resoluciones dictadas en el expediente varios 912/2010 y la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, es posible, al menos hipotéticamente, que el presidente desaplique preceptos legales contrarios a la Constitución y a los tratados en materia de derechos humanos.

*Principio de división de poderes*. El reglamento expedido por el ejecutivo como norma subsidiaria no debe invadir el ámbito que corresponde al Congreso de la Unión definido por el principio de reserva de ley.

*Principio de supremacía constitucional*. La disposición reglamentaria no debe rebasar o contradecir las disposiciones de la ley; sin embargo, ¿qué ocurre cuando en el ejercicio de la facultad reglamentaria el presidente realiza control difuso de constitucionalidad y/o de convencionalidad?

*Principio democrático*. El reglamento, al igual que la ley, provienen de autoridades con legitimidad democrática de origen —fueron votadas por los ciudadanos—. Para garantizar el principio democrático, tanto la ley como el reglamento deben tener contenidos que respeten y garanticen derechos humanos.

*Principio constitucional de legalidad*. En materia de derecho administrativo sancionatorio, el reglamento no puede establecer los tipos administrativos sancionables, ni las sanciones, procedimientos ni autoridades con facultades para aplicar las sanciones; lo anterior con fundamento en los artículos 14 y 109 de la Constitución.

En los últimos años en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin tener fundamento constitucional para ello y mediante el concepto

de “cláusulas habilitantes”, ha aceptado que el Congreso de la Unión, en la elaboración y aprobación de una ley, faculte a otras autoridades de la Administración pública o de órganos autónomos, distintos al titular del poder ejecutivo federal, para que emitan normas generales, impersonales y abstractas. Se les conoce como “reglas técnico operativas” o “normas oficiales”. La jurisprudencia y la doctrina justifican esta práctica argumentando la complejidad contemporánea de la Administración pública; sin embargo, esas decisiones carecen de basamento constitucional.

Desde mi punto de vista, es muy discutible la aceptación en el derecho mexicano de las cláusulas habilitantes, sustancialmente porque no existe fundamento constitucional que las avale. Estas parecen una necesidad ante el crecimiento del aparato administrativo del Estado y de los requerimientos para pormenorizar cuestiones de carácter técnico que, por su complejidad o minucia, es conveniente que sean desarrolladas por la autoridad administrativa, debido a su elevado nivel de especialización; sin embargo, las posibilidades de deslegitimación jurídica o de invalidez que conlleva su aprobación son muy grandes, porque al regularse asuntos de detalle, aparentemente “técnicos”, se pueden violentar los principios de reserva de ley, jerarquía normativa y subordinación jerárquica a la ley.

El titular del ejecutivo no solo expide reglamentos, sino variadas normas administrativas. Algunas son particulares y concretas, como las decisiones o resoluciones administrativas, y otras son generales y abstractas, como la circular. También es común que por medio de normas internas para la Administración, que en principio no tienen efectos frente a terceros, ordene o determine a las autoridades de la Administración decisiones concernientes a las políticas públicas del Gobierno.

Durante el sexenio del licenciado López Obrador se han hecho visibles los memorándums como normas administrativas que forman parte de la potestad de la Administración pública. En particular, aludo al famoso memorándum presidencial de 16 de abril de 2019 sobre la suspensión de los efectos de la reforma constitucional y legal educativa aprobada por el Gobierno anterior. ¿Cómo reaccionaron la mayoría de los juristas nacionales? Señalaron que el memorándum es inconstitucional porque una disposición administrativa no puede suspender una reforma constitucional. Su opinión coincide con ese jurista que construye razonamientos al margen de la realidad política y económica. Esa posición depende de una racionalidad formal que no toma en cuenta el contexto, ni siquiera el jurídico.

¿Es plausible la respuesta de esos juristas mayoritarios al memorándum? No, por dos razones: 1) jamás tomaron en cuenta el origen y naturaleza de la reforma educativa del sexenio anterior, una reforma estructural neoliberal, aprobada a espaldas de la mayoría del ámbito magisterial, y caracterizada por sus contenidos laborales disciplinarios y punitivos, y 2) porque, como juristas, no problematizaron el carácter derivado de una reforma constitucional —las reformas constitucionales no deberían contradecir al constituyente originario ni a la ideología de la Constitución primigenia—.

Cuando una reforma constitucional trastoca o menoscaba el sentido ideológico de la Constitución, los ciudadanos y las autoridades deberíamos tener el derecho de señalarlo e impugnar la reforma o, como ahora lo faculta para las autoridades el artículo 1 constitucional y distintas resoluciones de la SCJN,

realizar el respectivo control difuso de constitucionalidad y convencionalidad sobre la reforma. ¿Por qué esos juristas mayoritarios no consideraron una alternativa de ese género u otra que entendiera que el memorándum de 16 de abril estaba maximizando valores constitucionales y, en cambio, prefirieron aceptar los criterios ortodoxos de la formación jurídica?

La respuesta a mi interrogante, más allá de los intereses y motivaciones políticas de los opinantes mayoritarios, puede ser contestada diciendo que esos juristas descontextualizaron el derecho positivo, no lo llevaron a sus últimas consecuencias porque no desean que el derecho sea un instrumento de transformación y de solución a los problemas nacionales.

*Jaime Cárdenas Gracia*

### 801. PREÁMBULO CONSTITUCIONAL

Los preámbulos son los textos introductorios que preceden al articulado de un documento normativo y en ellos el autor de la norma expone las razones por las cuales esta ha sido aprobada así como su finalidad. En un Estado de derecho todos los poderes públicos han de motivar sus decisiones y el legislador ni puede ni debe ser una excepción. Esto es algo que ya fue advertido por Platón quién advirtió la necesidad de que las leyes fueran motivadas. Ni siquiera el Poder Constituyente escapa a esta exigencia de motivación. Desde esta óptica, los preámbulos constitucionales son los textos que preceden al articulado constitucional, y cumplen una triple función política: a) por un lado recogen y expresan la síntesis de la decisión política fundamental (C. Schmit) adoptada por el Poder Constituyente; b) por otro lado, recogen también el techo ideológico de la fórmula política de la Constitución (P. Lucas Verdú, R. Canosa); c) finalmente, son un instrumento fundamental para la integración política (R. Smend).

Desde el punto de vista del derecho procesal constitucional, los preámbulos de las Constituciones revisten una importancia fundamental puesto que pueden y deben ser utilizados a la hora de interpretar cualquier disposición del articulado. En este sentido, precisamente porque recogen los fines u objetivos que la Constitución persigue, son un instrumento fundamental para la interpretación teleológica de un texto constitucional determinado. Esta función hermenéutica es la que permite resolver el interrogante acerca del valor normativo de los preámbulos constitucionales.

Ello nos exige partir de un determinado concepto de normatividad, y ver si este es predicable o no de los preámbulos. El concepto de normatividad nos exige, a su vez, distinguir entre disposición y norma (J. Wroblewski). Los actos normativos —entendiendo por tales, aquellos actos lingüísticos realizados por órganos competentes que pronuncian enunciados con finalidad prescriptiva— dan lugar a documentos normativos- textos que contienen reglas jurídicamente obligatorias. Un documento normativo es, por tanto, un conjunto de enunciados con finalidad prescriptiva resultantes de un acto normativo. Cada uno de esos enunciados es una disposición. Toda disposición se entiende así como la fórmula institucionalmente destinada a establecer y manifestar por medio de su interpretación, la norma. Disposición y norma son conceptos y realidades distintas. La primera es la formulación lingüística de la segunda. Una disposición, por tanto, puede contener varias normas, y a la inversa, una norma puede ser expresada mediante varias disposiciones.

Los preámbulos constitucionales contienen disposiciones que forman parte de los textos constitucionales porque se encuentran ubicados tras la fórmula promulgatoria y son discutidos, enmendados y aprobados como un artículo más. Ahora bien, ¿es posible extraer normas jurídicas de las disposiciones de un preámbulo constitucional? Las disposiciones del preámbulo por sí solas no son fuente de derecho objetivo, es decir no se puede extraer normas solo de ellas. De las mismas no cabe extraer derechos ni deberes para los ciudadanos o los poderes públicos. Los preámbulos no son aptos para regular por sí mismos situaciones y relaciones jurídicas. Ello quiere decir que los preámbulos constitucionales carecen de valor normativo directo. Con la única excepción del preámbulo de la Constitución francesa de 1958, ningún preámbulo constitucional tiene valor normativo directo. Sin embargo, las disposiciones preambulares son normativas en la medida en que pueden intervenir en la determinación del significado de las disposiciones del articulado. Los preámbulos tienen así, como dijimos, un valor normativo indirecto, en cuanto el intérprete puede obtener la norma valiéndose —o combinando— tanto las disposiciones del articulado como las del preámbulo. La diferencia entre una disposición constitucional del articulado y otra contenida en el preámbulo reside en que de la primera cabe extraer una norma solo de ella, mientras que la preambular necesita siempre ser combinada con una del articulado para permitir al intérprete extraer una norma.

Llegamos así a la función interpretativa de los preámbulos constitucionales. Dado que los preámbulos sintetizan la voluntad del autor de la norma —síntesis que se independiza u objetiva de dicha voluntad—, y en tanto recogen los fines del Poder Constituyente, desempeñan un papel fundamental para la interpretación tanto psicológica como teleológica del texto constitucional. En todo caso, desde un punto de vista estrictamente jurídico, hay que advertir que el intérprete no está vinculado por ningún canon concreto de interpretación.

Un examen del concreto contenido de los distintos preámbulos constitucionales a la luz del derecho constitucional comparado nos permite realizar las siguientes afirmaciones: a) Contienen fórmulas promulgatorias y suelen aludir a la titularidad del Poder Constituyente; b) Proclaman los principios y valores fundamentales del régimen; c) Contienen referencias a los precedentes que originaron la aprobación del texto constitucional, y a las circunstancias políticas e históricas en que se alumbró. Esas referencias revisten mayor importancia en los supuestos de ruptura violenta con el régimen precedente; d) Incluyen la expresión de promesas, auspicios, objetivos para el futuro. De todo ello se deduce que el pasado y el futuro se dan la mano en los preámbulos, y de esta forma ponen de manifiesto la continuidad de la unidad política estatal más allá de los cambios políticos que puedan producirse.

Finalmente, en la doctrina jurídica de habla hispana el maestro Nicolás Pérez Serrano (1932) fue quien mejor comprendió el significado y alcance de los preámbulos constitucionales: “En tesis general, y aun cuando alguien crea que el preámbulo constitucional se refiere a hechos históricos, tiene una alta significación, pues es no solo una fórmula solemne de introducción, sino enunciación compendiosa del fin al que aspira y del origen de donde procede la obra constitucional. Es más, en buena medida, el preámbulo debe exponer la tendencia y el espíritu de la Constitución a la que precede, y viene a ser algo así como el preludio donde se contienen los motivos capitales de la

ley fundamental. Por eso, y frente a la concepción dominante, que no reconoce a esas palabras valor preceptivo o dispositivo alguno, hoy se propende a ver en ellas, la encarnación misma de la Constitución, a diferencia de las normas contenidas en preceptos constitucionales; por donde resultaría que el preámbulo entraña el acto de decisión política unitaria y suprema en que la Constitución consiste”.

*Javier Tajadura Tejada*

## 802. PRECEDENTE

El concepto de precedente es de gran importancia para los sistemas jurídicos modernos, dada la centralidad que los tribunales tienen en la administración de justicia, así como la atribución permanente de significados, que es una facultad judicial cada vez más y mejor reconocida en aquellos de derecho legislado. Podemos aproximarnos a este concepto atendiendo a la idea preliminar de que se trata de ciertas resoluciones judiciales previas que son investidas con autoridad, y cuya función, entre otras, es orientar las decisiones actuales de los tribunales.

Cabe distinguir entre el tratamiento que hace del precedente la teoría del derecho y el tratamiento de carácter técnico que se le ha dado al interior del sistema jurídico mexicano y, por ello, también en la doctrina jurídica mexicana. Primero nos concentraremos en la explicación teórica del precedente y sus problemas, para después pasar al sentido con que se ha tratado en el contexto jurídico mexicano.

Desde la filosofía del derecho se ha teorizado al respecto, aludiendo a reglas prescriptivas de origen jurisdiccional que tienen calidad autoritativa en algún grado y que pretenden regular, mediante el ejemplo, la conducta futura de aquellos a quienes están destinadas. El precedente surge además como producto del ejercicio interpretativo de los tribunales, acotado por normas jurídicas aplicables y hechos particulares en el contexto de las estructuras judiciales establecidas en los sistemas jurídicos, sea de los tribunales jerárquicamente superiores (precedente vertical) o del propio tribunal para sí mismo, o para otros tribunales del mismo rango (precedente horizontal). Asimismo, el precedente sirve como un eslabón que, a través de la coherencia, armoniza las normas jurídicas existentes con las actualizaciones y elaboraciones futuras que representan aportaciones novedosas al derecho.

Ahora bien, la caracterización del precedente como regla no es pacífica, pues existe una larga e inacabada discusión acerca de las características que distinguen y explican de mejor manera el concepto. En la filosofía del derecho se discute si el precedente se explica mejor como principio o como regla: quienes sostienen que el precedente es un principio, asumen que cada vez que los tribunales tienen ante sí un caso a resolver, recurren a un tipo de razonamiento donde entra en el balance toda la información disponible al respecto, incluyendo decisiones pasadas o precedentes, esto es, todas las razones que intervienen en la evaluación del caso tienen el mismo peso y, así, puede optarse por la decisión que moralmente proporcione mejores resultados. En contrapartida a esta posición están quienes sostienen que la mejor caracterización del precedente es como una regla, es decir, una prescripción que tiene autoridad sobre quienes toman las decisiones en el futuro. Siendo así, los tribunales que han de resolver un caso no recurrirán al propio razonamiento

para arribar a una decisión, sino que habrán de aplicar la regla establecida en casos anteriores, que sea adecuada para decidir el caso actual y deducir el resultado sin ninguna aportación adicional del tribunal. Ambas posiciones tienen ventajas e inconvenientes que la teoría se ha ocupado de analizar.

El uso de precedentes está ampliamente extendido y plantea diversos interrogantes y fascinantes complejidades a las que se ha intentado dar respuestas de muy diversa índole. Por ejemplo, la discusión acerca de la consistencia en las decisiones de los tribunales, las expectativas que generan, la posibilidad de reproducir resultados adversos o erróneos, la posibilidad de no contemplar todos los rasgos potenciales de un caso futuro, la disparidad en los resultados cuando no se sigue, entre otros. Un conjunto de preocupaciones teóricas adicionales se refiere a las características que debe poseer una decisión judicial para ser considerada como precedente, cuándo y en qué condiciones puede cambiarse o dejar de aplicarse, cómo identificar la regla contenida en la decisión judicial conocida como la *ratio decidendi* y cómo distinguirla de otras razones secundarias conocidas como *obiter dicta*.

En el contexto mexicano, la doctrina jurídica ha atendido la regulación jurídica que se ha dado al precedente en relación siempre con la jurisprudencia, de modo que se les trata como dos categorías distintas debido a la forma en la que se ha regulado en el ámbito nacional. Recordemos que la jurisprudencia mexicana, según la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se integra por reiteración de criterios, por contradicción de tesis o por sustitución. De acuerdo con el lenguaje técnico empleado en la legislación nacional, la jurisprudencia por reiteración se integra por tesis o precedentes que han de reiterarse en cinco ocasiones consecutivas sin opinión en contrario.

Lo anterior significa que los criterios contenidos en las cuatro sentencias previas no tienen carácter vinculante y, por tanto, no son de aplicación obligatoria para los tribunales (en el sistema jurídico mexicano), ya que se trata de precedentes hasta en tanto obtengan la quinta reiteración y el número de votos necesarios, momento en el cual se convierte en jurisprudencia de aplicación obligatoria para los órganos jurisdiccionales. En tanto esto sucede, el precedente tiene solamente un carácter orientador.

Según la legislación mexicana, el precedente adquiere entonces carácter obligatorio gracias a la reiteración, lo cual es, por cierto, un tratamiento particular y contingente empleado en nuestro contexto jurídico; sin embargo, las características propias del precedente —según se ha referido— y la jurisprudencia son las mismas, aun cuando la regulación y los tecnicismos les han conferido atributos específicos.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el carácter autoritativo del precedente no radica en la reiteración, que es una solución técnica de organización y mayor certeza al interior del sistema jurídico, sino en la razón más general de por qué confiamos en la labor judicial en primer lugar, así como en los razonamientos jurídicos y la argumentación que lo sustentan. El precedente es el núcleo mismo de la práctica judicial, que contiene toda la riqueza viva del trabajo interpretativo de los tribunales, con las importantes consecuencias que ello conlleva, de modo que conviene pensarlo y repensarlo de manera permanentemente desde los diferentes espacios de reflexión.

*Sandra Gómora Juárez*

## 803. PRESIDENCIALISMO

El presidencialismo es un tipo de gobierno en el que la jefatura de Estado y la jefatura de Gobierno recaen en una misma persona, elegida por sufragio universal, directo o indirecto, para ejercer el cargo por un periodo determinado.

El sistema presidencial apareció en la Constitución de Estados Unidos. En un principio, los constituyentes de Filadelfia solo se referían al “ejecutivo”, aunque en la propuesta de Alexander Hamilton se hablaba de “gobernador”. En el caso del proyecto de Constitución de Virginia, de 1776, se proponía poner al gobierno en manos de un “administrador”, que contaría con su “subadministrador” y con un Consejo Privado. La Convención de Filadelfia designó una Comisión para que presentara un proyecto final. Fue en esta Comisión donde se introdujo la denominación de *presidente* para el magistrado que hasta ese momento solo había sido mencionado como ejecutivo.

Una de las cuestiones más debatidas fue la manera de elegir al presidente. Las principales propuestas fueron: *a) elección por sorteo*. Se tuvo presente que esta había sido una modalidad en Atenas. Sus mayores ventajas consistían en que se evitaba la polarización entre los electores (pueblo, asambleas o gobernadores) y en que se moderaba la ambición de los aspirantes. Fue desechada con rapidez porque se adujo que los pueblos deben ser gobernados por la razón, no por la suerte; *b) elección por los “gobernadores o presidentes” de los Estados*. Aquí se tuvo en cuenta la experiencia de los grandes electores en el Imperio romano-germánico. Se consideró que convertirían en monarcas a los gobernantes locales; *c) elección por las legislaturas de los Estados*. Esta modalidad preservaría el poder de decisión que los estados habían alcanzado con motivo de la confederación, pero a la vez dejaría latente una de las causas de debilidad de la Unión y se abriría la posibilidad de que, si la mayoría de las legislaturas se pusieran de acuerdo, elegirían al más débil; *d) elección por el Congreso*. Tendría la ventaja de que el ejecutivo contaría con el apoyo mayoritario para gobernar, pero auspiciaría la intervención de fuerzas externas que pretenderían influir sobre los legisladores. Se recordó que en la elección del emperador de Alemania intervenían las potencias europeas. Además, se prestaba a la intriga y dejaba al ejecutivo en manos de la asamblea que lo había elegido; dividiría al Congreso y esto afectaría su trabajo ulterior; *e) elección popular*. Se aceptaba como la solución más democrática, pero beneficiaría a los candidatos de los estados más poblados y afectaría a los estados pequeños, generando un desequilibrio que se oponía a las motivaciones de la federación. Otros argumentaron que le daría “mucho poder a los ignorantes”, y *f) elección por electores secundarios*. La elección indirecta en segundo grado resultó la más convincente, porque se situaba en un nivel intermedio entre la elección directa y la elección por una asamblea o por un conjunto de asambleas. En adición, los electores seleccionados para la ocasión se reunirían y procederían de inmediato, sin dar oportunidad a las presiones externas ni a la corrupción, y luego se disolverían, sin representar un factor permanente de interés. Esta fue la opción adoptada que subsiste hasta la fecha.

La modalidad del presidencialismo plebiscitario, o sea, la elección mediante sufragio universal y directo, fue aportada por la Constitución de la Tercera República Francesa (1848), y ejercida por primera vez por Luis Napoleón Bonaparte. Entre las desventajas de esta forma de elección, ya advertidas por los constituyentes estadounidenses, figuraba que la fuente de legitimidad

del presidente y del Congreso sería la misma, pero con una mayor influencia popular por parte del presidente. Este riesgo fue confirmado por Bonaparte, quien después de un golpe de Estado se convirtió en emperador, en 1852, con el título de Napoleón III.

Cuando se produjo la independencia de lo que ahora identificamos como América Latina, solo había dos formas de gobierno constitucional: la monárquica y la republicana, y para ejercer el poder ejecutivo en una república se conocían siete modalidades principales: 1) *podestá*, en las repúblicas medievales italianas; 2) protector, de efímera vigencia durante el Gobierno de Oliverio Cromwell en Inglaterra; 3) gobernador, como en el caso de los estados norteamericanos; 4) estatúder, en Países Bajos; 5) director, integrante del directorio, en la Primera República Francesa; 6) cónsul, de origen romano y adoptada por Napoleón I antes de su ascenso al trono imperial, y 7) presidente, como en Estados Unidos.

En Argentina, la Constitución de 1814 adoptó al “director supremo”. Esta figura fue ratificada por las cartas fundamentales de 1815, 1817 y 1819, y solo en el quinto texto constitucional, de 1826, apareció la denominación de presidente. Otro tanto sucedió en Chile, cuya primera Constitución, de 1818, estableció la figura del “supremo director”, que permaneció en las constituciones de 1822 y 1823, y no fue sino hasta la cuarta, de 1828, cuando se optó por la forma presidencial. En Colombia, la Constitución de Cundinamarca, de 1812, previó un poder ejecutivo colegiado, compuesto por tres integrantes. La primera Constitución peruana, de 1822, incorporó la estructura *directoral* mediante una Junta Gubernativa integrada por tres miembros. Uruguay incluyó la figura presidencial en su primera Constitución, en 1830, y en la de 1952 puso en vigor el modelo directoral con un Consejo Nacional de Gobierno integrado por nueve miembros. Quince años después restableció el sistema presidencial.

Todos los sistemas constitucionales latinoamericanos adoptaron la modalidad de elección indirecta en su primera fase, pero en 1851 comenzó el giro hacia la plebiscitaria bonapartista. Bolivia lo hizo en la Constitución de 1851; Perú, en 1856; Venezuela, en 1858; Ecuador, en 1861; El Salvador, en 1864; Honduras, en 1865; Brasil, en su primera Constitución republicana, en 1891; Panamá, en su primera Constitución, en 1903; Colombia, mediante la reforma de 1905 a la Constitución de 1886; México en 1917, y Uruguay en su segunda Constitución, de 1918. Además de América y Europa, en la actualidad el sistema presidencial plebiscitario está presente en África y Asia.

Otra diferencia importante entre el sistema presidencial estadounidense y el latinoamericano del siglo XIX consistió en que no se adoptó la facultad del Senado de Estados Unidos para dar su consejo y consentimiento al presidente en las decisiones que toma, en especial las concernidas con la designación de altos funcionarios.

No se puede hablar de sistemas presidenciales “puros”, pues incluso en su país de origen ha tenido muchos cambios. De manera general son identificables tres grandes modelos presidenciales: el *tradicional*, el *transicional* y el *democrático*: i) en el *modelo presidencial tradicional* se mantiene concentrado el poder en la persona del presidente. Este modelo conserva elementos arcaizantes con relación a las tendencias democráticas del constitucionalismo contemporáneo; ii) el *modelo presidencial transicional* corresponde a una etapa que se sitúa

entre la posición tradicional, recalitrante a los cambios institucionales, y el modelo democrático hacia el cual se puede evolucionar. Se caracteriza por la adopción de los instrumentos de control jurisdiccional y político, con responsabilidades políticas para los titulares de los cargos públicos, donde los controles sociales, en especial los de índole electoral, funcionan de forma razonable. Empero, mientras los sistemas representativos sean débiles, los controles políticos no funcionarán de manera satisfactoria, y *iii*) se produce el *modelo presidencial democrático* cuando se pasa de los enunciados formales a la positividad de la norma en materia de controles jurisdiccionales y políticos y, por ende, se está ante un sistema presidencial que ha superado la concentración de facultades en una sola persona, en el que las decisiones gubernamentales son objeto de deliberación en un gabinete con facultades constitucionales y los ministros que lo integran están sujetos a la evaluación del sistema representativo y a las consiguientes responsabilidades políticas. Estos sistemas presidenciales presentan una significativa tendencia a incorporar instituciones procedentes del sistema parlamentario.

Los modelos referidos son dinámicos, como todas las instituciones constitucionales y, por lo mismo, no se producen de manera sucesiva. Por ello, según el lugar y el momento, pueden funcionar conforme a cualquiera de esos modelos.

También se han desarrollado tipos de gobierno que combinan características del presidencialismo y del parlamentarismo; cuando están precedidas por el sistema presidencial se les suele denominar semipresidenciales, y cuando provienen de los sistemas parlamentarios se les identifica como semiparlamentarios. Asimismo, es frecuente que los sistemas presidenciales incorporen formas de gobierno de coalición, que suponen la negociación del programa de gobierno y en ocasiones la integración plural del gabinete. Este tipo de gobierno contribuye a construir una mayoría congresual que facilita la gobernabilidad.

*Diego Valadés*

#### 804. PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

El criterio de presunción de constitucionalidad de la ley se ha convertido en uno de los más relevantes de la creación jurisprudencial de los órganos que ejercen el control de constitucionalidad. Ese favor *legis* implica que se otorga una confianza al legislador en la observancia e interpretación correcta de los principios constitucionales; que una ley solo puede ser declarada inconstitucional cuando su contradicción con la carta magna es muy evidente y no deja lugar a la “duda razonable”; y que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios como para que pueda derivar de ella una interpretación inconstitucional habrá que presumir, cuando ello sea posible, que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que se deberá aplicar dicha ley es precisamente la que permita mantenerla dentro de los límites constitucionales (Eduardo García de Enterría, 1981).

En conexión con lo anterior, conviene advertir que la esencia de ese proceder fue desglosada y precisada en un artículo clásico de James Bradley Thayer (“The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, 7 *Harvard Law Review*, núm. 129, 1893), en el cual se consideraba que el juez no debe invalidar todas las leyes que considere inconstitucionales, sino

solo aquellas que sean “tan evidentes como para no dejar lugar a la duda razonable”.

Antes de continuar parece oportuno hacer alusión a los principales argumentos que se suelen dar para justificar que la ley se presuma constitucional.

En primer lugar, se ha dicho que el juez constitucional debe partir de la idea de que el legislador actúa de conformidad con la Constitución. Hasta cierto punto se ha sostenido que cuando el órgano legislativo se encuentra en la necesidad de elaborar una disposición normativa toma en cuenta los postulados inspiradores del conjunto normativo, realizando su función dentro de los límites constitucionales y ajustando la ley a los parámetros establecidos por la Constitución. Por ello, el juez constitucional debe partir de una actitud de confianza hacia el legislador.

En segundo lugar, se ha argumentado que se recurre a este criterio para huir del mentado *horror vacui* que genera la disposición en caso de ser anulada. Esta idea se eleva como particularmente útil sobre todo si se tiene en cuenta que la eliminación definitiva de una disposición es un suceso muy grave que, incluso, puede originar una situación de mayor inconstitucionalidad en la solución práctica de los problemas que la ley invalidada regulaba (Gustavo Zagrebelsky, 1977). Ello por las graves consecuencias que el vacío puede producir, especialmente si el legislador no se preocupa de colmarlo rápidamente con nuevas leyes a las que pueda atribuírseles un significado conforme con los dictámenes constitucionales (Girolamo Monteleone, 1984). La verdad es que problemas de este tipo no se pueden resolver desde un plano meramente teórico, prescindiendo completamente de la experiencia y del conocimiento de datos realmente esenciales, como el tiempo necesario para que se agote el *inter* legislativo o las consecuencias probables de una larga carencia de normas sobre una determinada materia. De ahí que la preocupación por evitar los “vacíos legislativos” o “lagunas” no sea meramente doctrinal, sino que ha estado siempre presente, en mayor o menor grado, en la jurisprudencial de los tribunales o cortes constitucionales (Aldo Maria Sandulli, desde 1967, ya evidenciaba esta problemática).

En tercer lugar, se ha señalado que el juez que tiene que resolver un juicio de constitucionalidad corre el riesgo de equivocarse. Por una parte, puede ocurrir que invalide una ley que tras una reflexión más profunda, a la luz de nuevos datos y argumentos, aparece como perfectamente constitucional. Por otra parte, puede suceder que declare válida una ley que en verdad es inconstitucional, como puede aparecer tras una mayor reflexión.

El riesgo de error se produce en las dos direcciones; sin embargo, en los sistemas de justicia constitucional donde existe control abstracto, el juez constitucional debe presumir la validez de la ley porque es más fácil corregir en el futuro el error consistente en declarar constitucional una disposición legal que en realidad es inconstitucional (Javier Jiménez Campo, 1995). En cambio, el error opuesto, el de declarar inválida una ley que en realidad es válida, es más problemático. Y ello porque la disposición, que ha sido invalidada con efectos *erga omnes*, al ya no formar parte del ordenamiento jurídico, no puede dar origen a que se inicie un nuevo proceso para lograr que sea declarada conforme con la Constitución. Por el contrario, en sistemas de justicia constitucional donde existe el control concreto, el error de declarar

inconstitucional una ley que en realidad es constitucional es menos problemático, porque los propios jueces, al decidir un nuevo caso, pueden revocar su propio precedente en el que declararon inconstitucional una ley, con lo que la ley recobra su aplicación. El precedente no supuso la expulsión de la ley del ordenamiento, sino solo su falta de aplicación a un caso particular y, tomando en cuenta la doctrina del *stare decisis*, su inaplicación a los demás casos que fueran similares.

El primero de los argumentos mencionado se apoya en la noción de que el control jurisdiccional de la ley debe llevarse a cabo bajo la presunción de constitucionalidad de la misma, dada su génesis democrática; el segundo se basa en una exigencia práctica: intentar en la medida de lo posible huir del vacío que se provoca cuando una disposición normativa es declarada inválida; mientras que el tercero está relacionado con la necesidad de facilitar la corrección de errores, que implica que en caso de duda acerca de la constitucionalidad de una ley, el tribunal presume su validez, pues de este modo los posibles errores que él cometa podrán corregirse posteriormente y con una mayor facilidad.

El hecho de que la ley se beneficie de una presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que esta es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto enuncia y el sistema de normas que el texto constitucional expresa, lo que se traduce en que solo cuando existen suficientes razones en contra de la ley, el juez puede invalidarla. En palabras más técnico-procesales, la carga de la prueba corre a cargo del que demanda. De este modo se aplica un criterio normal de derecho procesal, cuya justificación extraprocesal radica en la necesidad de conservar el derecho y en el absurdo que supondría partir de la hipótesis opuesta: considerar que toda disposición normativa impugnada es inconstitucional.

Hay que recalcar que la presunción que juega a su favor la ley no equivale a decaimiento en la exigencia de su estricta constitucionalidad, ya que es evidente que la misión del órgano de control constitucional en cierta medida supone enjuiciar al Poder Legislativo, pero la esencia de tal control reside en la constitucionalidad apreciada jurídicamente de la actuación del legislador; el cual puede adoptar cualquier resolución, pero siempre dentro del marco constitucional.

También es imprescindible mencionar que la fuerza de la presunción de constitucionalidad de la ley puede variar de un ordenamiento jurídico a otro. Por ejemplo, existen sistemas de control de constitucionalidad en los que no se ha introducido una presunción de constitucionalidad de la ley débil o moderada. Ello se hace patente en la regla con la que en el seno de los órganos jurisdiccionales se decide acerca de la constitucionalidad de una disposición de conformidad con una mayoría simple. Por el contrario, en los sistemas de control de constitucionalidad en los que se exigen mayorías calificadas o reforzadas, según sea el caso, se ha incorporado una presunción de constitucionalidad de los productos legislativos fuerte.

Finalmente, otro elemento que hay que tener en cuenta es la regla que establece que en caso de empate en la decisión de un tribunal, decidirá el voto de su presidente. El hecho de que no se consagre un principio a favor de la constitucionalidad de la ley en caso de que la deliberación del tribunal

no haya sido mayoritaria, y que por el contrario con el voto del presidente se deshaga el empate en los procesos de control de la ley, es una forma de comprobar que en esos ordenamientos jurídicos no se ha querido reconocer a la ley una amplia presunción de constitucionalidad.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

#### 805. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción, proviene del latín *praesumptio*, que a su vez es derivado de *praesumo*, la cual significa: tomar antes, tomar como cierto un hecho o una afirmación que es dudosa pero que tiene cierta verosimilitud gracias a la concurrencia de otros hechos, o afirmaciones que están probadas o son evidentes.

El término “presunción de inocencia”, concebido como derecho y principio fundamental, tiene su origen remoto en el Digesto, donde se estableció: *Nocetem absolvere satius est quam innocentem damnari*, es decir, es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente. La evolución del principio, permitió adoptarlo en la Revolución Francesa, con el pensamiento penal ilustrado contenido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 13, textualmente señala: “Se presume que todo hombre es inocente hasta que es declarado culpable”. Se infiere que la presunción de inocencia, tiene por objeto, proteger y preservar la libertad de las personas, para hacer frente a un sistema penal inquisitivo.

El principio de presunción de inocencia, fue adoptado en varios ordenamientos internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 14.2; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, artículo. 8.2; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo 26.1; y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 23 de noviembre de 1950. Las conclusiones del XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derechos Penales (AIDP) celebrado en Hamburgo en 1979, incluyeron la presunción de inocencia es un principio fundamental de la justicia penal. Además la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.1 de 10 de diciembre de 1984, que *ad litteram* señala: “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad”.

La presunción de inocencia, se ha instaurado como un principio fundamental en los Estados democráticos de derecho; en su conceptualización ha ganado terreno en su protección y ha adoptado varios significados: como regla probatoria; como medio de prueba; como principio informador de todo el proceso; como regla de tratamiento del imputado; como presunción *iuris tantum*; y, como principio *in dubio pro reo*.

Como regla probatoria: impone a la parte acusadora la carga de probar la culpabilidad del acusado; ello obliga a desplegar durante el proceso un esfuerzo probatorio suficiente de cargo encaminado a acreditar dicha culpabilidad o establecer que la presunción de inocencia de la que goza todo inculpaado en un proceso penal ha quedado incólume. El principio *onus probando*, sobre el Estado recae la carga probatoria tendiente a demostrar la responsabilidad penal y su correspondiente reproche de culpabilidad al imputado; este no tiene la obligación de “probar su inocencia”, dado que goza de una situación

jurídica que no necesita ser construida, sino que debe ser destruida para que la presunción de inocencia se desvanezca.

La presunción como medio de prueba: contemplada como una actividad mental del juzgador (presunción judicial) o del legislador (presunción legal), a partir de la idea de que la presunción no es una inversión de la carga de la prueba (la carga de la prueba, la prueba del hecho presunto, correrá a cargo de aquel a quien perjudique que el juez no lo fije formalmente en la sentencia), ni un desplazamiento del objeto de la prueba (en realidad será una duplicación del objeto de la prueba, que para destruir la presunción será necesario probar la falsedad del hecho presumido).

Como principio informador de todo el proceso: la presunción como exigencia, es contemplada como un juicio previo a toda privación de derechos, relacionada con la garantía del *debido proceso legal*. La presunción de inocencia y debido proceso legal, son conceptos que se complementan, y que traducen la concepción básica que el reconocimiento de culpabilidad no solo exige la existencia de un proceso, sino sobre todo de un proceso “justo”, en el cual la confrontación entre el poder punitivo estatal y el derecho a la libertad del imputado sea en términos de equilibrio.

Como regla de tratamiento del imputado: todos los derechos del imputado tienden a resguardar su persona y su dignidad, asegurándose su calidad de sujeto de la investigación y no de objeto de la misma. El propósito es proteger la calidad jurídica del imputado respetando su derecho de “presunción de inocencia”, mientras no se pruebe su culpabilidad, abarcando todas las etapas del procedimiento, hasta la relación judicial que emite un juez.

Como presunción *iuris tantum*: en cuanto tal, la presunción de inocencia; determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, al gozar, entre tanto, de una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad, hasta que su conducta sea reprochada por la condena penal, apoyada en la acusación pública o privada, que aportando pruebas procesales logre su aceptación por el juez o tribunal, en creación a la presencia de hechos subsumibles en el tipo delictivo, haciendo responsable al sujeto pasivo del proceso. La presunción de inocencia, versa sobre los hechos, pues solo los hechos pueden ser objeto de prueba, una presunción *iuris tantum* que exige, para ser desvirtuada, la existencia de un mínimo de actividad probatoria de carga producida con las debidas garantías procesales. Evidentemente, la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible como la participación en él del acusado.

La presunción de inocencia, como principio *in dubio pro reo*; el cual interviene en el ámbito probatorio, en el momento final de la valoración de la prueba involucrada un conflicto subjetivo que tiene efectos sobre el convencimiento del conjunto probatorio ofrecido por el inculcado y acusador, donde el principio *in dubio pro reo* funda el supuesto de la absolución del inculcado ante la duda razonable, haciendo valer en el momento procesal, el principio de la presunción de inocencia.

Derivado de las acepciones; tanto políticas como jurídicas de la presunción de inocencia, como derecho fundamental, desde su origen y hasta que es adoptado en los ordenamientos de los Estados democráticos de derecho, se

ha ampliado el espectro de protección de los individuos, para tratarlo y considerarlo como inocente en todos los actos de la intervención del Estado; bajo el *ius puniendi*, principio que permite contrarrestar la limitación del derecho humano de la libertad.

*Isidro Mendoza García*

#### 806. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El principio de la “presunción de inocencia”, como derecho humano, es analizado a la luz de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, como la piedra angular de todo el proceso penal acusatorio; donde toda persona a quien se imputa un delito tiene derecho a considerarse inocente, en tanto no se pruebe legalmente su culpabilidad, en proceso realizado con todas las garantías previstas en ley, en el que se resuelva con base en pruebas debidamente valoradas que demuestren la culpabilidad del imputado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, contiene el principio fundamental, en el numeral 8.2, donde establece que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. El estudio, no se limita al precepto jurídico, sino que se dirige al contenido de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, donde se realizaron pronunciamientos, sobre la “presunción de inocencia” como derecho humano de toda persona inculpada.

Como *garantía judicial*, en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, la Corte Interamericana ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. En el mismo tenor, se afirmó en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, y señaló: que el *derecho a la presunción de inocencia* es un elemento esencial para la realización efectiva del *derecho a la defensa* y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad y quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.

La *presunción de inocencia*, concebido como principio *in dubio pro reo*, y se desprende del caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, donde la Corte Interamericana ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.

La presunción de inocencia y la *medida cautelar de la prisión preventiva*, no debe exceder de la pena impuesta por el delito que se procesa. El dictamen de la Comisión del 1o. de marzo de 1996, de *Jorge A. Jiménez vs. Argentina*. La prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo, constituye una violación del *principio de presunción de inocencia* reconocido por el artículo 8.2 de la Convención Americana. También obliga a los Estados a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de “establecer su culpabilidad”. El establecimiento de la culpabilidad implica la formulación de un juicio de reproche en una sentencia definitiva o de

término. Si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin. En el caso presente, la privación de libertad prolongada sin condena del señor Jiménez es una violación de su derecho de presunción de inocencia, garantizado por el artículo 8.2 de la Convención.

El caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, sobre el plazo razonable de la prisión preventiva (artículo. 7.5) y presunción de inocencia (artículo 8.2), la Corte señaló que el principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo 8.2 de la Convención, deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Constituye, además, la medida más severa que se puede imponer al imputado. Por ello, se debe aplicar excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

La vinculación del principio del *debido proceso* y la presunción de inocencia; en la pronunciación de la Corte Interamericana, en el Caso *Riebe Star*, que implicaba la expulsión sumaria de México de religiosos extranjeros, la Comisión Interamericana mantuvo que las protecciones estipuladas en el artículo 8.1 son de aplicación en los procesos de deportación. Sopesando la gravedad de la privación en cuestión, la Comisión concluyó también que no todas pero si algunas de las salvaguardas relativas al debido proceso en causas penales establecidas en el artículo 8.2 de la Convención deberían garantizarse en los procesos de deportación. Del abanico de garantías del artículo 8.2, la Comisión escogió el derecho de ser asistidos a ejercer su derecho la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se les formulan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo para preparar sus alegatos y formalizarlos y para promover y evacuar las correspondientes pruebas.

El Comité de Derechos Humanos, en la observación general, se señaló que el derecho a la presunción de inocencia, exige que los jueces y jurados se abstengan de prejuzgar el asunto, y se aplica igualmente a todos los demás funcionarios públicos. En consecuencia, las autoridades públicas, especialmente los fiscales y la policía, no deben hacer declaraciones sobre la culpabilidad o inocencia de un acusado antes de que concluya el juicio.

Los diferentes constructos, que ha elaborado la Corte Interamericana y la Comisión, por medio de jurisprudencia, consultas o recomendaciones del principio fundamental de la presunción de inocencia, permitió ampliar el espectro de protección del individuo; como garantía judicial, como derecho a la defensa, como regla de tratamiento durante todo el proceso, como principio *in dubio pro reo*, como violación del principio de presunción de inocencia en la medida cautelar de prisión preventiva, como principio del debido proceso, y al trato de inocente y no hacer juicios apriorísticos, lo que nos lleva a tener una visión más amplia de la presunción de inocencia.

*Isidro Mendoza García*

### 807. PRESUPUESTO PROCESAL DE FONDO

Para efecto de fijar los antecedentes de los que derivan los presupuestos procesales de fondo, se hace remisión a la definición de presupuestos procesales de forma.

Los presupuestos procesales de fondo, a los que también se les conoce como condiciones de la acción o como presupuestos procesales materiales, son aquellas condiciones necesarias que propician la emisión de una sentencia, es decir, para que una pretensión procesal hecha valer con la demanda, sea objeto de pronunciamiento por el juez; se refieren a la cuestión sustancial debatida y a las excepciones propiamente dichas. Su falta impedirá al juez pronunciarse sobre el fondo de litigio, generándose de esta forma lo que en la doctrina se conoce como sentencia inhibitoria.

Existen dos teorías en cuanto a la naturaleza jurídica de los presupuestos procesales de fondo, la primera es sostenida por los tratadistas Chioyenda, Alsina, Devis Echandía y Vescovi, quienes señalan que están conformados por los presupuestos materiales de la sentencia de fondo y además son los requisitos que el juez debe examinar y establecer en su decisión final para que el demandante pueda obtener una sentencia favorable y deben emitirse por el juez al momento de pronunciar la sentencia. Esta teoría acepta tres presupuestos: a) el derecho; b) legitimidad para obrar; y, c) interés para obrar. Sostiene que estos deben ser verificados por el juez al momento de emitir sentencia.

La segunda teoría contempla dos categorías: a) la legitimidad para obrar y, b) el interés para obrar. Sostiene que estas pueden ser objeto de revisión en varios y determinados estadios del proceso, ya sea al calificar la demanda, al resolver las excepciones y excepcionalmente al emitir sentencia.

Entre este tipo de presupuestos conviene destacar, el interés para accionar y la legitimación *ad causam*, que constituyen los requisitos de existencia de la acción y deben ser establecidos en juicio preliminarmente al examen del fondo al ser las condiciones esenciales para el ejercicio de la función jurisdiccional respecto de la litis del juicio, pues puede suceder en que las mismas, son la solución del juicio sobre el fondo.

En esta clasificación igualmente se puede ubicar a la existencia del derecho que tutela la pretensión procesal, es decir, la voluntad de la ley; la legitimidad para obrar; el interés para obrar; y algunos autores incluyen, que la pretensión procesal no haya caducado, así como la ausencia de cosa juzgada, la litispendencia, transacción, desistimiento y la correcta acumulación de pretensiones.

No debe confundirse el interés para la acción, con el interés sustancial, pues mientras que el primero es el elemento material del derecho de acción y consiste en el interés para obtener la pretensión solicitada, el segundo, es el que corresponde a un interés primario que tiende a la protección para la cual se ejerció el derecho.

Sin el cumplimiento de esa condición rigurosamente procesal, el tribunal no podrá emitir sentencia a su favor, aun cuando su pretensión sea fundada, no podrá ser acogida por ausencia de un presupuesto, condición o requisito, impuesto por la ley para su reconocimiento.

También se encuentra considerada en dicha clasificación, la invocación del derecho, cuando ella es indispensable y la producción de la prueba cuan-

do se tiene sobre sí la carga de la misma, son presupuestos procesales de una sentencia favorable.

No obstante lo anterior, dado el carácter formal de los presupuestos procesales debe advertirse que puede entrar en contradicción con el derecho fundamental de tutela efectiva. Dentro de esta perspectiva la problemática de los presupuestos procesales debe manejarse con un criterio de sustancialidad, es decir, que como toda ley procesal moderna que se aprecie de serlo, uno de los aspectos en donde la regulación más debe cambiar es en cuanto a los presupuestos procesales, tanto en los que afecten al órgano jurisdiccional como en los relativos a las partes, no tanto porque los conceptos hayan variado, sino en cuanto a dotar de regulación en donde no lo hay, casos muy específicos, y por adaptar la existente a las nuevas concepciones e ideas del procesalismo constitucional contemporáneo.

La ausencia de los presupuestos procesales formales, tiene como consecuencia que el juicio esté viciado; lo cual en la mayoría de los casos, puede ser subsanable; pero no sucede lo mismo, respecto de los presupuestos procesales de fondo.

Finalmente, atendiendo a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, cabría la posibilidad de flexibilizar la rigidez que hasta ahora ha permeado en torno a los presupuestos procesales en aras de una pronta y completa impartición de la justicia con respeto de los derechos humanos que puedan verse involucrados.

*José Armando Martínez Vázquez*

#### 808. PRESUPUESTO PROCESAL DE FORMA

Los presupuestos procesales son aquellos requisitos previos e imprescindibles para la existencia del proceso, sin los cuales no puede iniciarse válidamente un juicio. En términos generales son las condiciones que se requieren para que la relación jurídica procesal nazca, se desenvuelva y culmine con una sentencia de mérito; cuyas medidas sustanciales son las garantías constitucionales de la tutela efectiva y el debido proceso.

Se trata de los conceptos más complejos dentro del ámbito procesal, puesto que han sido analizados y definidos desde distintos puntos de vista, con lo que se han generado sendas apreciaciones.

La doctrina ha señalado predominantemente que los presupuestos procesales son la presentación de la demanda en forma, la competencia del juez y la capacidad procesal de las partes.

La teoría de los presupuestos procesales fue propuesta por Von Bülow en el año de 1868, quien hizo una distinción entre excepción y presupuestos procesales, entendiéndose como supuestos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal. También señala que no puede dejarse su control exclusivamente a las partes, sino que debe involucrarse al juez, extendiendo tal prioridad a los presupuestos materiales para la sentencia de fondo, sin disminuir el derecho de las partes para denunciar los defectos que observen. A pesar de la lejanía temporal, tanto la construcción como la expresión señaladas por dicho autor siguen teniendo, en lo sustancial, plena vigencia en la doctrina moderna.

Al respecto, Giuseppe Chiovenda los define como las condiciones para que se consiga un pronunciamiento favorable o desfavorable, sobre la deman-

da; y afirma que para ello, es necesario que exista un órgano estatal regularmente investido de jurisdicción que sea objetivamente competente en la causa determinada y subjetivamente capaz de juzgarla.

Piero Calamandrei, por su parte los explica como los requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda, esto es, las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión; señalaba que se debía eliminar la categoría conceptual de inexistencia en el campo de los presupuestos procesales, ya que su efecto en caso de ausencia no es la inexistencia sino la de hacer desaparecer en el juez el poder-deber de proveer sobre el mérito, mientras se mantenga el poder-deber de declarar las razones por las cuales considera que no puede proveer. Solo dentro del proceso el juez puede pronunciarse sobre la ausencia de un presupuesto como la capacidad para ser parte, lo que supone su existencia.

Couture estima que los presupuestos procesales son: la proposición de una demanda judicial, un órgano dotado de jurisdicción y las partes que se presenten como sujetos de derecho. Por su parte Becerra Bautista considera la presentación de una demanda formal y substancialmente válida, por un sujeto de derecho, ante un órgano jurisdiccional y frente a otro sujeto de derecho, teniendo los tres capacidad procesal y el juzgador además jurisdicción.

Rosenberg anotaba que los presupuestos atañen a la totalidad de la admisibilidad del proceso, pero no debe concluirse que sin estos no puede existir proceso.

Para Garrone, los presupuestos procesales deben ser entendidos como principios rectores del proceso, como las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal.

Por su parte, James Goldschmidt, sostiene que la ausencia de los presupuestos procesales no impide el nacimiento del proceso, ya que el pronunciamiento acerca de su omisión se hace dentro del instrumento proceso.

En materia procesal constitucional, se entiende por presupuestos procesales, aquellas condiciones necesarias para que tenga validez y existencia jurídica el juicio constitucional que se instaure.

Doctrinalmente se ha destacado que algunos países han implementado en sus legislaciones, mecanismos para subsanar la falta o deficiencia de los presupuestos procesales, tales como el despacho saneador en el derecho brasileño o la audiencia preliminar establecida en los ordenamientos angloamericanos, que tienen como finalidad subsanar las irregularidades destacadas ya sea por las partes o bien advertidas por el propio juzgador, con el objeto de que una vez que el asunto se encuentre en estado para resolver, pueda decidirse el fondo de la controversia.

El proceso tiene como finalidad dar la razón a quien la tiene, es por lo que debe garantizarse para las partes, la posibilidad de defender las propias razones en igualdad de circunstancias en un ámbito equitativo e imparcial, para conseguir la satisfacción de las pretensiones; y los presupuestos procesales, constituyen los requisitos de validez de la relación procesal, cuya ausencia ocasiona la invalidez del proceso y la imposibilidad para el juez de entrar al examen del fondo del asunto; por tanto, no solo pueden ser aducidos por las partes (como excepciones) sino también por el tribunal del conocimiento, *ex officio*.

En la doctrina encontramos una serie de clasificaciones en torno a los presupuestos procesales, pero para los fines del desarrollo del presente diccionario, se hará referencia solo aquella que los clasifica en formales y de fondo.

Conviene distinguir entre los presupuestos procesales formales de los presupuestos procesales de fondo, siendo los primeros, aquellos que miran al ejercicio de la acción procesalmente considerada, a la iniciación del proceso y al procedimiento e impiden que haya sentencia; los últimos, contemplan cuestiones de fondo y fijan el alcance del sentido del fallo decisorio.

Dentro de los presupuestos procesales formales, para que pueda ejercitarse la acción válidamente, entendida como el derecho subjetivo a la obtención de un proceso, encontramos: la competencia del juez para conocer del negocio; la capacidad jurídica y la capacidad procesal o legitimación *ad processum* (al ser la aptitud para comparecer personalmente en el proceso, y que está vinculada con la capacidad de ejercicio y la capacidad de obligarse y que no se encuentren en las circunstancias de incapacidad absoluta o relativa.); los requisitos de forma de la demanda (al ser el medio procesal necesario para accionar y hacer valer las pretensiones procesales, misma que debe reunir los requisitos formales previstos por la legislación correspondiente); la ausencia de impedimentos que deriven de la litispendencia o de compromiso, las citaciones y emplazamiento, el cumplimiento de los trámites procesales, en el orden establecido por la ley para cada proceso, la vía; es así, pues constituyen un mínimo necesario para que el juicio exista y tenga validez formal; de ahí el nombre de su clasificación, por ser supuestos previos al juicio, sin los cuales no podría suponerse el mismo.

La falta de competencia, se denuncia mediante la excepción de incompetencia, la incapacidad de las partes o la defectuosa representación, mediante la de falta de personería; la ausencia de formas en la demanda, mediante la excepción de defecto formal en el modo de preparar la demanda, etcétera; sin embargo, los presupuestos procesales no necesitan forzosamente la oposición de la excepción al ser facultad y obligación del juez analizarlos oficiosamente, además, de que existen numerosas excepciones que no corresponden a la falta de presupuestos procesales.

*José Armando Martínez Vázquez*

### 809. PRETENSIÓN

La voz pretensión, más concretamente *pretensión procesal*, ha sido objeto de diversas confusiones conceptuales debido a su nexo indisoluble con otro concepto clásico para el derecho procesal, y que abarca, junto con “jurisdicción” y “proceso”, los llamados *conceptos fundamentales* del derecho procesal: la acción.

Debido a esta cercanía conceptual y práctica con la acción, la pretensión procesal no ha gozado de los mismos desarrollos teóricos que aquella, pues no pocas veces se le omite de los manuales y textos sobre la teoría general del proceso; de suerte que, para despejar equívocos, se acudirá al uso de la voz pretensión en el campo ordinario, no jurídico, del lenguaje.

Si se le escucha en el lenguaje ordinario, la palabra pretensión refiere sencillamente a *lo que una persona quiere*. Se dice “pretensiones” para referir los intereses, los bienes, las aspiraciones que una persona tiene con respecto a otra o a una situación concreta; por eso, la persona que busca a otra con algún interés afectivo se le llama “pretendiente”, aun cuando dicha calidad

personal esté perdiendo uso en el siglo XXI. La propia Real Academia Española nos dice en su diccionario que “pretensión” es una solicitud para conseguir algo que se desea. El trabajador que quiere vacaciones tiene una pretensión laboral respecto del patrón, el empresario que quiere hacer una inversión tiene una pretensión económica respecto del inversionista, la madre que cuida del hijo tiene una pretensión de cuidado respecto de él, de tal suerte que queda advertido que *la pretensión es una manifestación de voluntad encaminada a la obtención de un fin*.

Míresele ahora desde el punto de vista estrictamente jurídico, y de aquí, al punto de vista procesal —que es donde la palabra se ubica—. Hablamos entonces de pretensión procesal, para referir la manifestación de voluntad del demandante respecto del demandado, con el fin de obtener una sentencia favorable que obligue al demandado a realizar una conducta determinada, o bien, vincularlo a una situación jurídica preexistente o por existir. Por eso, la definición clásica de pretensión es “la exigencia de subordinación del interés ajeno al propio” (Carnelutti), y por eso se puede hablar de diversas pretensiones, pues serán tantas como los fines particulares que el demandado tenga al acudir al proceso, siendo esencialmente de dos tipos, a saber: *pretensiones de condena o ejecución*, cuando se quiere exigir un pago, por ejemplo, y *pretensiones declarativo-constitutivas*, como sucede al reconocerse un vínculo matrimonial.

Con lo anterior se puede concluir que es correcto decir acumulación de pretensiones y no de acciones, pues la acción es una sola, al constituir el derecho subjetivo público de acudir a la jurisdicción, hoy “tutela judicial efectiva” o “derecho de acceso a la jurisdicción”; mientras que la pretensión, como se ha visto, puede ser variada. Así, es válido decir que existe una “*pretensión constitucional*”, en el juicio de amparo, por ejemplo, cuando el quejoso (actor) intenta que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación (acto reclamado), sometiendo a la autoridad responsable (demandado) a la restitución. De ahí que no deba decirse acción, sino pretensión restitutoria. Es por ello que, con todo y que la acción no sea objeto de estas líneas, sí deben anotarse algunas diferencias respecto a la pretensión.

La acción es el derecho abstracto de acudir a la jurisdicción estatal —o al menos esa es la teoría más aceptada—, independiente del derecho de fondo. La pretensión, en cambio, no es tan independiente del derecho de fondo —o al menos de la noción que el actor tiene sobre la pertenencia de tal derecho—, sobre todo porque este derecho puede efectivamente tenerse o no al iniciar el proceso. De ahí que se hable de pretensión fundada e infundada, según se acredite el derecho discutido o no. La acción va dirigida al Estado a través del juez, la pretensión se dirige contra o frente al demandado; la acción exige para su inicio capacidad para ejercer el derecho de acceso a la justicia, la pretensión exige para su inicio un mero querer del actor. La acción termina con la sentencia (sea favorable o no, sea de fondo o de sobreseimiento, de condena o de absolución), la pretensión fundada, en cambio, necesariamente termina con la sentencia favorable.

En el punto quizá más colindante —y complicado— de ambas, se tiene el llamado “*petitum*”. En la doctrina general del proceso, el *petitum* u objeto es uno de los elementos de existencia de la acción —junto con los sujetos y la causa—, y se refiere a *la finalidad que tiene el actor cuando insta al órgano jurisdiccional*, lo que concretamente busca al acudir al proceso. Pues bien, los elementos de la

pretensión procesal son el objeto y la razón (Devis Echandía). El objeto de la pretensión lo constituye el efecto jurídico buscado por el actor en el proceso; la razón de la pretensión, en cambio, es el fundamento que se le da a la misma, siendo doble: una razón de hecho (las circunstancias en que se encuentra el actor, que motivan *de facto* su pretensión) y otra razón de derecho (las normas que el actor considera transgredidas, o de menos actualizadas).

Es en este punto donde existe identidad con uno de los elementos de la acción, pues si el objeto de la acción es la finalidad perseguida por el actor al iniciar el proceso, y el objeto de la pretensión es precisamente lo que se pide en la demanda, resulta en identidad el objeto de la pretensión con el de la acción. No podría pensarse que el objeto de la acción sea solamente instar al juez sin ánimo de que este resuelva favorablemente a la pretensión del actor o a la resistencia del demandado. Por tanto, al menos podría decirse que si no hay una identidad absoluta entre objetos, sí están mutuamente implicados.

De igual manera, parece que también la llamada *causa de pedir* está implicada en los elementos de existencia de ambas, pues existen voces muy autorizadas que explican la causa de pedir de la acción —o causa a solas—, como esa situación de hecho y de derecho que motiva la instancia judicial. Siendo que, como acaba de verse, la situación —o razón— de hecho y derecho es elemento de la pretensión. En ese sentido, habrá que recordar al muy distinguido maestro Héctor Fix-Zamudio, quien en su ya muy conocida tesis de Licenciatura escribió: “el único presupuesto de la acción de amparo es la existencia de un litigio constitucional y sus únicos elementos son la capacidad de accionar, instancia y pretensión”.

Como quiera que sea, y lejos de los devaneos académicos al respecto, una cuestión es clara: la pretensión como ánimo de exigir del demandado una conducta determinada, toma de vehículo a la acción procesal. Podemos decir, en definitiva, que no hay acción sin pretensión.

*César Enrique Olmedo Piña*

#### 810. PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN CONCRETA

El principio de armonización concreta, encuentra su raíz, entre otras, en una sentencia de la Corte Constitucional colombiana (sentencia T-425 de 1995), en la cual, el Alto Tribunal resolvió una colisión entre el derecho al trabajo de una expendedora de licor quien ejercía lícitamente el oficio amparada por una licencia de funcionamiento en su local, situado en inmediaciones de una estación de gasolina, y el derecho a la vida e integridad física del dueño y de los empleados de la gasolinera, amenazados por el peligro que representaba el consumo de cigarrillos al lado de los tanques de gasolina por parte de la clientela de facto que se formaba frente a la licorera. Analizadas las circunstancias concretas del caso, la Corte armonizó el ejercicio de los derechos al trabajo y a la vida en el sentido de ordenar a la demandada abstenerse de vender licor que fuera a ser consumido en la calle.

*Hernán Alejandro Olano García*

#### 811. PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL

El principio de celeridad tiene especial importancia y está presente en todos los procesos civiles, penales, administrativos, mercantiles, laborales y constitucionales.

Cobra mayor importancia en los procesos constitucionales, pues tienen por objeto la defensa de la parte orgánica y de los derechos y libertades de la Constitución.

Las pretensiones constitucionales, por razón de la materia sobre que recaen, requieren de especial y rápida solución. Entran en juego la organización de los poderes y los derechos y libertades fundamentales.

Permea casi a todos los actos procesales del juicio para su acelerado y adecuado funcionamiento. Por ejemplo se establecen: plazos cortos y fatales que propician el avance del proceso; el impulso oficial del juez, que lo obliga a proveer de oficio sobre el trámite siguiente al evacuado; la oralidad como principal medio de comunicación con el juez constitucional; la concentración en las audiencias de los actos procesales, y la intermediación para una más rápida y mejor decisión del proceso; normas que eviten crisis procesales, tales como incidentes, traslados, suspensiones e interrupciones procesales.

Se complementa con el principio de economía procesal que requiere para el proceso constitucional ahorro de tiempo, energía y dinero.

La celeridad jamás puede funcionar en detrimento de la garantía constitucional de la seguridad. El proceso debe ser rápido porque justicia tardía no es justicia; pero esta celeridad no puede impulsar al juez a una precipitada sentencia en la que se sacrifique la justicia. Por lo que es preciso un equilibrio adecuado entre celeridad y justicia.

*Iván Escobar Fornos*

## 812. PRINCIPIO DE CONCORDANCIA PRÁCTICA

El principio de la concordancia práctica o de coherencia lógica del orden, se conoce también como principio de la “compensación menos gravosa”. Íntimamente ligado con el principio de unidad constitucional se encuentra este principio, según el cual, se postula que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad, a través de la ponderación coherente y proporcional de valores o bienes, donde no cabe sacrificar a uno por otro. De este modo, se debe respetar el núcleo duro del de cada bien constitucional en conflicto, afectándose mutuamente solo en su modo, forma, espacio o tiempo de ejercicio, siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad de la recíproca limitación.

Como dice Javier Pérez Royo (*Interpretación constitucional*, 2005) “...con este principio se pretende “optimizar” la interpretación de las normas constitucionales entre las que pueda darse una relación de tensión en la práctica. Por ejemplo, en las relaciones entre el derecho al honor y la intimidad y la libertad de información, o entre los principios de libertad y seguridad. Hay que interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el “sacrificio” de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor. La tarea de “ponderación” de valores o bienes constitucionalmente protegidos es importantísima en la interpretación constitucional”.

Konrad Hesse (*Escritos de derecho constitucional*, 1992) dice que este principio “...exige del intérprete que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe (...) realizar el uno a costa del otro. En otros casos, se hace preciso

establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima”.

El doctrinante panameño Arturo Hoyos (*La interpretación constitucional*, 1993), afirma que según este principio “...los bienes constitucionalmente protegidos deben ser coordinados y ponderados en un momento dado, y frente a un caso concreto el juez constitucional tiene que establecer prioridades, porque a veces entran en conflicto derechos fundamentales previstos en normas de la Constitución... y frente a un caso concreto en que se presente un conflicto el juez debe hacer una ponderación a fin de establecer prioridades”.

Mientras que el boliviano José Antonio Rivera Santivañez (*Interpretación constitucional*, 2005) en su momento, como magistrado del Tribunal Constitucional de su país, explica que “este principio se aplica para resolver aquellos casos en los que se presenta un conflicto de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, especialmente cuando se trata de derechos fundamentales proclamados por la Constitución. Así por ejemplo, un conflicto entre el derecho a la intimidad o la privacidad frente al derecho de información o libertad de expresión; o el caso de la vida de un embrión o feto frente al derecho a la vida, la salud o la dignidad de la madre en los casos de embarazos emergentes de delitos sexuales”.

Por su parte, el peruano Edgar Carpio Marcos (*Interpretación constitucional*, 2005) dice que “...este principio presupone que en caso de colisión de bienes constitucionales, esos “conflictos” ...no se resolverán de ordinario con la afirmación de la prevalencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás, sino del modo que de mejor forma resulten ambos optimizados. El juicio de concordancia práctica exige (imposición positiva) que el punto de equilibrio sea aquel en que los dos principios alcanzan su máximo grado de realización”.

*Hernán Alejandro Olano García*

### 813. PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA NORMA

Toda Constitución tiene una vigencia indeterminada, pues se emite con el propósito de estar en vigor hacia futuro, considerándose que ninguna práctica o desuso la puede derogar, salvo la utilización de algún mecanismo de los previstos para su reforma, particularmente en el caso colombiano, de una nueva Asamblea Nacional Constituyente. En virtud de este principio, aunque esta no sea acatada por quienes están obligados a obedecerla y se realicen actos que la contradigan, debe entenderse que sigue en vigor. No hay tiempo ni desuso que dispense su observancia.

El principio normativo conservacionista o de la conservación del derecho o de legalidad, otorga este preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia a las normas constitucionales, en función de las relaciones sociales y la voluntad de la Constitución. También se le conoce como “principio hermenéutico de la interpretación del derecho” y consiste en que la Corte Constitucional no puede excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, por vía de la declaración de inexequibilidad, cuando existe, por lo menos, una interpretación de la misma que se aviene con el texto constitucional.

De ser así, dice Edgar Solano González (*Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, 2000), ...el juez de la carta se encuentra

en la obligación de declarar la exequibilidad de la norma legal condicionada a que esta sea entendida de acuerdo con la interpretación que se concilie con el estatuto superior. Con esto, se persigue, esencialmente, salvaguardar, al menos, alguno de los posibles efectos jurídicos de la disposición demandada, de manera que se conserve, al máximo la voluntad del legislador. Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el particular del siguiente modo: “El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional. Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción a favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexecutable de una norma jurídica infraconstitucional debe ser evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución” (Sentencia C-100 de 1996).

A toda autoridad solo le es permitido actuar en lo que tiene atribuido expresa o implícitamente; mientras que a los particulares se les permite actuar en todo lo que no tienen prohibido; tratándose de derechos humanos, solo serán limitantes válidas las que dentro de los estados de excepción no los desconozcan y, tratándose de otro tipo de derechos, serán las que determinen las leyes.

Este principio ha sido reconocido en Colombia en numerosísimos fallos de la Corte Constitucional y, según este principio, el tribunal constitucional colombiano, para el caso, debe preservar al máximo la ley y solo cuando la norma sea abiertamente contraria a la carta, se ha de declarar inexecutable. Si hay una lectura conforme y otra no de la ley frente a la carta, debe al máximo preservarse la ley.

La profesora Bernardita Pérez Restrepo (*Módulo sobre derecho constitucional*, 1994), sobre el particular ha dicho que “este principio cobra valor según que las decisiones de los jueces estén determinadas por conflictos normativos más o menos claros. Según que versen sobre asuntos procedimentales o sustantivos de la Constitución...”

La interpretación conforme a la Constitución asegura no solo la libertad de decisión del Congreso, sino que evita vacíos normativos traumáticos en el principio de conservación de las normas.

Este principio se deduce de la presunción de constitucionalidad en la cual se amparan los actos de los órganos del poder público y de la función de estabilidad que cumple la Constitución dentro de un ordenamiento jurídico. La Constitución no quiere derogar en bloque las normas que le preceden y tampoco quiere que las normas infraconstitucionales posteriores a su expedición sean desechadas cuando sea posible interpretarlas de conformidad con sus directrices...”

En cuanto a la aplicación práctica de este principio de conservación normativa, quiero citar por ejemplo, la sentencia C-320 de 1997 (Sentencia C-320 de 1997), la cual, en el caso de la transferencia del contrato o “pase” de los jugadores de fútbol, quiso conservar una norma en el ordenamiento y se explicó y exhortó al legislador que cuando se habla de venta y préstamo de jugadores, solo se ha de hacer referencia al contenido económico del contrato y no a las personas.

“Así entendidos los derechos deportivos, esto es, como una relación entre los clubes que en principio no afecta las posibilidades laborales de los jugadores, la Corte considera que la figura no pugna con la Constitución, pues nada se puede objetar a que la ley y los reglamentos de las federaciones prevean mecanismos para equilibrar la competencia deportiva, y compensar los gastos de formación y promoción en que haya incurrido un club, en relación con un determinado deportista”.

Por su parte, debemos agregar, según Aragón Reyes (*Interpretación constitucional*, 2005), que la noción de control, utilizada para explicar este principio, es muy antigua, aunque la palabra es muy joven, pues data apenas de hace seis o siete siglos. La palabra “control” proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum* y de ahí pasó al francés *contre-role* (contrôle), que significa, literalmente, “contra-libro” es decir, “libro-registro”, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. El término se generalizó, poco a poco, hasta ampliar su significado al de “fiscalizar”, “someter”, “dominar”, etcétera.

Aunque suele decirse que en el idioma inglés “control” se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a “comprobación”, lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés significa “mando”, “gobierno”, “dirección”, pero también “freno” y “comprobación”; en francés, “registro”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “dominio” y “revisión”; en alemán (Kontrolle), “comprobación”, “registro”, “vigilancia”, pero también “intervención”, “dominio” y “revisión”; en italiano (controllo), “revisión”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “freno” y “mando”. El Diccionario de la Real Academia Española otorga a la palabra los siguientes significados: “inspección”, “fiscalización”, “intervención”, “dominio”, “mando”, “preponderancia”.

*Hernán Alejandro Olano García*

#### 814. PRINCIPIO DE CORRECCIÓN FUNCIONAL

El principio de corrección funcional, busca que el intérprete respete las competencias de los poderes públicos y organismos estatales sin restringir las funciones constitucionales de algunas de ellas. En consecuencia, el intérprete se ve obligado a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrados por la Constitución, como lo señala Rivera Santivañez (*Interpretación constitucional*, 2005). Dice César Landa (*Interpretación constitucional*, 1994) que “...así, el legislador no puede regular en concreto para un caso específico, sino de manera abstracta y general, porque de lo contrario podría invadir la esfera de competencia y actuación concreta del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial”. Por eso, más que un principio, es un criterio usado por Konrad Hesse (*Escritos de derecho constitucional*, 1983), según el cual, “...si la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación. Esto es aplicable en particular a las relaciones entre legislador y tribunal constitucional: puesto que al tribunal constitucional solo le corresponde, frente al legislador, una función de control, le está vedado una interpretación que condujese a una restricción de la libertad conformadora del

legislador más allá de los límites establecidos por la Constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el tribunal mismo”.

Sin embargo, Pérez Royo (*Interpretación constitucional*, 2005) dice que con este principio se trata de no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución. *Tiene especial importancia en las relaciones entre el propio Tribunal Constitucional y el legislador.*

**Hernán Alejandro Olano García**

## 815. PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA

La dignidad humana es un principio que adquiere vida jurídica en el Estado constitucional; la cuestión es si esta tiene la misma naturaleza en todos los sistemas de derecho. La respuesta atiende al núcleo duro que se vincula a los derechos fundamentales; cuando se exige que los componentes del principio sean universalmente válidos, con independencia de los elementos axiológicos de la cultura, la religión y la moral de los sistemas normativos.

La dignidad humana solo puede alcanzarse a través de los derechos de tipo personal y por medio de los deberes, los que en su conjunto llevan al ser humano a ser persona, y a seguirlo siendo bajo cualquiera circunstancia. Lo que garantiza jurídicamente los ámbitos vitales del ser persona y la forma en que alcanza la identidad social es donde la dignidad humana encuentra su sede central, mientras que el cómo el ser humano llega a ser persona es lo que nos aproxima a los indicios para determinar lo que es la dignidad humana.

El principio de dignidad de la persona humana protege la identidad de la persona de carne y hueso. Como valor jurídico fundamental se vincula con el libre desarrollo de su personalidad, y como valor espiritual y moral es inherente a la persona y se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás. Asimismo, está relacionado con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Además es universal, al no actualizarse ninguna excepción ni discriminación, en tanto ha de permanecer inalterado, cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, de forma que es aplicable por igual —a los procesados, condenados, absueltos, reos y, por supuesto, a los sujetos que únicamente hayan sido detenidos por las autoridades administrativas, sin que esa detención motive una causa penal en su contra—, constituyéndose de ese modo en un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de forma que sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece toda persona en su dignidad humana.

El contenido de la libertad como derecho fundamental es inseparable de la dignidad de la persona humana, básica para la efectividad de otras libertades públicas y derechos. De tal forma, la detención se presenta como una excepción a la libertad, defendida por estos dos principios: *a)* la libertad debe ser siempre regla general y la detención, la excepción, y *b)* la presunción de inocencia, como efecto y consecuencia del valor fundamental de la libertad. La libertad personal es una libertad pública (libertad-limite), un derecho fundamental inseparable de la dignidad de la persona humana, básicamente para la efectividad de otras libertades públicas.

Todo el derecho de los derechos humanos está fundado sobre la idea de que estos últimos son inherentes a *la dignidad intrínseca de la persona humana*, para decirlo en términos de la Declaración Universal; son atributos del ser humano, de todo ser humano en cuanto tal, anteriores y superiores a toda autoridad, la cual, en consecuencia, no los crea, sino que los descubre; no los otorga, sino que simplemente los reconoce, porque tiene que reconocerlos. De ahí que solamente el ser humano de carne y hueso pueda ser el verdadero titular de estos derechos, de conformidad con el artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el principio de la dignidad del ser humano se aglutinan elementos que se exige que sean universales y lleven a la persona humana a alcanzar su identidad social a través de los elementos fundamentales de la personalidad humana que deben tener cabida en todas las culturas; sin que con ello se pretenda reducir sus alcances, sino que se intenta realizar un acercamiento orientador de él, en razón de que de las diversas cláusulas de las constituciones sobre la dignidad humana se llega a inferir que aquellas están referidas a una concepción culturalmente específica de la dignidad humana.

*Isidro Mendoza García*

#### 816. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD CONSTITUCIONAL

Esta regla es desarrollada, entre otros, por Marco Gerardo Monroy Cabra (*La interpretación constitucional*, 2002), para quien supuestas varias interpretaciones posibles de una norma subconstitucional, se optará por la que en mayor medida favorezca la eficacia de la norma constitucional. Y aun especialmente en el caso de las normas dogmáticas, es decir de las reguladoras de derechos y libertades (*interpretación pro libertate*), equivalente al *preferrend freedoms* estadounidense.

De acuerdo con este principio propuesto, la interpretación de la carta siempre habrá de enfocarse a buscar la eficacia y/o la efectividad y prevalencia de la norma constitucional (*preferrend freedoms*) y, en este caso, la interpretación ha de elegir la alternativa interpretativa en la cual la norma superior pueda producir efecto.

*Hernán Alejandro Olano García*

#### 817. PRINCIPIO DE EFICACIA INTEGRADORA DE LA CONSTITUCIÓN

Para el catedrático español Javier Pérez Royo (*Interpretación constitucional*, 2005), "...la Constitución debe ser un instrumento de "agregación" y no de "desagregación" política de la comunidad. Es algo que no se puede perder de vista en la interpretación de la misma ante cualquier conflicto. Y agrega: Este principio parte de que si la norma constitucional promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, la interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad. Se emplea cuando se trata de interpretar normas constitucionales que se refieren al ámbito de funcionamiento de los órganos de poder del Estado, teniendo en cuenta la coordinación e interrelación que deben existir entre ellos para la realización de los fines del Estado y la conservación del orden democrático".

En realidad este principio busca *orientar al intérprete a establecer soluciones hermenéuticas que, por tener conciencia histórica del proceso de cambio en las estructuras socioe-*

conómicas, permiten una constante actualización de la normativa constitucional garantizando, de este modo, su máxima y permanente eficacia, como agrega el jurista boliviano José Antonio Rivera Santivañez (*Interpretación constitucional*, 2005).

Mientras que César Landa (*Interpretación constitucional*, 2005) dice que este principio "...valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de la Constitución. Con ello se busca afirmar el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida en que integra a los valores minoritarios con el mayoritario, gracias a entender que la Constitución expresa la diversidad de intereses sociales, dentro de la unidad política".

En virtud de este principio de eficacia integradora de la Constitución, uno de los propósitos fundamentales de la Carta fundamental, es lograr la unidad política del Estado y de todos sus componentes, y hacia allá hay que dirigir todas sus decisiones. Este principio, muy conciso, también fue formulado por Konrad Hesse (*Escritos de derecho constitucional*, 1983), para quien "... si la Constitución se propone la creación y mantenimiento de la unidad política ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad. Ahora bien, este cometido no habrá sido cumplido correctamente cuando solo pueda ser alcanzado "a través de vías no estrictamente constitucionales", pues con ello se habrían rebasado los límites de la interpretación constitucional".

Además, este principio nos lleva a indicar que cuando estén por ser estudiados derechos individuales, estos deben interpretarse de manera amplia, de tal forma que, más que intentar limitarlos, restringirlos o anularlos, se hagan realidad en los términos en que están consignados en las normas constitucionales y, de ser posible, sean ampliados a favor de los habitantes del país (*favores convenit ampliari*).

*Hernán Alejandro Olano García*

## 818. PRINCIPIO DE ESTOPPEL

De marcado arraigo en el derecho anglosajón, responde al principio en latín de *venire contra factum proprium non valet*, que se refiere a la prohibición de actuar contra los propios actos. Se considera que el primer caso en el que se invocó esta figura fue el de la *Duquesa de Kingston*, fallado por el juez lord Edward Coke, en 1776 (*Duchess Of Kingston's Case. House of Lords. 20 Howell's State Trials* 391).

En el ámbito del derecho procesal, este principio postula que, dentro de un proceso, una persona está impedida para hacer una alegación que esté en contradicción con el sentido objetivo de la anterior declaración o de su anterior conducta; dicho de otro modo, a una persona no le es dable volver contra su conducta procesal previa, desconociendo la apariencia que con ella ha creado y contradiciendo el comportamiento asumido con anterioridad; sin embargo, para que esta figura procesal se actualice, no basta la mera contradicción con la posición inicial, sino que con esta se hayan creado ciertas expectativas en terceros.

En el derecho internacional, el *estoppel* se refiere al hecho de que los Estados están vinculados a sus actos y a las consecuencias propias de los mismos; aparece como consecuencia de la no aplicación de un acto unilateral del

Estado. Por acto unilateral del Estado se entiende que, siendo independientes de otro acto jurídico, emanan de los Estados al restringir estos su propia competencia, y tienen un alcance jurídico de significación internacional, es decir, cuando algún Estado no protesta o se manifiesta en contra de un acto unilateral de otro, posteriormente no podría actuar en contradicción, debido a la exigencia de los Estados de observar una conducta consecuente.

Cuando un Estado asume un comportamiento determinado (declaración, toma de posiciones, silencio o abstención de voto), está obligado moralmente a no actuar contra su propio acto, menos cuando otro Estado, que se apoyó en ese comportamiento para tomar una decisión, pudiera resultar lesionado en sus derechos o expectativas.

Para que el *estoppel* se actualice —en el ámbito del derecho internacional— deben presentarse dos condiciones: *a)* la actitud pasiva de un Estado, la cual genera una situación, y *b)* que otro Estado, basado en esta postura, asuma una posición. Al cumplirse estos dos supuestos, se genera la obligación moral para que el Estado que adoptó la actitud pasiva no pueda posteriormente manifestarse en sentido contrario o alegar contra ella para obtener algún beneficio determinado.

El Tribunal de Justicia de La Haya, en la sentencia dictada el 18 de noviembre de 1960, en la disputa de Honduras *vs.* Nicaragua en torno al fallo arbitral del rey de España de 1906, invocó su espíritu al afirmar que el Tribunal nicaragüense había reconocido la validez de la sentencia real por sus declaraciones expresas y por “su comportamiento”, de modo que había perdido el derecho de impugnarla. Algo similar afirmó en la sentencia dictada el 15 de junio de 1962, en la controversia entre Tailandia y Camboya, conocida como el caso del *Templo de Preah Vihear*, en la que consideró que Tailandia no podía negar que es parte de una convención de 1904 sobre fronteras, si durante mucho tiempo invocó este instrumento y disfrutó de los beneficios del acuerdo.

En una sentencia expedida en 1984, el Tribunal de la Haya rechazó la alegación de *estoppel* por parte de Estados Unidos contra Nicaragua (en el sentido de que el país centroamericano no podría invocar contra Estados Unidos la jurisdicción obligatoria), porque consideró que existían pruebas desde 1946 de que Nicaragua se había declarado constantemente sometida a la jurisdicción del Tribunal. En esa ocasión recordó que la figura de *estoppel* “puede ser inferida de un comportamiento, de declaraciones, etc., de un Estado que no solamente testifiquen de una manera clara y constante la aceptación por ese Estado de un régimen particular, sino que igualmente hayan llevado a otro o a otros Estados, fundándose sobre aquella actitud, a modificar su posición en su detrimento o a sufrir un perjuicio”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 11 de septiembre de 1991 (excepciones preliminares), en el caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*, aplicó el principio de *estoppel* al considerar que “Perú sostuvo el 29 de septiembre de 1989 que las instancias internas no se habían agotado en tanto que, un año después, 24 de septiembre de 1990, ante la Comisión y ahora, ante la Corte, afirma lo contrario. Según la práctica internacional, cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud determinada que redunde en beneficio propio o en deterioro de la contraria, no puede luego, en virtud del principio del *estoppel*, asumir otra conducta que sea contradictoria con la

primera. Para la segunda actitud rige la regla de *non concedit venire contra factum proprium*”.

El Tribunal Interamericano, en la sentencia del caso *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, de 4 de septiembre de 2012, se refirió nuevamente a este principio en los términos siguientes: “No obstante, en sus alegatos finales escritos, el Estado expresó exactamente lo contrario, es decir, reconoció la violación del derecho de circulación pero se opuso a la violación del derecho de residencia [...]. Al respecto, la Corte recuerda que, según la práctica internacional, cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud determinada que redunde en beneficio propio o en deterioro de la contraria, no puede luego, en virtud del principio del *estoppel*, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera y que cambie el estado de las cosas en base al cual se guio la otra parte”.

El principio de *estoppel* sanciona, pues, la conducta contradictoria, puesto que, fundado en la buena fe, impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente.

*Daniel Álvarez Toledo*

### 819. PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN (CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL)

El principio de interpretación conforme a la Constitución recibe un crédito casi unánime en la jurisprudencia, al ser considerado como una necesidad intrínseca de cualquier proceso de carácter hermenéutico.

Se suele señalar que este principio tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que exigía la interpretación de todas las leyes y actos de la administración *in harmony with the constitution*. Sin embargo, esta afirmación hay que matizarla, pues a pesar de que en varios estudios sobre el tema se hace el anterior reconocimiento, en realidad fue el sistema de control constitucional europeo el que ocasionó el cambio de paradigma en cuanto a la configuración de la interpretación conforme tal y como se concibe en la actualidad.

En Europa, fue el tribunal federal suizo quien el 8 de julio de 1908 por primera vez hizo uso de esta técnica al resolver un conflicto de inconstitucionalidad de leyes cantonales. Posteriormente, en reiteradas ocasiones ha enfatizado que en el control abstracto de las normas el tribunal anula una disposición de derecho cantonal solamente si esta no se presta a una interpretación conforme con la Constitución —en ese sentido puede verse la decisión BGE 109 Ia273, de 9 de noviembre de 1983, considerando 2o.—.

También el Tribunal Constitucional Federal alemán adoptó muy pronto este principio. Ya en 1953, en la decisión Rec. 2, 266, 282 —asistencia a los alemanes sobre el territorio federal—, introdujo la formulación básica que establece que “una ley no debe ser declarada nula, si puede ser interpretada de acuerdo con la Constitución, pues no solo hay una presunción a favor de la constitucionalidad de la ley, sino que el principio que aparece en esta presunción exige también, en caso de duda, una interpretación de la ley conforme a la Constitución [...]”.

Obviamente el principio de la interpretación conforme no es nuevo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana —el presidente de la corte

Gaetano Azzariti desde 1957 ya hablaba del mismo—, y ha sido también utilizado como criterio hermenéutico general por los demás tribunales italianos en el momento de individualizar la norma del juicio y, por tanto, a la hora de verificar si existen o no los presupuestos para elevar la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte —sentencia 138/1983, del Tribunal Administrativo Regional de Basilicata, en *Trib. Amm. Reg.*, 1984, I y sentencia 60/1995, de la Corte di Conti, en *Consiglio di Stato*, 1995, II, entre muchas otras—.

Por su parte, el tribunal constitucional español declaró, desde sus primeras sentencias, que es “necesario apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados conforme a la Constitución y declarar tan solo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquellos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable por ser imposible llevar a cabo tal interpretación” —STC 4/1981, de 2 de febrero, fundamento jurídico 1o.—; y es que “la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de estas” —STC 58/1982, de 27 de julio, fundamento jurídico 2o.—, pues, “si existen varios sentidos posibles de un norma (*léase disposición*), es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma, debe prevalecer, a efectos de estimar su constitucionalidad, aquella que resulta ajustada a la Constitución frente a otros posibles sentidos de la norma no conformes con el fundamental —STC 122/1983, del 16 de diciembre, fundamento jurídico 6o.—.

En Latinoamérica existen también varios tribunales que están empleando esta técnica. Así, entre otros, la Corte Constitucional colombiana, en virtud del artículo 4 de la Constitución, ha entendido este principio “como una técnica de guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución” —sentencia C-100 del 7 de marzo de 1996, fundamento jurídico 10—. Y en otro momento ha sostenido que “la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor coherencia guarden con lo dispuesto en la carta política” —Sentencia C-649 de 2001—.

En la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal brasileño, el marco concerniente a la interpretación conforme es el voto del Juez Moreira Alves en la resolución 1417 de 1987, en donde se estableció que “[la] interpretación de la norma sujeta a control debe partir de una hipótesis de trabajo, la llamada presunción de constitucionalidad de la cual se extrae que, entre dos entendimientos posibles del precepto impugnado, debe prevalecer el que sea conforme a la Constitución” —RTJ 126, 48 (53)—.

El Tribunal Constitucional chileno ha manifestado que “de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, entre los varios sentidos posibles de una regla de derecho, el intérprete ha de estar por aquel que mejor se acomode a los dictados constitucionales” —Sentencia Rol 309/2000—.

En relación con esta forma de interpretar y aplicar el derecho, la Suprema Corte de Justicia mexicana ha expresado que “el juez constitucional, en el despliegue y ejercicio del control judicial de la ley, debe optar [...] por aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden

jurídico” (Tesis aislada 2a.XCII/2007, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación). En otras palabras, cuando una disposición normativa “admita distintas interpretaciones, algunas de las cuales podrían conducir a declarar su oposición con la Constitución, siempre que sea posible, este órgano de control optará por adoptar o acoger aquella que haga a la norma impugnada compatible con la Constitución, pues de esta manera este Tribunal Constitucional, en su carácter de intérprete, admite o acepta el método de interpretar conforme a la Constitución que conduce a declarar la validez constitucional de la norma impugnada” (tesis jurisprudencial P./J. 45/95 y tesis jurisprudencial P./J. 38/2002, ambas del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

En los sistemas de justicia constitucional antes citados, sin que ello sea restrictivo, el principio de interpretación conforme se ha convertido en uno de los más relevantes de la jurisprudencia constitucional, ya que en virtud de él se precisa agotar las posibilidades de solución que permitan mantener el texto o acto impugnado en toda su vigencia. Su empleo ha sido la fuente de toda una tipología de sentencias interpretativas emanadas de los tribunales constitucionales, a través de las cuales se perfilan algunas de las características que el *corpus* jurisprudencial y la doctrina han ido asentando. En ellas se deja ver que las cortes o tribunales constitucionales están facultados no solo para decidir si una ley vulnera o no el texto constitucional, sino también para interpretar estas con el fin de pronunciarse acerca de cuál o cuáles son las interpretaciones constitucionalmente admisibles y cuál o cuáles deben rechazarse.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

## 820. PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN (CONTENIDO DEL)

La interpretación conforme a la Constitución ha de ser diferenciada de la interpretación orientada en base a la Constitución. Esta última resulta de la significación de la Constitución para todo el ordenamiento jurídico y ha de ser puesta en práctica por todo órgano aplicador del derecho (Klaus Stern, 1987). Por el contrario, la interpretación conforme a la Constitución es un instrumento para el mantenimiento de una norma que siendo parcialmente inconstitucional no es declarada nula al poder ser interpretada en consonancia con la Constitución.

El principio sometido a estudio comprende dos aspectos. En primer lugar, una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales (Eduardo García de Enterría, 1981), por lo que los actos normativos serán conformes con la Constitución cuando no violen el sistema formal constitucionalmente establecido y cuando no contraríen, positiva o negativamente, los parámetros materiales plasmados en las reglas o principios constitucionales (J. J. Gomes Canotilho, 2003). En segundo lugar, un interés de conservar la normativa jurídica como homenaje a la autoridad legisladora (Pablo Lucas Verdú, 1984). Esto es, antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley, el ministro, magistrado o juez que efectúa el examen tiene que acoger entre varios sentidos *a priori* configurables de la norma infraconstitucional, aquel que le sea conforme o más conforme con la Constitución. De ahí que solo se

puede declarar inconstitucional una norma cuando ningún modo posible de interpretarla se ajusta a la Constitución.

No puede pasar inadvertido que el principio de interpretación conforme, a pesar de ser primordialmente de formulación jurisprudencial, se encuentra también expresamente consagrado en algunos ordenamientos jurídicos. En el ámbito europeo es paradigmático el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, cuyo contenido conviene transcribir: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Por su parte, en Latinoamérica la justicia constitucional boliviana también había consagrado este principio en el artículo 4o. de la Ley del Tribunal Constitucional (Ley núm. 1836 del 1o. de abril de 1998). En dicho artículo se señalaba: (*sic*) “En caso excepcional de que una ley, decreto, o cualquier género de resolución admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional en resguardo del principio de conservación de la norma adoptará la interpretación que, concuerde con la Constitución [...]”.

Este principio ha adquirido una importancia creciente, adoptándose hidalgamente con ese nombre u otros equivalentes en prácticamente todos los tribunales constitucionales europeos y más recientemente está siendo también utilizado en la formulación jurisprudencial de los tribunales constitucionales de América Latina.

En México, se está convirtiendo en un parámetro indispensable y necesario para determinar la validez, eficacia y funcionalidad de las diversas normas generales que integran el sistema normativo del país. Esto es, cuando en alguno de los procedimientos de control de constitucionalidad se valora la regularidad constitucional de una disposición normativa secundaria, lo que la jurisdicción constitucional está prefiriendo —siempre que las circunstancias lo permitan y con el objeto de evitar las consecuencias que genera la declaración de inconstitucionalidad— es extraer de la disposición impugnada el contenido que más correspondencia tenga con la Constitución.

En suma, la interpretación de un ordenamiento jurídico de conformidad con su ley fundamental, es un principio jurídico básico que deriva del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo. Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, se fundamenta en la idea de que la carta magna, al ser la ley suprema, articula la unidad y coherencia de todo el ordenamiento jurídico. En función de estas, las leyes emanadas bajo la vigencia de la ley fundamental deben ser interpretadas en consonancia con ella, así como el derecho aún vigente desde hace mucho tiempo, debe ser adaptado a la nueva situación constitucional.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

## 821. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad es ubicuo en el derecho. Es un instrumento presente en el ámbito internacional, penal, civil y cualquier otro, lo que explica el hecho de que, como dice Luis Recaséns Siches, la propia “justicia” supone una “igualdad proporcional”. Sin perjuicio de esta omnipresencia, su aplicación más importante en la actualidad se produce al determinar la

extensión de los derechos fundamentales y solucionar sus conflictos; es decir, su interpretación. Las más diversas jurisdicciones constitucionales y aun internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo emplean frecuentemente en sus resoluciones, y aunque lo hacen con distintas modalidades, estas variaciones son simplemente formales, pues en esencia sus decisiones se apoyan sobre los mismos parámetros básicos.

Este principio postula la idea de que es posible establecer una relación adecuada entre dos posiciones jurídicas diferentes, que, al menos en apariencia, se oponen en determinadas circunstancias. Dicha idea y su desenvolvimiento se funda en relaciones *objetivas* entre los bienes jurídicos, que dan lugar a un examen bajo determinados criterios y un juicio conclusivo derivado del mismo. El principio de proporcionalidad establece que los derechos fundamentales solo pueden acotarse en medida *estrictamente indispensable* para lograr un fin legítimo, en función de que *en principio* a estos derechos debe darse la máxima extensión y sin restricción alguna —que al cabo justificará o rechazará el examen de proporcionalidad, pero que no puede establecerse sino arbitrariamente con antelación—.

Es muy amplia la utilidad del principio de proporcionalidad para la praxis iusfundamental. Los problemas esenciales a que sirve como instrumento de resolución son los siguientes: la regulación legislativa de conflictos de derechos (que tiene versiones para la discrecionalidad administrativa y la judicial), y la evaluación de las “restricciones” legislativas a los derechos fundamentales. El examen de proporcionalidad delimita estos derechos —u otro principio constitucional—, y con ellos su “contenido esencial”. De acuerdo con esto, para ser precisos, hay que distinguir entre el “principio” de proporcionalidad que enuncia las relaciones que deben mantener las posiciones jurídicas en conflicto, el “examen” que determinado operador jurídico efectúa con base en dicho principio y el “juicio” que expresa la conclusión correspondiente.

El principio de proporcionalidad fue concebido como tal en el derecho administrativo alemán del siglo XIX como una herramienta para limitar la arbitrariedad de las autoridades. La dogmática y la jurisprudencia germanas son las que han elaborado sus perfiles con mayor nitidez. De acuerdo con ellas, el examen de proporcionalidad *lato sensu* tiene una gran extensión y es comprensivo, componiéndose del análisis sucesivo de los subprincipios que lo integran: *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*, más conocida como “ponderación”. A continuación se ilustrarán estos subprincipios con el ejemplo hipotético de una ley que interviene en el ámbito protegido por un derecho fundamental, estableciendo algún requisito o condición para su ejercicio:

1. *Idoneidad*. La medida que menoscaba la plena extensión del derecho ha de responder a un fin legítimo, siendo *apta para realizarlo*, entendiendo como tal uno prescrito por la Constitución. Es necesario señalar que la sola presencia o alusión a un “fin legítimo” no es un elemento de este subprincipio, sino como señaló el Tribunal Constitucional español, el “*prius lógico*” del examen de proporcionalidad. Como paso inicial del examen de proporcionalidad, este subprincipio pone de relieve que no basta que aquella medida persiga —o diga hacerlo— un fin legítimo, sino que la legitimidad de la intervención que ella produce requiere primeramente que sea efectivamente capaz de contribuir al logro del objetivo con que se pretende justificarla.

2. *Necesidad*. La afectación producida a la extensión del derecho fundamental debe ser la *menor posible* para lograr con igual conveniencia el fin legítimo que la inspira, ya sea porque es producida por la única medida disponible o por la menos lesiva al derecho al intervenir en el menor grado posible en su ámbito de protección.

3. *Proporcionalidad en sentido estricto (ponderación)*. Cuando la contradicción entre el derecho fundamental y el fin legítimo que apoya su menoscabo no puede resolverse, es insorteable elegir tutelar uno de estos extremos y privar de protección al otro. En tal hipótesis, la restricción de un derecho será legítima solo cuando beneficie en mayor o igual grado al objetivo legítimo que la inspira —cuya idoneidad y necesidad ya se habrá establecido—. Para determinar estos grados de protección o afectación, y resolver a su respecto, debe elaborarse una compleja argumentación sobre los aspectos de cada principio que entran en juego y una valoración racional de los mismos, para establecer cuál de estas posiciones tiene mayor peso en el caso particular.

El uso del principio de proporcionalidad en México puede fundarse sobre la garantía de motivación material del artículo 16 constitucional, y sobre decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (IUS 1011613) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (particularmente *Castañeda Gutman v. México*, 6 de agosto de 2008, párrs. 185 y 186). La jurisprudencia de distintos tribunales mexicanos ha basado su análisis sobre variados temas de su competencia, explícita o implícitamente, en el examen a que da lugar este principio, cuya aplicación *no es optativa* por derivar de la propia naturaleza de los derechos fundamentales y otros principios jurídicos para cuya adecuación sirve.

Se han formulado distintas objeciones al empleo del principio de proporcionalidad, algunas de ellas incluso contradictorias. Ejemplo de lo último es la posición que sostiene que la aplicación de este principio depende en medida casi absoluta del parecer del operador jurídico, frente a la que acusa a su calidad cuasimatemática de no ser apta para apreciar los aspectos humanísticos de los derechos fundamentales. A continuación se tratarán las más significativas de estas impugnaciones.

El principio de proporcionalidad lleva a la construcción casuística del ordenamiento jurídico. Lo que parece una de las desventajas de este concepto, en tanto “diluye” la generalidad de la Constitución o la ley, en realidad permite que el sistema jurídico dé una respuesta más acertada a los distintos problemas que le plantea la realidad, y sea flexible para ello. Este casuismo no quiere decir que la respuesta a los casos concretos pueda ser arbitraria, y por consiguiente propicie incertidumbre jurídica; debe recordarse que también es menester considerar en la operación jurídica la *igualdad en la aplicación de la ley* y en su caso el principio *stare decisis* a que da lugar: la solución proporcional de un determinado problema jurídico será referente para dar respuesta a los futuros, la cual no podrá apartarse de dicho precedente, sobre todo cuando sea judicial —desde luego, según el grado de vinculatoriedad que le corresponda—. De esta manera, la proporcionalidad no lleva a fragmentar el sistema jurídico, sino a su mayor precisión y justicia en el caso concreto.

Es posible que el juicio de proporcionalidad concluya obliterando una disposición expresa, para dar preferencia incluso a un principio implícito en otra, lo que parece privar de eficacia a las fórmulas legislativas. Pero debe recordarse que las normas jurídicas que se desprenden de las disposiciones

literales y que son las finalmente aplicada, solo son eficaces *prima facie*; es decir, mientras no haya otra norma o principio que debiera prevalecer; formular esta o hallarla —según se quiera ver— en la medida argumentativamente posible, es función del principio de proporcionalidad. Además, en el nivel de la ponderación —en la idoneidad y la necesidad en realidad no hay conflicto— el valor del texto literal es reconocido para otorgar un mayor peso abstracto al principio correspondiente, dificultando el menoscabo del bien jurídico que protege. Que la Constitución o la ley señalen un valor jurídico con precisión en su texto, es signo inequívoco de que tiene una especial importancia en el ordenamiento, la cual debe tomarse en cuenta con un grado elevado; por lo anterior, el texto literal y su fuerza normativa no es soslayado en el examen de proporcionalidad, especialmente en su fase de ponderación, sino llevado al máximo posible.

Finalmente, se acusa al principio de proporcionalidad de dar a los derechos fundamentales una extensión amplia, que incluso puede desbordar los límites de su fórmula textual. Es preciso considerar los derechos fundamentales como “principios” que exigen optimización y que se realice con la máxima amplitud la posición jurídica que salvaguardan; de hecho, toda disposición iusfundamental, aun aquella que los limita o los establece con reservas, supone una norma de principio, que puede ser acotada en una situación particular, aunque todavía abstracta. Lo que parece inconveniente, en realidad fortifica los derechos fundamentales: si a estos se les reconoce *prima facie* la máxima extensión, esta solo podría reducirse con base en un juicio de proporcionalidad, que demuestre que tal limitación es justificada, por ser absolutamente indispensable a la satisfacción de otro principio constitucional; esto permite que los derechos fundamentales sean resistentes a su menoscabo.

El principio de proporcionalidad es expresión de parámetros de racionalidad basados en elementos del ordenamiento jurídico que pueden determinarse con suficiente objetividad, y busca adecuar la relación entre los distintos derechos y principios constitucionales. No parece haber mejor respuesta para resolver los conflictos que estos eventualmente tendrían, y darles una aplicación que favorezca la unidad de la Constitución, y procure que en cada caso particular que ambos tengan la máxima eficacia posible.

*Rubén Sánchez Gil*

## 822. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (MATERIA FISCAL)

Es un principio material de justicia tributaria consagrado en la Constitución federal mexicana, en el artículo 31, fracción IV, que siguió la tesitura de la Constitución de 1857 (art. 31, frac. II) y que recogió el pensamiento de Adam Smith sobre los principios de los impuestos. El desarrollo —tanto doctrinal como jurisprudencial— en México ha sido tardío, pues en la realidad social este principio no tenía operatividad, dado que hace muchos años no procedía el juicio de amparo contra impuestos. Y una vez aceptado que el órgano jurisdiccional podía analizar la constitucionalidad de los impuestos vía juicio de amparo cuando estos fuesen exorbitantes y ruinosos, y después de un intervalo de tiempo, se decantó una copiosa jurisprudencia que ayudó a darle contenido a este principio y confines bien determinados. Entonces, a la par de la evolución de la jurisprudencia, la doctrina mexicana ha generado las líneas generales de este principio, que hoy se identifica con la capacidad contribu-

tiva. La capacidad contributiva es, sin duda, el principio legitimador para establecer contribuciones y es conocido en los sistemas tributarios contemporáneos como *tax capacity*, *capacité contributive*, *capacità contributiva* o *Leistungsfähigkeit*.

*Evolución jurisprudencial.* En un inicio se consideró que la proporcionalidad tributaria también aglomeraba a la equidad tributaria; posteriormente, la introducción del concepto italiano “capacidad contributiva” en un criterio jurisprudencial permitió que la proporcionalidad se deslindara por completo de la equidad tributaria y que tuviera su evolución. Así, en el ámbito jurisprudencial, la capacidad contributiva se identifica con la proporcionalidad tributaria. El concepto de capacidad contributiva es un constructo jurídico nacido en el derecho tributario italiano, que se fue diseminando a lo largo del continente europeo gracias a la influencia del derecho alemán y español, principalmente.

De los elementos que han dado cuerpo a este principio en el ámbito jurisprudencial, algunos han sido tomados de la doctrina antes mencionada; de ahí que la capacidad contributiva se defina como la potencialidad real o efectiva de pago de contribuciones con base en una manifestación o signo de riqueza del sujeto pasivo, pues este debe proporcionar una parte adecuada y justa de sus ingresos, utilidades o rendimientos al gasto público (tesis del Décimo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* el 25 de mayo de 2018). Es decir, la capacidad contributiva es la medida para contribuir al gasto público. Otro aporte que se ha reiterado en los criterios jurisprudenciales mexicanos se refiere a que el legislador, en el marco de sus atribuciones, tiene un amplio margen para establecer contribuciones, cuyos límites se miden hacia arriba y hacia abajo. El parámetro hacia abajo es el mínimo existencial o vital, y hacia arriba el parámetro máximo es la no confiscatoriedad del gravamen (tesis 1a./J.77/2011, Novena Época, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, agosto de 2011, t. XXXIV, p. 118, de rubro “Proporcionalidad tributaria. El legislador cuenta con un margen amplio de configuración, al definir las tasas y tarifas”). Es decir, de acuerdo con este criterio jurisprudencial, el legislador no podrá agotar el patrimonio del contribuyente con una imposición confiscatoria y, además, tampoco podrá gravar aquellas cantidades que le permiten al contribuyente sufragar los gastos de subsistencia, tales como los destinados a la educación, vivienda, salud, alimentación y bienes culturales. Entonces, esta tesis aplica a todas las personas físicas y no así a las personas morales, dado que el mínimo existencial o vital se sostiene en la dignidad de la persona física y en el piso mínimo de prestaciones que el Estado debe salvaguardar, ya sea eliminando obstáculos o estableciendo medidas para conservar ese piso mínimo de derechos.

Otra aportación que ha generado la jurisprudencia mexicana es la distinción entre las deducciones estructurales y las no estructurales del impuesto sobre la renta. Así, la Primera Sala de la Suprema Corte señaló que las deducciones estructurales son aquellas que permiten subjetivizar el gravamen, “adecuándolo a las circunstancias personales del contribuyente; frenar o corregir los excesos de progresividad; coadyuvar a la discriminación cualitativa de rentas; o bien rectificar situaciones peculiares derivadas de transferencias de recursos que son un signo de capacidad contributiva. [...] Las no estruc-

turales o beneficios, las cuales son figuras sustractivas que también auxilian en la configuración de modalidades de la base imponible del impuesto sobre la renta pero que, a diferencia de las estructurales, tienen como objetivo conferir o generar posiciones preferenciales, o bien, pretender obtener alguna finalidad específica, ya sea propia de la política fiscal del Estado o de carácter extrafiscal” (tesis 1a./J. 15/2011, Novena Época, febrero de 2011, de rubro: “Deducciones estructurales y no estructurales. Razones que pueden justificar su incorporación en el diseño normativo del cálculo del impuesto sobre la renta”). Como hemos mencionado, consideramos que la jurisprudencia ha nutrido el principio de proporcionalidad tributaria; sin embargo, también somos de la idea de que tiene sus claroscuros. Por ejemplo, de acuerdo con la doctrina tributaria, cabe preguntarnos: ¿los requisitos de las deducciones deben formar parte de la capacidad contributiva? En nuestra consideración no; sin embargo, en tesis aisladas de la jurisprudencia mexicana sí, y el caso se observa en el pago en efectivo de la colegiatura de algún estudiante de educación media superior, que no podría considerarse como una deducción efectivamente erogada, dado que no cumple con los requisitos de ley (tesis I.10o.A.63 A, Décima Época, mayo de 2018, de rubro “Deducción de los pagos por servicios de enseñanza correspondiente a los tipos de educación básico y medio superior a que se refiere la Ley General de Educación. Para que proceda deben cumplirse los requisitos que al efecto prevén los artículos 1.8 y 1.9 del decreto que compila diversos beneficios fiscales y establece medidas de simplificación administrativa, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de diciembre de 2013, a fin de acreditar que las erogaciones las realizó el contribuyente que pretende aquella”).

*Doctrina.* En el ámbito doctrinario, la capacidad contributiva permite la correcta distribución de la carga tributaria del contribuyente según su efectiva capacidad económica. Ello significa que no toda capacidad económica califica como capacidad contributiva, sino solo aquella aptitud económica “cualificada” para contribuir a los gastos públicos del Estado. Por otro lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia mexicana han reconocido que no es la misma capacidad contributiva la que se sanciona en impuestos (directos e indirectos), derechos, contribuciones de mejoras y aportaciones de seguridad social. Hay diferencias de grado en virtud de la diversa configuración del hecho imponible de dichas categorías tributarias.

Por último, dados los adelantos tecnológicos, es importante plantearse desde la doctrina cómo se debe configurar la capacidad contributiva de los robots o en la economía digital. Son temas que se han abordado en otras latitudes; sin embargo, la doctrina tiene la labor de seguir explorando la versatilidad del concepto de la capacidad contributiva.

*Gabriela Ríos Granados*

## 823. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El principio de subsidiariedad es un principio estructural del derecho internacional de los derechos humanos. Puede ser definido como el principio por el cual las instituciones internacionales no están llamadas a asumir funciones propias de los Estados, de forma tal que solo deben actuar cuando las autoridades nacionales no estén en condiciones de alcanzar sus objetivos por

sus propios medios, y solo en la medida en que sea necesario. La subsidiariedad reconoce la existencia de espacios legítimos de autonomía y autodeterminación constitucional para que los Estados le den significado y efecto a los derechos humanos, al tiempo que justifica la intervención de instituciones internacionales cuando esto es necesario para garantizar la protección de dichos derechos. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), el principio de subsidiariedad (también llamado de complementariedad) se encuentra reflejado en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el cual establece que el reconocimiento de los derechos esenciales del hombre justifica una protección internacional “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha expresado que el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la CADH no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. El Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que si se produce un acto violatorio de dichos derechos es él quien debe resolver el asunto a nivel interno y reparar antes de tener que responder ante instancias internacionales. La Corte IDH ha señalado que en el SIDH existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí (*efi.*, caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012, núm. 259, párrs. 142 y 143).

La subsidiariedad tiene una naturaleza estructural en el SIDH. Esto significa que informa transversalmente todas sus normas procesales y sustantivas. También tiene una faceta negativa y una positiva. En su faceta negativa establece un límite al nivel de intervención internacional en la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. En su faceta positiva justifica que las instituciones internacionales actúen para evaluar y remediar las violaciones de derechos humanos atribuibles a los Estados. En la práctica de la Corte IDH existen algunas decisiones que hacen referencia a este principio y a sus implicaciones, o que implícitamente siguen una lógica apegada a la subsidiariedad. Estos casos permiten observar que este principio se encuentra presente en, al menos, cinco aspectos de la teoría y práctica de la Corte IDH:

1) *la regla del agotamiento de los recursos internos*. Esta regla es la expresión procesal típica de la subsidiariedad en el SIDH. Refleja la noción de que los Estados tienen la responsabilidad primaria de resolver las violaciones a los derechos humanos ocurridas en su jurisdicción antes de que tengan que responder ante instancias internacionales. El artículo 46.1.a) de la CADH dispone que para que una petición o comunicación sea admitida por la Comisión se requerirá que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocido; sin embargo, esta regla no es absoluta y se ha interpretado de

manera flexible. No se aplicará en aquellos casos donde no exista el debido proceso legal para la protección del derecho que se alega, cuando no se le haya permitido acceso al peticionario a un recurso, o cuando exista una demora injustificada (*cf.*, caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 19 de mayo de 2014, núm. 277, párr. 91);

2) *la fórmula de la cuarta instancia*. Esta fórmula establece que la Corte IDH ejerce sus competencias con el propósito principal de evaluar si las acciones estatales constituyeron violaciones de los derechos humanos, por lo que su función se limita a verificar que las decisiones de los tribunales internos no violaron las garantías mínimas del derecho al debido proceso y a la protección judicial. Refleja el hecho de que la Corte IDH no actúa como un tribunal de alzada, por lo que en principio no le corresponde calificar si la evaluación de los hechos o la interpretación del derecho realizada por los jueces internos fue realizada de manera correcta conforme al derecho nacional. La Corte IDH ha considerado que solo le corresponderá pronunciarse sobre la idoneidad de determinadas actuaciones judiciales cuando pueda existir una notoria o flagrante actuación en detrimento de las garantías judiciales (*cf.*, caso *Carvajal Carvajal vs. Colombia*, sentencia de 13 de marzo de 2018, núm. 352, párr. 149);

3) *las limitaciones de los derechos*. Los derechos humanos no son absolutos. Salvo algunos derechos humanos que no pueden ser limitados bajo ninguna circunstancia, los Estados pueden regular o limitar los derechos, siempre y cuando cumplan ciertas exigencias que impone el propio derecho internacional. Estos requisitos implican que la limitación cumpla con el requisito de legalidad, que persiga un fin legítimo, que sea necesaria en una sociedad democrática y que sea proporcional. En relación con estos dos últimos elementos, en virtud del carácter subsidiario del SIDH, y de que los derechos humanos cobran vigencia en contextos sociales concretos, los Estados gozan de ciertos espacios de discrecionalidad para determinar la forma en que algunos derechos son regulados. Esto ha llevado a que la Corte IDH reconozca que los Estados regulen algunos derechos según sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos (*cf.*, caso *Castañeda Gutman vs. México*, sentencia de 6 de agosto de 2008, núm. 184, párr. 166);

4) *las reparaciones*. De conformidad con el artículo 63.1 de la CADH, toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo integralmente. En virtud del carácter subsidiario del SIDH, las medidas de reparación deben ser cumplidas por las propias autoridades nacionales de acuerdo con su propio ordenamiento jurídico. Esto implica que la determinación de dichas medidas tenga un alto grado de abstracción para que las autoridades internas decidan los medios para darles cumplimiento, sin que ello impida la valoración del cumplimiento de dichas medidas de reparación por la Corte IDH. En virtud del mismo principio, en algunos casos la Corte IDH ha tomado en cuenta los mecanismos de reparación existentes a nivel interno para determinar el alcance de las reparaciones fijadas en el ámbito internacional. Esto ha sucedido en casos donde los Estados han desarrollado programas de reparación específicamente para grandes cantidades de víctimas de conflictos a nivel interno, o donde ya se han repa-

rado por vía judicial a las víctimas (caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párr. 336), y

5) *la doctrina del control de convencionalidad*. Esta doctrina fue creada por la Corte IDH como una institución para que las autoridades nacionales apliquen la CADH y sus fuentes a nivel interno, incluyendo la jurisprudencia del propio Tribunal. El carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción internacional requiere que las autoridades nacionales actúen como los primeros garantes de los derechos, de tal suerte que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado. En la misma lógica, en razón de la subsidiariedad, cuando la Corte IDH advierte que un Estado ha realizado un adecuado control de convencionalidad, y ha reparado las violaciones de derechos conforme a los estándares internacionales, ha evitado pronunciarse sobre el fondo de dichas violaciones (caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*, sentencia de 1 de diciembre de 2016, núm. 330, párrs. 92-96).

*Pablo González Domínguez*

#### 824. PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Según Manuel Aragón, es el “Núcleo de comprensión de todo el texto constitucional y la directriz del ordenamiento en su conjunto”.

Desde luego, este principio se presupone en una Constitución democrática, aunque realmente no hay otra Constitución más que la democrática, pues una sociedad que no tenga garantizados los elementos esenciales que cimientan una democracia constitucional (garantía de los derechos humanos y la separación de poderes) carece de Constitución (art. 16, Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789). Por tal razón, a partir del constitucionalismo liberal, el concepto de “Constitución” ha dejado de ser neutro.

Como elemento inescindible del Estado constitucional (o también conocido como Estado social y *democrático* de derecho), el principio democrático presupone la adopción de los postulados esenciales del Estado liberal en el sistema jurídico y su garantía jurisdiccional. Así, la representación política democrática, edificada en la garantía de los derechos y las libertades de los ciudadanos, en un contexto de separación de poderes —todos ellos postulados liberales que cimentaron nuestro modo actual de comprender la estructura y el ejercicio del poder—, se instituyen como la columna vertebral de este tipo de Estado. Por ello es que el Estado constitucional, siguiendo al profesor Aragón, no sea otra cosa que el intento de juridificar la democracia.

De esta forma, resulta imposible separar de la definición de democracia a los derechos humanos (Luigi Ferrajoli). Efectivamente, si democracia significa el gobierno del pueblo, ello supone que este tipo de gobierno únicamente puede ejercerse si todos los integrantes de ese pueblo tienen garantizadas ciertas precondiciones (Ronald Dworkin) para autogobernarse democráticamente: deben ser libres e iguales. Y, para ello, deben tener garantizados el resto de los derechos humanos para soportar que los de primera generación sean ejercidos en condiciones óptimas.

Luego entonces, el principio democrático presupone, por un lado, el reconocimiento y pleno ejercicio de los derechos y las libertades de los ciudadanos y, por el otro, la existencia de instituciones jurídicas para su garantía y pro-

tección. Por tanto, si una Constitución adopta al principio democrático como su núcleo de comprensión (como así lo dispone el art. 40 de la Constitución mexicana), otras instituciones propias del constitucionalismo han de introducirse necesariamente en el texto constitucional; particularmente por las mismas consecuencias que conlleva el binomio Constitución y democracia. Estas instituciones son, al menos, la democracia representativa, la separación de poderes y la justicia constitucional. Veamos.

*Primero, la democracia representativa, a diferencia de la democracia directa o de la identidad.* Pues un gobierno democrático no necesariamente es representativo; sin embargo, en el caso de la democracia constitucional, ello deviene necesario por dos razones. En primer lugar, porque una Constitución escrita proviene del primer acto político extraordinario de representación democrática que supone el poder constituyente (Bruce Ackerman). De modo que, al igual que en su origen, la continuidad de la forma política (Estado) dependerá de estas mismas condiciones que le dieron legitimidad al ejercicio del poder: la representación democrática. En segundo lugar, la democracia representativa conlleva la distinción entre gobernantes y gobernados. Lo anterior supone, a su vez, el establecimiento de la legitimidad, competencias y límites de los primeros, en favor de los derechos de los segundos. O, lo que es lo mismo, la organización de las funciones estatales a partir de los postulados que le dan su legitimidad (garantía de los derechos humanos de todos los integrantes de la comunidad) en una forma jurídica: la Constitución.

*Segundo, la separación de poderes.* La aportación del constitucionalismo liberal de racionalizar o estructurar el poder en distintas funciones estatales, ejercitadas por órganos separados, independientes y equilibrados entre sí (Juan José Solozabal) es el dogma más sagrado de la teoría y práctica constitucional, como señalaba Karl Loewenstein, por una razón: para limitar al Estado en sus funciones (legislativa, ejecutiva y judicial) y así garantizar y potenciar la libertad de los ciudadanos. Ahora bien, la propia evolución del constitucionalismo se ha reflejado en el modo de concebir este principio. De ahí que la aportación estadounidense de los *checks and balances* (pesos y contrapesos o posibilidad de que un poder limite con sus funciones a otro), como la creación de otros órganos del Estado —los constitucionales autónomos— para ejercitar funciones técnicas e independientes, a la par de las estatales tradicionales, formen hoy parte inescindible de este principio.

*Y tercero, la justicia constitucional.* Como elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales (Kelsen), la justicia constitucional garantiza que las funciones de los órganos del Estado actúen de acuerdo con las competencias que tienen establecidas en la Constitución, en donde se incluye el pleno respeto y garantía de los derechos humanos, núcleo de la democracia. De no ser así, esos actos jurídicos carecerían de validez si así lo determina el órgano u órganos que componen la justicia constitucional. Por esta razón, debe decirse, la justicia constitucional actúa como la mejor garantía de la democracia (Ferrajoli, Dworkin, Ackerman).

Finalmente, como núcleo de comprensión del texto constitucional, el principio democrático ha de permear el funcionamiento de todos los órganos del Estado. De esta manera, a partir de los postulados apuntados, este principio puede encontrar diversas acepciones en algún órgano en particular. Por

ejemplo, en el caso del Parlamento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que, para que una norma jurídica emitida por dicho órgano sea válida, han de respetarse los principios esenciales del procedimiento legislativo o “atributos democráticos finales de la decisión”. Estos se concretan, según la Corte, en: 1) la participación libre e igualitaria de los parlamentarios; 2) la correcta aplicación de las reglas de votación establecidas, y 3) la exigencia de que tanto la deliberación parlamentaria como las votaciones deben ser públicas.

*Luis Felipe Nava Gomar*

#### 825. PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

La locución latina *in dubio pro reo* hace referencia a un principio jurídico que atiende particularidades procesales que tienen aplicación en el momento en el que el juez, al valorar las pruebas, dicta la sentencia.

El principio *in dubio pro reo* se refiere únicamente a las particularidades procesales que operan al momento en que se valoran las pruebas, con el fin de demostrar —o no— que el acusado es la persona que actualizó los elementos de tipo penal del delito de que se trate, mismas que se materializan al momento de dictar la sentencia.

De manera que se aplica cuando, al estimar todas y cada una de las pruebas, el juez llega a la conclusión de que no cuenta con elementos suficientes, y, por lo tanto, no puede declarar con seguridad que el sujeto cometió el delito. Lo anterior debido a la falta de plena certeza, pues no se demostró completamente que este lo haya cometido. Por lo tanto, al existir la duda, se debe absolver al inculpado. En otras palabras, el juez, al examinar todas y cada una de las pruebas, debe tener plena certeza de que el acusado cometió el delito. Pero en caso de duda deberá dictar sentencia absolutoria. Justamente, el principio presupone un estado de incertidumbre, ante el cual se concede al juzgador optar por lo más favorable para el acusado, al absolverlo en virtud de la existencia de una *duda razonable*.

Encontramos entonces que el elemento fundamental de este principio es la duda razonable que se genera en el juzgador respecto de las pruebas tendientes a la demostración de la responsabilidad del acusado. El juez carece de una convicción judicial por lo que no es dable dictar sentencia condenatoria, o, si se quiere, la duda razonable impide que esta se produzca. Únicamente las pruebas que generan tal duda habrán de ser suficientes para absolver al acusado. De este modo, la aplicación del principio *in dubio pro reo* establece que donde quepa duda acerca de la responsabilidad del acusado debe dictarse fallo absolutorio, debido a que subsiste una laguna en las pruebas que impiden determinar con certeza la responsabilidad del sujeto.

En este orden de ideas, los medios de prueba son aquellos instrumentos procesales de los que se sirven las partes para lograr el convencimiento del juzgador en relación a sus respectivas pretensiones. Por lo tanto, el fallo ha de basarse en la comprobación de las pruebas, con base en la apreciación e interpretación de las mismas por parte del juez. Ahora bien, respecto de las pruebas, agotado el catálogo de recursos probatorios el tribunal tiene que llegar a una apreciación de las mismas que constituyen la base del fallo. Es preciso someter a un examen minucioso todos los medios de prueba que en el juicio hallen aplicación. Por ello, la doctrina ha señalado que el que en un

procedimiento probatorio se establezca, sea tan solo la probabilidad, sea la certidumbre de la culpabilidad de una persona, con frecuencia depende de la manera como se conduzca el juicio y de la acertada apreciación de todos los medios de prueba disponibles, por lo que se hace necesario someter las pruebas a un examen crítico.

En México, dicho principio está contenido implícitamente en la CPEUM en los artículos 17 segundo párrafo, y 23 del mismo ordenamiento. Asimismo, con la finalidad de no vulnerar el derecho a la libertad de tránsito establecido en el artículo 11 de la CPEUM, el principio en comento es también reconocido.

*Claudia Viridiana Hernández Torres*

## 826. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Existe una gran diversidad de opiniones tanto sobre la definición de principios generales del derecho como sobre el papel desempeñado por los mismos. Desde el primer punto de vista, la noción de “principios generales” no es una acepción unívoca en el mundo del derecho, pudiéndose entender como tales aquellos enunciados escritos o no escritos, derivados del conjunto de las disposiciones jurídicas existentes, que por su importancia regulan algunos ámbitos del derecho o del sistema jurídico en su conjunto, sea desde una perspectiva de derecho substancial sea de derecho procesal, o bien a nivel, nacional o internacional, del ordenamiento considerado.

Durante mucho tiempo, la cuestión ha sido si los principios pertenecen al mismo *genus* de la norma, difiriendo de estas por el hecho de tener una formulación más abstracta, o si constituyen más bien algo ontológicamente diferente, “escondido” detrás de las normas y capaz de entrar en contacto con estas solo como consecuencia de la interpretación del jurista.

Las dudas permanecen en relación con la identificación del carácter general que podemos atribuir a un principio del derecho. El adjetivo general ha sido variadamente entendido en un sentido iusnaturalista, o como sinónimo de “derecho natural”, o en términos de “*ius positum*”, y además como un sinónimo de “universal”, coincidente con la categoría de los “derechos fundamentales” y, según algunas opiniones, con los “derechos humanos”.

En cuanto a lo que concierne al papel que juegan los principios en el mundo jurídico, su función ha sido tradicionalmente la de puntos de referencia que deben guiar la interpretación y la reconstrucción de un sistema jurídico, respondiendo, además, a la exigencia de eliminar un *vulnus* del ordenamiento.

Desde una perspectiva de derecho comparado, a nivel nacional, los principios generales, cuando así lo dispongan, se colocan como fuente complementaria o integradora en el sistema de la jerarquía de fuentes; incluso en ausencia de una referencia explícita en el sistema de fuentes. Sin embargo, los principios generales se pueden encontrar, aunque con formas y modalidades diferentes, tanto en los ordenamientos jurídicos de *Civil Law* como en el marco del *Common Law*. A nivel internacional, los principios generales “reconocidos por las naciones civiles” constituyen una fuente universalmente aceptada por los Estados. El mecanismo del reconocimiento recíproco está en la base de la aceptación de los principios generales en el marco “regional” de pertenencia de algunas organizaciones internacionales, como la Unión Europea.

La noción de principios generales, de todas formas, si es propia de la experiencia jurídica occidental existe también en un primer intento de codificación del derecho chino y, además, en los sistemas caracterizados por una “mezcla” de las dimensiones religiosa y política, como el derecho islámico.

Aún dentro de una misma “familia” jurídica, los principios generales no forman un grupo determinado y están sujetos a la ampliación que consigue la pertenencia de un ordenamiento jurídico nacional a un ordenamiento supranacional. La teoría de que los principios generales puedan “cerrar” el ordenamiento se revela adecuada solo en un sistema jurídico de tipo kelseniano, que es algo lejano de la realidad del mundo jurídico contemporáneo, caracterizado por una perspectiva de una siempre interacción e intersección entre los ordenamientos estatales e internacionales. La necesidad de que el nivel nacional “cumpla” con sus obligaciones supranacionales implica una circulación de los principios en un sentido “*top down*”, desde el ordenamiento internacional hasta el sistema estatal y también en un sentido “*bottom up*”, lo que se produce cuando el nivel supranacional reconoce un principio general que ha sido generado a nivel nacional o en el caso de una “contaminación” nacional de un principio general, en consecuencia de una *cross-fertilización* entre niveles.

*Eloisa Denia Cosimo*

## 827. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO (ARGUMENTO DE LOS)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Lex posterior derogat legi priori.*

*Lex specialis derogat legi generali.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Probatio vincent praesumptionem* (la prueba vence la presunción).

**Julio César Romero Ramos**

## 828. PRINCIPIOS POLÍTICOS

Antes de adentrarnos al estudio de los principios políticos, me parece lógico definir un principio, el cual, según Rolando Tamayo y Salmorán consiste en: “Toda ciencia tiene sus propios principios, el derecho al ser una ciencia tiene sus principios, los cuales no surgen por generación espontánea sino que son contruidos racionalmente. Es decir, son el resultado de la observación de casos individuales que comparten características comunes” (*Razonamiento y argumentación jurídica*, 2004).

Ahora bien, nos referimos para efectos de este análisis a principios políticos, los cuales por naturaleza se encuentran en el documento político, el cual por excelencia existe en los regímenes políticos actuales en *La Constitución de un Estado*.

En ese tenor, la Constitución es un documento formal y solemne sancionado por el constituyente originario que contiene principios fundamentales o políticos, así como fines que el Estado debe cumplir. También será material en función de los principios y cláusulas que incorpore en su texto.

En esta misma vertiente, el constitucionalismo que es un producto relativamente reciente, representa la historia por la defensa de los derechos humanos y un constante compromiso con el ejercicio racional del poder, como afirma Diego Valadés, que “*el Poder controle al Poder*”.

La Constitución es la *summa* del Estado; la síntesis histórica de un pueblo que precisa de un documento con primacía formal sobre las demás normas, para hacer pragmático su contenido programático.

Tratándose de la Constitución, hemos determinado a partir de ciertos principios que como norma jurídica o *corpus* de normas jurídicas le son exclusivos: *supremacía, fundamentalidad, inviolabilidad, permanencia*.

Estos son principios que la teoría constitucional asigna a todas las Constituciones por tratarse del documento jurídico de mayor jerarquía dentro de cada universo jurídico. Otro punto son los grandes principios contenidos de manera exclusiva en cada texto constitucional que definen a un Estado y definen un *ethos*. En este orden de ideas, *los principios constitucionales o políticos son las prescripciones esenciales que de manera expresa o tácita están contenidas en la Constitución*.

Vale la pena recordar que el constitucionalismo como tal tiene sus fundamentos en el pensamiento liberal de la Ilustración y las grandes Revoluciones Constitucionales: la *Norteamericana de 1787* y la *Francesa de 1789*, en las que se incorporan los primeros postulados políticos de la modernidad jurídica para el ejercicio y control del poder. En ellos, se delinean los esquemas racionales en los que un Estado debe orientarse para alcanzar sus fines propios como la *felicidad o el bien común*.

Alexander Hamilton en el *Federalista* propuso en una serie de artículos una discusión sobre temas como: “La utilidad de la Unión para la prosperidad política; la insuficiencia de la Confederación para conservar la Unión; la necesidad de un gobierno enérgico; la conformidad de la Constitución con principios republicanos y la salvaguarda del gobierno para la libertad y la propiedad” (2010).

La particular concepción de la política del *Federalista* (primera gran obra de ciencia política) así como las ideas de *Rousseau, Montesquieu* (división de poderes) y *Voltaire* fueron un soporte para crear principios políticos articulados que desde entonces insertamos y que vamos cambiando bien sea por reforma constitucional o interpretación jurídica de tipo histórico y evolutiva.

Los franceses plantearon principios individuales como la libertad (término que constituirá el liberalismo) y la entienden como un bien supremo para buscar la felicidad. Y por tanto, desarrollan diferentes tipos de libertad: *de expresión, económica, política, religiosa, etcétera*.

Sobre la igualdad, debemos decir que fue el principio cardinal de la Revolución Francesa, entendida como igualdad de oportunidades para todos, traducida en una igualdad jurídica ante la ley, más no ante el poder económico.

En cuanto a propiedad, esta es básica para el desarrollo de la libertad y la consecución de la felicidad. El liberalismo no solo justifica la apropiación de bienes necesarios para el consumo sino también la acumulación de bienes. Es considerado un derecho natural y consustancial con el ser humano y la manera más eficaz para lograr la felicidad. Finalmente, los revolucionarios franceses destacan que la seguridad es un principio fundamental porque sirve para garantizar los otros tres principios ya indicados y sobre todo el de propiedad.

En síntesis, un principio político es una decisión política fundamental que el Constituyente Originario de un Estado ha establecido como depositario de la

Soberanía Popular; dichos principios tienen como finalidad organizar el poder político y proteger los derechos fundamentales de las personas, entre ellos, el más importante el de *dignidad humana*. Tales principios evolucionan con el tiempo y las circunstancias históricas y corresponde al Legislador adecuarlos a la realidad o bien, a los Poderes Judiciales vía interpretación constitucional, pues ahí subyace la gran cuestión, *¿puede una generación decidir el futuro de las siguientes?*

En la Europa de la Segunda Posguerra, el mundo se orientó a establecer cartas constitucionales que contuvieran dos tipos de principios políticos:

- a) Democracia.
- b) Un catálogo de derechos fundamentales.

Rodolfo L. Vigo ha insistido que después de la contradicción que enfrentó el Derecho al juzgar en *Nüremberg* a los criminales de guerra en el que se colisionaron derechos como el cumplimiento de un deber y el hacer justicia, y tuvo que optarse por hacer justicia para evitar lo que *Radbruch* denominaría “*injusticia extrema no es derecho*”. Con ello se rematerializa el derecho y se le dota de contenido moral, más allá del contenido político.

La ciencia jurídica coincide con la ciencia política en que los principios políticos de todo Estado constitucional y democrático de derecho son:

- a) Separación de poderes o funciones: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y órganos constitucionales autónomos.
- b) Forma de Estado: federal, unitaria, central (Debe considerarse también formas de organización política como la Unión Europea. Unión de los 25 Estados con regímenes y características especiales).
- c) Régimen político: democrático, aristocrático, totalitario y sultanista.
- d) Catálogo de derechos fundamentales: Vida, libertades (tránsito, expresión, asociación, participación política, religiosa), seguridad, debido proceso, acceso a la justicia, derechos políticos, transparencia y acceso a la información, elecciones libres y auténticas.
- e) Laicidad. Separación Iglesia – Estado.
- f) Control constitucional y convencional. Como mecanismos que salvaguardan las promesas constitucionales.

*José Antonio Abel Aguilar Sánchez*

## 829. PROCEDIMIENTO ESPECIAL SANCIONADOR (LEGISLACIÓN FEDERAL ELECTORAL)

*Concepto y naturaleza.* Es el proceso sumario que contempla la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE), que procede, en sentido amplio, para tramitar y resolver las denuncias interpuestas dentro de los procesos electorales relacionadas con el uso y acceso en tiempos de radio y televisión (art. 41, base III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos); promoción personalizada de los servidores públicos (art. 134 constitucional, párr. octavo); la posible contravención a las normas sobre propaganda política o electoral, incluyendo aquella que pueda actualizar calumnia en contra de los actores políticos; así como por la comisión de actos anticipados de precampaña o de campaña.

Este procedimiento forma parte del derecho administrativo sancionador, motivo por el cual le son aplicables, de manera modulada, los principios que rigen al *ius puniendi*. Se caracteriza por ser de *competencia mixta o híbrida*, al intervenir una autoridad administrativa para su sustanciación, así como una

judicial para la resolución. Es *preponderadamente dispositivo*, ya que las denuncias presentadas deben contener una descripción clara de los hechos susceptibles de la infracción electoral y aportar los elementos de prueba necesarios para acreditar sus afirmaciones ante la autoridad administrativa, la cual deberá llevar a cabo la instrucción y el desahogo de las mismas en la denominada audiencia de pruebas y alegatos. Es de tipo *sumario*, ya que las fases de instrucción y de resolución se realizan en plazos breves, respetando en todo momento las formalidades esenciales del procedimiento o el derecho fundamental al debido proceso. Además, es de carácter *preventivo*, ya que, de manera preliminar, la referida autoridad bajo la apariencia del buen derecho, puede cesar conductas presumibles de ilegales a través del dictado de medidas cautelares, esto sin prejuzgar sobre el fondo de la controversia jurídica.

Asimismo, se considera como un instrumento *de tutela efectiva*, ya que las sanciones impuestas tienen como finalidad, además de castigar el hecho ilícito, crear efectos inhibitorios y/o correctivos en la comisión de otras conductas ilícitas, con el objeto de preservar la equidad durante las contiendas electorales, así como proteger los derechos fundamentales de los actores políticos y de la ciudadanía.

*Origen.* El procedimiento especial sancionador (PES) surge del ejercicio jurisdiccional, interpretativo, sistemático y funcional efectuado por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) durante los comicios federales de 2006, al determinar la necesidad de instaurar un procedimiento sumario y preventivo que investigara, resolviera y sancionara las violaciones alegadas durante los procesos electorales, con el objeto de detener la comisión de actuaciones irregulares, así como para restaurar el orden jurídico y garantizar el debido desarrollo de los comicios.

La reforma constitucional y legal de 2007-2008 incorporó el procedimiento a la legislación electoral, dejando la responsabilidad de la sustanciación y resolución en entonces Instituto Federal Electoral, y como revisor de sus determinaciones a la autoridad jurisdiccional (Sala Superior). Posteriormente, la reforma de 2014 rediseñó el modelo de competencias y resolución del PES, de tal forma que la LEGIPE contempló un sistema mixto o de doble instancia: *i) la instrucción e implementación de medidas cautelares*, a cargo del actual Instituto Nacional Electoral (INE), a través de su órgano central (Unidad Técnica de la Contencioso Electoral de la Secretaría Ejecutiva) y sus órganos desconcentrados de las distintas entidades federativas (juntas locales y distritales), y *ii) la resolución e imposición de sanciones*, a cargo de la Sala Regional Especializada (Sala Especializada) del TEPJF, con competencia a nivel nacional para conocer y resolver este tipo de procedimiento en sede jurisdiccional.

*Criterios de procedencia adicionales.* Como se expuso, la LEGIPE prevé, en *sentido amplio*, los supuestos de procedencia del PES; no obstante, la labor jurisprudencial e interpretativa del TEPJF ha ampliado dicho catálogo de manera objetiva. En consecuencia, ha determinado la procedencia de la vía, para conocer de las denuncias interpuestas, aun fuera de un proceso electoral federal, cuando se aleguen violaciones relacionadas con propaganda política o electoral difundida en radio y/o televisión, a efecto de preservar el modelo de comunicación política previsto en la Constitución federal.

Asimismo, se ha establecido la procedencia para conocer de las quejas en las que *denuncien expresamente* hechos o conductas que afecten o incidan di-

rectamente en un proceso electoral, lo anterior a efecto de sancionar o evitar perjuicios que menoscaben la equidad de la contienda, atendiendo a su naturaleza sumaria y eficacia preventiva. Por otra parte, se ha establecido la procedencia para conocer de violaciones al principio de imparcialidad por el uso indebido de recursos públicos (art. 134 constitucional, párr. séptimo), así como por el incumplimiento de medidas cautelares dictadas en sede administrativa.

*Etapas.* La etapa de *instrucción o sustanciación* implica: *i)* la presentación de la queja o denuncia ante la autoridad central u órganos desconcentrados del INE; *ii)* la admisión en un plazo de 24 horas o, en su caso, el desechamiento de la misma, lo cual será notificado por la vía más expedita en un plazo de 12 horas; *iii)* la realización de diligencias de investigación que se estimen procedentes; *iv)* en su caso, la implementación de *medidas cautelares*, ya sea por parte de la Comisión de Quejas y Denuncias o de los órganos desconcentrados del INE; *v)* se dictará el acuerdo de emplazamiento a efecto de que las partes involucradas comparezcan a la audiencia de pruebas y alegatos, mismo que será notificado con un plazo de anticipación de 48 horas previo a su celebración, y *vi)* la elaboración del informe circunstanciado y remisión en conjunto con el expediente a la Sala Especializada de forma inmediata.

La etapa de *resolución y de emisión de la sanción* inicia una vez que se ha recibido el expediente en la Sala Especializada e implica: *i)* el turno al magistrado ponente, quien procederá a radicarlo y verificar su debida integración; *ii)* en caso de que se adviertan deficiencias en la integración del expediente o alguna violación al debido proceso, se podrá formular a la autoridad administrativa la realización de mayores diligencias a fin de contar con los elementos necesarios para emitir la resolución correspondiente; *iii)* verificada la debida integración del expediente, el magistrado ponente formulará el proyecto de resolución en un plazo de 48 horas a partir de su turno, para ponerlo a disposición del Pleno; *iv)* discusión y resolución en sesión pública por los magistrados integrantes del Pleno de la Sala en un plazo de 24 horas, a efecto de determinar la existencia o no de las infracciones denunciadas, así como, en su caso, la imposición de sanciones correspondientes y/o dejar sin efectos las medidas cautelares. De ser el caso, la Sala Superior es la autoridad competente para conocer de las impugnaciones a las sentencias emitidas en este procedimiento, a través del *recurso de revisión del procedimiento especial sancionador*.

Finalmente, cabe señalar que, a través de las sentencias emitidas en este procedimiento por parte de la Sala Especializada, se tiene la posibilidad de ejercer control de convencionalidad, constitucionalidad y/o legalidad propio de la autoridad judicial. Es así, que sus determinaciones en fase jurisdiccional han tenido una evolución garantista, más allá de la protección de los principios que rigen una contienda electoral, ello al resolver temas relacionados con la promoción y salvaguarda de derechos fundamentales de grupos vulnerables como la niñez, las personas con alguna discapacidad y violencia política de género, en relación con la difusión de propaganda político-electoral y gubernamental, con lo que se busca no solo sancionar las conductas infractoras o decretar garantías de no repetición, sino, en la medida de lo posible, garantizar el derecho humano a una reparación integral del daño.

*Carlos Hernández Toledo*

## 830. PROCESALISTAS (PROCESO CONSTITUCIONAL)

El nacimiento del derecho procesal constitucional, como disciplina, no como normas o juicios en el campo de los hechos, inició en lengua castellana con los estudios y reflexiones de *Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*.

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor* ha escrito un solvente trabajo: *Derecho procesal constitucional (origen científico 1928-1956)*, traducido al portugués, al italiano y al japonés. Domingo García Belaunde y Eloy Espinoza Saldaña coordinaron un texto titulado: *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*. Allí respondieron un cuestionario los siguientes autores: Peter Häberle, Osvaldo A. Gozaíni, Néstor P. Sagüés, Jorge Asbún, Pablo Dermizaky Peredo, José Antonio Rivera Santiviáñez, Ivo Dantas, Regis Frota Araujo, André Ramos Tavarés, Ernesto Rey Cantor, Rubén Hernández Valle, Humberto Nogueira Alcalá, Francisco Zúñiga Urbina, José Julio Fernández Rodríguez, Jesús González Pérez, Pablo Pérez Tremps, Lucio Pegoraro, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Ovalle Favela, Diego Valadés, Jorge Seal-Sessain, Samuel B. Abad Yupanqui, Gerardo Eto Cruz, Víctor Julio Ortecho Villena, José F. Palomino Manchego, Aníbal Quiroga León, César San Martín Castro, Jorge Miranda, Eduardo G. Esteva Gallichio, Héctor Gros Spiell; en la primera parte del estudio.

*Alcalá-Zamora* (1947) le otorgó la paternidad de la rama procesal a *Hans Kelsen*, conocido más bien por su quehacer filosófico.

En México (1955-1956) *Fix-Zamudio* en su tesis de licenciatura (dirigida primero por José Castillo Larrañaga y luego por su padre académico Niceto Alcalá-Zamora) denominada *Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, quien en 167 páginas divididas en 5 partes ubicó la nueva disciplina del derecho procesal constitucional con un toque novedoso. El autor citado desde esa fecha hasta nuestros días ha seguido configurando a esta disciplina con grande esfuerzo y grande reconocimiento.

Otros enfoques que aluden a la justicia constitucional no deben desdeñarse pues son una diferente postura sana. Tampoco deben desconocerse las diversas maneras de abordar los contenidos del derecho procesal constitucional, con otros nombres. El saber global debe conocer los trabajos de un grupo llamado “revisionistas”, quienes desde Italia y la América española publican y disertan en la materia.

*Alberto Saíd* ha publicado un libro denominado: *Procesalistas, proceso y constitución*, donde parcialmente alude al tema. Sin olvidar a *Calamandrei* y *Couture*.

De buena utilidad es el escrito: “Forjadores del derecho procesal constitucional” del multicitado Ferrer Mac-Gregor. En México especialmente para el estudio de amparo hay autores de diversa escuela académica como Eduardo Pallares e Ignacio Burgoa. Ellos merecen toda la atención de los estudiosos de la institución.

No se puede hacer una nómina definitiva de procesalistas de la rama adjetiva constitucional, pues según el criterio del lector, con justicia diría: “Ni son todos los que están, ni están todos los que son”.

*Alberto Saíd*

## 831. PROCESO

*Concepto del proceso*. El proceso jurisdiccional es una figura heterocompositiva estatal que se traduce en un medio institucional para resolver litigios en so-

ciudad. Participan en él distintos sujetos procesales: juez, auxiliares, partes y terceros, todos ellos con el fin de solucionar el conflicto jurídicamente trascendente. Ello se logra cuando el juzgador unitario o colegiado dice el derecho al caso concreto. Para decir el derecho, el juez no solo hace un mero silogismo judicial, en él la premisa mayor es el derecho —más no la ley— aplicable; la premisa menor, el conflicto específico; y el juicio, la sentencia o derecho aplicado:

- Es un medio heterocompositivo de solución de controversias.
- Es una expresión del poder soberano del Estado.
- En él se ejerce jurisdicción por el juzgador.
- Las partes instan una y otra vez a lo largo del proceso.
- Se cumplen formalidades establecidas previamente en el programa normativo.
- En el mundo de los hechos también se regula por usos y costumbres forenses.
- En nuestro medio es gratuito, pero tiene un costo social y económico para las partes.
- Soluciona el litigio, al producir el juez el derecho vivo. Al sentenciar debe buscar la justicia concreta.

Para solventes autores el concepto de proceso es una categoría, que incluso da el nombre a la ciencia que comprende a otros también importantes, pero que no abarcan el todo. De *Chiovenda* hasta nuestros días es una postura con amplia acogida en la doctrina.

*Naturaleza jurídica.* *Juan Montero Aroca*, profesor de la Universidad de Valencia, sostiene que el tema —tan debatido y tan álgido en su momento— ha perdido fuerza e interés en los estudiosos de la ciencia procesal. Dicho en otras palabras, de un aspecto esencial ha pasado a ser un tema tangencial. Sin embargo, es real que persiste el interés académico de poder responder qué es el proceso en su esencia jurídica.

Hay partidarios de la teoría que entienden al proceso como una entidad jurídica compleja pues tal complejidad se puede analizar y encontrar en los tres planos de lo jurídico-procesal: conceptual, normativo y fáctico.

Plano conceptual	El proceso no se puede conceptualizar por una sola nota sino por varias, cada una de las cuales debe analizarse en su individualidad y en su relación con el conjunto.
Plano normativo	El legislador norma la actuación de diversos sujetos procesales (juez, auxiliares, partes y terceros) en normas adjetivas. La actuación de todos estos sujetos debe ser conforme a los principios y manifestarse en procedimientos previamente regulados.
Plano fáctico	De manera real y dinámica interactúan todos los sujetos procesales conforme al programa normativo, usos y costumbres en forma compleja (a veces complejísima).

*Alberto Saíd*

### 832. PROCESO CONSTITUCIONAL (ALTERNATIVIDAD)

La alternatividad es una característica que presentan algunos procesos constitucionales como consecuencia de la garantía de acceso a la justicia, consistente en una facultad que tiene el titular del derecho fundamental o del interés jurídico constitucional, de poder acceder al proceso constitucional sin agotar la vía judicial ordinaria; lo cual aparece reforzado en razón de los principios de supremacía constitucional, de progresividad de los derechos humanos y, en especial, del principio *pro homine*. Dicha alternatividad difícilmente es absoluta, ya que acepta grados en razón de las condiciones de admisibilidad o procedencia, que pueden limitarla hasta el punto de pasar de ser una regla general a una de carácter excepcional. Esto constituiría un criterio clasificatorio útil para revisar el nivel de garantía del derecho de acceso a la justicia que suponen los procesos constitucionales dependiendo de la dificultad con la cual las personas con legitimación activa pueden acceder a estos; de modo que la naturaleza ordinaria o extraordinaria de las acciones o recursos que dan inicio al proceso constitucional va a llevar a la clasificación de los procesos constitucionales en subsidiarios o excepcionales. Sin embargo, esta clasificación está sujeta a la dinámica jurisprudencial y legislativa de cada caso concreto, para lo cual baste con observar el caso peruano, en el cual se pasó de una acción de amparo donde el principio de alternatividad constituía un verdadero derecho del accionante —era entonces “plenamente alternativa”— a una con claras limitantes referidas a la existencia de vías judiciales ordinarias idóneas (Castillo Córdoba).

No obstante, el concepto de alternatividad no se puede desligar de los cambios que la Constitución y el Estado han sufrido en virtud de la crisis conceptual de las categorías e instituciones del derecho constitucional. De modo que la Constitución, sin perder al Estado como su ámbito referencial, regula el proceso de integración jurídica y política (Zagrebelsky), como una Constitución red (Canotilho) en un sistema de fuentes del derecho radicalmente plural, que contempla la yuxtaposición de ordenamientos jurídicos locales, nacionales y supranacionales, así como la coexistencia entre jurisdicciones diferenciadas pero relacionadas a través de un diálogo institucional. El elemento racionalizador de esta función integradora es el principio de protección de los derechos humanos y su elemento esencial, que es la dignidad humana. Por tal motivo, la Constitución, como un “acto de razón más que de voluntad” (Grossi) integra estas declaraciones de derechos contenidas en distintos actos fuentes y los aprehende dentro del ordenamiento jurídico del Estado, al tiempo que legitima a las distintas jurisdicciones (incluida la internacional) para garantizarlos. Esta concepción impacta necesariamente en el derecho procesal constitucional y convencional, en el cual el principio de alternatividad se convierte en una consecuencia de la concepción del recurso de amparo como un derecho humano en sí mismo, tal y como se estableció en el artículo 49 la Constitución de la República de Venezuela de 1961 y se reprodujo en el artículo 27 de la Constitución de 1999. En el mismo sentido, la alternatividad de los procesos constitucionales también debe ser vista como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, pues a través de ella se garantiza que el acceso a la justicia se consiga por medio de la vía más eficaz, y se logre en mayor medida la protección de los derechos humanos.

De esta forma, cobra relevancia la definición de alternatividad según la cual, esta implicaría “un reconocimiento de doble competencia sobre una misma materia” (Pérez Tremps). No obstante, aunque el proceso constitucional de que se trate aparezca como subsidiario de otros procesos de la jurisdicción ordinaria, lo que habilita el principio de alternatividad es que estos no resulten idóneos y eficaces para garantizar los derechos humanos (Brewer-Carías) o, cuando menos, a alguno que no sea susceptible de tutelarse en la jurisdicción ordinaria.

En este sentido, cobra relevancia que muchos procesos constitucionales tienen requisitos legales que restringen su acceso solo a los casos en que se haya agotado la jurisdicción ordinaria, dejando el proceso constitucional como excepcional cuando aquella no logra proteger o restituir el derecho vulnerado. En algunos lugares, esta excepcionalidad de los procesos constitucionales se ve como un requisito de definitividad, es decir que, solo una vez que se hayan agotado todas las instancias jurisdiccionales ordinarias, se considerará definitivo el acto de autoridad y podrá acceder a la instancia constitucional, y de no agotar estas vías sería improcedente el proceso constitucional, debido a que el acto no habría adquirido la calidad de firme. El problema de agotar todas las vías ordinarias de defensa se acrecienta cuando el medio ordinario no es idóneo o apto para tutelar de manera eficaz el derecho reclamado, pero, aun así, se tiene que agotar previo al proceso constitucional, como ocurrió en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, que concluyó con una resolución interamericana que le concedió la razón frente a las sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con lo cual queda de manifiesto que el elemento racionalizador del principio de subsidiariedad es, precisamente, la idoneidad de la jurisdicción ordinaria para garantizar los derechos humanos vulnerados.

También hay otros diseños de procesos constitucionales que no contemplan tanta rigidez en el acceso a ellos y establecen una subsidiariedad en relación con medios ordinarios. La subsidiariedad en el proceso constitucional depende de la idoneidad del medio ordinario para la protección del derecho vulnerado. Es decir, si el medio jurisdiccional ordinario no establece de manera eficaz la posibilidad de protección o reparación del derecho vulnerado, no existe la obligación de agotarlo previo al acceso a la instancia constitucional. Así, se vuelve subsidiario acudir a ellos, y no sería improcedente el proceso constitucional, a diferencia de aquellos que diseñan el proceso constitucional como un proceso excepcional. Para determinar la aptitud de los medios jurisdiccionales ordinarios para lograr la protección de los derechos vulnerados, se pueden tener en cuenta varios criterios, por ejemplo, si el medio ordinario prevé una medida cautelar que logre suspender la ejecución del acto que se reclama como violatorio de derecho para evitar mayores perjuicios o que incluso se llegara a hacer nugatorio el derecho vulnerado sin posibilidad de que posteriormente se pueda reparar, y que dicha medida no sea más agravada que los requisitos establecidos para suspender el acto en la instancia constitucional; otro podría ser en relación con la posibilidad del medio jurisdiccional ordinario de lograr con su resolución la protección eficaz del derecho vulnerado. Dicho de otra manera, si debido al diseño institucional del medio de defensa ordinario, no podría reparar en su sentencia el derecho, entonces

tampoco es obligatorio agotar aquel medio, y podría acceder de manera directa al proceso constitucional.

El juicio de amparo mexicano, que es un referente en la protección de derechos humanos en América Latina, se rige por el principio de definitividad del acto reclamado y, solo de manera excepcional, permite el ejercicio directo de la acción constitucional. Las excepciones han sido contempladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley de Amparo e, incluso, en la jurisprudencia, generando que el principio de subsidiariedad sea muy complejo. Tal es su complejidad que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un criterio que compila todas las excepciones al principio de definitividad que hasta ese momento existían en aquellas fuentes del derecho (191539, 2a.LVI/2000), con lo cual se facilita en mayor medida la garantía jurisdiccional del principio de alternatividad.

*Michael Núñez Torres*

### 833. PROCESO CONSTITUCIONAL ATÍPICO

Por proceso constitucional entendemos aquel proceso que afecta a una cuestión básica del poder público, que, por ello, se encuentra tratada en la Constitución. Desde un entendimiento material del concepto de constitución existen una serie de cuestiones que deben recogerse necesariamente en la misma. Por lo tanto, los procesos que se refieran a esos elementos nucleares de la carta magna hay que tildarlos de procesos constitucionales. Ese orden jurídico fundamental que establece la constitución y que legitima al poder estatal no es aséptico sino que responde a ciertos valores, de los que se derivan esos contenidos materiales de lo constitucional. Tales valores provienen, históricamente hablando, del constitucionalismo, doctrina política que gira en torno a la limitación del poder. La materia objeto del contencioso determinará, en suma, su naturaleza constitucional. Estos procesos servirán para garantizar el principio de supremacía de la carga magna y/o la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Un proceso constitucional “atípico” es un proceso constitucional que no resulta básico desde el punto de vista de la naturaleza de la jurisdicción constitucional. Es decir, que se mantiene dentro de las fronteras delimitadas por lo contencioso constitucional pero que no resulta uno de los tres procesos que se han configurado históricamente como característicos de los tribunales constitucionales (y que por ello, denominamos procesos típicos: el control de constitucionalidad de la ley, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución del poder). De esta forma, estas competencias añadidas a las típicas pueden ser igualmente contenciosos constitucionales si afectan a elementos del concepto material de constitución y, por ende, a la delimitación del poder político.

Teniendo en cuenta la posición que ostenta el órgano de jurisdicción constitucional, es recomendable que tenga competencia sobre otros procesos constitucionales que pudieran existir al margen de los tres característicos. Así las cosas, esta jurisdicción debe conocer de aquellos procesos que implican decisiones básicas en la vida de la comunidad, que por ello serán materia constitucional, al menos *de lege ferenda*. La peculiar posición dentro del sistema le permite asumir estas otras tareas. No obstante, en algún caso ello puede resultar una extralimitación. Es decir, que esa particular posición del órgano

de jurisdicción constitucional justifica ir más allá del núcleo típico y ostentar otras competencias constitucionales, aunque si en ello se produce desmesura se verá afectada negativamente la posición del órgano. Incluso, se puede ver abocado a una situación en la que surjan interrogantes acerca de su verdadera naturaleza.

De esta forma, procesos constitucionales atípicos que entendemos adecuados, es decir, no excesivos, son el control de las omisiones inconstitucionales (Brasil, Costa Rica, Ecuador, Hungría, Portugal o Venezuela), el control de constitucionalidad de tratados internacionales (bastante habitual) o el contencioso electoral (mucho más escaso, sobre todo por la existencia de órganos específicos de control electoral, aunque es recomendable que el tribunal constitucional intervenga de una u otra forma dado que estamos ante una cuestión básica en la esfera pública). Este último proceso asume fisonomías variadas, en función del tipo de elecciones sometidas a control, el momento de la intervención y la amplitud del control.

En cambio, creemos excesivo y, por ende, criticable que un tribunal constitucional ostente competencias sobre otros procesos constitucionales. Nos referimos a procesos relativos a partidos políticos (Alemania, Chile o Portugal, con claro riesgo de involucrarse en el juego partidista), al jefe del Estado (Brasil, Chile, Ecuador o Portugal: competencias de diverso tipo, también con evidente riesgo de caer en el juego político partidista), a la reforma constitucional (Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Rumanía o Ucrania), o una competencia específica de interpretación obligatoria de la Constitución (Hungría, Eslovaquia, Rusia o Ucrania), que como tal no debería existir. En efecto, un órgano jurisdiccional interpreta las normas de referencia (en nuestro caso la constitución) al hilo de los procesos que sustancia, pero no debe tener como objeto de una de sus atribuciones competenciales la interpretación misma. Tampoco es procedente la citada atribución referida a la reforma constitucional. La apertura del mecanismo de reforma constitucional activa el poder constituyente constituido, que permanece latente desde la aprobación de la carta magna. Ello es una manifestación de soberanía, trasunto de la que se produjo en el periodo constituyente y que ha objetivado la propia norma básica. Así las cosas, la jurisdicción constitucional no debe entrar en tal proceso de reforma.

Ante esos excesos entendemos que lo procedente es efectuar una reforma normativa que elimine tales competencias no adecuadas, aunque si esto no se efectúa siempre será útil la prudencia y el rigor del magistrado constitucional. Para ello su sólida formación es requisito imprescindible.

*José Julio Fernández Rodríguez*

#### 834. PROCESO CONSTITUCIONAL (FUNCIÓN OBJETIVA)

Todos los procesos constitucionales tienen como finalidad ofrecer una vía de protección a los derechos fundamentales del hombre que se encuentran afectados. Este encuadre no se restringe a la dimensión de los intereses personales porque admite dispensar la herramienta pertinente a otro tipo de intereses supraindividuales, como los colectivos, difusos, y aun los que representan a un sector corporativo (Gozaini, 2014, pp. 345 y ss).

Recordemos que cuando se habla de protección constitucional de las libertades se pretende actuar desde dos sectores: uno destinado a salvaguardar

el principio de supremacía de las normas fundamentales, y otro aplicado directamente al conflicto constitucional donde la atención queda centralizada en la persona.

El conflicto se provoca por el objetivo que tienen los procesos constitucionales, porque si la respuesta se concreta a fin de controlar la eficacia y aplicación de la norma fundamental por encima de los intereses particulares, es evidente que las posiciones de quienes se confronten tiene poco interés, considerando que la función judicial interpreta y ejecuta los derechos que están en juego.

En cambio, si la idea acentúa el deber de revertir los perjuicios que tiene el individuo perjudicado por el acto lesivo (inconstitucional o ilegal), el objetivo del proceso será verificar razones, comprobar la eficacia de la prueba des- envuelta y dictar sentencia en el caso concreto, sin posibilidades de extender a otros la eficacia de la cosa juzgada.

Esto quiere decir, entonces, que puede haber dos orientaciones. Una que considera que el caso concreto dentro de un esquema de derecho procesal constitucional no busca satisfacer pretensiones particulares, sino resguardar derechos fundamentales bajo una lectura igualitaria y de efectos expansivos. Pero si abandono este criterio e instalo el objetivo dentro del capítulo de los procesos bilaterales y contradictorios, no serán los derechos los que se tutelen, sino los intereses acreditados, en la medida en que quien lo haya reclamado hubiera superado las exigencias dispuestas en los presupuestos de entrada y permanencia en juicio.

Desde otra perspectiva, puede verse que la función objetiva del proceso constitucional no es dar un derecho al juicio, sino fomentar la creación de una auténtica garantía, cuyo principal fin es concretar la tutela judicial efectiva; de este modo, si el objeto es tener al proceso casi como única garantía de preservación de los derechos constitucionales, lo importante son los derechos antes que las personas y, por eso, la afectación no se asienta en las personas sino en los derechos o garantías que toda persona tiene para defender una situación de tanta importancia, que dilata las fronteras tradicionales de las facultades para obrar en el proceso.

En síntesis, el derecho o garantía que se defiende será la premisa mayor, y lo “afectado” una opción de defensa que podrá recaer en las personas o en los derechos.

*Oswaldo A. Gozáini*

### 835. PROCESO CONSTITUCIONAL (FUNCIÓN SUBJETIVA)

Un proceso constitucional (amparo, *habeas data*, *habeas corpus*, etc.) actúa en un caso concreto que tiene tres sectores de atención: *a*) asegurar los derechos constitucionales, concretando de este modo una forma de preservar los derechos individuales; *b*) un sector similar pero que protege derechos y garantías individuales de carácter homogéneo, y *c*) los que tutelan y protegen los derechos de pertenencia difusa mediante las llamadas acciones colectivas.

En el primer grupo se encuentran las acciones de inconstitucionalidad, sean *directas* (demanda de inconstitucionalidad, acción declarativa de certeza) o *indirectas* (excepción de inconstitucionalidad). En estas actuaciones no se trata propiamente de un proceso constitucional, salvo en los casos de control concentrado, porque en los sistemas difusos (Argentina y Estados Unidos),

el objeto central resuelve la aplicación o inaplicación de la norma en el caso concreto. De todos modos, los requisitos particulares y las funciones del juez permiten observar estas actuaciones dentro del capítulo.

En el siguiente grupo están el amparo (también conocido como mandamiento de seguridad, recurso de protección, acción de tutela, etc.), el *habeas corpus*, la protección de datos personales (*habeas data*), las acciones de cumplimiento, entre otras.

En el último sector están las acciones de clase o de defensa de los derechos difusos, que significa dar una herramienta de defensa a los derechos que no tienen una titularidad específica porque es toda la sociedad quien tiene interés en actuar.

En cada uno de estos procesos, lo importante es analizar la función subjetiva o personal del proceso iniciado.

El problema es que “*legitimación para obrar*” no es igual a “*interés jurídicamente relevante*”, de modo que el tema, o tiene respuesta para la entrada al proceso en solo uno de estos planteamientos, o bien, se tratan por separado resolviendo, por un lado, la legitimación o capacidad procesal para ser parte y, por el otro, la relevancia de la pretensión para merecer la sentencia declarativa que peticiona.

Por lo general, en todo proceso constitucional que tutela derechos individuales o colectivos es imprescindible la existencia de *causa*, que presupone tener a alguien como *parte* interesada, esto es, la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución dictada finalmente en el proceso.

Inclusive, cabe observar que la legitimación para obrar alcanza a todas las personas respecto de las cuales quiera formarse la cosa juzgada a fin de disipar la incertidumbre, lo que conduce, al mismo tiempo, a las cuestiones de debida integración de la litis y de límites objetivos y subjetivos de la decisión.

Por eso, cuando se afronta una pretensión meramente declarativa para resolver la incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica constitucional o convencional, quien la promueve debe demostrar la existencia de un interés especial, directo o sustancial, o sea, que los agravios alegados tengan suficiente concreción e inmediatez para poder procurar tal proceso.

Al focalizar la actuación jurisdiccional en los conflictos donde hay un acto lesivo singular que altera o amenaza un derecho constitucional o de aquellos radicados en tratados y convenciones, los procesos constitucionales quedan atrapados en una confusa situación entre preferencias de tutela y deberes de fiscalización del principio de supremacía constitucional.

El conflicto se provoca por el objetivo que tienen los procesos constitucionales, porque si la respuesta se concreta a fin de controlar la eficacia y aplicación de la norma fundamental por encima de los intereses particulares, es evidente que las posiciones de quienes confrontan tienen poco interés, desde que la función judicial interpreta y ejecuta los derechos que están en juego.

En cambio, si la idea acentúa el deber de revertir los perjuicios que tiene el individuo perjudicado por el acto lesivo (inconstitucional o ilegal), el objetivo del proceso será verificar razones, comprobar la eficacia de la prueba desenvuelta y dictar sentencia en el caso concreto sin posibilidades de extender a otros la eficacia de la cosa juzgada.

Quiere decir, entonces, que puede haber dos orientaciones. Una que considera que el caso concreto dentro de un esquema de derecho procesal constitucional no busca satisfacer pretensiones particulares sino resguardar derechos fundamentales bajo una lectura igualitaria y de efectos expansivos. Pero si abandono este criterio e instalo el objetivo dentro del capítulo de los procesos bilaterales y contradictorios, no serán los derechos los que se tutelen, sino los intereses acreditados, en la medida en que quien lo haya reclamado hubiera superado las exigencias dispuestas en los presupuestos de entrada y permanencia en juicio.

*Oswaldo A. Gozáini*

### 836. PROCESO CONSTITUCIONAL (LEGITIMACIÓN)

La legitimación para obrar en los procesos constitucionales tiene asimetrías notorias en Latinoamérica. En general, la desigualdad surge de la diferencia existente en los modelos de control de constitucionalidad, de modo que, entendiendo a los procesos en sentido *objetivo*, su misión sería la defensa de la Constitución, y con este preámbulo —por vía de principio—, bastaría con el interés para poder presentar una demanda en tal sentido; pero, al mismo tiempo, un proceso constitucional cumple una función *subjetiva* que anida en la protección y resguardo de los derechos individuales y colectivos, de forma que la apertura del juicio necesita una coincidencia entre la persona que requiere el servicio judicial y el que se encuentra dentro del proceso ejerciendo determinada pretensión. En consecuencia, ocupa al actor, al demandado, y aun a ciertos terceros.

De tal emplazamiento surge que en las acciones de inconstitucionalidad, por ejemplo, la legitimación para obrar debería ser abierta y flexible, porque la misión de fiscalizar el principio de la supremacía (constitucional y convencional) es más importante que la situación jurídica subjetiva que surge como acto lesivo de la persona que reclama la inconstitucionalidad que lo afecta.

En cambio, cuando la denuncia versa únicamente sobre la vulneración de un derecho fundamental propio o colectivo, es necesario hacer corresponder cuanto se pide con la pertenencia del derecho, porque ello define las posibilidades del acceso a la justicia, tanto en el sentido de peticionar a la autoridad jurisdiccional como para tramitar un proceso que lo lleve a una sentencia que resuelva el conflicto. Aquí, estar legitimado para actuar significa tener una situación individual que permite contar con una expectativa cierta a la sentencia; de este modo se enlazan legitimación y pretensión.

Estos modelos confrontados asumen también una considerable distancia cuando se les ve actuar dentro de un sistema concreto de control constitucional. En el régimen difuso, como se trabaja para un caso concreto y actual, que no busca declaraciones sino condenas específicas y una sentencia favorable a sus propias apetencias, es lógico exigir que la defensa constitucional quede acotada a los principios dispositivos (no hay proceso sin acción); legitimación y capacidad (solo pueden pedir quienes sean afectados y tengan posibilidad jurídica de actuar con derecho); carga de la prueba (la afectación personal debe ser probada), y la extensión de la carga de la prueba (que no será *erga omnes*).

En cambio, un modelo concentrado admite planteamientos abstractos, la legitimación abierta al simple interés, la posibilidad de actuar de oficio, por-

que el juez constitucional tiene un deber de control que proviene de su propia misión jurisdiccional, la prueba puede ser contingente (en la medida en que los hechos son, la mayoría de las veces, de manifiesta injusticia), y con esa amplitud la cosa juzgada será diferente: constitucional y *erga omnes*.

No obstante, a pesar de la asimetría, hay algo en común para todos: los procesos constitucionales responden a una consigna universal que afianza los derechos humanos, eludiendo el marco procesal que restringe la identificación de los procedimientos judiciales como lucha entre partes donde la verdad se obtiene merced del esfuerzo probatorio de quien afirma.

No se trata en aquellos de obtener una victoria a costa del vencimiento, sino de resolver con la Constitución y demás derechos contenidos o no en ella, pero que apuntalan y preservan los derechos del hombre.

*Oswaldo A. Gozaini*

### 837. PROCESO CONSTITUCIONAL (REPRESENTACIÓN)

La representación en juicio de derechos constitucionales es un tema diferente de la legitimación para obrar. Representar supone pensar en alguien distinto del afectado, que cuenta con facultades suficientes para pedir en nombre de aquel que tiene el derecho subjetivo.

En los procesos constitucionales, el tema de la representación tiene cierta inconsistencia o falta de armonía entre las legislaciones. Cada uno adopta particularidades que impiden formular precisiones etimológicas.

Lo mismo sucede con la exigencia de tener un abogado que permita defender con criterios jurídicos el derecho cuya protección se pide; este tipo de representación o patrocinio letrado no es uniforme en Latinoamérica, pues algunos facilitan el acceso de toda persona sin necesidad de sumar un profesional de derecho; mientras otros condicionan la admisión del petitorio a que la presentación venga firmada por un abogado.

Ahora bien, la representación individual tiene estos condicionantes, mientras que los derechos colectivos o difusos presentan una situación diversa, donde la cuestión anida en resolver quién puede tener la adecuada representación de los grupos o sectores.

a) *Representación del afectado*. En los procesos constitucionales no hay mayores problemas con este tema. El derecho individual se lleva a juicio cuando hay una afectación clara y directa que, en forma actual o inminente, lesiona, altera o restringe ese derecho, y por la importancia del mismo, la gravedad del hecho, la arbitrariedad de la conducta o el incumplimiento de leyes particulares, demanda la actuación del órgano jurisdiccional.

La diferencia de criterios puede estar en si ese individuo necesita o no de apoyo letrado, o se piensa que la función jurisdiccional está obligada a dispensar la tutela cuando hay derechos de esta raigambre.

b) *Representación del derecho colectivo*. La capacidad para ser parte de los portadores de intereses de grupo se ha concedido más fácilmente a aquellos que tienen una cohesión anterior al hecho, por ejemplo, los colegios profesionales; ahora, la exigencia de estar registrados en una base oficial establece una limitación a la capacidad para obrar, la cual, con el fin de establecer la titularidad del interés alegado, no significa impedirles la presentación ante la justicia.

Ello es así, porque las identificaciones entre capacidad jurídica para ser parte y capacidad de obrar-capacidad procesal no son exactas, pues en el proceso civil la capacidad es más amplia que la establecida en el Código Civil. Inclusive, admitiendo que las entidades intermedias no necesitan del registro para formular reclamaciones, puede afirmarse que cuando se permite investir de titularidad de determinadas relaciones jurídicas a entidades que no son, *lato sensu*, personas jurídicas, no se trata de concluir que ellas tienen capacidad como tales (como personas jurídicas), sino, simplemente, que por razones de conveniencia, interés jurídico y la presunción de idoneidad que, *prima facie*, acredita el grupo, puede asignársele un estatus jurídico suficiente por el cual consigue la calidad de parte.

Podríamos ejemplificar muchas de estas situaciones, basta observar que cuando se permite que un comunero actúe en soledad, si lo hace en beneficio de la comunidad, y la sentencia le es favorable, beneficia con sus actos a todos; sin afectarlos, en caso contrario. La comunidad no supone una personalidad distinta a la de los comuneros.

Estas uniones circunstanciales son también asociaciones comprendidas en la tutela diferenciada que prevén los nuevos derechos y garantías constitucionales. El fin colectivo y el interés de incidencia masiva es el vínculo. La calidad de parte la acreditan con la verosimilitud del derecho peticionado.

Si uno supone que la legitimación se adquiere una vez acreditada la capacidad procesal, colocamos la piedra de toque en la acreditación del derecho subjetivo que permite la protección de las individualidades. Pero como en la defensa de los derechos difusos importan más los intereses que se actúan, la legitimación como presupuesto de fondo pierde consistencia, carece de trascendencia para condicionar la admisibilidad en el proceso de los grupos.

c) *Personería de las asociaciones*. El otro aspecto a considerar es la representación que ostenta el grupo o la entidad constituida regularmente.

Se trata de verificar quién puede ser portador del mandato colectivo, en relación con un interés que puede pertenecer, mediata o inmediatamente, a una globalidad de individuos, explicando, además, cómo tal sujeto puede deducir en juicio no solo situaciones de ventajas propias, sino también ajenas, pero coincidentes con la suya, al ser miembro del grupo cuyo interés se pretende tutelar.

La personalización traduce dificultades notorias que veremos seguidamente, así encontramos grupos que tienen bien definidos sus objetivos y una manifiesta coincidencia de los sujetos miembros con los intereses de la agrupación (por ejemplo, colegios profesionales, sindicatos, etcétera); entidades que tienen un interés circunstancial, pero sin acreditar experiencia, trayectoria o una regular constitución (por ejemplo, las llamadas “uniones sin personalidad”); por otro lado, hay intereses que inciden en un sector que no tiene coincidencias en la afectación, por ejemplo, cuando en materia de medio ambiente se dictan normas que benefician a una parte del sector en desmedro de otro, pero perjudicando a la sociedad toda; en suma, la multiplicidad de situaciones impide conferir una representación válida a todas las contingencias.

La tarea judicial es importante para este esclarecimiento, a cuyo fin pueden clasificarse las formas asociativas, sean previstas u ocasionales, de acuerdo con la determinación del conjunto que lo compone:

i) Grupos organizados con interés establecido estatutariamente. Son conjuntos de personas que se reúnen en la defensa y promoción de intereses individuales que los asocian. Los colegios profesionales, los sindicatos, los consejos técnicos, etcétera, responden a este tipo de agrupamientos.

La representación legal está prevista en sus estatutos, de manera que la legitimación se obtiene acreditando con los documentos constitutivos ese mandato institucional.

Propiamente no es un caso de legitimación colectiva, sino de capacidad de las personas jurídicas; por ello, carecen de importancia para el tema que venimos comentando.

ii) Grupos asociados constituidos regularmente que no establecen representación. Aquí la composición del grupo como la finalidad que los reúne es conocida. Se asocian y militan en la defensa del interés propuesto, pero carecen de una personalidad jurídica que represente sus pretensiones ante la justicia.

Son organizaciones regulares en la medida que no surgen espontáneamente sino después de una deliberación de intereses; tienen continuidad en los actos que desenvuelven, pero jurídicamente carecen de representación colectiva.

Si la organización se multiplica por la acumulación de interesados (por ejemplo, Cámara de la Propiedad Horizontal, Federación de entidades municipales, etcétera) el ámbito subjetivo de representación en juicio varía. No se identifica directamente el interés individual con el colectivo. Solo mediatamente el miembro percibe los beneficios de la acción grupal.

iii) Grupos indeterminados con representación. Este tipo de interés se puede implementar por cuestiones de circunstancia, de manera que es factible que el ámbito de miembros de la misma no coincida con el de los integrantes del grupo afectado, es decir, con el conjunto de interesados.

A veces estos grupos se constituyen para resolver situaciones puntuales, por ejemplo, una asociación de perjudicados por una catástrofe o siniestro, de modo tal que la representación la adopta quien defiende el punto, aunque puede no ser afectado.

iv) Grupos indeterminados sin representación. El supuesto permite observar la integración espontánea de un grupo que responde a una inquietud ocasional. Existe necesidad de agruparse para intentar una defensa del bien colectivo.

Esa protección puede implementarse por personas individuales que, arrojándose el interés del grupo al que pertenece, invocan esa participación para lograr personalidad procesal.

Existe la agrupación, pero no la representación. Este tipo de acciones no deben necesariamente ser propuestas por el ente colectivo, pues basta la defensa de lo general o la dimensión del interés para acceder al procedimiento.

d) *Formas de representación para los intereses colectivos.* En materia de intereses o derechos difusos, la ausencia de legitimados directos obliga a reconocer una representación suficiente indeterminada en un ente colectivo que evite consideraciones de carácter individual.

La doctrina italiana la denomina “ente exponencial” y la americana *adequacy of representation*.

En ambos casos se procura que las organizaciones o grupos cuenten con garantías básicas para establecer el contradictorio. La audiencia y alegación constituyen resortes de ello, y propician un abandono del simplismo que ve al proceso como cosa entre partes físicas y conocidas.

La garantía del debido proceso, en estos casos, se resuelve a través de la adecuada representación de los intereses del miembro del grupo que permanece ausente, defendidos por otro u otros miembros del grupo que se encuentran en una situación cualitativamente idéntica, y que ofrecen indicios de que van a proteger de manera adecuada (idónea) los intereses de todos los que se encuentran en semejante posición jurídico-material.

La “representación adecuada” se diferencia de la convencional, en que no existe una concesión expresa de apoderamiento, porque no hay una personalidad constituida, tampoco una voluntad tácita que acepte la manifestación en nombre del ausente; se trata, solamente, de atribuir legitimación procesal activa que objetivamente permita la defensa de derechos grupales desprotegidos.

De este modo, la representación adecuada atiende más la cualidad de los hechos denunciados que a las personas que invocan la petición judicial.

Existen dos criterios básicos para controlar y admitir la representatividad adecuada: 1) que la defensa sea idónea y se articule por medio de asistencia letrada; 2) que no aparezcan manifiestamente intereses contrapuestos dentro del grupo o sector.

Pero hay otro modo de analizar la personalidad que, evitando el estudio de la representación, pone el ojo en el “ente exponencial”, pues supone convalidar la representación que se arroga un grupo para defender los intereses de una colectividad determinada.

El criterio se adopta por exclusión, es decir, que admite la representación que se invoca para requerir la actuación jurisdiccional ante un hecho donde los damnificados permanecen inactivos o en actitud pasiva; o bien cuando conocida la invocación del problema a través del “ente exponencial”, no cuestionan ni contradicen la demanda planteada.

El grupo exponenciado es el sector protegido, y el ente exponencial, la entidad organizada o la persona o personas que pretenden la atención judicial.

No debe vincularse esta legitimación con la que solicite una entidad organizada (por ejemplo, Liga de Defensa de los Derechos del Consumidor u otros similares), pues aunque esta puede investirse de representación suficiente y ser parte procesal al vincular el objeto de su constitución con la materia específica que plantean en la demanda, en el caso se busca tutelar el interés colectivo que mantiene una fluidez y heterogeneidad más elástica que los moldes estatutarios.

La diferencia de situaciones puede tener otra lectura. Mientras un grupo organizado pretende lograr beneficios generales, generalmente preventivos; la persona individual que invoca un interés colectivo se arroga la defensa con pretensiones heroicas, aunque justas y razonables.

En el sistema americano esta distinción se reconoce por la dimensión del problema, mientras los *rights without a holder* (derechos sin titular, pues toda la colectividad tiene la pertenencia) admiten las legitimaciones indirectas y difusas; los *rights too small* (derechos demasiado pequeños) permiten una protección individual que no requiere de mayores exigencias de representación.

En ambos casos, como se aprecia, el sentido técnico que tiene la legitimación procesal desaparece al darse preferencia a las situaciones en crisis que se alegan en las demandas promovidas.

El problema que surge para el intérprete resulta de calificar bajo un nominado procesal la naturaleza jurídica que tiene el miembro del grupo exponencial, respecto a los demás miembros del sector agrupado (colectivo).

*Oswaldo A. Gozaini*

### 838. PROCESO CONSTITUCIONAL (SUBSIDIARIEDAD)

La idea de subsidiariedad en el mundo del derecho es compleja, pues se refiere a cuestiones diversas. Articulada como principio, alude tanto al papel “subsidiario” del Estado, que se inmiscuye en la sociedad solo cuando esta no es capaz de lograr el desarrollo necesario (es decir, el papel del Estado liberal, que permanece separado de la sociedad y reducido a las funciones básicas y a las subsidiarias), como a una categoría que se puede aplicar en los procesos de integración supranacional (ejemplo paradigmático: la Unión Europea) y que implica que las autoridades supranacionales intervienen cuando los Estados, por sí solos, no son eficaces en el ejercicio de una determinada competencia o en el cumplimiento de cierta obligación. Precisamente, estos dos sentidos son los recogidos en el *Diccionario de la lengua española*. También hay subsidiariedad cuando un ordenamiento jurídico se aplica en defecto de otro, por ausencia de previsión o laguna de este último (en España sería el caso del ordenamiento del Estado central respecto a los ordenamientos de las comunidades autónomas). En esta acepción, la subsidiariedad funciona como sinónimo de supletoriedad, aunque no sean categorías con el mismo significado.

En el ámbito de los procesos constitucionales hay que matizar lo dicho e introducir un sentido nuevo. La subsidiariedad que se predica de algunos de estos procesos se refiere a la necesidad de agotar los recursos previos. Ello se configura como un requisito de admisión de la demanda, de manera tal que, si no se demuestra el agotamiento de las vías previas, dicha demanda que inaugura un proceso constitucional se rechazará *a limine*. O sea, estamos ante un presupuesto procesal de la acción.

En todo caso, hay que tener en cuenta que la aplicación de esta figura solo será pertinente en aquellos procesos constitucionales en los que resulta posible, habida cuenta de la actividad previa que debe existir. El supuesto más habitual es el proceso de garantía de derechos ante un tribunal constitucional.

Así, el recurso de amparo español consta de dos fases: la de admisión a trámite y la de resolución. En la primera se controla el cumplimiento de los requisitos que la legislación impone al recurso de amparo, entre los que figura la necesidad de agotar los medios de defensa previstos por el ordenamiento ante los tribunales ordinarios (art. 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, relativo a actos del Gobierno, y art. 44.1.a de dicha ley, referido a los actos de un órgano judicial). En este sentido, hay que recordar que el art. 53.2 de la Constitución española establece que existirá ante los tribunales ordinarios un procedimiento preferente y sumario de protección de derechos, que funciona como vía previa al amparo (aunque ahora está fraccionado en diversas alternativas procesales en función de la materia) y que presenta la intención inicial de evitar el *periculum in mora* (ante la posible

tardanza del Tribunal Constitucional). Hasta tal punto se consideró relevante esta vía ordinaria, que la doctrina habló de “amparo ordinario”, para oponerlo al “amparo constitucional”.

Siguiendo con el caso español, hay que señalar que la falta de cumplimiento del requisito de agotamiento de las vías previas lleva a la inadmisión del recurso de amparo *a limine* mediante providencia (art. 50.1 de la citada ley orgánica), sin escuchar ni al actor ni al Ministerio Fiscal, salvo que no haya unanimidad en la sección de admisión correspondiente (art. 50.2 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España). En cambio, los amparos contra resoluciones del poder legislativo se pueden plantear de forma directa, sin agotar ninguna vía previa (art. 42 de la citada ley). En todo caso, este requisito que comentamos de agotamiento de los recursos utilizables debe interpretarse en un sentido antiformalista, inspirado en la razonabilidad exigible en el uso de los medios de impugnación.

Otro ejemplo ilustrativo de la aplicación del principio de subsidiariedad, aunque diferente, es la *Verfassungsbeschwerde* alemana (recurso de queja, equivalente al amparo) que también se sustancia ante el Tribunal Constitucional alemán una vez agotadas las vías ordinarias (art. 90.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán —*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*—); sin embargo, ello no presenta un carácter absoluto en ese país, ya que el citado Tribunal puede admitir la demanda antes de que se agoten todos los recursos, si la queja tiene relevancia general o si el recurso previo a otros tribunales causaría al demandante un perjuicio grave e inevitable (*idem*). Esta posibilidad presenta una importancia real, y la propia normativa insiste en ella: el recurso será admitido si es apropiado para el supuesto anterior de sufrir una desventaja grave (art. 93a.2.b de la ley citada).

En cuanto al amparo mexicano, el principio de definitividad, esgrimido por la doctrina, se puede entender como un trasunto del principio de subsidiariedad, en el sentido que estamos comentando, pues supone igualmente agotar las instancias y recursos previos como presupuesto procesal de la acción de amparo. Así sucede contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio (art. 107.III.a Constitución de México), o contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido (art. 107.III.b). También en materia administrativa, contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales y que causen agravio no reparable mediante un medio de defensa legal, será necesario agotar “estos medios de defensa” (art. 107.IV), aunque este es un supuesto relativo, pues no existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa “si el acto reclamado carece de fundamentación o cuando solo se aleguen violaciones directas” a la Constitución (*idem*). De igual forma, de nuevo en materia administrativa, encontramos el amparo contra sentencias definitivas no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal (art. 107.V.b). La falta de agotamiento de los recursos o medios de defensa dará lugar a la improcedencia del amparo, tanto con relación a resoluciones jurisdiccionales (art. 61.XVIII de la Ley de Amparo mexicana), cuando se están tramitando esos recursos (art. 61.XIX Ley de Amparo), como respecto a otro tipo de resoluciones (art. 61.XX Ley de Amparo). Sin embargo, existen varias excepciones, como cuando se trate de personas extrañas al juicio, actos que importen el peligro de privación de la vida, o, entre otros, actos que consisten

en órdenes de aprehensión. Y en el ámbito administrativo, cuando el acto reclamado carece de fundamentación, se alegue violación de la Constitución o cuando el recurso o medio de defensa se encuentra previsto en un reglamento sin que la ley aplicable prevea su existencia.

En Perú, en los procesos de garantía de derechos (*habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento), una causal de improcedencia es no haber agotado las vías previas (art. 5.4 Código Procesal Constitucional), empero, existen excepciones varias: el *habeas corpus* o los casos del artículo 46 de dicho Código (resolución ejecutada antes de plazo, daño irreparable, vía previa no regulada, la vía previa no se resuelve en plazo).

Lógicamente, en el control de constitucionalidad abstracto no tiene sentido este requisito de agotar instancias anteriores, al no haber actividad previa. Tampoco en el control concreto en la modalidad de duda planteada por el juez ordinario ante el tribunal constitucional respectivo. En cambio, en los conflictos de competencias existen supuestos en los que hay que realizar una serie de actuaciones previas, que por lo general tratan de solventar dicho conflicto antes de su formalización ante el órgano de justicia constitucional (España), aunque en la mayor parte de los lugares ello no se exige (Alemania, Austria, Bélgica, Italia, México, Perú).

También, en un sentido procesal, la idea de subsidiariedad se aplica a ciertos procesos internacionales de garantía de derechos (como en el ámbito del Consejo de Europa o en el interamericano), a los que se puede acudir una vez agotadas las vías internas, no antes.

*José Julio Fernández Rodríguez*

### 839. PROCESO CONSTITUCIONAL (TIPOLOGÍA)

En el marco de la variedad de los procesos constitucionales es posible establecer una tipología de los mismos. Para ello se puede acudir a variables diferentes; sin embargo, en este lugar creemos que no debemos ser exhaustivos y limitarnos a los aspectos que presenten especial significación para entender el sentido y alcance de tales procesos.

Como afirmamos en otras voces de esta obra, entendemos por proceso constitucional el proceso que afecta a una cuestión básica del poder público, lo que determina que se encuentra tratada en la Constitución. Empleamos, así, un concepto material de Constitución: solo es tal el documento que contiene cierto contenido, o sea, que existen ciertos temas que deben recogerse necesariamente. De esta forma, los procesos que afectan a estas cuestiones que trata la ley fundamental de manera necesaria debemos calificarlos de constitucionales.

Sobre la base de esta posición de teoría de la Constitución, se puede diferenciar entre procesos constitucionales (típicos y atípicos) y procesos no constitucionales. Aquellos, como hemos dicho, abordan cuestiones básicas de la *lex superior*, como la garantía de la supremacía de la misma y la defensa de los derechos fundamentales; y estos son los que no afectan a una cuestión básica del poder público, que por ello no se incluye en el contenido material de una carta magna (serían competencias meramente legales).

A su vez, los procesos constitucionales típicos son los que históricamente se han construido a partir de la evolución de la jurisdicción constitucional, hasta el punto de ser característicos de la misma e integrarse en su propio

concepto (la jurisdicción constitucional sería, así, la actividad jurisdiccional que ejerce un órgano con un estatus por lo general diferente al de la justicia ordinaria, y cuya competencia recae sobre los procesos constitucionales, que por ello tildamos de típicos). De este modo, los procesos constitucionales típicos son el control de constitucionalidad de las leyes, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución del poder (horizontal y vertical —territorial—). Por su parte, los procesos constitucionales atípicos son los procesos que no resultan esenciales en la configuración conceptual de la jurisdicción constitucional pero que se mantienen dentro de las fronteras delimitadas por lo contencioso constitucional, en el sentido material que hemos dicho (se podrían citar el control de las omisiones inconstitucionales, el control de constitucionalidad de tratados internacionales, el contencioso electoral, el control de partidos políticos, las competencias con relación al jefe del estado, o las competencias referidas a la reforma constitucional).

En otras voces de esta obra (“Proceso constitucional típico”, “Proceso constitucional atípico” y “Proceso no constitucional”) desarrollamos un poco más estas cuestiones. Téngase en cuenta que los procesos ocupan la parte fundamental de las competencias de los tribunales constitucionales, aunque no las agotan, pues estos órganos también ostentan competencias no contenciosas (como las derivadas de la capacidad de autoorganización del tribunal).

Obviamente, otra forma de afrontar la cuestión de la tipología de procesos constitucionales es la meramente formal, es decir, glosar las concretas previsiones de un ordenamiento jurídico sobre el particular, que pueden o no corresponderse con la aproximación teórico-abstracta, y material, que hemos empleado en los párrafos precedentes. Estas previsiones del derecho positivo constituirían el plano *de lege lata*, y el que hemos usado nosotros antes, el *de lege ferenda*. Desde la óptica del derecho existente (*de lege lata*), los procesos constitucionales serán los que determine el legislador (constitucional o de desarrollo) y su tipología la que el mismo establezca, lo cual a veces no resulta fácil de esclarecer por la poca sistemática empleada en algún caso. Incluso, resulta habitual exponer el conjunto de procesos de competencia del tribunal constitucional u órgano equivalente combinando variables o criterios diferentes, como la finalidad perseguida (garantía de la supremacía constitucional), el objeto de control, el bien tutelado (p. ej., derechos o tipo de derechos) o por el momento del mismo (p. ej., *a priori*), o por la forma de legitimación (sería el supuesto de la acción popular). Es bien cierto que la legislación no tiene por qué ser pedagógica, aunque a veces ofrece más confusión técnica que soluciones precisas. Ahora no podemos más que mostrar ciertos ejemplos de estas tipologías de derecho positivo.

Así, en México, la Constitución establece en el artículo 105 que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente sobre las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, además de ciertos recursos de apelación (aunque en este último caso estaríamos ante un proceso de naturaleza meramente legal, no constitucional). De igual forma, se prevé el proceso de amparo (art. 107), que podrá ser revisado por esta en los casos de sentencias de los jueces de distrito o de los tribunales unitarios de circuito (art. 107 VIII). Asimismo, y como prueba de la mala precisión del sistema, el

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación conoce del juicio para la protección de los derechos electorales (art. 99).

En España, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se diferencia entre procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad), recurso de amparo, conflictos constitucionales (entre el Estado y las comunidades autónomas, entre órganos constitucionales, y en defensa de la autonomía local), impugnación de disposiciones sin fuerza de ley de las comunidades autónomas, declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales, y recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de estatutos de autonomía y proyectos de reforma de los mismos.

En Perú nos encontramos con el proceso de *habeas corpus*, el proceso de amparo, el proceso de *habeas data*, el proceso de cumplimiento, el proceso de acción popular, el proceso de inconstitucionalidad y el proceso competencial. Otra vez nos topamos con varios criterios para precisar el proceso en esta lista del Código Procesal Constitucional

En Francia tenemos el control de leyes no promulgadas (control *a priori*), la cuestión prioritaria de constitucionalidad (control concreto y *a posteriori*), el contencioso de las elecciones legislativas y el contencioso de la elección del presidente y del referéndum.

En Italia, el artículo 134 de la Constitución se refiere a las controversias sobre la legitimidad constitucional de leyes y actos con fuerza de ley, a los conflictos de atribuciones, y a las acusaciones contra el presidente de la República. A su vez, en las normas que integran los juicios ante la *Corte Costituzionale* (de 2008) se desarrolla este esquema y se alude a la cuestión de legitimidad constitucional en el curso de un juicio (control concreto), la cuestión de legitimidad constitucional en vía principal y los conflictos de atribuciones.

En todo caso, téngase en cuenta que la categoría de proceso constitucional parte de la categoría genérica de proceso, por lo que también en el ámbito de la tipología no hay que descuidar lo establecido en el derecho procesal general. En el mismo se usan variables diversas para clasificar los procesos, como por materia, forma (escritos u orales), partes (individuales o colectivos), naturaleza de la resolución (declarativos, constitutivos, ejecutivos, cautelares, etc.), tramitación (ordinaria o urgente), etc. De todos modos, las especificidades del proceso constitucional son de tamaño envergadura que, o bien dotan de autonomía al derecho procesal constitucional (en opinión de unos autores), o bien, justifican su incardinación en el derecho constitucional a través de la rama de la jurisdicción constitucional (en opinión de otros). De esta forma, también en la cuestión de tipología de procesos constitucionales el abordaje debe hacerse con unas peculiaridades propias, tal y como hemos intentado hacer en esta voz, no desde el derecho procesal sin más.

*José Julio Fernández Rodríguez*

#### 840. PROCESO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

La expresión “procesos constitucionales de la libertad” tiene dos significaciones. Por una parte se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico que prevé garantías constitucionales de salvaguardia y custodia de los derechos fundamentales. Una segunda connotación refiere a su carácter científico, es decir, al sector de la disciplina del

derecho procesal constitucional que estudia de manera sistemática a aquellas garantías consagradas en el orden fundamental para tutelar los derechos humanos establecidos en la propia normativa constitucional o en los tratados internacionales sobre la materia, y en los países con una estructura federal, a las garantías constitucionales que se encaminan a proteger los derechos fundamentales de los ordenamientos, constituciones o estatutos de los Estados, provincias o comunidades autónomas, y en el marco de las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, los reconocidos en las Constituciones nacionales y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Esta denominación se inspira en uno de los primeros estudios del procesalista italiano Mauro Cappelletti, publicado en el año de 1955, bajo el título: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, con el que puso de manifiesto la tendencia contemporánea de introducir mecanismos específicos de protección a los derechos y libertades fundamentales, como una propuesta para su incorporación en su natal Italia. El propio profesor Florentino años más tarde se refería a una dimensión supranacional de la jurisdicción constitucional.

En consecuencia, la expresión “jurisdicción constitucional de la libertad”, acuñada por don Mauro Cappelletti, ha sido acogida desde hace tiempo por un sector importante de la doctrina, la cual se ha utilizado para nombrar al contenido o sector de la novel disciplina procesal, aún cuando enseguida dicho sector se renombró “Derecho procesal constitucional de la libertad”, y recientemente, en otra concertación doctrinal, posiblemente inspirada en la clásica división de las constituciones contemporáneas, pero que no olvida la perspectiva originaria, la doctrina ha nombrado al contenido de la materia “procesos constitucionales de la libertad”, nombre que sirvió para identificar algunos trabajos presentados en el *V Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*.

**Juan Rivera Hernández**

#### 841. PROCESO CONSTITUCIONAL TÍPICO

Ya afirmamos en la voz referida a procesos constitucionales atípicos que un proceso constitucional, en general, es aquel proceso que afecta a una cuestión básica del poder público, que, por ello, se encuentra tratada en la Constitución. Un concepto material de Constitución reclama la existencia de una serie de temas que deben recogerse necesariamente en la misma. De ahí que los procesos que aluden a esos elementos básicos de la carta magna los denominamos procesos constitucionales, que servirán para garantizar la supremacía constitucional y/o los derechos constitucionales. De los valores a los que responde el orden jurídico fundamental de la carta magna derivan esos contenidos materiales de lo constitucional.

La “tipicidad” de los procesos que comentamos ahora viene dada por su conexión con la naturaleza de la jurisdicción constitucional. Serán, por lo tanto, los contenciosos característicos de esta institución y que configuran la dimensión material del concepto de la misma. Los procesos constitucionales típicos se han ido perfilando históricamente con la evolución de la jurisdicción constitucional hasta que a día de hoy se puede sostener que integran el elemento material de su definición. De esta forma, entendemos que son tres:

el control de constitucionalidad de la ley, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución del poder.

Un concepto válido de jurisdicción constitucional exige la concurrencia de dos elementos, uno material y otro formal. El elemento formal está integrado por una serie de notas propias de la jurisdicción (actuación independiente y por lo general rogada, sometida a derecho, basada en razonamientos jurídicos y en el principio de contradicción) y por una serie de rasgos de índole constitucional que le otorgan al órgano respectivo una posición de autonomía estatutaria, administrativa y financiera. El elemento material, a su vez, se conecta con el ejercicio por parte del órgano que ejerce jurisdicción constitucional de una serie de competencias relativas a ciertos procesos que, de esta forma, caracterizan a la institución. Estas acciones procesales características son los tres procesos constitucionales típicos señalados. De este modo, estamos ante los típicos procesos constitucionales que estudia el derecho procesal constitucional y que conforman su núcleo básico, dando lugar a unas competencias especializadas de la jurisdicción constitucional. Así las cosas, y desde esta construcción teórica, las competencias típicas de la jurisdicción constitucional ocupan un lugar clave en la naturaleza y configuración del órgano, y no un mero papel complementario.

El control de constitucionalidad de la ley es, sin duda, el proceso más representativo del derecho procesal constitucional y el que evidencia con mayor nitidez esa finalidad de garantía del principio de supremacía de la carta magna ya apuntada. El carácter normativo y supremo de la constitución exige la presencia de un mecanismo de fiscalización de este tipo para que no se vean seriamente dañadas tales notas de normatividad y superioridad. Por ello, prácticamente todos los tribunales constitucionales u órganos equivalentes ostentan semejante competencia, que puede adoptar varias fisonomías en función de distintas variables. Así, dicho control puede ser *a priori* o *a posteriori*, abstracto o concreto, en vía directa o incidental, y directo o indirecto. Esta función también puede resultar, potencialmente, muy polémica al incidir en las opciones del legislador y en su producto más característico, la ley. De todos modos, ello no debe exagerarse pues la naturaleza de la jurisdicción constitucional asume el carácter político, que no partidista, de la actividad del tribunal constitucional. La legitimación en el control abstracto, siguiendo la tónica habitual en el derecho comparado, suele ser restringida: está en manos de unos órganos predeterminados que desempeñan un rol destacado en el sistema. No obstante, también hay varios supuestos de acción popular, sobre todo en América Latina (como Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá o Venezuela) y casos de legitimación restringida pero muy amplia, lo que relativiza la misma. La acción popular de inconstitucionalidad difunde la idea de que todos los ciudadanos son defensores de la carta magna.

A su vez, el proceso constitucional de garantía de derechos ha crecido en importancia al tiempo que se afirmaba la esencialidad de los mismos en el actual estado de derecho democrático. Gracias a él se puede afirmar que la historia de la protección de los derechos fundamentales se halla ligada a la evolución de los tribunales constitucionales. De ahí que se acuñara en su momento la expresión de “jurisdicción constitucional de la libertad” (Cappelletti, 1955). La protección que los tribunales constitucionales dispensan

suele ser extraordinaria dado que la protección primigenia le corresponde a los tribunales ordinarios. Por ello, es habitual un mecanismo de filtrado de los asuntos que llegan a la jurisdicción constitucional para que esta no se vea colapsada. De todos modos, téngase en cuenta que la garantía de derechos supera los propios procedimientos específicamente previstos para tal finalidad dado que impregna el resto de atribuciones de los tribunales constitucionales. La defensa de los derechos ha llevado a la aparición de nuevos criterios de control (como la categoría del contenido esencial) e, incluso, a nuevos tipos de sentencias que posibiliten una protección más eficaz de los mismos. Los tribunales constitucionales, en suma, aplican de forma habitual derechos fundamentales, además de crear, en ocasiones, instrumentos específicos de interpretación de estos derechos e, incluso, nuevos derechos al servicio de la ciudadanía.

Por su parte, la competencia relativa a la garantía de la distribución del poder evidencia el papel de árbitro y de mediador que también desempeñan los tribunales constitucionales en la arquitectura del sistema público. Ello tiene lugar tanto para supervisar el reparto horizontal del poder, entre órganos del mismo ente, como el reparto vertical, entre entidades territoriales diversas. Estos conflictos pueden ser positivos, si los órganos o entes enfrentados persiguen ambos ejercer la misma función o competencia, o negativos, si los órganos o entes disputan precisamente lo contrario, es decir, no ejercer una competencia determinada.

*José Julio Fernández Rodríguez*

## 842. PROCESO LEGISLATIVO

*I.* Locución compuesta en la que el vocablo proceso denota el conjunto de actos sucesivos tendentes a un fin. Por su parte, la expresión legislativo denota lo relativo al organismo que legisla o, en su caso, lo relativo a la legislación.

*II.* También denominado procedimiento legislativo o proceso de formación de las normas, consiste en el conjunto de actos sucesivos y concatenados de carácter bicameral, que se rigen por reglas precisas y convenciones entre los órganos del Estado legitimados —eventualmente y, en su caso, órganos ejecutivo y legislativo— para intervenir en la creación, modificación y sanción de las normas jurídicas, ya sea de carácter ordinario, ya sea constitucionales, llámense leyes o decretos.

*III.* El antecedente inmediato de las previsiones de la Constitución de 1917 se remonta a las reformas que, en 1874, se hicieron a la Constitución de 1857, que determinaron, entre otras cosas, la reinstalación del bicameralismo y la incorporación al texto fundamental del veto presidencial. A partir de 1874, la Constitución reguló a detalle los mecanismos y procedimientos que debían seguirse para la formación de una ley o un decreto. El constituyente de 1916-1917 acogió con variaciones mínimas lo establecido sobre el particular por la Constitución anterior.

*IV.* El proceso legislativo previsto en la Constitución se cimienta en las siguientes bases: *a)* un sistema bicameral; *b)* la operatividad del principio de colaboración de poderes y coordinación de funciones entre los sujetos legitimados para iniciar o excitar el proceso legislativo, quienes los sustancian y, finalmente, la sanción y publicación; *c)* la conformidad por mayoría de los integrantes de ambas cámaras, por votación nominal, para la aprobación de

una ley o un decreto, dando hasta dos oportunidades en un mismo periodo, a cada Cámara, para lograr el consenso, y *d*) existencia de un mecanismo riguroso que impida que cualquiera de las cámaras obstaculice deliberadamente la aprobación de una ley o decreto.

V. A pesar de algunas divergencias en la doctrina mexicana, podemos afirmar que el proceso legislativo está integrado por las siguientes fases: iniciativa, discusión, aprobación o rechazo (bien por la propia legisladora o, en su caso, en el ejercicio del veto del ejecutivo), sanción, promulgación e iniciación de la vigencia.

*i) Iniciativa.* La Constitución reconoce como sujetos legitimados en la iniciación de las leyes o decretos a: el presidente de la República, los diputados y senadores al Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados y de la Ciudad de México (*Diario Oficial de la Federación* de 29 de enero de 2016) y, por reforma constitucional de 9 de agosto de 2012, se reconoce iniciativa a los ciudadanos con la condición de que sea avalada por un número equivalente, por lo menos, a 0.13% de la lista nominal de electores, en los términos que señalen las leyes.

El poder judicial, hasta ahora, no cuenta con iniciativa, ya que el constituyente quiso separar las funciones tanto de interpretación de las normas como de ejercicio del control de constitucionalidad, que incumbe a aquel poder, y la función de hacer la ley propia del órgano deliberante por excelencia, con lo cual se pretende asegurar la imparcialidad en la función interpretativa del juzgador, particularmente atendiendo al hecho de que en México es el poder judicial federal el encargado de examinar la constitucionalidad de las leyes.

En cuanto a la facultad de iniciativa del presidente de la República, esta es una clara muestra de nuestro sistema de coordinación de funciones y atiende a la razón de que el ejecutivo federal es quien cuenta con las mejores posibilidades de entender la situación y problemática del país y, por ello, de sugerir su implementación normativa.

Al presidente de la República le corresponde en forma exclusiva la presentación de algunas iniciativas, como son: las leyes de ingresos de la federación, el proyecto de presupuesto de egresos y la cuenta pública anual, a pesar de que estas dos últimas son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados. También al ejecutivo federal le corresponde iniciar, en forma exclusiva, el procedimiento de suspensión de garantías, en los términos del artículo 29 constitucional, aunque en la especie no se trata de una ley, sino de un decreto. Por lo que hace a las iniciativas de diputados y senadores, debe entenderse que corresponde a un solo diputado o senador, o a un grupo de ellos; en cambio, tratándose de las legislaturas estatales, esta facultad le es otorgada al órgano y no a uno o varios de sus miembros. La justificación de que estas entidades gocen del derecho de iniciativa es evidente: representan la voluntad popular y su función natural es la de legislar.

Las reformas constitucionales de 2012 normativizaron la denominada iniciativa preferente, mecanismo a través del cual el titular del ejecutivo federal el día de la apertura de cada periodo ordinario de sesiones puede presentar hasta dos iniciativas para trámite preferente o, en su caso, señalar con tal carácter hasta dos que hubiere presentado en periodos anteriores. Cuando estén pendientes de dictamen, las legisladoras cuentan con un plazo peren-

torio de 30 días para discutir las y votarlas, de no ser así, la iniciativa, en sus términos y sin mayor trámite, será el primer asunto que deberá ser discutido y votado en la siguiente sesión del Pleno. En caso de ser aprobado o modificado por la cámara de su origen, el respectivo proyecto de ley o decreto pasará de inmediato a la cámara revisora, la cual deberá discutirlo y votarlo en el mismo plazo y bajo las condiciones antes señaladas.

La Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, de 3 de septiembre de 1999, así como los reglamentos interiores de la Cámara de Senadores y de Diputados, de 4 de junio y 24 de diciembre, ambos de 2010, respectivamente, regulan lo atinente al proceso de turno a comisiones de las iniciativas que llegan a la Mesa Directiva de las cámaras.

*ii) Discusión y aprobación o rechazo.* El artículo 72 de constitucional contiene las diversas hipótesis que pueden presentarse en el procedimiento de formación de la ley. En principio, las iniciativas pueden presentarse ante cualquiera de las dos cámaras; la que conoce en primer término de la iniciativa se llama Cámara de origen y la otra Cámara revisora. El inciso h del artículo 72 dispone, sin embargo, que las iniciativas a empréstitos, contribuciones o impuestos y reclutamiento de tropas deben ser discutidas primero en la Cámara de Diputados. Según Felipe Tena Ramírez, esta disposición obedece a que las contribuciones en dinero y sangre son las que afectan más directamente al pueblo y por ello debe conocerlas primero la “Cámara genuinamente popular”.

Existe la regla general de que los miembros de una cámara no pueden promover ante la otra Cámara, por lo que las iniciativas de diputados deberán discutirse en esta Cámara, sucediendo lo mismo respecto de las iniciativas de los senadores.

La Constitución dispone que las iniciativas de leyes o decretos se discutirán preferentemente en la Cámara en que se presenten, a menos que transcurra un mes desde que se pasen a la Comisión dictaminadora sin que esta rinda dictamen, pues en tal caso el proyecto puede presentarse y discutirse en la otra Cámara. Sin embargo, es posible distinguir los siguientes supuestos: 1) Presentado un proyecto de ley ante la Cámara de origen y aprobado por esta, pasa a la revisora, quien, en caso de aprobarlo también, lo deberá enviar al ejecutivo para que este, si no tuviese observaciones que hacer, lo publique inmediatamente. 2) Si el proyecto de ley es desechado en la Cámara de origen, no se puede presentar nuevamente sino hasta el siguiente periodo de sesiones. 3) Si el proyecto de ley es aprobado en la Cámara de origen, pero reprobado totalmente por la revisora, el proyecto vuelve con sus observancias a la de origen para ser discutido nuevamente por esta. Con ello se pueden presentar cualquiera de estos dos supuestos: *i)* que sea aprobado por la mayoría de los miembros presentes, caso en el cual regresará el proyecto a la revisora para que lo pondere nuevamente. Si la revisora también lo aprobare, pasará al ejecutivo para los efectos de su sanción, y *ii)* si en la segunda ponderación la revisora nuevamente lo rechaza, el proyecto no podrá volver a presentarse sino hasta el siguiente periodo de sesiones. Aprobado un proyecto de ley en la Cámara de origen, pero desechado parcialmente, modificado o adicionado por la revisora, el proyecto debe regresar a la de origen, para que esta discuta nuevamente solo con respecto a lo rechazado parcialmente, modificado o adicionado. Aquí se pueden presentar nuevamente dos situaciones: *i)* que la Cámara de origen apruebe por mayoría absoluta de votos las observaciones

de la revisora, caso en el cual el proyecto es enviado al ejecutivo, y ii) que la Cámara de origen no esté de acuerdo con las observaciones de la revisora por el mismo margen de votación, por lo cual debe volver el proyecto a la revisora para una segunda ponderación. Si la revisora ya no insiste en sus observaciones, el proyecto es enviado al ejecutivo, pero si la revisora, por la mayoría absoluta de los presentes, insiste en su rechazo parcial, modificaciones o adiciones, el proyecto ya no puede presentarse sino hasta el siguiente periodo de sesiones. En esta última hipótesis, ambas cámaras pueden convenir, por votación de la mayoría absoluta de sus miembros, que la ley se publique solo con los artículos aprobados. 4) Cuando un proyecto de ley ya ha sido aprobado por las cámaras, debe pasar al ejecutivo para los efectos de su sanción. Esta fase es lo que corresponde al derecho de veto. La Constitución dispone que se reputará aprobado por el ejecutivo todo proyecto de ley no devuelto a la Cámara de origen, con sus observaciones, dentro de los 30 días útiles 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, 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 *Diario Oficial de la Federación*, sin que se requiera refrendo. En estos casos no opera la interrupción de los plazos y términos por cierre o suspensión de las sesiones del Congreso; en todo caso, la devolución se deberá hacer a la Comisión Permanente.

5) Si el ejecutivo vetare el proyecto de ley en todo o en parte, este regresará a la Cámara de origen con sus observaciones para ser discutido nuevamente, si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si por esta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al ejecutivo para su promulgación y debida publicación.

VII. La razón y lógica del carácter bicameral del proceso se encuentra en el ejercicio del veto, ya sea de la colegisladora o del ejecutivo, ya que, para poder superar el rechazo, particularmente tratándose del ejecutivo, la Constitución nacional exige un quórum calificado de votación tasado en dos terceras partes de los legisladores presentes, en ambas cámaras. Por lo que se refiere a las salvedades previstas en inciso I del artículo 72 constitucional respecto de los casos de no procedencia del veto a cierto tipo de resoluciones unicamerales o, en su caso, bicamerales, vale indicar que la Constitución no prevé, expresamente, reglas específicas en relación con otro tipo de resoluciones emitidas en la actuación unicameral. Por deducción, la doctrina constitucional infririó que, tratándose de este tipo de decretos, no son objeto de veto. La razón es que, además, en las leyes respectivas tampoco se prevé absolutamente nada, como una consecuencia natural de no prever que, en su caso, como en el del presupuesto de egresos, necesariamente debía discutirse y, mediante una votación calificada, superar el rechazo del ejecutivo.

En 2004 se presentó ante el conocimiento y sustanciación de la Suprema Corte la controversia constitucional identificada con el número 109/2004, del entonces titular del ejecutivo federal en contra del rechazo de la Cámara de Diputados a sus observaciones. De manera por demás inédita, la Corte avaló la procedencia del veto a los decretos unicamerales.

*María del Pilar Hernández*

### 843. PROCESO NO CONSTITUCIONAL

Por proceso no constitucional entendemos un proceso que no afecta a una cuestión básica del poder público y que, por lo tanto, no se encuentra en las dimensiones materiales que debe presentar una carta magna.

Añadir estos procesos a los propios de la jurisdicción constitucional puede debilitar la posición de los órganos que la ejercen en la arquitectura del sistema, sobre todo porque los acercaría a la actividad propia de los jueces ordinarios.

Esta situación reafirma la importancia de la labor del magistrado constitucional, que debe conocer estos peligros y tratar de soslayar los excesos, lo que podrá conseguir con una sólida formación en el derecho procesal constitucional. La misma les permitirá conocer la trascendencia y las consecuencias jurídicas y políticas de su acción. De todos modos, si el derecho positivo en vigor presenta un panorama poco riguroso, al contemplar tales excesos, al magistrado constitucional se le hará más difícil no caer en semejantes desmesuras si se ve compelido por la normativa vigente a conocer de las atribuciones que no debería ostentar. Por ello, la solución pasa por efectuar las reformas constitucionales o legales que eliminen los excesos competenciales.

En el derecho comparado encontramos algunos tribunales constitucionales que ostentan competencias sobre estos procesos no constitucionales, en el sentido expuesto. Tales competencias se conectan a las de índole meramente legal, recordando, por lo tanto, a las propias de la justicia ordinaria, lo cual debe ser criticado. Ello puede originar una peligrosa situación en los órganos que ejercen la jurisdicción constitucional, que daría pábulo a las críticas de su extralimitación. La diferenciación, compleja pero posible, entre lo constitucional y lo legal, ayuda a afrontar críticamente los procesos no constitucionales.

En este orden de cosas, en el derecho comparado detectamos en manos de ciertos tribunales constitucionales control de constitucionalidad que no versa sobre normas legales (en la mayoría de los estados de Europa del Este y de América Latina), control con parámetro en tratados internacionales (también en varios supuestos de Europa del Este, Costa Rica o Ecuador), control de legalidad (de nuevo en la mayoría de los países de Europa del Este o Portugal), control con parámetro infralegal (muy pocos casos, como Eslovaquia o Eslovenia) e, incluso, control no normativo a través de técnicas de control normativo (más extendido: Brasil, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay o Venezuela). Estos supuestos son una desmesura en la atribución de procesos suplementarios que, como decimos, afecta negativamente a la posición de un tribunal constitucional, que puede entrar en la disfuncionalidad y verse abocada a un riesgo mucho más elevado del politización del que ya tiene que soportar de por sí. El exceso radica tanto en el objeto de control como en el parámetro de referencia para efectuar tal control. La opción ante este problema, como acabamos de apuntar, es llevar a cabo las pertinentes reformas para eliminar dichas atribuciones excesivas.

De todos modos, el examen de los distintos ordenamientos debe modularse en función del sistema que presentan de jurisdicción constitucional. En sistemas concentrados es criticable que el órgano de jurisdicción constitucional asuma competencias no constitucionales. Ello también se puede afirmar de sistemas mixtos en los que existe un órgano o sala que se intenta diseñar especializada en jurisdicción constitucional. Es decir, en sistemas concentrados o

en sistemas mixtos que presentan un órgano especializado en lo contencioso constitucional, este debería limitarse a la materia constitucional. Por el contrario, en sistemas difusos y mixtos donde el juez de lo constitucional también es juez de lo meramente legal, el solapamiento entre lo constitucional y lo legal está casi inevitablemente, lo que complica el análisis por el riesgo de confusión que existe entre ambos órdenes (sobre todo cuando lo constitucional entra en escena por vía incidental a través de una excepción en el marco de un proceso ordinario). Sin embargo, estos casos en los que el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional también es el máximo órgano judicial ordinario, la confusión *per se* de las competencias es cuando menos disfuncional, sobre todo para el buen ejercicio de las funciones específicas de un tribunal constitucional.

En todo caso, estamos ante procesos, es decir, ante competencias que mantienen su carácter contencioso y, por ende, contradictorio. El tema de las competencias no contenciosas es diferente: si tales competencias se derivan de la capacidad de autoorganización del tribunal constitucional, u órgano equivalente, parecen justificadas. Más allá, la justificación encuentra difícil acomodo, salvo en los casos en los que el órgano de jurisdicción constitucional es también cabeza del Poder Judicial. Entonces se suelen sumar competencias relativas a cuestiones organizativas externas, por ejemplo sobre la administración de justicia.

*José Julio Fernández Rodríguez*

#### 844. PROMOCIÓN

La palabra “promoción” deriva del latín *promotio*, -ōnis, que alude a la acción o efecto de promover, de iniciar o impulsar algo.

El vocablo en estudio tiene en el derecho procesal sustancialmente dos acepciones, en este caso empatadas con la definición general dada al inicio. Por una parte, se entiende como el accionar o solicitar la intervención del órgano jurisdiccional, a fin de hacer valer una pretensión jurídicamente protegida; por la otra, se asume como el impulsar la marcha o desarrollo del proceso, con el propósito de que este culmine con la resolución respectiva.

Una tercera acepción, estrictamente formal, es la que entiende por promoción al o los escritos que se presentan ante el tribunal que conoce las pretensiones de las partes, en acatamiento al principio de escritura, que se contraponen al de oralidad, aunque como bien afirmaba CHIOVENDA, es difícil concebir actualmente un proceso oral que no admita en algún grado la escritura, ni un proceso escrito que no admita en algún grado la oralidad.

En el ámbito del derecho constitucional y convencional, particularmente en materia de derechos humanos, por lo que concierne a la acepción primeramente dada, esto es, la de entender a la promoción como el solicitar la intervención de los tribunales para hacer valer un derecho, se privilegian los fines protectores del proceso, reduciendo o eliminando las formalidades usualmente exigidas para su inicio en otro tipo de procesos.

En este sentido, destaca lo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica” (22 de noviembre de 1969), en el apartado relativo a la protección judicial, cuando establece que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales...”.

Por lo que ve al concepto de promoción como impulso procesal, existen básicamente dos conocidos principios, en los que bien pueden subsumirse las diversas clasificaciones elaboradas doctrinariamente al respecto: el dispositivo y el inquisitivo o de oficialidad, según se traslade la carga de dicho impulso a los litigantes o al órgano jurisdiccional, en atención a la preeminencia del interés público inmerso en la controversia.

Así, en los procesos en los que rige el principio dispositivo, queda a cargo de las partes la iniciativa, la disponibilidad del derecho material, el impulso procesal, la delimitación del *thema decidendum*, la aportación de los hechos, así como la aportación de las pruebas; *nemo iudex sine actore*, en suma. Este es el principio que con algunos matices norma al proceso civil en casi todos los países del mundo.

Contrariamente, en el principio inquisitivo el órgano jurisdiccional es quien tiene el deber de actuar e investigar (*inquirere*), decidiendo finalmente sin estar constreñido o limitado a las pretensiones y argumentos vertidos por las partes. El proceso penal observa mayormente este principio en los países latinoamericanos, siguiendo la tendencia española y de la gran parte de los países occidentales.

En esta segunda acepción del término en estudio, es decir, la que lo entiende como dar impulso al proceso, igualmente, tanto en el derecho procesal constitucional, como en el convencional, en materia de derechos humanos prima la intervención del órgano jurisdiccional, a fin de resolver la controversia, respetando el principio de contradicción.

En relación con lo anterior, en el artículo 25.2 de la citada Convención, se señala que los Estados parte se comprometen: “a). A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso...”.

El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, se caracteriza por su sustracción a los formalismos y rigores que rigen en los procesos internos, ello sin menoscabo de la seguridad jurídica y el equilibrio procesal, en atención precisamente a los derechos fundamentales que son materia del mismo. Véanse al respecto los casos *Godínez Cruz* (sentencia de 20 de enero de 1989), así como *Paniagua Morales y Otros* (sentencia de 08 de marzo de 1998), específicamente en sus párrafos 138 a 140 y 70, respectivamente.

Finalmente, la tendencia actual en el mundo, particularmente en Latinoamérica, es hacia la ampliación y el fortalecimiento de las facultades del juzgador, pues ya no se puede concebir al proceso como “asunto de las partes”, dado el carácter eminentemente público del mismo, sobre todo cuando lo que está en juego es la defensa de la Constitución y de los derechos humanos, de ahí que la mencionada tendencia venga aparejada de la reducción de los formalismos que no resulten indispensables, a fin de promover la democratización de la justicia y la socialización del proceso, a que aludía Mauro Cappelletti.

*Dora Irma Olvera Quezada*

#### 845. PROPAGANDA NEGATIVA

La propaganda negativa consiste en atacar y criticar al contrincante político. Permite difundir información falsa, omitir algunos datos o minimizar las noticias, siempre con el objetivo de demeritar el trabajo o trayectoria del otro.

Asimismo, se manifiesta en la exaltación de los actores políticos a través de difamaciones recíprocas, perturbación de las conciencias mediante el uso del lenguaje soez y de la seducción de la inteligencia con espectáculos estúpidos y vulgares.

Con frecuencia para descalificar al opositor político, algunos candidatos acuden al uso del insulto o a la denigración política. Para ello, la propaganda negativa se apoya en el engaño, la falsedad, la injuria y la calumnia, con el fin de afectar la imagen del rival electoral. Un rasgo común de este tipo de estrategia política es la explotación del escándalo que ofrece distintas repercusiones por ser socialmente reprobable. Los escándalos políticos pueden adoptar muy diversas formas: sexuales (infidelidades, acosos, abusos, etc.), financieros (corrupción o malversación de fondos públicos) y de poder (relacionados con el abuso de poder que se materializan en una violación a la ley).

La configuración actual de la libertad de expresión contempla un amplio abanico de tipos y formas de emitir pensamientos e ideas cuya protección se matiza de acuerdo con el contexto en el que se profiere. En este sentido, existe una categoría especial denominada “los discursos especialmente protegidos”, los cuales suponen una protección aún mayor por los bienes jurídicos a tutelar. Ahí encontramos a los asuntos políticos, de interés público, o de candidatos a ocupar cargos públicos.

Los artículos 6 y 7 de la carta magna no solo exigen evitar restricciones injustificadas directas a la libertad de expresión, sino también indirectas. La proscripción de restricciones indirectas tiene muchas derivaciones posibles, pero entre ellas está la que obliga a prestar especial atención a las reglas de distribución de responsabilidad al interior del universo de sujetos implicados en la cadena de difusión de noticias y opiniones negativas.

Asimismo, el artículo 41, fracción III, apartado C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que en la propaganda política o electoral que difundan los partidos políticos deberán abstenerse de emitir expresiones que calumnien a las personas, esto es, se trata del fundamento constitucional que protege con especial ahínco derechos de la personalidad durante el proceso electoral.

La propaganda negativa constituye un conjunto de acciones de comunicación que se apoya en el ataque, denuesto, descalificación, denigración u ofensas como recurso discursivo para socavar al adversario político y desalentar su voto.

La perspectiva generalizada señala que la negatividad debilita la democracia, ya que desincentiva el voto, radicaliza la sociedad, empobrece el debate político y recurre a tácticas que centran la atención en el escándalo y el escarnio público.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de Pleno XIX/2013 (10<sup>a</sup>) señaló, en el caso de una ley electoral local, que la prohibición de la propaganda de ataque no es inconstitucional, dado que “la intención del legislador local fue elevar el nivel en el debate político evitando propaganda de ataque que, por su naturaleza, no contribuye a un sano desarrollo de las contiendas electorales”.

No obstante, existen voces que advierten la utilidad de la propaganda negativa, señalando que permite la deliberación de temas políticamente incorrectos, difunde información que algunos quieren que permanezca en la

oscuridad y ha servido para destapar tramas de corrupción y abuso del poder, lo que permite que el elector tenga información valiosa para la toma de sus decisiones.

Las repercusiones de la negatividad inciden de manera directa en el debate político, la percepción de los políticos, la participación electoral y, desde luego, en los resultados electorales. La propaganda negativa plasmada en los anuncios electorales constituye un factor de primer orden dentro de un proceso electoral, y un componente indispensable para analizar cuál es la calidad del ambiente político.

El debate sobre la negatividad es una discusión abierta y vigente en la que la investigación académica ha realizado hallazgos esclarecedores, pero no por ello concluyentes.

*Yessica Esquivel Alonso*

#### 846. PROTECCIÓN A PERIODISTAS Y DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS

En el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece nuestra forma de Estado y de gobierno: “como una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la ciudad de México, unidos en una federación establecida bajo los principios de esta ley fundamental”.

En esencia, este artículo se mantiene en los mismos términos que la publicación original de 1917; sin embargo, en la actualidad podemos afirmar que el contenido y sentido de este artículo son sustantivamente distintos a los que el constituyente previó en ese entonces.

Actualmente, la democracia no puede ser entendida como un mero procedimiento, sino que las decisiones que en un régimen democrático se tomen deben estar apegadas a un orden jurídico fundamental, en especial, de los derechos humanos. Caso contrario implicaría una deslegitimación de la decisión (Ferrajoli, 2001, p.13).

El ejercicio libre del periodismo (consúltese la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión), mediante el cual se ejercen, entre otros, los derechos de libertad de expresión, de prensa, de imprenta y de acceso a la información, y el ejercicio seguro de quienes se dedican a la defensa de los derechos humanos (se recomienda consultar la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos) está relacionado con un derecho ampliamente discutido en el ámbito teórico y de difícil ubicación en los sistemas normativos: la protesta social pacífica. Son piedras de toque para aspirar a vivir en una nación que anhela ser democrática.

Por ello, es una contradicción al orden constitucional que, según datos oficiales de los últimos 20 años en México, 2017 fue el año más violento en contra de la defensa de los derechos humanos y de la libertad de expresión, en el que 14 periodistas y 10 defensores y defensoras de derechos humanos fueron asesinados. (“Informe de Actividades. Ejercicio 2017”, del Mecanismo para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas, Secretaría de Gobernación, 2018, pp. 3 y 68.)

La respuesta institucional a este problema ha tenido principalmente dos enfoques: *i)* protección de la persona defensora de derechos humanos o periodista, y *ii)* la investigación de delitos cometidos contra periodistas con motivo de su labor profesional.

Así, el 25 de junio de 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas, la cual es de observancia general en toda la república y tiene por objeto, en términos del primer párrafo de su artículo 1, “implementar y operar las medidas de prevención, medidas preventivas y medidas urgentes de protección que garanticen la vida, integridad, libertad y seguridad de las personas que se encuentren en situación de riesgo como consecuencia de la defensa o promoción de los derechos humanos, y del ejercicio de la libertad de expresión y el periodismo”.

Mediante esta ley, que tuvo una amplia discusión no solo en el seno del poder legislativo, sino en diversos sectores de la población, incluida la sociedad civil organizada y el sector académico, se creó el Mecanismo para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas (Mecanismo de Protección), a fin de que el Estado atendiera su responsabilidad fundamental de proteger, promover y garantizar los derechos humanos, el cual es un órgano, a nuestro parecer, sin precedentes en el país.

El Mecanismo de Protección se conforma por una Junta de Gobierno, un Consejo Consultivo y una Coordinación Ejecutiva Nacional (art. 3). La primera es la instancia máxima del Mecanismo y principal órgano de toma de decisión para la prevención y protección de personas defensoras de derechos humanos y periodistas, y se conforma por cinco representantes gubernamentales y cuatro del Consejo Consultivo, los cuales tienen derecho a voz y voto. Asimismo, la Junta debe invitar a todas sus sesiones, con derecho a voz, a un representante de las siguientes instancias: *i)* Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; *ii)* Conferencia Nacional de Gobernadores, y *iii)* Poder Judicial de la Federación, así como a los presidentes de las comisiones de derechos humanos del Senado de la República y de la Cámara de Diputados, respectivamente (arts. 4-6). El Consejo Consultivo del Mecanismo de Protección es el órgano de consulta de la Junta de Gobierno y se integra por nueve consejeros provenientes de la sociedad civil y la academia, los cuales deben ser expertos en derechos humanos y en el ejercicio de la libertad de expresión y el periodismo (art. 9). La Coordinación Ejecutiva Nacional del Mecanismo de Protección es el órgano encargado, entre otros aspectos, de la implementación de las medidas preventivas, de protección y urgentes de protección establecidas en la ley, entre los beneficiarios y las autoridades de los tres órdenes de gobierno que corresponda, para lo cual se auxilia de tres unidades: *i)* Recepción de Casos y Reacción Rápida; *ii)* de Evaluación de Riesgos, y *iii)* de Prevención, Seguimiento y Análisis (arts. 17 y 18).

Es importante mencionar que según el “Informe de Actividades. Ejercicio 2017” (*cit.*, p. 39), de octubre de 2012 al 31 de diciembre de 2017, el Mecanismo de Protección había incorporado a 380 periodistas y a 477 defensores de derechos humanos.

Por otra parte, el 5 de julio de 2010 y el 25 de mayo de 2012 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* los acuerdos mediante los cuales se creó y

otorgó atribuciones a la Fiscalía Especial para la Atención de Delitos cometidos contra la Libertad de Expresión (FEADLE).

La FEADLE es competente para dirigir, coordinar y supervisar las investigaciones y, en su caso, la persecución de los delitos cometidos en contra de quienes ejercen la actividad periodística; con los siguientes requisitos: *i*) que el sujeto pasivo del delito ejerza la labor periodística, entendiéndose esta como la que lleve a cabo una persona física o moral que se dedique a través de un medio de comunicación a tareas de información o de creación de opinión; *ii*) que el delito de que se trate se haya cometido en razón del ejercicio del derecho a la información o de libertad de prensa o con motivo de cualquiera de estos, en agravio de las personas referidas en la fracción anterior; y *iii*) que dicho ilícito sea de competencia federal o del orden común, cuando sean conductas conexas con delitos federales.

Al mes de septiembre de 2018, la FEADLE contaba con 247 investigaciones en trámite y contaba con siete sentencias, por los delitos de abuso de autoridad, homicidio, tortura, abuso de autoridad agravado, contra la administración de justicia y por lesiones. Desde su creación, en 2010, a septiembre de 2018, dicha Fiscalía investiga 1120 delitos cometidos contra periodistas. Asimismo, durante este periodo, la FEADLE, a través de sus agentes del Ministerio Público Federal, o en colaboración con el Mecanismo de Protección, y la Unidad para la Defensa de los Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, ha solicitado 733 tipos de medidas de protección a periodistas (Informe Estadístico. Fiscalía Especial para la Atención de Delitos cometidos contra la Libertad de Expresión, 2018, pp. 3, 5, 7 y 15).

Un tema pendiente con las y los defensores de derechos humanos es la creación o existencia de un área especializada en la investigación de los delitos cometidos contra dicho gremio. En este tema, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en su punto tercero de la Recomendación General 24/2016: “Sobre el Ejercicio de la Libertad de Expresión en México”, recomendó al procurador general de la república y a los titulares de las fiscalías estatales que: “promuevan al interior de las instituciones que dirigen la creación de fiscalías o unidades especializadas en la investigación y persecución de los delitos cometidos en contra de la labor periodística y la libertad de expresión, especialmente en aquellas entidades en las que se advierte una alta incidencia respecto de ataques a periodistas y medios de comunicación”.

*Francisco Esquinca Cuevas*  
*Eduardo Alcaraz Mondragón*

#### 847. PROTECCIÓN DE LA HONRA Y DE LA DIGNIDAD

Según el artículo 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. La jurisprudencia interamericana no ha sido particularmente prolífica al momento de aclarar el alcance y contenido de los derechos consagrados en la norma citada. La referencia más utilizada a la misma se encuentra en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá* (Corte IDH, sentencia de 27 de enero de 2009, núm. 193, párr. 57), según el cual, “el artículo 11 de la Convención reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, el

derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona.”

La jurisprudencia interamericana se ha referido al derecho a la honra y a la dignidad en tres circunstancias diferentes. Por una parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha declarado violado el derecho a la honra “en casos en los cuales se probó que el Estado había sometido a personas o grupos de personas al odio, estigmatización, desprecio público, persecución o discriminación por medio de declaraciones públicas por parte de funcionarios públicos” (caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia de 30 de noviembre de 2012, núm. 259, párr. 286; haciendo referencia a los casos *Ríos y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, núm. 194, párr. 148; *Perozo y otros vs. Venezuela*, sentencia de 28 de enero de 2009, núm. 195, párr. 160, y *Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, núm. 110). Esta regla se relaciona directamente con la prohibición de los funcionarios públicos de estigmatizar, amenazar o, de cualquier manera, aumentar el riesgo de una persona o un conjunto de personas.

En otro caso, la Corte encontró violado el derecho a la honra por la aplicación de una falta disciplinaria a un oficial de la fuerza pública, cuando los hechos no fueron probados y la imputación de esta específica falta podía producir un impacto desproporcionado en la autoestima, la valía y el concepto público de la persona sancionada (Corte IDH, caso *Flor Freire vs. Ecuador*, sentencia de 31 de agosto de 2016, núm. 315, párrs. 152-158). En este asunto, el representante de la víctima alegó que la imposición de una sanción disciplinaria a la víctima (un oficial de las fuerzas de seguridad), por causa de una ley discriminatoria y por hechos no demostrados, causaba un daño a la honra del oficial sancionado. Al conocer el caso, la Corte señaló que “el derecho a la honra se relaciona [...] con la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana. Se trata de un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad”. Finaliza la Corte afirmando que “la reputación puede resultar lesionada como consecuencia de informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo. Tiene por lo tanto una cercana relación con la dignidad humana, en la medida que protege a las personas contra ataques que restrinjan la proyección de la persona en el ámbito público o colectivo”.

En sentido contrario, podría sostenerse que la Convención Americana no protege el derecho de los funcionarios públicos —especialmente de los que apelan a la confianza del público para ser elegidos— a evitar que se revelen las situaciones en las cuales han construido una imagen falsa de sí mismos, han faltado a sus deberes o han abusado de sus atribuciones. Tampoco protege el derecho a mentir o defraudar a la colectividad, mucho menos cuando se trata de su presunta participación en hechos de relevancia penal. En tales supuestos, de conformidad con la jurisprudencia en materia de libertad de expresión (véase la voz “Derecho a la libertad de pensamiento y expresión” en esta obra), la Convención protege la libertad de expresión, entendido como el derecho a revelar hechos de interés público y el derecho

colectivo de la sociedad a conocerla, aunque resulte perturbadora, molesta u ofensiva.

Finalmente, la Corte señaló que se producía una violación de la dignidad humana con la instrumentalización del cuerpo de las mujeres en supuestos de esterilización forzada. Ante ello entiende que los dos derechos consagrados en el artículo 11.1 de la Convención —la honra y la dignidad— son autónomos y, por esta razón, declara violado el derecho a la dignidad sin que necesariamente exista una violación del derecho a la honra (Corte IDH, caso *I.V. vs. Bolivia*, sentencia de 30 de noviembre de 2016, núm. 329, párr. 150). En palabras de la Corte: “un aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización del individuo, es decir, que la convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención”.

*Catalina Botero*

#### 848. PROTECCIÓN JUDICIAL

Es un derecho humano derivado, primordialmente, del contenido de los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El derecho a la protección judicial está intrínsecamente ligado a la existencia de un recurso judicial efectivo para la defensa de los derechos humanos.

Históricamente, el derecho a la protección judicial se consideró indispensable para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos; sin embargo, no existía consenso en la comunidad internacional sobre la naturaleza del recurso efectivo. Esta divergencia se materializó durante las discusiones para la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por un lado, los países anglosajones abogaban por un recurso basado en el *habeas corpus*, mientras que los países latinoamericanos preferían un recurso fundado en el *amparo*, tal como se había plasmado en las discusiones previas a la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, durante la Conferencia de Chapultepec de 1945. Fue el representante de la delegación mexicana, Pablo Campos Ortiz, quien propuso la redacción actual del artículo 8o. de la DUDH, sosteniendo que el *amparo*, es el reflejo de un derecho fundamental, plasmado en las constituciones de los países de América Latina, esencialmente el derecho participar en procedimientos jurisdiccionales, bajo las bases de un recurso sencillo y efectivo que garantice la protección contra actos de autoridad violatorios de los derechos de los individuos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha precisado que la protección judicial supone, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Asimismo, en los casos *Caso Castillo Páez vs. Perú* (Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Fondo), y *Suárez Rosero vs. Ecuador* (Sentencia de

12 de noviembre de 1997. Fondo), respectivamente, la Corte IDH lo concibe como uno de los pilares básicos, no solo de la CADH, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. En el ámbito europeo, el derecho a la protección judicial está limitado a las acusaciones de carácter penal y a los derechos y obligaciones de carácter civil. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), efectuando una interpretación amplia, reconoció la aplicación de esta cláusula a ciertos derechos económicos y sociales, particularmente en los casos *Deumeland* y *Fledbrugge*. Concomitantemente —y con orientación similar a la Corte IDH—, el TEDH se ha referido al prominente lugar que el derecho a un juicio justo ocupa en una sociedad democrática según el significado otorgado por el Convenio, circunstancia que trae como consecuencia que no puede haber justificación en interpretar el artículo 6.1. de la Convención restrictivamente.

En al ámbito americano se prevé un amplio ámbito de aplicación del derecho a la protección judicial en relación con el espectro de derechos que se encuentran amparados, ya que no realiza ningún tipo de distinción. Así, el artículo 25 de la CADH consagra, de manera expresa, el derecho a la protección judicial:

“Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente 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”.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVIII dispone: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

La Corte IDH no ha emitido, a la fecha, pronunciamiento sobre lo que debe ser entendido como un recurso sencillo y rápido pero, en todo caso, ha de ser efectivo, en el sentido manifestado por la propia Corte IDH en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Sentencia del 29 de julio de 1988. Fondo), a saber: “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”. De esa manera, —coincidiendo con Ibáñez Rivas—, tanto el recurso sencillo y rápido, como el no sencillo ni rápido deben, en consecuencia, ser efectivos.

Finalmente, el párrafo 32 de la *Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* reconoce que el artículo 25 de la CADH: “...es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal

del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención”.

En esa tesitura, el último párrafo del artículo primero de la nueva Ley de Amparo recoge la esencia deontológica de la protección judicial al postular que el amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente ley.

*Carlos Pérez Vázquez*

**849. PROTOCOLO DE ESTAMBUL (MANUAL PARA LA INVESTIGACIÓN Y DOCUMENTACIÓN EFICACES DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES)**

El Protocolo de Estambul es la denominación internacional con la que se conoce al *Manual de Investigación y Documentación Efectiva sobre Tortura, Castigos y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Se trata de un documento que contiene las directrices mínimas adoptadas por más de 75 expertos en derecho, salud y derechos humanos para la investigación y documentación eficaces de actos de tortura en personas sobrevivientes, con la finalidad de contar con prueba fehaciente en la comprobación del referido delito ante los órganos jurisdiccionales.

El manual fue elaborado en Estambul, Turquía, con el objeto de presentarlo para la consideración de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, lo cual tuvo verificativo el 9 de agosto de 1999. Los pasos iniciales para trabajar en el presente documento se dieron en una reunión en 1996, organizada por la Asociación Médica Turca y fueron inspirados por las necesidades y prácticas diarias experimentadas por la *Action for Torture Survivors* (HRFT) de Ginebra y la Sociedad de Especialistas en Medicina Forense en Turquía. En particular, derivado de la investigación de la muerte de Baki Erdogan.

Como el propio manual lo señala, “aunque la normativa internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario prohíben sistemáticamente la tortura en cualquier circunstancia, la tortura y los malos tratos se practican en más de la mitad de los países del mundo. La notable discordancia que existe entre la prohibición absoluta de la tortura y su prevalencia en el mundo de hoy demuestra la necesidad de que los Estados identifiquen y pongan en práctica medidas eficaces para proteger a las personas contra la tortura y los malos tratos”. El propósito del protocolo de Estambul es servir como guía internacional para la evaluación de las personas que han sido torturadas y con ello coadyuvar en la investigación de casos de posible tortura.

El manual recoge los principios comunes a todos los códigos de ética internacionales en la atención de la salud, tales como: i) el deber de dar asistencia compasiva, ii) el consentimiento informado; y iii) la confidencialidad. Permite al perito o médico legista acceder a una vasta información de la víctima con el fin de producir informes médicos de alta calidad y obtener evidencia relevante y precisa del caso la cual es presentada ante los órganos jurisdiccionales correspondientes para colaborar en la búsqueda de la verdad histórica de los hechos sujetos a investigación y en la correcta impartición de justicia. De igual

forma permite a los expertos legales a obtener declaraciones relevantes, precisas y fiables de víctimas de tortura y testigos para así facilitar el uso de tales declaraciones en procedimientos legales contra los perpetradores; recuperar y conservar evidencia relacionada a la supuesta tortura y establecer cómo, cuándo y dónde la supuesta tortura ocurrió.

El examen médico/psicológico realizado a la víctima como parte de la aplicación del Protocolo de Estambul contiene tópicos precisos para su documentación, entre los que se encuentran:

- a) Información sobre el caso (generales de la víctima)
- b) Calificación del clínico (experiencia y formación clínica del médico)
- c) Antecedentes médicos
- d) Narración de los hechos, en circunstancias de modo y lugar
- e) Síntomas
- f) Exploración física
- g) Fotografías

Además, el Protocolo de Estambul cuenta con dibujos anatómicos con la finalidad de documentar de manera ilustrativa todo signo de tortura o maltrato presente en la víctima, de tal forma que con el examen médico/psicológico, el perito tendrá de manera metódica, completa, descriptiva e ilustrativa un examen físico-clínico-psicológico, que lo oriente y dirija en la búsqueda de todos los rubros elementales y básicos de la investigación pericial sobre posibles actos de tortura. Debido a su diseño y estructura es un documento médico legal de elevado alcance pericial y trascendencia jurídica. Por ser un dictamen pericial, incluye entre otra información:

1. Marco jurídico para su adecuada y oportuna aplicación.
2. La autorización para su aplicación por parte del examinado-denunciante.
3. Sección y ordenamiento de datos informativos, obtenidos mediante la versión del examinado, para llevar a cabo la búsqueda intencionada de la presencia o ausencia de huellas, indicios o secuelas de lesiones físicas y/o psicológicas.
4. Descripción del modus operandi aplicado, que produjo las lesiones denunciadas.
5. Circunstancias de tiempo, modo, forma y lugar que prevalecieron durante el hecho.
6. Información sobre la independencia pericial y la inexistencia de restricción alguna para el perito actuante.
7. Incluye los esquemas de evaluación de *Harvard* y *Hopkins*, que son aspectos y conocimientos de valoración psicológica y psiquiátrica que permitirán identificar posibles alteraciones psicológicas que tengan concordancia o correspondencia de la versión del examinado.

A pesar de que el “Protocolo de Estambul” ha sido apoyado por la Organización de Naciones Unidas (ONU) desde su creación, este no tiene el carácter obligatorio para los países. Las normas internacionales obligan a los gobiernos a investigar y documentar los incidentes de tortura y otras formas de maltrato y castigar a los responsables de manera comprensiva, efectiva, tacita e imparcial. La Asamblea General de las Naciones Unidas y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (desde el 2006, Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas) han insistido fuertemente a

los países el que los Principios en el Protocolo son una herramienta útil para combatir la tortura.

El 23 de Abril del 2003, la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su resolución a los derechos humanos y la ciencia forense, atrajo la atención de los gobiernos sobre los principios contenidos en el Protocolo de Estambul como una herramienta útil para combatir tortura. En consecuencia, además de ser reconocido por el sistema de las Naciones Unidas, el protocolo de Estambul ha sido adoptado por varios países.

La Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y las personas, deliberó sobre la importancia del protocolo de Estambul durante la 32a sesión ordinaria en octubre del 2002 y concluyó que las investigaciones de todos los alegatos de tortura o maltratos, deben ser efectuadas con prontitud, imparcialidad y efectividad, guiadas por los principios de Estambul.

La Unión Europea refiere al Protocolo de Estambul en su Guía de la Política de la Unión Europea Sobre la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en los Países del Tercer Mundo, adoptado por el Consejo de Asuntos Generales en el 2001. La guía menciona que los países deben “conducir investigaciones rápida, imparcial y efectivamente en todos los alegatos de tortura acorde con las reglas de Estambul anexadas en la resolución CHR 2000/43” y deben “establecer y operar procedimientos domésticos efectivos para responder e investigar quejas y reportes de tortura y maltrato de acuerdo con las reglas de Estambul”.

*Jorge Cruz*

#### 850. PRUDENCIA

El término prudencia, entendido como *phronesis*, pertenece hoy en día más al campo de la filosofía práctica que al del derecho. La prudencia en la tradición griega era un concepto hasta cierto punto intercambiable con el de sabiduría siempre en relación con la razón y el buen juicio, especialmente en contextos más prácticos que teóricos.

Aristóteles es el filósofo que desarrolla el concepto de prudencia y la identifica como una de las virtudes dianoéticas, junto con la sabiduría y la inteligencia, distintas de las virtudes éticas como la liberalidad y la moderación. La virtud debe distinguirse de las pasiones y las facultades pues constituye un modo de ser, por el cual el hombre se hace bueno y realiza bien su función (Ética Nicomáquea, libro II), es decir, es un modo de ser selectivo basado en la razón.

Para Aristóteles deliberar y razonar son lo mismo, si bien no tiene objeto deliberar sobre aquello que no puede ser de otra manera (necesario), ni tampoco sobre aquello que no se es capaz de realizar, de manera tal que la prudencia debe entenderse como un modo de ser racional y práctico en relación con lo que es bueno y malo para el hombre.

La prudencia es una virtud práctica, se refiere más a las cosas humanas que a lo universal y por ello no es ciencia, pues trata sobre lo particular; es, además, normativa, pues su fin es lo que se debe hacer o no, y cuando existe la prudencia todas las demás virtudes están presentes pues mientras la recta intención determina el fin, esta realiza las acciones para alcanzarlo.

Esta noción de prudencia es la que subyace en la práctica jurídica de la antigüedad (*iuris prudentia*) pues la importancia práctica del derecho era la que mayor peso tenía.

Sin embargo, es más bien el ámbito filosófico, el que ha utilizado el concepto de *phronesis*, por ejemplo, en el campo de la ética, para criticar la permanente equiparación de las ciencias sociales con las naturales, aún si el objeto de estudio es el ser humano, cuya conducta no es predecible (Alasdair MacIntyre).

Heidegger recupera igualmente el concepto aristotélico y hace una interpretación de la *Ética Nicomáquea* según la cual esta puede leerse como una ontología de la existencia humana. En ese contexto, considera que la *praxis* se corresponde con la *phronesis* y esta última es una manera de comportamiento en y hacia el mundo, a partir de la cual el ser humano es capaz de conducirse y preocuparse por este. La *phronesis* es una forma de circunspección conectada a la conciencia y a la deliberación, que se manifiesta en la acción humana y es, en esa medida, el punto de partida de las acciones significativas frente a las contingencias de la vida.

Hoy en día la exigencia para los jueces de hacer efectivos los derechos humanos supone en muchas ocasiones no solo la labor de interpretación de normas, principios y valores, sino primordialmente, la de ponderación de los derechos que están en juego así como la de las consecuencias de hacer prevalecer unos sobre otros; ello pone de relieve que la razón judicial corresponde a una razón práctica más que a una teórica, en la medida en que a partir de la deliberación del juez, la sentencia que se dicta dirige, valora, ordena o prohíbe conductas particulares. En ese sentido, vale la pena reflexionar sobre la validez y pertinencia de una concepción del derecho como ciencia prudencial (al menos por lo que se refiere a la actividad jurisdiccional), a partir de la cual pueda explicitarse de mejor manera la función de la judicatura, incluyendo, por supuesto, la motivación de sus fallos.

*Andrea Zambrana Castañeda*

#### 851. PRUEBA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Cuando comenzamos el estudio de una disciplina, la pregunta por las definiciones es crucial, no solo porque nos permite definir el objeto de estudio, sino también porque nos deja entender los elementos más básicos y constitutivos sobre los cuales se construirá el conocimiento. La pregunta *¿qué es X?* pretende ser respondida con una definición, esto es, con un enunciado descriptivo que revele las *condiciones necesarias y suficiente* sobre aquello que se pregunta. Entiéndase el requisito de necesidad como aquella propiedad sin la cual lo definido no podría ser o existir, mientras que el requisito de suficiencia obedece más a aquel conjunto de propiedades sin las cuales lo definido no sería eso sino otra cosa. La necesidad hace que algo sea lo que es, mientras que la suficiencia hace que algo sea eso y no otra cosa distinta. Solo a partir de una definición que cumpla los requisitos de necesidad y suficiencia el objeto de estudio estará completamente determinado. Por ejemplo, definir un vaso como un recipiente que puede contener líquido no cumple el *requisito de suficiencia*, pues si bien todo vaso debe poder contener líquido, *no es suficiente* ya que hay otros objetos, como un balde o una copa, que también lo hacen.

En el caso de las pruebas judiciales ocurre lo mismo: si no se tienen claras las nociones de *derecho probatorio*, *prueba judicial* y del verbo *probar*, será imposible construir una teoría de la prueba judicial. Los elementos básicos y constituti-

vos de toda disciplina deben estar exentos de ambigüedades para que la teoría que se modele sobre estas nociones descansa sobre pilares sólidos.

Lo anteriormente expuesto no escapa a los procesos constitucionales: los criterios fundamentales de derecho probatorio que venían manejando en Colombia, tanto el legislador como el funcionario público, están consagrados en la Constitución Política de 1991 como derechos fundamentales o como instrumentos de garantía de derechos fundamentales; se estructura de esa manera un verdadero derecho probatorio constitucional, cuyas prescripciones conforman los fundamentos constitucionales de la prueba, imponiéndose al legislador y por supuesto al intérprete. Del artículo 29 superior, se desprenden cardinalmente unos principios probatorios constitucionales que obligan tanto al legislador a programar cualquier actuación como al oficio público a desarrollarlos; se destacan el principio de publicidad, de contradicción, de adecuada defensa, el deber del funcionario de no estimar medios probatorios aducidos a la actuación sin la observancia del rito procedimental, así como no tener en cuenta hechos que no hayan sido llevados a la actuación por medios probatorios legítimos, uniéndoseles otros muchos conocidos como tradicionales, tales como principios de necesidad de la prueba, de eficacia jurídica, de unidad de la prueba, de comunidad de la prueba, de interés público de la función de la prueba, de lealtad y probidad o veracidad de la prueba, de libertad de prueba.

*La noción de derecho probatorio*, contiene en sí misma una distinción tácita con la noción de prueba y la de probar. Una posible definición de derecho probatorio que cumpliría con los requisitos de necesidad y suficiencia —del cual hablamos precedentemente— sería la siguiente: El *derecho probatorio* es la disciplina que se preocupa por el fenómeno de la reconstrucción que hacen las partes de unos enunciados fácticos de los hechos socialmente relevantes acaecidos en el pasado (procesal o extraprocesal), a partir de unos medios probatorios idóneos tasados en la ley, para lograr el convencimiento del juez; en el caso de los procesos constitucionales, el juez constitucional.

*La noción de prueba en sentido jurídico*, se presenta en dos sentidos: i. El jurídico extraprocesal, donde lo que se pretende es o, cumplir con la solemnidad que la ley exige para la existencia y validez del acto jurídico, como sucede por ejemplo, con los actos dispositivos de derechos reales en bienes raíces, o, darle seguridad y garantía a los derechos subjetivos; o, simplemente para crear, modificar o extinguir situaciones derivadas de los hechos, actos y providencias que la ley califica como idóneos; ii. En sentido jurídico procesal, la prueba es la herramienta procesal, la razón, el argumento, el instrumento o el medio con el que se pretende demostrar o hacer presente al funcionario competente la verdad o falsedad de algo, para que aplique determinada consecuencia jurídica. Esta última acepción, determina la relación ineludible de la prueba con el derecho procesal; se configura así la trilogía: norma sustancial —hipótesis—; prueba —la razón de la convicción—; y la forma de llevarla al funcionario esa razón, o de adquirirla oficiosamente. Esta forma la gobierna el derecho procesal: determina el medio o los medios, la admisibilidad y oportunidad, el modo y el sistema de valoración.

*Noción de prueba en el Derecho Procesal Constitucional*: Siendo el derecho procesal constitucional, una disciplina reciente, todavía en proceso de formación, se propone la siguiente noción de prueba al respecto: *Son las razones, los argu-*

mentos, los instrumentos o los medios, de naturaleza predominantemente procesal, dirigida a verificar el cumplimiento o no de la Constitución. En el entendimiento que no solo hace referencia a velar por la supremacía e integridad de la carta política, sino también a garantizar la protección de los derechos fundamentales constitucionales; es decir, nos estamos refiriendo a los procesos de control abstracto y concreto de constitucionalidad. Cuando el control de constitucionalidad es abstracto, es importante determinar el vicio de inconstitucionalidad, por cuanto si es de *contenido material o sustancial*, el examen que realiza el juez es de puro derecho, en consecuencia, —como regla general— no requiere la práctica de pruebas y por tanto, el periodo probatorio es irrelevante; en efecto, es un cotejo entre la norma demandada y la Constitución para ver si existe contrariedad de materias, conflicto de fondo. Pero, si el vicio es de *contenido formal o de procedimiento*, es importante acudir a los medios de prueba pertinentes, para determinarlos; se recuerda que, siendo el procedimiento legislativo un tanto complejo, regularmente surgen (tales vicios) durante el proceso de formación de los proyectos de ley o de actos legislativos o de un decreto, ya sea por violación de las reglas procedimentales previstas en la Constitución o en la ley orgánica del reglamento interno del congreso. Verbi gratia, que entre el primero y el segundo debate no transcurra un lapso mayor de ocho días; la introducción de nuevos artículos en los últimos debates; que la aprobación del texto no se adopte por la mayoría de los votos requeridos reglamentariamente, etcétera.

En cuanto a los procesos de control concreto de constitucionalidad, el estudio se circunscribe a la prueba en la Acción de tutela o de Amparo y se precisa que, si bien el procedimiento de tal acción constitucional es sui generis, el que se trate —en Colombia— de un término breve y sumario, no pretermite la etapa probatoria que en tales procesos debe surtir; de hecho, en todo este accionar se tienen que cumplir las normas y principios que rigen el debido proceso y que a partir de la carta política de 1991, se han erigido en *Principios Probatorios Constitucionales*, de acuerdo al artículo 29 de la Constitución y que, por supuesto son de aplicabilidad en los procesos de acción de tutela, por cuanto que conforme al artículo 4o. del decreto 306 de 1992 “*los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto en el Decreto 2591/91 (reglamentario de la acción de tutela), serán los principios generales del C. de P. C., en todo aquello que no sea contrario a dicho decreto*”. Los artículos 18 a 22 y 32 del decreto 2591/91 puntualizan las disposiciones relacionadas con la actividad probatoria en esta clase de procesos, que no obstante la precaria normatividad, se cumple una actividad probatoria muy particular.

En cuanto a la *noción de probar*, se recuerda que la concretización de la prueba no es cosa distinta que el acreditar la existencia o no de ciertos hechos que se alegan (acción de probar), derivando de estos juicios, motivos o razones que convengan al juzgador (certeza), utilizando los mecanismos o medios de que nos provee el ordenamiento jurídico (medios de prueba).

Finalmente, es necesario recordar que el estudio del derecho probatorio comprende la teoría general de la prueba y la parte especial de la misma; la primera, referida a los cinco grandes interrogantes o problemas jurídicos: ¿Qué es probar? ¿Qué se prueba? ¿Quién prueba? ¿Cómo se prueba? ¿Cómo se valora la prueba?; la segunda, relacionada con los medios de pruebas o instrumentos probatorios. Este esquema es el que se recomienda, debe seguirse

para los procesos de control abstracto y concreto de constitucionalidad; procesos atípicos dadas sus características; atipicidad que se predica en la manera cómo se surte el debate probatorio.

*Ana Giacomette Ferrer*

## 852. PRUEBA GENÉTICA

Etimológicamente *probar* proviene del latín *probāre* que significa justificar y manifestar la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos; en ese sentido se define a la *prueba* como a toda razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar la verdad o falsedad de algo. Por otro lado, entendemos como *Genética* a la disciplina que tiene como objeto el estudio del contenido de los genes y los rasgos específicos de los mismos. Desde la óptica jurídica podemos definir a la *prueba genética*, como: el medio de convicción que permite mostrar la veracidad de ciertos hechos controvertidos en un juicio que la ley permite, autoriza y reconoce como eficaces para obtener las características e información genética de determinado ser vivo. El objeto de la prueba en general busca respuestas a distintas interrogantes, por ejemplo: “qué se prueba, qué cosas deben probarse”. Distinguir pues entre los juicios de hecho y los de puro derecho, como lo dicta una máxima jurídica; a sabiendas que los primeros dan lugar a la prueba, y los segundos no. Entonces, podemos decir que la información genética es el conjunto de datos de origen y naturaleza genética que se asentarán necesariamente en un soporte científico determinado, bien puede ser un archivo manual o un banco de información genética específico. Cuando hablamos de la prueba genética, un aspecto de trascendencia es el garantizar la fiabilidad y confiabilidad de la prueba, al iniciarse la práctica de este tipo de exámenes, tanto la inexperiencia como el error humano, e incluso técnicos hicieron de este tipo de exámenes una prueba “especial”, tanto por la importancia en sus resultados, como la necesidad de su adecuado y pertinente manejo. Para el caso de este tipo de pruebas en el ámbito penal, han asignado a una o varias instituciones científicas la autoridad para realizar este tipo de pruebas genéticas. Esta seguridad científica le ha otorgado un mayor peso en la admisibilidad de la prueba de identificación de ADN para cuestiones de filiación, por ejemplo. En la práctica, una vez que los laboratorios realizan el examen prueba genética deben enviar al tribunal un reporte escrito que incluya en términos generales: 1. La muestra de los lugares de ADN, así como, las huellas de enzimas de restricción utilizadas para cada persona; 2. El poder de exclusión de cada examen; 3. El poder de exclusión acumulativo; 4. El índice de filiación para cada sistema genético; 5. El índice de filiación; y 6. La probabilidad de filiación.

Como podemos observar la aceptación de la prueba de ADN en nuestro país habrá de ajustarse a las normas de filiación actualmente en vigor, y dado el caso, será necesario realizar algunas reformas legislativas, en especial sobre las consecuencias de la filiación cuando se utilizan las técnicas de reproducción asistida, que en la actualidad representan una laguna jurídica dentro de nuestro derecho civil. En la medida en que los tribunales se organicen en la ejecución de este tipo de pruebas por parte de una institución competente, podrá concederle un valor probatorio satisfactorio es los casos de filiación. La identificación genética representa actualmente la prueba más eficaz y convincente para conocer la veracidad biológica en materia de filiación. Puesto que, hoy día con-

tamos con los instrumentos necesarios para revelar con casi exactitud los lazos de filiación, la decisión de utilizarlos depende de la opinión de cada sociedad.

En materia de inviolabilidad de la persona, el examen genético ha generado el debate sobre si es posible realizar la prueba Genética a partir de cualquier tipo de tejido sin el consentimiento previo, ello constituye un atentado contra la integridad física del cuerpo humano. Esto implica una modificación sobre el concepto del consentimiento informado, aunque por regla general este debe ser libre y claro. La libertad, la vida privada, la confidencialidad de la vida privada, constituyen la piedra angular susceptible de ser violentada por el uso de los exámenes genéticos, por lo que habrán de tomarse medidas jurídicas para su prevención y protección.

Dentro de las ramas del derecho social se encuentran el derecho del trabajo el cual se podría ver alterado por el impacto de las novedosas tecnologías genéticas. El uso potencial de la información genética en el ámbito del empleo es innegable para la selección de candidatos y para ciertas decisiones relativas al trabajo. La Ley Federal del Trabajo, reglamenta la obligación que tienen los trabajadores a someterse a los reconocimientos médicos previstos en el reglamento interior y demás normas existentes en la empresa o establecimiento, para comprobar que no padecen alguna incapacidad o enfermedad de trabajo, contagiosa o incurable. El uso potencial de la información genética en el ámbito del empleo es innegable para la selección de candidatos y para ciertas decisiones relativas al trabajo. En este sentido, es que la información genética del trabajador, no puede ser reglamentada en ninguna ley de trabajo, ya que forma parte de un rubro más general que es el derecho a la confidencialidad de la información nominativa. Por lo tanto, sería ilegal cualquier tipo de examen genético que se practique con motivo de la contratación laboral; en caso, de ser autorizado el examen la información habría: manejarla en forma discreta, y los resultados no deberían ser motivo de una contratación o rechazo definitivo, sino simplemente como un mayor manejo de información, en beneficio del trabajador ya contratado.

Con relación al acceso de la información genética, toda persona tiene derecho a la intimidad, es decir, que la información relativa a su estado de salud es estrictamente confidencial y restringida para el uso de los profesionales de la salud, de tal forma que, solo el interesado está autorizado para conocer su código genético, debiendo ser informado de los riesgos involucrados así como de los medios terapéuticos a su alcance.

Por otro lado en el derecho penal, las pruebas de huellas genéticas del ADN se han convertido en una técnica *ad hoc* dentro de las investigaciones criminales, debido a que los resultados pueden ser obtenidos a partir de cualquier tipo de fuente de material biológico, ya que todos contienen en sus células el código genético del organismo al que pertenecen. En contraste con los exámenes convencionales de análisis de sangre, cuya confiabilidad dependen de la habilidad de obtener tanto sangre como fluidos humanos, los resultados del ADN no dependen de la naturaleza del material o del tipo de célula analizada, ya que, el código genético está en cualquier tipo de célula del individuo.

Ahora bien, dentro del derecho privado las repercusiones que tienen las tecnologías del ámbito genético, destaca otra rama, por ejemplo, la del derecho mercantil, dentro de la genética, nos interesan tanto el seguro de vida,

como el seguro médico. Los recientes avances en la genética han sido vistos con cierta inquietud en cuanto a las repercusiones en el ámbito de seguros médicos. En el contexto de los seguros la información genética puede permitir a las compañías aseguradoras seleccionar con mayor precisión en manejo de los riesgos de salud, y evaluar la posibilidad de asegurarlos. Con relación al manejo de la información genética, debemos decir que aquellas propuestas que pretenden prohibir el uso de la misma y por parte de las compañías de seguros se alejan de la realidad. Lo importante es encontrar las normas que reglamenten adecuadamente las condiciones de cualquier contrato de seguro médico, previendo los intereses a las partes en cuestión, pero sin discriminar, ni dejar sin atención médica en función de una enfermedad, elicitada por un estudio o prueba genética.

*María de Jesús Medina Arellano*

### 853. PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS (MÉXICO)

Los *pueblos indígenas* forman parte del *conjunto de personas de un lugar, región o país*, cuya aspiración política es su pleno reconocimiento como grupos de personas *con gobiernos independientes*. Esta demanda se plantea al interior del Estado, por ello no se puede interpretar que pretendan convertirse en nuevos Estados, sino en pueblos con *autonomía* para decidir su desarrollo social, político y económico.

Las *comunidades indígenas* son *grupos sociales cuyos miembros viven juntos, o tienen bienes, intereses comunes*, y forman parte de un *conjunto de hombres viviendo en sociedad, habitando un territorio definido y tienen en común un cierto número de costumbres, de instituciones*. En este sentido, las comunidades indígenas de México forman parte de un pueblo indígena. Por ejemplo: las comunidades indígenas de Jesús María, Mesa del Nayar y de Santa Teresa (en el estado de Nayarit) forman parte del pueblo indígena Nayerij (cora). Al mismo tiempo, un pueblo indígena forma parte del *conjunto de personas de un lugar, región o país* llamado México.

Los *pueblos indígenas y sus comunidades* han vivido históricamente bajo la subordinación de otras culturas. En este contexto, el contenido del término Pueblo ha sido reservado a lo que la cultura dominante determina. El fenómeno de *nacionalización de la sociedad* tuvo como efecto principal fortalecer la hegemonía de las culturas dominantes mediante el cual “el pueblo aparecerá, a los ojos de todos como *un pueblo*, es decir como la base y origen del poder político (Étienne Balibar).” De esta manera, las culturas de las poblaciones indígenas fueron integradas por las culturas dominantes en un discurso de consolidación de la categoría pueblo como elemento legitimador de su hegemonía política. Así, se postuló (más como aspiración que como constatación) la existencia del *pueblo de la corona española*, durante la colonización castellana, y del *pueblo de México*, durante la consolidación de la República mexicana. El fin principal de este proceso fue el de controlar las poblaciones existentes (indígenas y no indígenas) en los territorios conquistados: “representadas en el pasado o en el porvenir como si formaran una comunidad natural poseedora en sí misma de una identidad de origen, de cultura, de interés, que trasciende los individuos y las condiciones sociales (*idem*)”.

El Estado mexicano del siglo XXI dio un giro a su política de integración cultural homogeneizante al establecer como decisión jurídico-político fundamental en nuestra Constitución: el *Principio del pluralismo cultural*, es decir, la di-

versidad cultural de su población (reforma constitucional al artículo segundo del año 2001). Ello lo coloca en un proceso inédito: transformar el andamiaje judicial, legislativo y administrativo, hacia un respeto pleno de las diferencias culturales y su desarrollo.

La doctrina ha identificado el término *pueblo* como un elemento fundamental de la categoría política dominante llamada *Estado*. Este ha considerado que su poder es único e indivisible, por tanto, su población debe ser (como aspiración) culturalmente una e indivisible. Por ello, fue política del Estado mexicano la integración cultural de los pueblos indígenas en la mexicanidad, es decir, en la cultura que habla castellano y reproduce los valores de las sociedades llamadas modernas u occidentales. La sustitución del Instituto Nacional Indigenista por la Comisión Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas marca la distinción entre una política de estado *indigenista*, es decir, monoculturizante, por una política de respeto y desarrollo de las diferentes culturas: *pluriculturalista*.

La constante histórica en México ha sido la pluralidad de culturas. La Constitución reconoce que la población existente en el territorio mexicano ya no aspira a ser homogénea culturalmente, sino que *tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas*. El reconocimiento jurídico constata la realidad sociológica, de esta manera el principio de unicidad e indivisibilidad del poder se transforma considerando que el término pueblo de México incluye una pluralidad de pueblos, entre estos, los pueblos indígenas.

La jurisprudencia mexicana ha impulsado la aplicación obligatoria de los derechos Indígenas estableciendo un “Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas” (2013). La jurisprudencia interamericana ha tenido también una postura activa en la materia, como lo destaca Alma Liliانا Mata Noguez en “Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (2011).

La Constitución mexicana vigente ha integrado en su seno otra decisión jurídico-político fundamental: el *Principio del Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas*, es decir, reconoce no solo el derecho de estos a ser y desarrollarse culturalmente, sino también políticamente, como parte del poder estatal, considerando a los primeros como género y a los segundos como sus especies. Define a los *pueblos indígenas* como “aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.” Y considera a las *comunidades indígenas* como parte de un pueblo indígena: “Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

Es obligación de los estados de la República el reglamentar (con base en sus características geográficas, históricas y culturales) el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y sus comunidades establecidas en su territorio. El reconocimiento a nivel interno del derecho de los pueblos indígenas no violenta la unicidad e indivisibilidad del territorio nacional, ya que el Estado mexicano se había obligado a reconocer este derecho en su legislación al aprobar en 1992 el *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, de la Organización Internacional del Trabajo (1989). En este Convenio se establece que el derecho de los pueblos a la libre determinación

no debe entenderse como un derecho a separarse de los Estados en donde se encuentran. En este mismo sentido se manifiesta la Organización de Naciones Unidas en la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (artículos 3-5), de 2007.

*Jorge Alberto González Galván*

#### 854. PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS (LATINOAMÉRICA)

De manera general, “indígena” alude a originario, nativo o natural de un lugar determinado (Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*). En el discurso contemporáneo del derecho internacional, “indígena” es un término comúnmente utilizado en asociación con un tipo particular de grupo culturalmente diferenciado: los “pueblos indígenas”. Esta expresión se refiere, en general, a los descendientes de pueblos existentes de manera previa a hechos históricos de invasión, conquista y/o colonización. El término tiene, por tanto, un origen colonial que puede variar en diversos contextos. En América Latina, por ejemplo, el punto de partida de la diferencia entre personas indígenas y personas no indígenas (europeos, criollos o blancos) se da con la invasión y la colonización europea a partir de los siglos xv y xvi.

A lo largo de los años, la perspectiva del derecho frente a los pueblos indígenas ha ido variando significativamente. En el contexto de los debates jurídicos y morales de los reclamos europeos sobre el “Nuevo Mundo”, autores como Bartolomé de las Casas, Francisco de Vitoria, Emerich de Vattel y Hugo Grocio articularon miradas en algún sentido empáticas con la existencia de colectivos con capacidad de ser autodeterminados. Sin embargo, existe un consenso en señalar que primaron visiones favorables a las naciones europeas, que permitieron legitimar la colonización y la opresión de los pueblos originarios desde el derecho (para una aproximación histórica al tratamiento de los pueblos indígenas en el derecho internacional véase Anaya S. James, 2004).

Desde mediados del siglo xx, con el establecimiento del orden mundial contemporáneo y la incorporación de los derechos humanos como principio del derecho internacional, los parámetros normativos avanzaron notoriamente para incluir preceptos morales que incluían perspectivas de diversidad cultural. En el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), establecida en 1945, las primeras medidas adoptadas se comenzaron a dar a partir de los años setenta.

En 1971, el Consejo Económico y Social autorizó a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías para que realizara un estudio sobre la discriminación contra las poblaciones indígenas y designó a José Martínez Cobo como relator especial. Asimismo, en 1977 se organizó una Conferencia Internacional de las Organizaciones no Gubernamentales sobre Discriminación contra las Poblaciones Indígenas de las Américas y, en 1981, una Conferencia de las Organizaciones no Gubernamentales acerca de las Poblaciones Indígenas y la Tierra. En este contexto, se arribó a una de las primeras definiciones de “pueblos indígenas”, ampliamente citada y dada en 1986 por Martínez Cobo (E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4. párr. 379), que a la letra señala: “Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran

distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”.

En esa misma línea, años más tarde, en 1995, la entonces presidenta y relatora del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, Erica-Irene Daes, presentó un Documento de Trabajo sobre el alcance del término “indígena”. En el mismo estableció que cuatro factores habían sido fundamentales para construir el concepto: *a)* la prioridad en el tiempo de ocupación y el uso del territorio; *b)* la perpetuación voluntaria de la especificidad cultural; *c)* la autodeterminación, y *d)* la experiencia de marginalización, exclusión y discriminación.

En el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la situación de los pueblos indígenas fue tempranamente materia de atención. En 1957 se adoptó el Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales, el cual indicaba que sus disposiciones se aplicarían a los miembros de las poblaciones tribuales o semitribuales de países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas sean de una etapa menos avanzada que la del resto de la sociedad y se rijan por sus propias costumbres o tradiciones, o que sean consideradas indígenas por descender de poblaciones que habitaban el país durante la conquista y la colonización, y vivir de acuerdo con las instituciones de esa época (art. 1 Convenio 107).

Como esta y otras disposiciones mostraban un enfoque integracionista, se comenzaron a realizar cuestionamientos al Convenio 107. Esto, junto con el hecho de que ya se había establecido un Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas en la ONU y aumentaron las demandas de los propios pueblos indígenas, llevó a que el tratado comenzará a ser revisado en 1986. Dicho proceso resultó en la aprobación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en 1989, que presenta como cambio más sustantivo el alejarse de la mirada asimilacionista para reconocer la autodeterminación de estos pueblos (según su art. 36, el Convenio 169 revisa el Convenio 107. En ese sentido, aquellos Estados que se hicieran parte de este denuncian automáticamente el Convenio 107. Este ha sido el caso de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay y Perú).

En los debates realizados para la aprobación del Convenio 169 se discutió sobre sustituir el término “poblaciones indígenas” por el de “pueblos indígenas”. Para muchos, el primero se restringía a hacer referencia a un conjunto de individuos con características raciales o culturales compartidas y reproducía una connotación histórico-política integracionista que llamaba a prácticas de asimilación o de diferenciación cultural, visiones que tenían que ser superadas. Diversos Estados abogaron por utilizar un concepto que reflejara la sustitución de la orientación integracionista y el derecho a la libre autodeterminación, y afirmaron que habían comenzado a referirse a “pueblos” en sus normas nacionales y en foros internacionales.

Esta posición fue acogida en el texto del Convenio 169, el cual se refiere a “pueblos indígenas” y contiene criterios para determinar cuándo un grupo humano puede considerarse como tal. Cabe hacer notar que no se trata de

una definición precisa o cerrada del término que corre el riesgo de resultar restrictiva, sino de pautas para identificar tales colectivos que permitan abarcar la inmensa diversidad de pueblos indígenas en el mundo.

Tales criterios se encuentran en el artículo 1.1 del Convenio 169 y se distinguen entre objetivos y subjetivos (art. 1.1 Convenio 169 OIT). Los elementos *objetivos* consisten en: *i*) la continuidad histórica, sociedades previas al periodo de conquista o de colonización; *ii*) la conexión territorial, sus ancestros habitaban en la región o el país, y *iii*) la presencia en todo o en parte de instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas propias (OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT, 2009, p. 9). Respecto al *elemento subjetivo*, esta disposición establece que “la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”. Es decir, se refiere a una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman como miembros de una colectividad. Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, casos *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*; *Comunidad Indígena Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*; *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*) la autoidentificación es el criterio fundamental para determinar la condición de indígena de un pueblo o comunidad.

Un concepto cercano del que debe distinguirse es el de “pueblos tribales”, que no son originarios de la región que habitan pero que, al igual que los pueblos indígenas, comparten condiciones que los distinguen de otros sectores de la sociedad dominante o mayoritaria. El Convenio 169 contiene criterios de identificación de estos colectivos. Los criterios *objetivos* consisten en que compartan “condiciones sociales, culturales y económicas [que] les distingan de otros sectores de la colectividad nacional”, así como que “estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial” (art. 1.a).

En similar sentido, la Corte IDH ha entendido que un “pueblo tribal” es aquel que “no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones” (caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párrs. 79 y 80-84, y caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, párrs. 132 y 133).

El elemento *subjetivo* se refiere también a la conciencia de la respectiva comunidad sobre su identidad diferenciada. En la región americana, algunos colectivos han sido considerados como pueblos tribales, por ejemplo, el pueblo Maroon en Surinam, los quilombos en Brasil, o las comunidades afrodescendientes en Colombia (caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párrs. 78 y 79. Asimismo, CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OEA/Ser.L/V/II, 31 de diciembre de 2015, párr. 28 y Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-576/14, 4 de agosto de 2014).

Igualmente se debe distinguir del concepto de “minorías”, pues esta expresión alude fuertemente a un sentido numérico y se usa con relación a grupos poblacionales identificables por su nacionalidad, etnia, religión y/o lengua, cuyo número es menor a la mayoría en determinada sociedad. La población indígena puede no ser minoritaria, como es el caso de Bolivia (62.2%), que es el país de América Latina con el mayor porcentaje de personas indígenas en su población. Además, se reconocen derechos a los pueblos indígenas por razones históricas vinculadas a contextos de conquista y/o colonización que no necesariamente comparten con otras minorías étnicas.

*Cristina Blanco Vizarreta*

árdenas Ramírez · Jorge Ulises Carmona Tinoco · Jo  
Fabio · Diego Valadés · Víctor Bazán · Alejandro Cas  
o Leal · Catalina Botero · Ethel Nataly Castellanos Mo  
nilo Ernesto Castillo Sánchez · James Cavallaro · Alfor  
· Diego García Ricci · Alberto Gaíd · Cyntia Chanut  
tillo · Carlos Chinchilla Sandi · Natalia Chudak Rumak  
Coello Garcés · Marycarmen Color Vargués · Víctor M  
Carlo Gutiérrez Zapata · James Cavallaro · Jean Cac  
no · Sergio García Ramírez · José Francisco Medina Oc  
· Mauro Arturo Rivera León · Pedro Salazar Ugarte  
· Vázquez-Mellado García · Christina Binder · Guada  
· Ana Giacomette Ferrer · Karina Ansolabehere · Qu  
María de Lourdes García Ruiz · Roberto Fraga Jiménez  
Pablo Abreu Sacramento · Ricardo Alonso García · L  
onzalo Aguilar Cavallo · Luis María Aguilar Morales · I  
z Mondragón · José Antonio Abel Aguilar Sánchez · Á  
lvarez · Carlos Ayala Corao · S. Enrique Anaya · Franc  
ico Andreoli · Eduardo Ferrer Mac-Gregor · Luiz Alb  
ellano Hobelsberger · Héctor Fix-Fierro · Juan Carlos  
Arreola Zavala · Carla Huerta Ochoa · Roxana de Jes  
Ornelas · Jaime Cárdenas Gracia · Carlos Báez Silva ·  
· Bernal Franco · Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena · Leti  
Constantino · Joaquín A. Mejía Rivera · Ayesha Borja  
o · Wendy Vanesa Rocha Cacho · José Antonio Cabal  
a Hernández · Hermógenes Acosta de los Santos · En  
dena Alcalá · Jorge Mario Pardo Rebolledo · Laura Al  
o · José Fernando Franco González Salas · Guillermo  
Gallegos · José Ma. Serna de la Garza · Sandra Lorena  
· Chudyk Rumak · José María Soberanes Díez · Franc  
z · Allan R. Brewer-Carías · José Ricardo Carrazco M  
eón · Antonia Urrejola · José María Soberanes Díez · E



### 855. QUEJA ANTE LOS ORGANISMOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

“Queja” viene del latín, del verbo “*queror*” *questus sum* dep. quejarse, deplorar (*suum fatum*, su suerte; *de aliqua re q.*, quejarse de algo), hacer oír sus quejas, sus voces plañideras. De ahí la partícula interrogativa “*quāre*”, adverbio que significa “¿por qué?”, “¿por qué motivo?”.

Y en otra acepción, queja es querella.

Del latín *querēla-æ*, f. Queja, lamentación, reclamación, demanda, querrela, descontento (*civitatis* de la ciudad), enfermedad. (Diccionario *Vox* latino-español-latino).

Una queja es una expresión que denota molestia, disgusto, lamentación o dolor. Una queja puede expresarse de diferentes maneras. En forma oral presenta peculiaridades de enojo y las palabras utilizadas pueden ser ofensivas o expresar dolor por el daño que es la razón de la queja. Pueden ser escritas, lo que es común en instituciones o dependencias gubernamentales en donde se emiten quejas y protestas por el incumplimiento de algún servicio o por la violación de derechos.

Quien se queja es porque está insatisfecho, porque reclama algo, y también porque de alguna manera quiere conseguir o indagar algo.

De la pretensión de plantear una queja o reclamación viene la acepción judicial que generalmente damos a este vocablo en derecho.

La queja en el procedimiento de derechos humanos es de carácter no jurisdiccional, cuasi-contencioso, paraprocesal o voluntario y de naturaleza administrativa; tiene varias acepciones, designa diversos tipos de acciones y recursos.

En México la queja, también llamada “reclamación” o “denuncia” en el procedimiento de derechos humanos, como acción, constituye un documento en el cual una o varias personas describen actos u omisiones cometidos por una autoridad o servidor/a público/a y que consideran violatorio de sus derechos humanos.

Su fundamento jurídico lo encontramos en el art. 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y su Reglamento Interno.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), conoce de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor/a público/a, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos; asimismo formulan recomendaciones públicas, no vinculatorias. Todo servidor/a público/a está obligado/a a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos.

Por ningún motivo la CNDH podrá examinar cuestiones jurisdiccionales o asuntos electorales.

La formulación de quejas y denuncias no afecta el ejercicio de otros derechos y medios de defensa que puedan hacer valer los afectados conforme a las leyes, no suspende ni interrumpe sus plazos preclusivos, de prescripción o caducidad.

Por otra parte, en este procedimiento existe también el recurso de queja mediante el cual se sustancian las inconformidades que se presenten ante la CNDH. Este recurso solo puede ser promovido por los quejosos o denuncian-

tes que sufran un perjuicio grave, por las omisiones o por la inacción de los organismos locales de derechos humanos.

Los procedimientos de queja que se sigan ante la CNDH deben ser breves y sencillos, y se ejercerá la suplencia en la deficiencia de la queja.

Cualquier persona puede denunciar. La queja debe presentarse por escrito; sin embargo, en casos urgentes es posible formularla por cualquier medio de comunicación electrónica. No se admiten comunicaciones anónimas, pero en caso necesario se mantiene estricta confidencialidad sobre el nombre y datos del quejoso.

Si se llega a la conclusión de que existió violación de los derechos humanos, la CNDH emite una recomendación; por el contrario, si determina que la autoridad actuó justificadamente, concluye el expediente con un acuerdo de no responsabilidad.

En el sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) analiza e investiga las violaciones de derechos humanos cometidas por autoridades gubernamentales, emite un informe y formula recomendaciones al Estado miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA) responsable y le otorga un plazo para cumplirlas a fin de que se restablezca el goce de los derechos en la medida de lo posible, para que los hechos no vuelvan a ocurrir en el futuro y para que se investiguen y se repare a las víctimas. Puede publicar sus conclusiones y recomendaciones en su informe anual ante la Asamblea General de la OEA.

El término “queja” no se utiliza en este procedimiento. El Reglamento de la CIDH establece el de “petición”. Así, peticionario/as es la persona o grupo de personas (puede ser una organización no gubernamental, ONG) que presenta la petición, y presunta/s víctima/s será la persona o grupo de personas presuntamente afectado/as por los hechos alegados en la petición. Las presuntas víctimas deben estar determinadas o ser determinables.

La parte peticionaria debe demostrar que hubo una violación a alguno de los tratados interamericanos de derechos humanos.

En el sistema de las Naciones Unidas existen dos procedimientos para la presentación de quejas o denuncias por violación de derechos humanos.

Por una parte, el procedimiento ante el comité respectivo para que examine las denuncias, en virtud de violaciones de los derechos que sean objeto de cuatro de los seis tratados de derechos humanos llamados “básicos”, que son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Así como las quejas o denuncias que se presentan mediante procedimientos especiales a la Comisión de Derechos Humanos y a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Al igual que en los casos anteriores, los mecanismos para su presentación son sencillos y accesibles.

La denuncia a un comité, también llamada “comunicación” o “queja”, no tiene que revestir una forma determinada.

Cualquier persona puede presentar una denuncia de violación de los derechos consagrados en el tratado para que el comité respectivo emita un fallo cuasi judicial; sin embargo, la denuncia no puede ser anónima.

Las denuncias con arreglo a uno de los cuatro tratados solo se pueden presentar contra el Estado que cumpla dos condiciones: ser parte en el tratado correspondiente y reconocer la competencia del comité establecido en virtud del tratado pertinente para examinar denuncias de particulares.

Cuando un comité toma una decisión, llamada “opinión”, sobre el fondo de una denuncia, suele hacer sugerencias y/o recomendaciones, incluso si formalmente ha llegado a la conclusión de que no existió violación de la convención de que se trate.

Por su parte, los procedimientos de quejas o denuncias a las comisiones arriba citadas son distintos de los de las quejas o denuncias ante los comités, presentadas en virtud de los tratados internacionales. Las quejas o denuncias a las comisiones se centran en pautas y tendencias más sistemáticas de violaciones de los derechos humanos, y se pueden presentar contra cualquier país del mundo.

La queja o denuncia se debe presentar por escrito, y debe ir firmada y especificar el Estado parte contra el que se presenta.

*María de Lourdes García Ruiz*

#### 856. QUÓRUM

El *Diccionario de la Lengua Española* define al quórum como: “Número de individuos necesario para que un cuerpo deliberante tome ciertos acuerdos”.

En el contexto del derecho parlamentario, el quórum es el número mínimo de miembros presentes que se requiere para que la Cámara baja o la alta puedan ya sea instalarse, deliberar válidamente, y en su caso, emitir resoluciones obligatorias; es decir, para que exista un mínimo de representatividad en las decisiones que se vayan a tomar.

En México, el quórum necesario para que el Congreso pueda sesionar data de la Constitución de 1824, art. 36, la cual señalaba que el Congreso no podía “abrir sus sesiones sin la concurrencia de más de la mitad del número de sus miembros”.

Posteriormente, la Constitución de 1857, en su art. 61, reguló el quórum en los mismos términos que la de 1824. Al restituirse la Cámara de Senadores en 1874 se estableció para esta un quórum de dos tercios de sus integrantes.

Esta última situación fue regulada de la misma manera por el texto original de la Constitución de 1917; sin embargo, el 3 de septiembre de 1993 se reformó el art. 63 unificándose el criterio sobre el quórum para sesionar en ambas Cámaras: más de la mitad de los miembros. De tal manera, la Cámara de Diputados solo puede abrir sus sesiones con la concurrencia de 251 miembros, y la de Senadores con 65 (*Diccionario Universal de Términos Parlamentarios*).

En su libro *Esencia y valor de la democracia*, Hans Kelsen afirma que el principio de la mayoría parlamentaria supone la existencia de una minoría, pues en ciertas esferas de intereses solo pueden dictarse normas con el asentimiento de una minoría calificada y no contra su voluntad; es decir, ciertas decisiones solo son posibles mediante un acuerdo entre mayoría y minoría.

También afirma Kelsen que todo el procedimiento parlamentario con su técnica, con sus controversias dialécticas, discursos y réplicas, argumentos y refutaciones, tiende a la consecución de transacciones. En ello estriba el verdadero sentido del principio de mayoría en la democracia genuina, y por esto

es preferible darle el nombre de “principio de mayoría y minoría” (como dice en su libro Kelsen Hans, *Esencia y valor de la democracia*).

Acorde con el propio Kelsen, uno de los problemas más difíciles y peligrosos del parlamentarismo es el de la obstrucción, pues los preceptos reguladores del proceso parlamentario, y especialmente los derechos concedidos a las minorías, pueden ser utilizados por estas para entorpecer e incluso paralizar el mecanismo parlamentario, ya sea mediante medios reglamentarios o ilegales. Sin embargo, según el jurista austriaco, la obstrucción ha sido no pocas veces un medio que en lugar de imposibilitar la formación de la voluntad parlamentaria la ha encauzado hacia una transacción entre mayoría y minoría.

Bajo este contexto, es pertinente que se definan los tipos de mayoría que pueden presentarse en los cuerpos deliberativos como los congresos o legislaturas:

Tipos de mayoría:

a) Simple: la que representa la mitad más uno de los votos de los diputados presentes en una sesión.

b) Relativa: la que representa el mayor número de votos que los diputados presentes en una sesión, respecto a los distintos resultados de las votaciones emitidas para un solo asunto.

c) Calificada: la que representa las dos terceras partes de los integrantes de la legislatura.

En el derecho comparado encontramos que en el ámbito parlamentario el porcentaje de miembros que se requieren para integrar el quórum varía en distintos países; por ejemplo, en Colombia se exige el 25% del total de los parlamentarios; en Chile, con la concurrencia de una tercera parte del total de los miembros de las Cámaras se puede sesionar; en Costa Rica el quórum para que se puedan efectuar sesiones es de dos tercios del total de la Asamblea; en Cuba, Perú y Paraguay es de más de la mitad del total de los miembros, y por último, en Argentina, Bolivia y Venezuela es el de mayoría absoluta. Asimismo, se exige el quórum al instalarse la sesión y al momento de la votación.

Ahora bien, la figura del quórum es aplicable también a otro tipo de cuerpos colegiados, bien sea en el ámbito de los poderes judiciales u órganos constitucionales autónomos.

Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México está compuesta por once ministros, y se requiere de un quórum de siete ministros para sesionar válidamente, y para tomar decisiones como declaraciones de inconstitucionalidad en el Pleno se requieren mayorías calificadas de ocho ministros (tal y como lo menciona el art. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

Por otro lado, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se compone de siete miembros, y en términos del art. 187 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación puede sesionar válidamente con un quórum de cuatro magistrados. En el caso de las Salas Regionales, también por ley se establece que se integran por tres magistrados, y para sesionar válidamente tienen que estar los tres magistrados, en cuyo caso, ante la ausencia de uno de ellos, un secretario en funciones cubrirá la ausencia del magistrado. Similar modelo adoptan los tribunales colegiados de circuito (tribunales de alzada en juicio de amparo y cortes de casación en el derecho comparado), quienes revisan la legalidad y constitucionalidad de los

actos y resoluciones de los tribunales de las entidades federativas vía amparo directo.

El problema se ha presentado en órganos constitucionales autónomos o con autonomía técnica, como el Consejo de la Judicatura Federal (en términos del art. 100 de la Constitución mexicana es el órgano que administra, vigila y disciplina al Poder Judicial de la Federación con independencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Se conforma por miembros del Poder Judicial de la Federación, Senado de la República y Ejecutivo Federal) que se integra por siete miembros, y el quórum se integra con cinco consejeros; sin embargo, existen casos en que por meses no se han designado a los propios consejeros, y aun cuando existe quórum para sesionar, existe el riesgo de empatar una decisión fundamental; por ejemplo: una suspensión a juez o magistrado; o bien en el caso del Instituto Federal Electoral, que se integra por nueve consejeros, y en términos del art. 115 del Código Federal de Procedimientos Electorales se requiere que esté la mayoría de los consejeros, entre ellos su presidente, y de no cubrirse las vacantes de consejeros existen serios riesgos para las decisiones del órgano que tiene encargada la función estatal de organizar las elecciones; por ejemplo, la aprobación o no de un dictamen de fiscalización de los partidos políticos.

La justificación de la exigencia del quórum, tanto en órgano parlamentario como en órgano deliberativo (judicial o constitucional autónomo) estriba en que las decisiones deben estar sustentadas en el criterio de la mayoría, pues en términos lógicos una mayoría supone que goza del principio de razón suficiente para tomar cierto tipo de decisiones, con un grado de congruencia, aceptabilidad y atinencia.

Los principios de quórum y de mayoría en los órganos legislativos o parlamentarios no pueden aplicarse para violar derechos fundamentales, porque de acuerdo con filósofos del derecho, como Ernesto Garzón, existe un coto vedado en todo derecho; es decir, un núcleo jurídico que no puede ser decidido por ninguna mayoría. En igual caso, Ferrajoli considera que una decisión, por muy democrática y mayoritaria que sea, si viola derechos fundamentales no es válida.

*José Antonio Abel Aguilar Sánchez*



Raúl Puccinelli · Hernán Salgado Pesantes · Ángela  
Hernández · Mariela Morales Antoniazzi · Carlos A  
Angela Margarita Rey Anaya · Carlos María Pelayo M  
Francisco Vázquez Gómez Bisogni · Harner Miranda  
Santos Flores · Alejandro Castañón Ramírez · Ricardo  
Carrasco Mayorga · Juan Carlos Contreras  
Alberto David Araujo · Pietro de Jesús López Alarcón · M  
Rosario Rodríguez · Mario Melgarejo Adalicio Martín R  
Ópez Olvera · Roberto Romboli · Nuria González Ma  
n Sánchez Gil · S. Enrique Anaya · Víctor Manuel Co  
Hernández Toledo · Laura Alicia Camarillo Govea · T  
tt · Luiz Guilherme Marinoni · Mauricio Lara Guada  
Lira González · Patricia Tarre Moser · Emanuel López  
wton · Lucio Pegoraro · Roberto Romboli · Julio Césa  
que Ruiz Torres · Wendy Jarquín Orozco · Ma. Carn  
dero Estrada · Jorge Mario Pardo Rebolledo · María I  
z · Fabiola Martínez Ramírez · José Armando Martín  
ns · Antonia Urrejola · Diego Valadés · Rodolfo Vigo ·  
is Medina Arellano · Amelia Gascón Cervantes · Vázo  
Pedro Salazar Ugarte · Joaquín A. Mejía Rivera · Mi  
nseca · Francisco Javier Díaz Revorio · Dulce María M  
úid · Yaruma Vásquez Carrillo · José Ugaz · José Luis I  
Juan N. Silva Meza · Federico De Fazio · Sofía Sagüés  
na Muñetón Londoño · Guillaume Tusseau · Carlos V  
or · Néstor Pedro Sagüés · Arturo Guerrero Zazueta · I  
andro Olano García · Alfonso Herrera García · Dora Ir  
óñez · Claudia Ibet Amezcua Rodríguez · Valeria Roc  
no Villena · Arturo Zaldívar Lelo de Larrea · Felipe Pa  
zález · José Luis Soberanes Fernández · Robert Alexy  
a Pérez Cepeda · José Luis Soberanes Fernández · Ed  
o · José María Soberanes Díez · Virdzhiniya Petrova C



857. *RATIO DECIDENDI*

En la doctrina del *stare decisis*, el sistema de precedentes o sentencias (en el derecho anglosajón —*Common Law*—) se compone de dos elementos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. El elemento vinculante y obligatorio del “precedente judicial” en la doctrina inglesa es el *ratio decidendi* (en sentido literal “la razón para la decisión”). Previo a la elucidación de lo que constituye la *ratio decidendi* en la doctrina del precedente judicial inglés, es necesario establecer la importancia del mismo. El término precedente judicial puede ser entendido como el proceso o medio por el cual los juzgadores resuelven, siguiendo las decisiones tomadas en casos previos. En el derecho inglés, la doctrina del precedente judicial implica la aplicación del principio del *stare decisis*, es decir, el principio de “adherirse a los casos resueltos”. En la práctica, esta es una característica de obligatoriedad, lo que significa que los juzgados de igual rango deberán aplicar y seguir sus decisiones previas, y cualquier corte inferior está vinculado a seguir el principio del *stare decisis*. El juzgador, al emitir su fallo, enuncia los hechos que han sido probados durante el procedimiento, para después aplicar el principio normativo sobre los hechos probados para pronunciar el razonamiento jurídico de la resolución judicial (*ratio decidendi*). La *ratio decidendi* es el razonamiento normativo aplicado al caso concreto por el cual el juzgador fundamenta su resolución al caso concreto. La *ratio decidendi* es el único elemento de la decisión judicial que cobra autoridad en un precedente, puesto que es el principio normativo subyacente a la controversia resuelta, es decir, la razón en la cual se basa la decisión judicial del caso. Por tanto, la *ratio decidendi* es el principio normativo obligatorio para casos posteriores planteados ante la misma jurisdicción, puesto que cobra fuerza vinculante, y deberá ser aplicada por las cortes del mismo rango o de jerarquía inferior.

Debido a que el principio normativo contenido en el caso resuelto es la *ratio decidendi*, siendo el elemento obligatorio y vinculante, se sigue que los casos no son vinculantes en relación a los hechos, sino solamente en relación al razonamiento judicial, con base en el cual el juzgador se apoyó para resolver la controversia. En un caso, la distinción entre los hechos y el principio normativo subyacente, la *ratio decidendi* es compleja y resulta crucial para los propios juzgadores, puesto que es el elemento que tendrán que seguir y aplicar en futuras decisiones, la detallada inspección e identificación del principio normativo es trascendental para evitar errores o consecuencias jurídicas no deseadas en futuros litigios. Distinguir e identificar la *ratio decidendi* dentro de un precedente requiere la separación, por parte del juzgador, de los apartados relevantes e irrelevantes del razonamiento judicial. Los profesores Cross y Harris (*Precedent in English Law*, 4a. ed., 1992, p. 72) establecen que tradicionalmente: “La *ratio decidendi* del caso es aquella regla normativa expresa o implícitamente abordada por el juez como una instancia necesaria para arribar a su conclusión, la cual se adopta en la línea de razonamiento del juzgador”. En la actualidad, dentro de la doctrina del *stare decisis*, es generalmente aceptada la noción de que la *ratio decidendi* de un caso es lo que se determina como el principio normativo subyacente por las cortes, en casos posteriores, y no aquel principio que fue considerado por el juzgador en el caso original. Esta última noción por la cual se puede llegar a distinguir la *ratio decidendi* de un caso, resulta ser más objetiva, puesto que resulta de mayor utilidad para el juzgador, al relegar cualquier enunciado dentro del caso que corresponda al elemento

*obiter dictum*, debido a que los hechos de dos casos posteriores raramente serán idénticos, de esta manera el juzgador en casos posteriores solo tendrá la tarea de restringir o bien extender la *ratio decidendi* de un caso resuelto previamente. Por ejemplo, si el juzgador decide que el pronunciamiento normativo o *ratio decidendi* en el *stare decisis* no es aplicable a los hechos controvertidos sobre los cuales tendrá que tomar una decisión, entonces restringe el ámbito de su aplicación; por el contrario, si el juzgador encuentra que la regla normativa o *ratio decidendi* resulta aplicable a otros hechos en una situación o controversia distinta, entonces estará ampliando su esfera de adjudicación.

La *ratio decidendi* generalmente no es enunciada de manera explícita en el razonamiento judicial; lo delicado de identificar el pronunciamiento normativo subyacente al caso es que el mismo puede encontrarse en medio de los enunciados que forman parte del *obiter dictum*. Lo verdaderamente relevante para la aplicación de la doctrina del precedente en el *Common Law* es descubrir la *ratio decidendi*, la combinación entre los hechos materiales y las reglas normativas aplicadas a los mismos, puesto que sobre estos recae el razonamiento resolutorio del juzgador dentro de la sentencia. La teoría avanzada por el profesor A. Godhart (Slapper y Kelly, *The English Legal System*, 11a. ed., Routledge, 2010-2011) para descubrir la *ratio decidendi* en una sentencia, es la de identificar los hechos que son considerados como materiales para el juzgador, en la resolución del caso concreto, puesto que todas aquellas opiniones, hechos no materiales o razonamientos que fueron irrelevantes para la decisión del caso, constituyen *obiter dictum*. Esta distinción resulta ser la más compleja, y en la que ponen mayor atención los juzgadores para descubrir la *ratio decidendi* de casos previos, puesto que dentro del cúmulo de *stare decisis* reportados por los editores (*reporters*) de la publicación de sentencias, el juzgador debe ser cauteloso, debido a que generalmente no encapsulan debidamente la *ratio decidendi* en el encabezado de la sentencia, es decir, en el resumen de los principales fundamentos de derecho aplicados en una resolución judicial. Es por esta situación que el juzgador no puede confiar plenamente en los encabezados de sentencias previas reportadas, ni constituye un método idóneo para la identificación y distinción de los elementos de la sentencia, puesto que los editores de los reportes pueden interpretar equivocadamente el razonamiento legal e intentar establecer la *ratio decidendi* en el encabezado de una forma demasiado extensa, o viceversa, excesivamente estricta. Es importante tener en consideración que dentro de una sentencia se pueden encontrar dos o más razones en las cuales el juzgador ha fundamentado su decisión; en estos casos, estas razones son *rationes decidendi* y no pueden ser relegadas como *obiter dicta*. Finalmente, es posible que varios jueces, en la resolución de un mismo caso, decidan a favor de una de las partes aplicando una regla normativa, pero fundamentando su decisión en distintas razones; en estos casos, la *ratio decidendi* es aquel razonamiento en el cual la mayoría de los jueces hayan coincidido.

*María de Jesús Medina Arellano*

## 858. RECURSO ADMINISTRATIVO

Los recursos administrativos son medios de impugnación establecidos en una ley, por medio de los cuales las personas interesadas, físicas o morales, afectadas por un acto o resolución administrativos, pueden solicitar al superior jerárquico del servidor público que dictó el acto o resolución administrativos

su inexistencia, nulidad, anulabilidad, revocación, modificación o el dictado de un nuevo acto o resolución.

En opinión de Andrés Serra Rojas, el recurso administrativo es un medio de impugnación y directo de “defensa legal que tienen los gobernados, afectados, en contra de un acto administrativo que lesione su esfera jurídica de derechos o intereses, ante la propia autoridad que lo dictó”.

Los recursos administrativos han sido regulados por diferentes tipos de normas, tanto de naturaleza legal como reglamentaria, desde la época de la Colonia. En un estudio que hicimos (“Los recursos administrativos en México, 1775-1917”, en Montaña Plata, Alberto y Matilla Correa, Andry (coords.), *Ensayos de derecho administrativo. Libro homenaje a Jorge Fernández Ruiz*, 2016, p. 826) señalamos que los recursos administrativos en México tienen antecedentes muy antiguos, como el regulado en la Ordenanza de 7 de mayo de 1775.

Por su parte, José Luis Vázquez Alfaro afirma (1996, p. 69) que “Es en la Ley del Impuesto sobre la Renta de 1925 y en la Ley para la Calificación de Infracciones a las Leyes Fiscales y para la Aplicación de Penas de 1929, que se instituyeron los recursos contra los actos de las llamadas ‘Comisiones de Calificadoras’”. Es a partir de este periodo, sostiene el maestro Vázquez Alfaro, que podemos hablar de verdaderos recursos administrativos en el derecho mexicano.

Los recursos administrativos en México estaban regulados en diferentes normativas, como leyes y reglamentos. Cada uno establecía sus propios recursos administrativos con diferentes denominaciones, plazos y tipos de interés, entre otros aspectos; así, en 1994 se publicó la nueva Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que establece un solo recurso administrativo: el de revisión.

Al respecto, cabe señalar que la regulación de un solo recurso administrativo trajo ventajas pero también desventajas, que es necesario revisar para actualizar tanto la ley federal como las respectivas de procedimiento administrativo de los estados.

Entre las ventajas que trajo la nueva ley, se derogaron todos los recursos administrativos contenidos en otras leyes (art. segundo transitorio); en ese sentido, el único recurso que se puede interponer en contra de actos o resoluciones de la Administración pública es el de revisión. Otra ventaja es que el recurso de revisión es optativo; es decir que la persona afectada o inconforme por un acto o resolución de la Administración pública puede interponer el recurso administrativo o interponer una demanda ante una instancia jurisdiccional, como podría ser el juicio de amparo o el juicio de nulidad.

Entre las desventajas del recurso de revisión está que este solo puede interponerse frente a actos o resoluciones de la Administración pública federal, pero no puede interponerse frente a actos materialmente administrativos emitidos por autoridades administrativas del poder judicial federal, del poder legislativo federal o de alguno de los órganos constitucionales autónomos. En estos órganos se pueden interponer otro tipo de recursos administrativos contenidos en leyes u otras normativas, como reglamentos o acuerdos generales, que son diferentes al recurso de revisión que regula la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. La misma situación se da en los diferentes estados de la república.

Otra desventaja que se da en la práctica es que un porcentaje muy alto de los recursos interpuestos confirma la decisión originaria de la Administración

pública, lo cual lo vuelve inútil y genera desconfianza entre las personas que acuden ante los superiores jerárquicos para que revisen la actuación de los inferiores.

Sería importante y muy valioso que la Administración pública le diera al recurso administrativo la importancia, la seriedad y la función para la cual fue creado, para revisar nuevamente con objetividad e imparcialidad un acto o resolución dictados por ella misma.

También debemos señalar que después de la expedición de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo se han expedido diversas leyes que establecen otros recursos administrativos, diferentes al de revisión; por ejemplo, en materia de responsabilidades administrativas, fiscal o aduanera, entre otras.

Los recursos administrativos, señala el Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Sexto Circuito, son medios “de control de la legalidad de los actos de las autoridades”.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (tesis aislada 2a. LI/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, t. XV, mayo de 2002, p. 303) ha considerado que “El recurso administrativo, en razón de su naturaleza, no implica la realización de una función jurisdiccional en tanto que en él no existe un órgano independiente ante el que se dirima una controversia, sino que *se trata de un mero control interno de legalidad de la propia administración* responsable de los actos impugnados, en ejercicio de un control jurídico que tiende más a la eficacia de su actuación, que es de orden público, que a la tutela de intereses particulares, de manera que dentro de los procedimientos recursales generalmente no rigen los principios de igualdad de las partes, ni de contradicción, puesto que no hay demandado, ni existe un Juez imparcial. En congruencia con lo anterior, se concluye que en los recursos administrativos rige, en lo esencial, la garantía individual de impartición de justicia pronta y completa que consagra el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que implica que los principios que conforman ese derecho subjetivo público, deberán adecuarse a las diversas finalidades de esos medios de defensa”.

En la práctica, esta es otra de las limitaciones de los recursos administrativos, ya que, como las leyes de procedimiento no señalan el tipo de control que deben realizar los encargados de resolver un recursos administrativo, solo se hace una revisión de la legalidad, pero no se revisa si hay violaciones a derechos humanos. Sería importante que los recursos administrativos tuvieran ese alcance; así se evitarían juicios y se agilizarían los procedimientos y la satisfacción de las necesidades de las personas.

*Miguel Alejandro López Olvera*

#### 859. RECURSO DE AMPARO (NICARAGUA)

Nicaragua incorporó el amparo por primera vez en la Constitución de 1893 con un objeto amplio, pero no claro, bajo la influencia del juicio de amparo mexicano, integrando en una misma institución al amparo propiamente dicho, al amparo por inconstitucionalidad y al amparo por exhibición personal para proteger la libertad de las personas.

En el periodo posrevolucionario también existió el amparo y así lo encontramos en el Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses, de 21 de agosto de 1979, concediéndose como instrumento destinado a reparar las

violaciones de los consagrados en dicho texto y en el Estatuto Fundamental, de 20 de julio de 1979. Es a partir de la Ley de Amparo, de 28 de mayo de 1980, donde se delimita al amparo como un mecanismo de tutela de derechos frente a los actos de autoridad, concibiéndolo como un derecho, recurso o acción (una mala técnica legislativa hizo utilizar los tres términos) que tenía por objeto proteger frente a las violaciones o amenazas de violación de los derechos consignados en el Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses, que se produzcan por acto u omisión de autoridades.

La vigente Constitución de 9 de enero de 1987 reconoce al recurso de amparo, al recurso por inconstitucionalidad, al recurso por exhibición personal y al *habeas data* como procesos independientes, los cuales se encuentran reglamentados por la Ley 49, Ley de Amparo, de 21 de noviembre de 1988 y sus reformas —actualmente el Parlamento está tramitando la aprobación de la Ley de Justicia Constitucional, que en correcta técnica legislativa pasará a sustituir a la actual Ley de Amparo—.

Así, el artículo 188 de la Constitución consagra al amparo como un recurso dirigido en contra de toda disposición, acto o resolución y, en general, de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en dicho texto fundamental. Por tanto, este instrumento procesal tiene dos rasgos fundamentales: por un lado, protege frente a amenazas o vulneraciones de derechos provenientes de actos u omisiones de autoridades, funcionarios o de sus agentes y, por el otro, protege todos los derechos consagrados en la ley fundamental —excepto los protegidos por el recurso de exhibición personal y el *habeas data*—, estableciéndose la vía contencioso-administrativa para la tutela de la legalidad ordinaria.

La competencia para conocer del recurso de amparo le corresponde a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, se debe mencionar que no es pacífica la cuestión sobre si el amparo es un recurso o una acción autónoma, entendiéndose que todo conduce a su reconocimiento como medio autónomo, al no ser un mecanismo de impugnación de la sentencia obtenida en una instancia judicial previa, sino un juicio cuyo objeto es obtener un pronunciamiento sobre la vulneración de derechos constitucionales producida por un acto u omisión de autoridad y que concluye con una sentencia definitiva.

Dentro de las características del amparo nicaragüense podemos destacar:

1) *Únicamente procede a instancia de parte agraviada.* Por persona agraviada debe entenderse aquella que resulte perjudicada o se encuentre en peligro de serlo, por toda disposición, acto o resolución y, en general, por toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Esto nos permite destacar la naturaleza subjetiva del amparo en Nicaragua, al ser, principalmente, un proceso de tutela del interés particular de cada persona frente a los actos u omisiones de las autoridades. No obstante, de manera secundaria este proceso es un medio de control constitucional, pero solo de aquellos preceptos que consagran a los derechos fundamentales. Para una defensa global de la Constitución se reconoce la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer del recurso por inconstitucionalidad, que sí tiene por naturaleza ejercer una tutela objetiva de la Constitución,

preservar su supremacía, proteger el interés común que se ve vulnerado por una norma general y abstracta, por tal razón, en tal caso no se exige para su interposición y tramitación la existencia de un agravio directo o concreto. Asimismo, se cuenta con el control de inconstitucionalidad en caso concreto —puede darse en un recurso de casación o de amparo—, que consiste en la facultad que tienen todos los jueces ordinarios de inaplicar una norma que consideren contraria a la Constitución y de cuya validez dependa el fallo, destacando que esta inaplicación solo tiene efectos *inter partes*. De esta manera, se introduce un elemento de control difuso que convierte en mixto al sistema nicaragüense de control de constitucionalidad, con énfasis en que la declaratoria general de inconstitucionalidad solamente la puede emitir el pleno de la Suprema Corte de Justicia que se erige en la función de un Tribunal Constitucional.

2) *Procede contra acto u omisión de autoridad y de manera excepcional frente a particulares.* La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua ha tramitado amparos dirigidos en contra de particulares que brindan servicios públicos en calidad de concesionarios, entendiendo que el concesionario es un sujeto privado que presta un servicio público que no sale del ámbito de la Administración pública y que, en consecuencia, no pierde su titularidad. Así, esta última presta el servicio de manera indirecta por medio del colaborador o concesionario cuyos actos deben considerarse como actos indirectos del Estado, susceptibles de ser recurridos por medio del amparo, siempre que vulneren o traten de vulnerar un derecho constitucional.

3) *No procede contra resoluciones emitidas por las autoridades judiciales en asuntos de su competencia, en contra del proceso de formación de una ley, cuando hayan cesado los efectos del acto o esté consumado de manera permanente, ni contra las resoluciones dictadas en materia electoral.* El artículo 55, inciso 1 de la Ley de Amparo establece que no procede el amparo en contra de las resoluciones de las autoridades judiciales en asuntos de su competencia, por lo que, *contrario sensu*, la Sala de lo Constitucional ha entendido que la norma fundamental no reconoce a funcionarios inmunes en el ejercicio del poder, por lo que de manera excepcional sí procede en aquellos casos que han sido conocidos y fallados por un juez o tribunal que ha actuado fuera del ámbito de su competencia, vulnerando el derecho al juez predeterminado por la ley, siempre que la incompetencia hubiese sido alegada en las instancias correspondientes. Asimismo, el inciso 4 del precitado artículo 55 establece la improcedencia del amparo en contra de resoluciones dictadas en materia electoral, no obstante, la Sala de lo Constitucional, en la sentencia 504-2009 (19 de octubre de 2009), dictada a raíz de un amparo interpuesto por el presidente de la República y un grupo de alcaldes y vicealcaldes en contra de una resolución del Consejo Supremo Electoral, entendió que la proscripción no afecta cuando se recurre una resolución de carácter administrativo y que solamente deben entenderse como resoluciones en materia electoral aquellas que versen sobre la proclamación o nulidad de un cargo de elección popular o las que afecten a candidatos electos. En esta sentencia, la Sala declaró la inconstitucionalidad de los preceptos constitucionales (arts. 147 y 178) que limitaban la reelección presidencial y la de los alcaldes y vicealcaldes, la declaratoria tenía efectos *inter partes*, habiendo sido ratificada por sentencia núm 6, de 30 de septiembre de 2010, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

En conclusión, el recurso de amparo —o siendo más precisos, el proceso de amparo— tiene un objeto limitado al ámbito administrativo, aunque excepcionalmente podría proceder en contra de las actuaciones u omisiones del ámbito judicial. No obstante, constituye el principal medio para proteger a las personas frente a las vulneraciones o amenazas de vulneración de sus derechos constitucionales, con la excepción de aquellos que ya cuentan con la protección específica de la exhibición personal o del *habeas data*.

*Wendy Jarquín Orozco*

#### 860. RECURSO DE DUDA

El texto constitucional de 1824 estuvo integrado por instituciones de las Constituciones de Francia, Estados Unidos y España, de esta última Constitución fue de donde la Constitución de 1824 trasladó su control de constitucionalidad en el cual la protección constitucional correspondía a las Cortes Gaditanas (art. 372), correspondiéndole el art. 165 de la Constitución de 1824.

En esta primera etapa, correspondió al Poder Legislativo realizar el control de la Constitución por medio de la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes o decretos emanados de las legislaturas estatales y posteriormente realizar la anulación de tales decretos legislativos. El procedimiento que llevaba a cabo el Congreso para cumplir su objeto en primera instancia de darle solución a la duda de constitucionalidad que existiera sobre alguna ley o decreto era el de comparar la ley o decreto que le presentaban, y en caso de no coincidir con el texto constitucional o el acta constitutiva lo declaraba inconstitucional, este debía de ser anulado por la legislatura emisora. Las resoluciones que emitía al respecto se publicaban en los periódicos nacionales, donde el Congreso en primera instancia declaraba la inconstitucionalidad de la ley o decreto, basado en que eran contrarios a algún artículo de la Constitución federal o acta constitutiva, enseguida publicaba el decreto para tener la seguridad de su actuar.

El método, aunque en esencia sencillo, se justificaba por la integración del Congreso, el cual —como se sabe— era un cuerpo heterogéneo y de contrastes culturales e ideológicos, así este procedimiento cumplía con la exigencia pedida para tal fin.

Basta para ilustrar el siguiente ejemplo: “Enero 7 de 1829.- Ley.-Declaración de Inconstitucionalidad del Decreto número 12 de la Legislatura de Oaxaca.

El Decreto número 12 de la honorable legislatura de Oaxaca es contrario al art. 157 de la Constitución general y 18 y 19 del acta constitutiva” (esta ley circuló el mismo día, por la Secretaría de Relaciones, y se publicó en bando del 9).

El Decreto citado es como sigue: “Art. 1o. Que sea expulsado del territorio del estado el diácono D. Ignacio Ordoño.- Sin embargo se le continuará pagando por la tesorería del estado la pensión que disfruta.- Si regresare a cualquier punto de este territorio, se le declarará traidor y enemigo del estado.

2o. Será expulsado igualmente del estado D. José Mariano Toro hasta que el Gobierno declare que puede regresar, y si lo verificare sin permiso del Gobierno, incurrirá en la pena de cuatro años de presidio.

La protección de constitucionalidad que realizaba el Congreso lo hacía sobre todo el texto constitucional; como no había un capítulo ex profeso de

derechos individuales, y estos se encontraban dispersos en el texto constitucional de 1824, al hacer su declaratoria también se encontraban protegidos.

La inquietud en esta primera etapa no consistía en la vigilancia que hacía el Congreso respecto a la constitucionalidad de leyes o decretos de las legislaturas estatales, sin embargo sí se tenía respecto a que el propio Congreso podría emitir leyes de carácter inconstitucional y que este fuera lo suficientemente ético para determinar que una ley o acto contrario al texto constitucional, emanado por el mismo, debería anularse.

Respecto al tema que se presenta, algunos autores han manejado que tal procedimiento se vio interrumpido por la entrada en vigor de las Siete leyes constitucionales, pues en la segunda de estas dio paso al Supremo Poder Conservador; sin embargo, en las mismas Siete leyes constitucionales podemos confirmar que se crearon dos sistemas de protección constitucional: uno que correspondía al Supremo Poder Conservador y el otro que continuaba en el Poder Legislativo. Al finalizar el corto periodo de las Siete leyes constitucionales se retomó el sistema de la Constitución de 1824 y el Acta de Reformas de ese mismo año, en el tópico en cuestión se pretendía mejorar y se proponía la intervención del Poder Judicial federal, es decir se pretendía que el Congreso siguiera vigilando la constitucionalidad de leyes y decretos de las legislaturas de los estados, pero se pretendía crear un procedimiento imparcial en donde interviniera el Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes o decretos emitidos por el Congreso federal, esto lo podemos constatar en el voto particular del señor Ramírez de 1841 y en la misma Acta de Reformas de 1847, en sus arts. 22 al 25.

Hipótesis que se ve reforzada con el proyecto de Ley Reglamentaria de los arts. 22 al 24 del Acta de Reformas de 1847 presentado en el Senado de la República en las sesiones del 18 y 21 de mayo de 1849. Misma que en cinco artículos señalaba el procedimiento de anulación de leyes inconstitucionales emitidas por el Congreso general, el cual se desarrolla en cinco artículos, y daba inicio con la reclamación por el presidente de la República, por una cantidad determinada de diputados (10), seis senadores o tres legislaturas, de anticonstitucionalidad de una ley dentro del término de un mes de haber sido esta publicada ante la Suprema Corte de Justicia, la cual pasaba tal solicitud al fiscal para que este verificará la procedencia o no de tal solicitud. La Suprema Corte en tribunal pleno determinaba la procedencia o no de tal solicitud; en el primer supuesto comunicaba tal solicitud a las legislaturas estatales, designado el día para que estas emitieran su voto (esto dentro del término de tres meses); de ser improcedente tal solicitud se publicaba el parecer del fiscal y la declaración de la Corte. Después de un mes de haberse cumplido el plazo para la votación de las legislaturas, la Suprema Corte en tribunal pleno abría los pliegos de las legislaturas, y el presidente del más alto tribunal mandaba publicar el resultado de la votación, comunicando este tanto al Poder Ejecutivo como a ambas cámaras; en receso de estas, al Consejo de Gobierno. Si la votación de la mayoría absoluta de todas las legislaturas de los estados que forman la Federación fuera en el sentido de la nulidad de la ley, se realizaba la declaración de nulidad, por lo cual quedaba sin valor alguno la ley que hubiere dado motivo a la consulta.

En los debates del texto constitucional de 1857, el procedimiento en cuestión no fue abordado. Sin embargo, en las entidades federativas, de manera

expresa, se seguía conservando esta figura haciéndose manifiesta en las Constituciones locales bajo el régimen de 1857, como Campeche en su art. 37, frac. IV; Chiapas en su art. 46, frac. V; en Chihuahua en su art. 64; Colima en el art. 64; Guerrero en el art. 50; Hidalgo en el art. 53, etcétera.

En el texto constitucional de 1917 no se contempló la anulación de leyes inconstitucionales por parte del Congreso, ya que solo en la afectación, de manera particular en la esfera de los gobernados, se otorgaba por vía de amparo la protección de sus efectos a un caso particular, esto se debió quizás por no haberse insertado en algún artículo constitucional, como sí lo fue el juicio de amparo, al cual como sabemos solo se le encomendó la protección de los derechos fundamentales del gobernado, más no la anulación de leyes de carácter inconstitucional.

Es hasta las reformas de 1994, cuando por vía de la acción de inconstitucionalidad y sujeto a una mayoría calificada el Poder Judicial puede anular leyes contrarias al texto constitucional.

**Carlos González Blanco**

#### 861. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (NICARAGUA)

El recurso de inconstitucionalidad, conocido en otras legislaciones como acción de inconstitucionalidad, se concede contra las leyes y reglamentos. Para determinar si son constitucionales o no, el juez constitucional realiza una confrontación de ellas con la Constitución.

Con relación a los tratados, de acuerdo con el art. 187 de la Constitución nicaragüense, pueden ser impugnados por inconstitucionales, tanto por la vía del recurso de inconstitucionalidad como por la vía del amparo, en su caso.

La ley puede ser impugnada cuando se violan las reglas esenciales del procedimiento para su formación (*error in procedendo*), para lo cual debe tenerse presente el procedimiento establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Legislativo. Pero no se puede declarar la inconstitucionalidad por cualquier violación, sino solo cuando es sustancial (falta de iniciativa, falta del quórum legal con que sea aprobada, etcétera).

También puede ser impugnada por violar el mandato, principio o valor material de las disposiciones constitucionales, lo mismo cuando altera la organización y competencia de los poderes del Estado y órganos constitucionales.

Es poco frecuente la impugnación de la ley por vicios de forma. En cambio es muy usual impugnar la ley inconstitucional por vicios de fondo y de competencia.

La legitimación para interponer este recurso varía en los diferentes países; en unos es amplia y en otros restringida.

En Nicaragua, a todos los ciudadanos se les concede el recurso directo de inconstitucionalidad contra la ley ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, dentro de sesenta días de su entrada en vigencia. Es una acción popular, abstracta, no es preciso alegar perjuicio personal, se concede en beneficio del derecho objetivo constitucional. Después de vencido este plazo, sin que se haya interpuesto recurso alguno de inconstitucionalidad, no por ello la ley queda exenta de ser impugnada por ser inconstitucional, pero a través del amparo cuando sea aplicada en caso concreto, en cuyo caso el legitimado para ello es la parte agraviada.

El recurso de amparo no es procedente contra el proceso de formación de la ley.

La legitimación pasiva la tiene la Asamblea Nacional, representada por el presidente de su Junta Directiva.

La sentencia que declara la inconstitucionalidad, en virtud del recurso de inconstitucionalidad de la ley, produce la nulidad de esta, pero existen protecciones para ciertos actos realizados durante su vigencia (derechos adquiridos, buena fe, etcétera). En cambio, la inconstitucionalidad decretada a través del amparo solo produce efecto entre las partes, del cual conoce la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En el constitucionalismo moderno, el control de inconstitucionalidad por omisión de la ley es objeto de detenido estudio; lo que no se dio en el clásico.

Esta inquietud tiene su acogida primero en Yugoslavia, pasa a Portugal y después a Latinoamérica.

La inconstitucional por omisión puede ser total o parcial. Es total cuando la Constitución contempla la aprobación de una ley y el legislador no la aprueba.

Para que proceda en este supuesto es necesario: que la norma constitucional exija la aprobación de la ley, pues si no lo exige, se deja al criterio del legislador la oportunidad de su aprobación, de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas y económicas; que exista mora por el vencimiento del plazo establecido en la Constitución, y si no existe plazo, que haya transcurrido un tiempo prudencial para que entre en mora el legislador, de acuerdo a las circunstancias y exigencias del momento; y la impugnación por persona legitimada para ello, la que es atribuida a los perjudicados por la omisión.

La omisión es parcial cuando se aprueba la ley, pero se omiten algunos aspectos, instituciones, casos, personas o situaciones, en cuyo supuesto existe inconstitucionalidad de la ley por omisión.

El recurso por omisión puede ser un instrumento para promover y aplicar los derechos sociales.

En un sistema, como el nicaragüense que no contempla este recurso, se deben usar otros recursos como el de amparo y recursos innominados, y los tribunales pueden valerse de las sentencias aditivas, normativas y apelativas para corregir la inconstitucionalidad por omisión.

Existen tres sistemas que contemplan la omisión. En uno, en el fallo se le exige al Legislativo dictar la ley, señalándole o no plazo para ello; en otro, el juez constitucional recomienda al legislativo aprobar la ley, y resuelve el caso concreto; y en el tercero el juez constitucional aprueba una normativa en forma provisional, mientras el Legislativo acepta la recomendación de la sentencia y la aprueba, pero esto es poco aceptable porque viola la división de poderes. El sistema más aceptable es el segundo.

*Iván Escobar Fornos*

## 862. RECURSO DE PROTECCIÓN (CHILE)

La protección en Chile es una acción constitucional que se presenta ante la Corte de Apelaciones respectiva, esto es, directamente ante un tribunal superior, por quien sufra, arbitraria o ilegalmente, una privación, perturbación o amenaza de determinadas garantías constitucionales, o por cualquiera a su nombre, a fin de que la Corte adopte las providencias necesarias para resta-

blecer el imperio del derecho y garantizar la debida protección del afectado. Con su instauración, en la Constitución Política vigente desde 1980, se buscó dotar a diversas garantías, especialmente a la propiedad, amenazada por el actuar de la autoridad política que ejerció el poder antes de la vigencia de esta carta, de un resguardo semejante al que, a la libertad y a la seguridad, proporciona el *habeas corpus*.

El instituto está contenido en el artículo 20 de la Constitución y su tramitación, en cambio, en un Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, dictado por la Corte Suprema (acta núm. 94-2015).

A pesar de la denominación que le da la Constitución, la protección no constituye un recurso, por cuanto no busca modificar, revocar o anular una sentencia judicial, sino una acción autónoma, abstracta, manifestación del derecho constitucional de petición que se reconoce al individuo, como consecuencia de la prohibición de autotutela, impuesta en una sociedad jurídicamente organizada. La protección es cautelar de garantías, por lo que no importa que ella sea accesoria a proceso alguno, porque en ocasiones, como las medidas autosatisfactivas, por su intermedio, el órgano jurisdiccional resuelve el conflicto suscitado.

Los derechos y garantías cuya vulneración o amenaza autorizan la interposición de la protección están contemplados en el artículo 19 de la Constitución y son: el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el derecho a defensa judicial y a ser juzgado por los tribunales que establece la ley, a la protección de la vida privada y a la honra, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada, libertad de conciencia y de culto, derecho a elegir el sistema de salud, a la educación, libertad de enseñanza, de opinión e información, derecho de reunión, de petición, de asociación, libertad de trabajo, derecho de sindicalización, libertad para desarrollar cualquier actividad económica, derecho a no ser discriminado por el Estado en materia económica, libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, derecho de propiedad, de propiedad intelectual e industrial, derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación.

Esta acción puede ejercerse “sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacerse valer ante la autoridad o tribunales correspondientes”, lo que significa que es procedente aun si existen otros medios administrativos o jurisdiccionales posibles, salvo respecto de las resoluciones judiciales, en cuyo caso se ha resuelto que la protección será procedente solo si es interpuesto por quien no es parte del juicio en que se dictan.

Se deduce ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se cometió el acto o se incurrió en la omisión arbitraria o ilegal que ocasiona la vulneración, dentro del plazo fatal de 30 días corridos, contados desde que ocurrió el acto o amenaza o desde que se tuvo conocimiento del mismo. Al igual que el *habeas corpus*, esta acción puede deducirse por el afectado o por cualquiera persona en su nombre, capaz de comparecer a juicio, aunque no tenga para ello mandato especial.

Puesto que no se exigen mayores requisitos para su interposición, ello puede verificarse sin necesidad de patrocinio de abogado, por escrito o por cualquier medio electrónico, empero, exigiéndose que la víctima, esto es, quien recurre o por quien se recurre, esté precisamente determinada. La ju-

risprudencia sostiene que basta exponer los hechos, correspondiendo a los tribunales determinar la garantía conculcada o amenazada, no obstante, lo común es que la persona precise cuál es el daño que se le ha producido.

Recibidos los antecedentes, la Corte examinará si la acción se dedujo dentro de plazo y si se mencionan hechos que puedan constituir vulneración o amenaza de alguna de las garantías protegidas, declarándola inadmisibles, desde luego, si la presentación es extemporánea o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración a tales garantías. La resolución respectiva es impugnables por vía de reposición y apelación subsidiaria ante la Corte Suprema.

En cambio, admitida a tramitación y para allegarse más antecedentes, la Corte pide informe por la vía que se estime más rápida y efectiva, a quien, según el recurso o en concepto del tribunal, sea el causante del acto u omisión, fijando un plazo breve y perentorio para su emisión.

Si la persona no evacua el informe o si, una vez fallado, no da cumplimiento a lo ordenado, dentro de los plazos que la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema dispusieron, podrán estas imponer al renuente sanciones diversas que incluyen hasta la suspensión de funciones por cuatro meses, con rebaja de la remuneración a la mitad, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que el sujeto pudiera incurrir. Se ha discutido si se puede acoger una protección en la que no se atribuyan los hechos a personas determinadas, y la buena doctrina se inclina por la afirmativa, porque ella no da origen a un proceso contencioso con partes encontradas, sino que constituye un requerimiento de protección constitucional que directamente un sujeto formula a la jurisdicción.

El auto acordado que regula la tramitación, permite que se haga parte en el recurso, no solamente la persona a quien se atribuyen los hechos perturbadores, sino también a terceros adhesivos.

Dicho auto autoriza a que, durante la tramitación, las cortes decreten órdenes de no innovar y en la sentencia, se les faculta para dictar —sin limitaciones— las providencias que estimen necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esa amplitud también debe entenderse extendida al ámbito probatorio, desde que los hechos se pueden acreditar con los antecedentes necesarios, acompañados por quienes intervienen en la tramitación u ordenandos agregar oficiosamente por la Corte, todo lo cual se apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

La Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, en su caso, fallarán el recurso dentro del quinto día hábil, pero tratándose de las garantías constitucionales referidas a la vida y a la integridad, al derecho al juez natural, a la libertad de opinión e información y al derecho de reunión, la sentencia se expedirá dentro del segundo día hábil, desde que se halle en estado la causa.

La sentencia será apelable ante la Corte Suprema en el término fatal de cinco días hábiles. Recibidos los autos en la Secretaría de la Corte Suprema, su presidente ordenará dar cuenta preferente del recurso en la Sala que corresponda, la que, si lo estima conveniente y se le solicita con fundamento plausible —y especialmente cuando se le pide de común acuerdo por quienes hayan sido considerados como partes en el procedimiento—, podrá ordenar que sea resuelto, escuchándose previamente alegatos orales de los abogados.

Con 30 años de vigencia, la protección se ha constituido en un formidable instrumento de protección de garantías, que permite impartir justicia con

una celeridad asombrosa, al grado de que una protección con doble instancia puede resolverse en tres o cuatro meses, sin perjuicio de que lo resuelto pueda modificarse en un juicio ordinario posterior, lo que, en los hechos, prácticamente no sucede.

*Raúl Tavolari Oliveros*

### 863. RECURSO DE QUEJA (ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD)

Es el medio de impugnación mediante el cual se pretende el cumplimiento forzoso de una resolución con efectos generales dictada en una acción de inconstitucionalidad, en la que, naturalmente, se determinó la inconstitucionalidad de la norma general sometida a escrutinio constitucional y/o convencional.

Cabe precisar que este recurso es notoriamente improcedente contra las sentencias que arriben a la conclusión de que la ley o tratado internacional impugnado es constitucional.

Ahora bien, la sentencia dictada en una acción federal de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación trae aparejada *ejecución*: ante su eventual incumplimiento, la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en consonancia con la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 constitucional, las normas relativas a su estricta observancia.

En ese tenor, el art. 59 de dicho ordenamiento prevé la aplicación de las disposiciones del título II —controversias constitucionales—, cuando sea pertinente en acciones de inconstitucionalidad.

Considerando lo anterior, es incuestionable la procedencia del recurso de queja establecido en la frac. II, del art. 55, de la citada Ley Reglamentaria por exceso o defecto en el cumplimiento de una sentencia dictada en una acción federal de inconstitucionalidad, en virtud de que un punto estructural del control abstracto ejercido por el alto tribunal es el cabal cumplimiento de la resolución que declara la inconstitucionalidad o inconventionalidad con efectos generales, ya que de lo contrario se estaría burlando el apego normativo, así como el pleno respeto a la norma fundamental y a las convenciones internacionales en materia de derechos humanos, de las cuales forme parte el Estado mexicano.

El incumplimiento de una sentencia dictada en una acción de inconstitucionalidad que determina la inconstitucionalidad del objeto normativo impugnado no sería posible resarcirlo mediante el ejercicio posterior de diversa acción de inconstitucionalidad o un juicio de amparo, de ser así, nos encontraríamos ante una resolución sin fuerza ejecutoria, carente de eficacia y ante un control de constitucionalidad nugatorio ante la generalidad que implican las sentencias que declaran la invalidez, ya que su cumplimiento quedaría a disposición de las autoridades legislativas emisoras y ejecutivas promulgadoras del producto normativo cuestionado, con lo que la finalidad del art. 105 de la Constitución federal y el ejercicio de contraste que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación no tendrían utilidad alguna.

Por tanto, es evidente que el recurso de queja en la acción de inconstitucionalidad no tiene como finalidad cuestionar actos de miembros del Poder Judicial federal o resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

su acción está dirigida a elementos ajenos tanto a dicho poder como a los integrantes del alto tribunal, su objeto real de que se acate en su integridad el fallo dictado en el referido medio de control de constitucionalidad es, en síntesis, un medio para que la Corte, en su dimensión de Tribunal Constitucional, pueda intervenir en el cumplimiento íntegro de la sentencia ejecutoria dictada con motivo de una acción federal de inconstitucionalidad.

El cimiento constitucional de dicho recurso lo encontramos en el art. 105 de la Constitución federal, y su regulación, en los arts. 55 a 58 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

*Iván Carlo Gutiérrez Zapata*

#### 864. RECURSO DE QUEJA (AMPARO MEXICANO)

Una de las peculiaridades de este recurso es que, a pesar de ser un medio de impugnación que procede en el trámite del juicio de amparo, en algunos casos se contempla la posibilidad de combatir decisiones de la autoridad responsable; por ejemplo, contra actos u omisiones en la recepción de la demanda de amparo directo. La legitimación para interponer la queja recae en las partes del juicio de amparo, no obstante, como en todo medio de impugnación, se necesita que quien lo interponga se vea afectado material y jurídicamente en sus intereses. Técnicamente, el recurso de queja es considerado como un medio de impugnación que procede contra las determinaciones en las que no procede expresamente el recurso de revisión.

En la generalidad de los casos, este recurso debe presentarse por escrito ante el órgano jurisdiccional que conozca del juicio de amparo; sin embargo, tratándose de queja contra actos u omisiones de la autoridad responsable, aquella debe plantearse ante el juzgado o tribunal que haya conocido o deba conocer del juicio de amparo. El plazo para su interposición es de cinco días hábiles, salvo que se trate de autos que concedan o nieguen la suspensión provisional o de plano, pues en estos casos —dada la naturaleza del propio auto impugnado— el plazo se reduce a dos días hábiles. Además, la legislación de amparo contempla la posibilidad de acudir al recurso de queja en cualquier momento, cuando se impugne la omisión de la autoridad de dar trámite a una demanda de amparo.

El art. 97 de la Ley de Amparo enumera los casos en que es procedente el recurso de queja. En amparo indirecto, procede contra las determinaciones siguientes: a) que admitan total o parcialmente, desechen o tengan por no presentada la demanda de amparo o su ampliación; b) que concedan o nieguen la suspensión de plano o la provisional; c) que rehúsen la admisión de fianzas o contrafianzas, o admitan las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar excesivas o insuficientes; d) que reconozcan o nieguen el carácter de tercero interesado; e) que se dicten durante la tramitación del juicio, o del incidente de suspensión, siempre y cuando no admitan expresamente el recurso de revisión y que por su naturaleza trascendental y grave puedan causar perjuicio a alguna de las partes, no reparable en la sentencia definitiva; así como las que con las mismas características se emitan después de dictada la sentencia en la audiencia constitucional; f) que decidan el incidente de reclamación de daños y perjuicios; g) que resuelvan el incidente por exceso o defecto en la ejecución del acuerdo en que se haya concedido la suspensión

provisional o definitiva del acto reclamado, y h) que se dicten en el incidente de cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo.

En el caso del inciso e, el art. 102 de la Ley de Amparo establece que el juez de distrito o tribunal unitario de circuito de cuya potestad emanó el acto materia de la queja, podrá suspender el procedimiento en el juicio; lo anterior, siempre que se estime que la resolución que se dicte en ella pueda influir en la sentencia, o cuando de resolverse en lo principal, se hagan nugatorios los derechos que pudiera hacer valer el recurrente en el acto de la audiencia. Esta situación nos permite considerar que el recurso de queja, interpuesto bajo la hipótesis señalada (contra autos emitidos durante la tramitación del juicio), será improcedente cuando el acuerdo de trámite impugnado no causa ese tipo de perjuicio. Un ejemplo de determinaciones que no causan perjuicio al recurrente podría ser el auto que recae al escrito de expresión de alegatos o de la recepción de una pericial.

En amparo directo, el recurso de queja procede contra actos u omisiones de la autoridad responsable en los casos siguientes: a) cuando omita tramitar la demanda de amparo o lo haga indebidamente; b) cuando no provea sobre la suspensión dentro del plazo legal, conceda o niegue esta, rehúse la admisión de fianzas o contrafianzas, admita las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar excesivas o insuficientes; c) contra la resolución que decida el incidente de reclamación de daños y perjuicios, y d) cuando niegue al quejoso su libertad caucional o cuando las resoluciones que dicte sobre la misma materia causen daños o perjuicios a alguno de los interesados.

En relación con el recurso de queja, la Suprema Corte Mexicana interpretó el contenido del art. 95 de la abrogada Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, en el cual se catalogaban las hipótesis de procedencia del recurso de queja. En este sentido, la Corte (Jurisprudencia 1a./J. 12/2011) estableció que si el promovente de un recurso de queja, al interponerlo incurrir en error por cuanto se refiere a la precisión de la fracción en la cual está previsto el supuesto jurídico que pretende combatir, el órgano jurisdiccional a quien corresponda conocer de aquel, debe enmendar dicho error y avocarse a su análisis y resolución. Lo anterior, con la salvedad de que la interposición del recurso se hubiere efectuado dentro del plazo y con los requisitos expresamente establecidos en la ley, suplencia técnica que —estimó la Corte— no implica cambiar un recurso por otro distinto, pues únicamente consiste en precisar la fracción correcta en la que encuadra la inconformidad respectiva. Este criterio, si bien fue adoptado bajo la vigencia de un cuerpo legal abrogado, puede servir de base para la aplicación del contenido del actual art. 97 de la vigente Ley de Amparo.

La Ley de Amparo de 1936 establecía la procedencia del recurso de queja contra actos emitidos en cumplimiento o ejecución de sentencias de amparo; sin embargo, como resultado de la evolución que ha tenido el juicio de amparo en nuestro país, como medio de protección de los derechos fundamentales, la legislación de amparo vigente a partir del 3 de abril de 2013, en su art. 96, amplió el espectro de medios de impugnación y estableció el recurso de inconformidad como medio de impugnación contra actos emitidos en cumplimiento o ejecución de sentencias. Esto significa que la actual Ley acotó la procedencia del recurso de queja únicamente contra actos emitidos en el trámite del juicio de amparo, y de aquellos que después de dictada

la sentencia pudieran causar perjuicio irreparable al gobernado, siempre y cuando, se insiste, el auto materia de la impugnación no tenga nada que ver con el cumplimiento y ejecución de la resolución que otorgó la protección constitucional.

Sin duda, la Ley de Amparo vigente simplifica la técnica para la presentación y sustanciación del recurso de queja y, desde luego, hizo a un lado aquel debate en el que se sostenía que las impugnaciones contra actos emitidos en ejecución y cumplimiento de sentencias, debían tramitarse de manera incidental.

*Daniel Álvarez Toledo*

#### 865. RECURSO DE RECLAMACIÓN (ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD)

En general, los recursos constituyen el acto de impugnación de los actos procesales mediante los cuales se pretenden anular las determinaciones de trámite dentro de un proceso que el actor o recurrente considera que son incorrectos con la finalidad de regresar a la etapa procesal correcta o atinada. Siendo así, en una primera aproximación, el recurso de reclamación en la acción de inconstitucionalidad es un medio de impugnación dentro del proceso abstracto de control de constitucionalidad establecido en el art. 105, frac. II de la Constitución federal, así como en la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 de la misma, y tiene como objeto cuestionar el auto del ministro instructor en el que determinó desechar la acción promovida.

Su objeto es enmendar un agravio que el recurrente estima que cometió el ministro instructor, y como consecuencia, hacer que se inicie un proceso, se reinicie o se reencause.

En términos más amplios, podemos afirmar que el recurso de reclamación en la acción de inconstitucionalidad es un recurso ordinario, devolutivo e instrumental, que tiene por objeto solicitar a un ministro distinto del instructor la procedencia de una acción federal de inconstitucionalidad que el recurrente considera indebidamente inadmitida o desechada por el ministro “ponente” o “instructor”, solicitando en él la revocación de la resolución — *auto*— de este último, por virtud de la cual se acordó la precitada inadmisión.

El art. 70 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 constitucional, concretiza el supuesto de procedencia del medio de impugnación en análisis, al señalar que el recurso de reclamación, previsto en el art. 51, únicamente será procedente contra los autos del ministro instructor que decreten la improcedencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad.

El recurso de reclamación deberá interponerse en un plazo de cinco días en cualquier materia; sin embargo, cuando se trate de leyes electorales, dicho plazo se reduce a tres días y el pleno de la Suprema Corte lo resolverá de plano, dentro de los tres días siguientes a su interposición.

En términos del art. 53 de la citada Ley Reglamentaria, el recurso de reclamación se debe ejercitar ante el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien a su vez correrá traslado a las demás partes para que dentro del plazo de cinco días aleguen lo que a su derecho convenga. Una vez que este plazo ha transcurrido, el presidente del alto tribunal turnará los autos a un ministro distinto del instructor, con el fin de que elabore el proyecto de resolución que deba someterse al pleno.

Existen ocasiones en las que los recursos se interponen sin motivo alguno o bien con la intención de “retardar” el proceso, por ello el legislador, tratándose del recurso de reclamación en acciones federales de inconstitucionalidad, estableció en el art. 54 de la citada Ley Reglamentaria una multa, la cual será impuesta al recurrente a razón de diez a ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de realizarse la conducta sancionada, es decir, al momento en el que se ejercitó el recurso.

El asidero constitucional del medio de impugnación analizado se encuentra establecido en el art. 105 de la Constitución federal, y su regulación, en los arts. 51 a 54 y 70 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

*Iván Carlo Gutiérrez Zapata*

### 866. RECURSO DE RECLAMACIÓN (AMPARO MEXICANO)

En los órganos jurisdiccionales de amparo con integración colegiada, corren a cargo de sus presidentes una serie de actos que van desde la admisión o desechamiento de demandas o recursos, hasta el trámite e integración de los mismos. Frente a dichas actuaciones, el legislador previó como medio de impugnación el recurso de reclamación, cuya razón estructural está definida en el art. 104 de la Ley de Amparo. Este recurso procede contra los acuerdos de trámite dictados por el presidente de la Suprema Corte de Justicia mexicana, por los presidentes de sus salas o de los tribunales colegiados de circuito. El plazo para su interposición es de tres días hábiles, sin embargo, la Primera Sala del aludido tribunal constitucional determinó (jurisprudencia 1a./J. 82/2010) que si dicho recurso se interpone antes de que inicie dicho plazo, su presentación no es extemporánea, pues si el aludido medio de defensa no puede hacerse valer después de tres días, ello no impide —por lógica elemental— que el escrito correspondiente se presente antes de ese término.

A pesar de que el art. 104 de la Ley de Amparo establece el tipo de autos contra los cuales procede el recurso de reclamación (acuerdos de trámite dictados por el presidente de la Suprema Corte o por los presidentes de sus salas o de los tribunales colegiados de circuito), consideramos que para su procedencia no basta que solo sea un auto de trámite, sino que el auto que se pretenda recurrir cause a la parte recurrente un agravio personal, directo y actual en su círculo jurídico de derechos; es decir, que materialmente afecte los intereses del recurrente, como un elemento fundamental y estructural del principio de impugnación, el cual consiste en que las partes de un procedimiento, por regla general, deben estar en aptitud de controvertir los actos que lesionen sus derechos.

En cuanto a las formalidades externas y requisitos de fondo, el citado art. 104 exige la concurrencia de las siguientes condiciones: que se presente de forma escrita y que se planteen los agravios que irrogue la resolución recurrida. En contraposición a lo anterior, el art. 80 de la Ley de Amparo establece que los medios de impugnación que existen en el juicio de amparo, así como los escritos y promociones que se realicen en ellos pueden ser presentados en forma impresa o de manera electrónica. En este aspecto, si bien corresponderá a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación definir esta posible antinomia en cuanto a la forma en cómo se debe presentar el recurso de queja, creemos que su interposición debería ser aceptada en uno u

otro caso, sobre todo porque los procedimientos jurisdiccionales deben adaptarse a las nuevas tecnologías de la información.

Del recurso de reclamación toca resolver, según sea el caso, al pleno o salas de la Suprema Corte, o al pleno del tribunal colegiado respectivo, quienes deberán emitir resolución en un plazo máximo de diez días hábiles, a partir de su presentación. Los efectos de una reclamación fundada serán la de dejar sin efectos el acuerdo recurrido y obligar al presidente de la corte, sala o tribunal colegiado a emitir el auto que corresponda, siguiendo los lineamientos de la determinación que resolvió el citado recurso.

*Daniel Álvarez Toledo*

#### 867. RECURSO DE REVISIÓN (AMPARO MEXICANO)

La doctrina del derecho procesal instruye, en la generalidad de los casos, que las resoluciones judiciales de primera instancia pueden ser objeto de estudio por el tribunal de mayor jerarquía, mediante la interposición del recurso correspondiente. México no está ajeno a este aspecto, pues, a diferencia de otros países, dentro del amparo mexicano existe la posibilidad de interponer diversos recursos, uno de ellos es el de revisión, cuyo trámite resulta un poco complejo dada la forma como está regulado en la Ley de Amparo. La competencia para resolver el recurso de revisión, según sea el caso, recae en la Suprema Corte de Justicia mexicana y en los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación; su interposición debe hacerse en el plazo de diez días hábiles, por conducto del órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución recurrida.

Las hipótesis de procedencia del recurso de revisión se encuentran enumeradas en el art. 81 de la Ley de Amparo. En dicho numeral se establece que en *amparo indirecto*, el recurso de revisión procede contra las resoluciones que concedan o nieguen la suspensión definitiva; en este caso, los autos o determinaciones que se dicten en la audiencia incidental deberán impugnarse al mismo tiempo en que se interponga el recurso contra la resolución definitiva emitida en el incidente de suspensión. El recurso de revisión también procederá en contra de las resoluciones que modifiquen o revoquen el acuerdo en que se conceda o niegue la suspensión definitiva; en este sentido, los autos emitidos en la audiencia incidental deberán ser impugnados junto con la resolución definitiva. De la misma forma, el recurso de revisión procede contra las resoluciones que decidan el incidente de reposición de constancias de autos; las que declaren el sobreseimiento fuera de la audiencia constitucional, y las sentencias dictadas en la audiencia constitucional.

A manera de excepción, se pueden impugnar ante la Suprema Corte mexicana las sentencias pronunciadas por los tribunales colegiados de circuito en los juicios de amparo directo contra sentencias judiciales, cuando en ellas se estime la inconstitucionalidad de una ley o se interprete directamente un precepto de la Constitución federal. En este caso, la procedencia del recurso de revisión contra las resoluciones dictadas por los tribunales colegiados de circuito se fija mediante la concurrencia de: a) que se trate de sentencias dictadas en amparo directo, b) que en ellas se decida una cuestión sobre la inconstitucionalidad de una ley o se interprete directamente algún precepto de la Constitución, y c) que la decisión e interpretación citadas no se funden en jurisprudencia establecida por la Suprema Corte. No obstante, el art. 83

de la Ley de Amparo establece la competencia de la Suprema Corte mexicana para conocer del recurso de revisión contra las sentencias dictadas en amparo indirecto, cuando se hayan impugnado normas generales por estimarlas inconstitucionales, o cuando en la sentencia se establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución y subsista en el recurso el problema de constitucionalidad; así, por exclusión, los tribunales colegiados de circuito son competentes para conocer del recurso de revisión en amparo indirecto en los casos no previstos en el artículo anteriormente citado.

En ambos casos (revisiones en amparo directo e indirecto), la parte que obtuvo resolución favorable a sus intereses puede adherirse a la revisión interpuesta por el recurrente, dentro del término de cinco días, contados a partir de la fecha en que se le notifique la admisión del recurso, expresando los agravios correspondientes; en este caso, la adhesión al recurso sigue la suerte procesal de este. Esta figura procesal es denominada revisión adhesiva.

La legitimación para interponer el recurso de revisión requiere la satisfacción de las condiciones siguientes: a) gozar del atributo de parte, acorde a lo previsto en el art. 5o. de la Ley de Amparo, y b) tener interés para que subsista o desaparezca una resolución determinada. Es decir, no basta ser formalmente parte en el juicio de amparo para estar en aptitud de interponer el recurso de revisión, sino que —además— es exigencia *sine qua non* que el fallo que se pretenda recurrir cause a la parte recurrente un agravio personal, directo y actual en su círculo jurídico de derechos; esto es, que materialmente se vean afectados sus intereses, como un elemento fundamental y estructural del principio de impugnación, el cual consiste en que las partes de un procedimiento, por regla general, deben estar en aptitud de controvertir los actos que lesionen sus derechos.

Bastaría considerar que los recursos previstos en la Ley de Amparo fueron consagrados con el propósito de reparar los perjuicios sufridos por las partes en el juicio con motivo de las determinaciones ilegalmente adoptadas por el órgano jurisdiccional, para llegar a la conclusión de que es inadmisibles la revisión intentada contra un fallo de sobreseimiento por parte de la autoridad responsable, pues en realidad no le causa ningún perjuicio. Por ejemplo, una determinación que sobresee en el juicio, si bien puede resultar lesiva para el quejoso, pues le impide obtener una sentencia favorable a sus intereses, lo cierto es que no puede causar por sí misma perjuicio a las autoridades responsables, porque ni vincula su actuación en algún sentido, como tampoco le impone deberes, menos aún prejuzga sobre la constitucionalidad del acto reclamado.

Finalmente, el recurso de revisión tiene una limitación en cuanto a su interposición respecto de la autoridad responsable, la cual está contenida en el art. 87 de la Ley de Amparo. En este caso, la autoridad responsable solo podrá interponer el recurso de revisión contra sentencias que afecten directamente el acto reclamado de cada una de ellas. Empero, las autoridades judiciales o jurisdiccionales carecen de legitimación para recurrir las sentencias que declaren la inconstitucionalidad del acto reclamado, cuando este se hubiera emitido en ejercicio de la potestad jurisdiccional, ya que este tipo de autoridades tienen como característica esencial la imparcialidad que es intrínseca a la función jurisdiccional. En efecto, estas autoridades tienen como finalidad la búsqueda de la verdad jurídica mediante el ejercicio de la función de decir el derecho entre las partes contendientes, con la única y exclusiva

pretensión de administrar justicia y garantizar los derechos de la sociedad y el interés público, lo que les impide asimilarse a las partes.

Por ello, las autoridades jurisdiccionales no pueden válidamente recurrir en revisión la ejecutoria dictada en el juicio constitucional que declara la inconstitucionalidad de la resolución impugnada en la vía de amparo, pues con ello estarían favoreciendo a una de las partes contendientes con el correlativo perjuicio de la otra, demeritando así el deber de imparcialidad que la ley les impone y violando las obligaciones legales que les incumben como resolutoras, intérpretes y aplicadoras de la ley, lo cual resulta contrario al principio de igualdad procesal.

*Daniel Álvarez Toledo*

#### 868. RECURSO DE REVISIÓN (LEY DE AMPARO)

El recurso de revisión previsto en la Ley de Amparo, Reglamentaria de los arts. 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, se erige, como la gran mayoría de la doctrina lo ha identificado, en el medio de impugnación de mayor importancia en el contexto de dicho ordenamiento.

I. *Procedencia.* Se encuentra regulada en términos de lo dispuesto en su Capítulo XI, específicamente en el art. 81, donde se establecen las hipótesis que justifican su apertura, diferenciándose entre los supuestos relativos al juicio de amparo indirecto y del juicio de amparo directo, respectivamente.

Para el primer caso, atinente al amparo indirecto, se dispone que el recurso de revisión procede contra las resoluciones siguientes: *a)* las que concedan o nieguen la suspensión definitiva; debiéndose impugnar, en su caso, los acuerdos pronunciados en la audiencia incidental; *b)* las que modifiquen o revoquen el acuerdo en que se conceda o niegue la suspensión definitiva, o las que nieguen la revocación o modificación de esos autos; en su caso, debiéndose impugnar los acuerdos pronunciados en la audiencia correspondiente; *c)* las que decidan el incidente de reposición de constancias de autos; *d)* las que declaren el sobreseimiento fuera de la audiencia constitucional, y *e)* las sentencias dictadas en la audiencia constitucional; en su caso, impugnándose los acuerdos pronunciados en la propia audiencia.

En el caso del amparo directo, el recurso de revisión procede contra las sentencias que resuelvan acerca de la constitucionalidad de normas generales que establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los derechos humanos 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, en cumplimiento de acuerdos generales del Pleno.

En ambas hipótesis, según lo dispuesto en el art. 82 de la ley en comento, la parte que obtuvo resolución favorable en el juicio de amparo puede adherirse a la revisión interpuesta por otra de las partes dentro del plazo de cinco días, contados a partir del día siguiente a 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.

II. *Competencia.* Para conocer del recurso de revisión, los arts. 83 a 85 de la Ley de Amparo identifican que la Suprema Corte de Justicia de la Nación

es quien resolverá el recurso de revisión contra las sentencias dictadas en la audiencia constitucional, cuando habiéndose impugnado normas generales por estimarlas inconstitucionales, o cuando en la sentencia se establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución y subsista en el recurso el problema de constitucionalidad.

En ese sentido, se precisa que el Pleno del alto tribunal, mediante acuerdos generales, distribuirá entre las salas los asuntos de su competencia o remitirá a los tribunales colegiados de circuito los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine.

Haciendo uso de esa facultad, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el acuerdo general 5/2013, del 13 de mayo de 2013, relativo a la determinación de los asuntos que el Pleno conservará para su resolución, y el envío de los de su competencia originaria a las salas y a los tribunales colegiados de circuito.

En los casos restantes, son competentes para conocer del recurso de revisión los tribunales colegiados de circuito, cuyas sentencias no admitirán recurso alguno.

A pesar de lo anterior, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación estime que un amparo en revisión, por sus características especiales, deba ser de su conocimiento, lo atraerá oficiosamente conforme al procedimiento establecido en el art. 40 de la propia ley.

Igualmente, el tribunal colegiado del conocimiento podrá solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ejercite la facultad de atracción, para lo cual expresará las razones en que funde su petición y remitirá los autos originales a esta, quien dentro de los treinta días siguientes al recibo de los autos originales resolverá si ejercita la facultad de atracción, procediendo en consecuencia en los términos del párrafo anterior.

Tratándose de la revisión de sentencias pronunciadas en materia de amparo directo por tribunales colegiados de circuito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolverá únicamente sobre la constitucionalidad de la norma general impugnada, o sobre la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

III. *Plazos*. En lo relativo a la *oportunidad*, según lo dispuesto en el art. 86 de la Ley de Amparo, el recurso de revisión se interpondrá en el plazo de diez días por conducto del órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución recurrida y que su presentación por conducto de órgano diferente al anterior no interrumpirá el plazo de presentación.

IV. *Legitimación*. Además de lo adelantado, se tiene que, en términos del art. 87 de la Ley de Amparo, las autoridades responsables solo podrán interponer el recurso de revisión contra sentencias que afecten directamente el acto reclamado de cada una de ellas; tratándose de amparo contra normas generales, podrán hacerlo los titulares de los órganos del Estado a los que se encomiende su emisión o promulgación.

Acerca de ese aspecto se puntualiza que las autoridades judiciales o jurisdiccionales carecen de legitimación para recurrir las sentencias que declaren la inconstitucionalidad del acto reclamado, cuando este se hubiera emitido en ejercicio de la potestad jurisdiccional.

V. *Formalidades.* Por otra parte, las formalidades de la interposición del recurso se encuentran descritas, en principio y de manera genérica, en el art. 80 del ordenamiento en cita, que exige que los escritos y promociones que se realicen en los medios de impugnación sean presentados en forma impresa o electrónicamente, así como que los requisitos relativos al acompañamiento de copias o de presentación de cualquier tipo de constancias impresas a los que ahí se refiere no serán exigibles a las partes que hagan uso de los medios electrónicos, siendo que estos serán cumplimentados por esa vía.

Ya de modo específico, el art. 88 de la Ley de Amparo establece que el recurso de revisión se interpondrá por escrito, en el que se expresarán los agravios que cause la resolución impugnada. Así, para el caso de que el recurso se interponga en contra de una resolución dictada en amparo directo, el recurrente deberá transcribir textualmente la parte de la sentencia que contenga un pronunciamiento sobre constitucionalidad de normas generales o establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o la parte del concepto de violación respectivo cuyo análisis se hubiera omitido en la sentencia.

En caso de que el escrito de expresión de agravios se presente en forma impresa, el recurrente deberá exhibir una copia del mismo para el expediente y una para cada una de las partes; exigencia que, como se adelantaba, no será necesaria en los casos que el recurso se presente en forma electrónica.

Cuando no se haga la transcripción antes referida o no se exhiban las copias señaladas, se requerirá al recurrente para que en el plazo de tres días lo haga; si no lo hiciera se tendrá por no interpuesto el recurso, salvo que se afecte al recurrente por actos restrictivos de la libertad, se trate de menores o de incapaces, o se afecten derechos agrarios de núcleos de población ejidal o comunal, o de ejidatarios o comuneros en lo individual, o quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para emprender un juicio, en los que el órgano jurisdiccional expedirá las copias correspondientes.

VI. *Tramitación.* En el contexto de la substanciación del recurso, los arts. 89 a 92 de la Ley de Amparo prevén que la definición de su procedencia la califica el presidente del órgano jurisdiccional, quien en su caso observará ciertas reglas, a saber:

1. Si quien recurre es el quejoso, examinará, en primer término, los agravios hechos valer en contra del sobreseimiento decretado en la resolución recurrida.

Si los agravios son fundados, examinará las causales de sobreseimiento invocadas y no estudiadas por el órgano jurisdiccional de amparo de primera instancia, o surgidas con posterioridad a la resolución impugnada;

2. Si quien recurre es la autoridad responsable o el tercero interesado, examinará, en primer término, los agravios en contra de la omisión o negativa a decretar el sobreseimiento; si son fundados se revocará la resolución recurrida;

3. Para efectos de las fracs. I y II, podrá examinar de oficio y, en su caso, decretar la actualización de las causales de improcedencia desestimadas por el juzgador de origen, siempre que los motivos sean diversos a los considerados por el órgano de primera instancia;

4. Si encontrara que por acción u omisión se violaron las reglas fundamentales que norman el procedimiento del juicio de amparo, siempre que tales violaciones hayan trascendido al resultado del fallo, revocará la resolución recurrida y mandará reponer el procedimiento;

5. Si quien recurre es el quejoso, examinará los demás agravios; si estima que son fundados, revocará la sentencia recurrida y dictará la que corresponde;

6. Si quien recurre es la autoridad responsable o el tercero interesado, examinará los agravios de fondo, si estima que son fundados, analizará los conceptos de violación no estudiados y concederá o negará el amparo, y

7. Solo tomará en consideración las pruebas que se hubieran rendido ante la autoridad responsable o el órgano jurisdiccional de amparo, salvo aquellas que tiendan a desestimar el sobreseimiento fuera de la audiencia constitucional.

En el caso de la revisión adhesiva, el estudio de los agravios podrá hacerse en forma conjunta o separada, atendiendo a la prelación lógica que establece el art. anterior.

*Luis María Aguilar Morales*

#### 869. RECURSO INDIVIDUAL DIRECTO

En el campo de la justicia constitucional debe entenderse este instrumento procesal como el procedimiento establecido en numerosos ordenamientos contemporáneos para acudir en última instancia ante los tribunales o cortes supremos especializados en la solución de los conflictos surgidos con motivo de la aplicación de las normas fundamentales cuando se imputa a las autoridades públicas, y actualmente también a los llamados poderes privados, la violación de los derechos humanos de los afectados establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, con la inclusión reciente de los establecidos en los documentos internacionales incorporados a los mismos.

Este concepto puede aplicarse a los recursos que se interponen ante dichos organismos jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos en los ordenamientos de América Latina y España (y por influencia de este último país en algunos otros ordenamientos) y que han recibido el nombre genérico de “recurso”, “acción” o “juicio de amparo”, por lo que, para no incurrir en repeticiones, no se hará mención del derecho de amparo, que debe consultarse en la voz correspondiente.

Por tanto, únicamente se hará referencia en esta voz del diccionario a las impugnaciones procesales que se han regulado en la mayoría de los ordenamientos constitucionales de Europa continental, y que se han extendido de manera paulatina y progresiva a otros sistemas jurídicos contemporáneos.

En esta dirección se puede afirmar que, a diferencia de lo que ocurrió en el continente americano, en el cual, por influencia de la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787, se estableció un sistema jurisdiccional para conocer de los conflictos de carácter constitucional con matices y modalidades, en Europa continental se encomendó a órganos políticos, particularmente el Legislativo, pero también algunos organismos especiales, en particular en algunas Constituciones francesas, tales como el Senado conservador de la Carta revolucionaria de 1799 (año VIII), la decisión sobre los conflictos de carácter constitucional, ya que inversamente al sistema americano, se prohibió expre-

samente a los jueces pronunciarse sobre la conformidad de las leyes aplicables en los casos concretos en los cuales conocían, con la Constitución.

Se puede afirmar que en Europa continental se introdujo el control jurisdiccional de las controversias de carácter constitucional, en la Carta federal austriaca de 1920, que se inspiró en este aspecto en el pensamiento del ilustre jurista Hans Kelsen, quien además fue miembro de la Asamblea Constituyente, ya que en dicha carta fundamental se estableció por vez primera un tribunal especializado denominado “Corte Constitucional” a la cual se encomendaron, además de otras atribuciones como las relativas al conocimiento y solución de los conflictos de competencia y atribución de los órganos del Estado, la impugnación de las disposiciones legislativas y algunas otras, como la protección de los derechos humanos establecidos en una ley anterior expedida el 21 de diciembre de 1867 (reconocida como ley constitucional por el anexo 1 de dicha carta fundamental, todavía vigente) por conducto del “recurso directo individual” encomendado en última instancia ante dicho Tribunal, con la denominación genérica de *Beschwerde* (literalmente queja). La Carta federal austriaca experimentó una reforma sustancial en 1929, pero sin alterar la esencia de la jurisdicción constitucional. Este modelo fue seguido por la Constitución de la nueva República de Checoslovaquia, establecida en esa primera posguerra, que fue expedida meses antes de la austriaca, pero inspirada por el proyecto de esta última, y que también consagró dicho recurso directo individual. En ese mismo periodo, la Constitución republicana española de diciembre de 1931, que en esta materia siguió el paradigma austriaco, estableció también un organismo jurisdiccional especializado que denominó “Tribunal de Garantías Constitucionales” al cual atribuyó la competencia de conocer, además del recurso de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, el de la violación de los derechos humanos consagrados en dicho texto fundamental, por conducto del citado “recurso directo individual”, con el nombre de “recurso de amparo” (denominación tomada expresamente de la institución de origen mexicano), lo que confirma la afirmación de que existe equivalencia entre ambos instrumentos tutelares de los derechos fundamentales.

El modelo kelseniano fue suspendido en Austria desde 1934 por un gobierno autoritario, y se suprimió, como era de esperarse, durante la anexión de Austria por el gobierno autoritario de Hitler en 1938, y ocupada por el ejército alemán hasta 1945, cuando Austria fue liberada. Uno de los primeros actos del régimen democrático de ese país (formado durante la ocupación aliada) fue el restablecimiento de la Carta Federal de 1920-1929, y por supuesto de la Corte Constitucional de carácter individual. No sería posible señalar, por la índole de este trabajo, el enriquecimiento progresivo de los derechos humanos incorporados en los numerosos anexos del texto fundamental, incluyendo los de los tratados internacionales ratificados por dicho país, tutelados por el propio recurso.

A partir de entonces, el modelo continental austriaco o kelseniano se extendió de manera progresiva en los nuevos textos fundamentales expedidos en la segunda posguerra, los cuales establecieron tribunales y cortes constitucionales, entre los que destacan las Constituciones de Italia (1948), de la República Federal de Alemania (1949), de Portugal (1976-1982) y de España (1978); a las cuales se puede comprender dentro de la primera ola de jurisdicciones constitucionales, que se extendió a otros ordenamientos de diversas tradicio-

nes jurisdiccionales, inclusive en Asia y en África. Una segunda ola, y además muy extensa, se produjo a partir de 1989, en cuanto los países de Europa del Este abandonaron al modelo soviético y se aproximaron a los regímenes de Europa occidental, y poco tiempo después lo hicieron varias partes de la Unión Soviética, la que se desintegró en esa época, ya que se independizaron y formaron la Comunidad de Estados Independientes. Con los restos de la anterior Unión Soviética se formó la República Federal de Rusia. Todos estos nuevos o reformados ordenamientos introdujeron tribunales y cortes constitucionales de acuerdo con el paradigma occidental. También es digna de mención la transformación sustancial del régimen de la República Sudafricana, la que después de años de lucha, tanto interna como internacional, pudo superar al oprobioso régimen discriminatorio del *Apartheid*, por conducto de la Constitución provisional de 1994, que creó también una Corte Constitucional, la cual inclusive dictaminó favorablemente el proyecto de la Carta definitiva de 1997. En la mayor parte de estos ordenamientos, se encomendó en última instancia el conocimiento y la resolución del “recurso directo individual” (calificado como “recurso de amparo constitucional” ante el Tribunal Constitucional español).

Son escasos los ordenamientos de Europa continental que no atribuyen a sus organismos jurisdiccionales, especializados en la solución de controversias sobre la aplicación de las normas constitucionales, el conocimiento del recurso directo, como son Italia, Portugal y Francia (este último ordenamiento debido a que, de acuerdo con su traducción, estableció en su vigente carta fundamental de 1958 el denominado “Consejo Constitucional”, que en un principio se consideraba como un organismo político, pero que paulatinamente ha adquirido carácter jurisdiccional), lo que no significa que no pueden proteger los derechos humanos, pero lo hacen por medio de la impugnación de las disposiciones legislativas. Sin embargo, se puede sostener que de acuerdo con el art. 13 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en cuanto dispone en los Estados que: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidas por la presente Convención sean violados, tendrá un *remedio eficaz ante la autoridad nacional aun cuando la infracción haya sido cometida por personas que actúan en su capacidad oficial*”. Esta disposición es similar, pero no tan precisa como las semejantes que han regulado el recurso directo individual en el ámbito interno en otros documentos o convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Para no recurrir en reiteraciones con el derecho de amparo, solo se hace notar que en los ordenamientos latinoamericanos se han introducido también tribunales, cortes y salas constitucionales (estas últimas como innovación del derecho constitucional latinoamericano), organismos jurisdiccionales que también conocen el grado final del citado recurso constitucional directo (con los nombres de “amparo” y otros equivalentes, que pueden ser comprendidos en un concepto amplio del derecho de amparo). Pero no por ello han abandonado el llamado control difuso, debido a la tradición del sistema americano, por lo que han creado un “régimen mixto o combinado”.

Como conclusión se puede considerar que, en la actualidad, el recurso directo individual ha adquirido una gran trascendencia dentro de las funciones que se han atribuido a los tribunales, cortes y salas constitucionales, ya que la tutela de los derechos humanos se ha convertido en la más importante y esen-

cial de las atribuciones de dichos organismos jurisdiccionales, e inclusive la de mayor número de casos. Pero además, dicho recurso no solo ha progresado en extensión sino también en profundidad, pues abarca la tutela no solo de los derechos humanos constitucionales en el ámbito interno, sino también los contenidos en los documentos y tratados internacionales, en un doble sentido, desde el ángulo del derecho interno por medio de los “derechos nacionales de fuente internacional” (es decir, los que han sido incorporados por los Estados en sus ordenamientos), y además los mismos derechos que pueden impugnarse, de manera subsidiaria y complementaria ante los organismos y tribunales internacionales, pero además, la tutela abarca la protección de los llamados “intereses y derechos difusos” (es decir, los que afectan a grupos sociales no organizados), y finalmente también se ha llegado a abarcar de manera paulatina la tutela de los derechos humanos afectados por los llamados “poderes privados o sectores privados en situación de preeminencia”.

*Héctor Fix-Zamudio*

#### 870. RECURSO “OBEDÉZCASE PERO NO SE CUMPLA”

El recurso “obedézcase pero no se cumpla” tuvo lugar cuando dentro de los regímenes hispánico y novohispánico se violaba de un modo manifiesto el derecho natural, el cual debía prevalecer sobre las costumbres y las leyes, y si estas se oponían a aquel, no debían ser cumplidas ni ejecutadas, sino solamente obedecidas con actitud pasiva, efectuándose un “control de naturalidad” que se supone se realizó para examinar o revisar el ejercicio de autoridad del virrey, y, en última instancia, del rey en la época del Medievo.

La palabra “obedecer” proviene del latín *obedire*, cuya ortografía arcaica era *oboedire*, siendo el diptongo *oe* conmutativo con *u* o *au*; de donde el equivalente *abaudire*: el prefijo *ob* se hace descender del sánscrito *abhi*, que indica la posición de una persona o cosa o su actitud ante otra persona o cosa. Etimológicamente la voz “obedecer” expresa la actitud de una persona que escucha a otra, actitud de atención y respeto; pero nada más que una actitud. En tanto que la palabra “cumplir”, del latín *complere* significa acabar de, llenar, completar, perfeccionar; es decir, expresa una acción. Obedecer pero no cumplir, se le otorgó el significado de escuchar en actitud reverente, atender y juzgar con propio criterio, oyendo a la vez que la voz del que manda, la voz superior de la razón y de la ley natural que pide hacer el bien y evitar el mal: y, si hay un conflicto entre aquella y esta, no cumplir, sino representar respetuosamente al rey.

El recurso “obedézcase pero no se cumpla” era una especie de apelación al soberano español, y con la conquista de la Nueva España, al virrey, que suspendía la orden del rey en espera de su resolución ya mejor informado, porque los negocios del reino no estaban sujetos al libre arbitrio del aquel, ya que debían sujetarse a las normas de justicia o del derecho natural, porque de no ser así, el rey dejaba de serlo, siendo el principio básico que este no podía dictar leyes injustas, y si ordenaba algo que pudiera producir el mal, era por defecto de información: *obrepción*, si era inocente, bien porque al dictar sus órdenes desconocía que lo podía vulnerar, y *subrepción*, si era dolosa, esto es, si había sido engañado para obtener un beneficio a pesar de causar agravio al propio derecho natural.

El recurso no se consignó expresamente por alguna regulación sistemática de los estatutos que integraron el derecho español, sino que fue producto de

la costumbre jurídica, traducida en prácticas inveteradas que comenzaron a observarse a través de los fueros en el Medievo, en tanto que estos fueron los documentos legislativos que contenían los privilegios de los habitantes de una ciudad, la organización política, en general, el derecho de la misma, en el que preponderaron las costumbres locales. De suerte que dicho recurso tomó carta de naturalización en la costumbre jurídica a principios del siglo XVI y constantemente se daban casos de su aplicación concreta. Se solicitaba amparo al rey, a quien se ilustraba sobre los hechos, contra el rey que había mandado algo por obrepción u subrepción. La finalidad del recurso era cuidar al rey del rey mismo, como indicó la Partida.

En el recurso, el parámetro de control era el derecho natural, que de conformidad con la ley 238 de estilo, el orden y prelación en la aplicación del derecho por los jueces españoles correspondía, en primer término, a los principios de tal derecho, cuyo contenido resultaba esencialmente de espíritu cristiano; luego se aplicaban las costumbres razonables, es decir, aquellas que no se confrontaran con el referido derecho natural; y por último, debía aplicarse el derecho positivo. En consecuencia, el derecho natural era supremo, y en estos términos fue previsto en las Siete Partidas del Rey Alfonso X, Partida tercera, título XVIII, ley XXXI: “Contra derecho natural no debe valer privilegio, ni carta de emperador, ni de rey, ni de otro señor. Y si la diere, no debe valer”. También en las Siete Partidas (Partida segunda, título XIII, ley XXV) fue establecida la obligación de los gobernados de “guardar al rey de sí mismo, no dejándole hacer cosa alguna que redunde en daño de su cuerpo, o de su linaje, o de su reino, y esto se hace de dos modos: por consejo y por obra. Los que le dejan errar a sabiendas, merecían pena como traidores”. Asimismo, en el Libro primero, título I, ley XXII, de la Recopilación de las Leyes de España, efectuadas en 1567, bajo el reinado de Felipe II, fue regulado sobre el particular: “Los ministros y jueces *obedezcan y no cumplan* nuestras cédulas y despachos, en que intervengan los vicios de subrepción y obrepción”. Posteriormente, en la Novísima Recopilación de Leyes de España, promulgada en 1805 bajo el reinado de Carlos IV, tanto el derecho natural e implícitamente el recurso de mérito fue previsto en el Libro III, título IV, ley IV: “Se *obedezcan y no cumplan* las cartas contra derecho en perjuicio de partes, aunque contengan qualesquier cláusulas derogatorias. Muchas veces por importunidad de los que nos piden las cartas, mandamos dar algunas cartas contra derecho: y porque nuestra voluntad es, que la nuestra justicia florezca, y aquella no sea contrariada, establecemos que si en nuestras cartas mandáremos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley ó fuero ó derecho, que tal cosa sea *obedecida y no cumplida*; no embargarte que tal carta se haga mención general ó especial de la ley ó fuero, ó ordenamiento contra quien se diere, ó contra las leyes y ordenanzas por Nos fechas en Córtes por los Procuradores de las ciudades y villas de nuestros Reinos”.

Desde una perspectiva contemporánea, este recurso no puede considerarse, en sentido estricto, como un precedente del amparo, debido a que no existía un verdadero enjuiciamiento sobre la existencia de actos concretos de violación al derecho natural. En otras palabras no existía una jurisdicción encargada de la tutela de aquel derecho, y de ahí que se considera que carece de las características propias del juicio de amparo. No obstante, en sentido amplio, si bien podían tener acceso al recurso únicamente las

autoridades de la época, por su medio pudo presentarse una rudimentaria observancia al derecho natural, el cual, tal como lo concibe la razón y lo explicaban filósofos y juristas, era la Constitución, y los actos del rey contrarios al mismo debían obedecerse, pero no cumplirse. De manera tal, las órdenes del rey contrarias a este derecho podían repararse por medio de este recurso, cuando las autoridades de la época le hacían notar el menoscabo que causaba al derecho natural con sus dictados. Esto es así, debido a que se consideraba que el soberano español, como legislador, no podía querer el mal, ni ordenar cuestión alguna contraria a los principios de aquel, y si eso sucedía, era porque se encontraba mal informado o porque se le habían ocultado los hechos.

Debe advertirse por tanto que las órdenes del rey a través del recurso “obedézcase pero no se cumpla”, se encontraban sujetas a un “control de naturalidad”, siendo que quizá dicha forma de ejercer el control pudiera tener cierto nexo con los efectos prácticos de la “cuestión de inconstitucionalidad”, utilizada por los jueces contemporáneos para manifestar, ante la magistratura constitucional, sus dudas acerca de la posible inconstitucionalidad de una ley aplicable a determinada litis, y en virtud del resultado que de esta derive, obedecer la ley infractora pero no cumplirla para el caso concreto sujeto a su conocimiento y resolución.

*Juan Rivera Hernández*

#### 871. REDUCCIÓN AL ABSURDO

De modo general, el término argumento se refiere a la expresión de un razonamiento mediante el cual se intenta refutar o probar una tesis con el fin de convencer a alguien de la verdad o falsedad de la misma. En el discurso jurídico, la función del argumento es explicitar las razones de apoyo de una interpretación del derecho o de los hechos que se disputan.

El argumento de la reducción al absurdo, conocido por su formulación latina como *reductio ad absurdum*, también es denominado razonamiento “apagógico”, palabra de origen griego que significa “llevar algo fuera de un lugar”, y que Platón utilizaba en el sentido de desviación del razonamiento. Este argumento designa un tipo de razonamiento que consiste en probar una proposición,  $p$ , asumiendo la falsedad de  $p$ , y demostrando que la falsedad de  $p$  se deriva de una proposición contradictoria con  $p$ .

El argumento de reducción al absurdo o apagógico tiene por objeto demostrar la verdad de una tesis determinada de manera indirecta, probando que la contradictoria de la tesis es opuesta a otra tesis considerada como verdadera. Este argumento se sustenta en la existencia de una o varias tesis cuya verdad no ha sido refutada, a la que o a las que se opone otra tesis cuya falsedad se pretende afirmar. De manera que las consecuencias de esta segunda tesis se revelen contrarias a una tercera ya demostrada o tomada por verdadera, por lo que debe concluirse que la primera o las primeras tesis han de reputarse verdaderas y la segunda ha de ser rechazada.

Es un razonamiento lógico que se funda en el principio de no contradicción, que consiste en probar una tesis por la exclusión o refutación de todas las tesis alternativas. Esto se debe a que si una proposición implica su contraria entonces debe ser falsa, pues en un sistema lógico dos tesis contradictorias no pueden ser simultáneamente verdaderas. Es un método de demostración

de la verdad de una proposición a partir de la afirmación de que es verdad, probando que si no lo fuera conduciría a una contradicción.

En el ámbito jurídico, el argumento apagógico se define como el argumento que permite rechazar una interpretación de un texto normativo de entre las alternativas posibles por las consecuencias absurdas a las que conduce. Uno de los problemas fundamentales que se plantean respecto de este argumento es el de delimitar de forma clara el parámetro que permita concluir en lo absurdo de las consecuencias de la interpretación realizada. En términos generales, se puede considerar como “absurdo” que una interpretación sea contraria a la racionalidad que se presume del legislador.

En este aspecto, se hace evidente el carácter consecuencialista del argumento de la *reductio ad absurdum*, ya que la consecuencia que se sigue para el correcto funcionamiento del sistema jurídico es de fundamental importancia. Estos argumentos son de tipo sistemático y se fundan en la idea de la unidad y coherencia del sistema jurídico. Son argumentos que aseguran la consistencia, permiten una interpretación que impida o resuelva la existencia de contradicciones normativas, y se fundamenta en los principios funcionales del sistema jurídico de coherencia y de eficacia. El principio de eficacia exige la consideración de absurdas, y el rechazo consiguiente, a las interpretaciones que pudieran privar de eficacia el texto que se interpreta.

El principio de coherencia interna del orden jurídico exige y justifica, en su calidad de sistema, la consideración como absurdas de todas aquellas interpretaciones que pusieran en entredicho la coherencia del sistema jurídico para preservar su lógica interna mediante la actividad interpretativa. Sobre todo, si se toma como punto de partida de su interpretación y aplicación el postulado del legislador racional que establece el principio de no contradicción como regla interpretativa.

Los argumentos estrictamente lógicos, como es el caso de la *reductio ad absurdum*, están regidos, sin embargo, tanto por reglas lógicas en sentido estricto, como es el caso de las de la lógica deóntica que forman parte de la lógica formal deductiva, como por reglas extralógicas, tales como las reglas de interpretación del derecho o las reglas de operación del sistema jurídico.

Se habla de argumento de reducción al absurdo, cuando se confirma la validez de una interpretación al demostrar que otra posibilidad interpretativa resulta insensata debido a las consecuencias indeseadas que provoca. Este tipo de argumentación cumple con una función teleológica al justificarse mediante su finalidad, que es la de evitar consecuencias no deseadas por el derecho.

En el discurso jurídico, el argumento apagógico recurre a un tipo de demostración indirecta, mediante la cual se confirma la tesis propia al evidenciar que la proposición contradictoria de dicha tesis se encuentra en contradicción con otra que de antemano es aceptada o reconocida como verdadera. De esta forma, la argumentación de la reducción al absurdo cumple un fin lógico al pretender que se observe el principio lógico fundamental de no contradicción. El argumento de la reducción al absurdo sugiere que se realice una interpretación específica, ya que las demás conducen a situaciones carentes de sentido.

Este método es aceptado, incluso, en la argumentación en materia penal, en los términos que señala la tesis que se transcribe: “La demostración de la verdad en la comisión de un hecho delictivo a través de las pruebas en el proceso penal puede ser directa o indirecta; es decir, cuando no se logra demostrar

una tesis, por el procedimiento directo, entonces, se recurre a la demostración indirecta... la demostración indirecta, generalmente, en materia penal se integra con la indiciaria, y el razonamiento que se obtiene consistente en que primero se demuestre la falsedad de la antítesis, es decir, del juicio que contradice a la tesis, y de la falsedad por incongruente de la versión defensiva del inculgado, que se reduce al absurdo, se extrae la conclusión de la veracidad de la versión inculpativa... por ello, si la versión defensiva es inconsistente con las pruebas aportadas al juicio, a través del principio lógico conocido como tercero excluido, de la falsedad del argumento defensivo se deduce la veracidad de la acusación inculpativa. Este método de demostración tiene el nombre de ‘reducción al absurdo’”.

*Carla Huerta Ochoa*

## 872. REFERÉNDUM

Después de dos siglos de historia, la democracia representativa muestra graves síntomas de agotamiento e insuficiencia para el desarrollo pleno de derechos en las sociedades contemporáneas.

La crisis de la democracia representativa se debe al alejamiento creciente de los representantes en los que se delegan las facultades para gobernar y decidir sobre los asuntos públicos respecto de los intereses populares legítimos. Por eso se han estado desarrollando con mayor fuerza que antes diferentes mecanismos de democracia directa y participativa. La idea que subyace al impulso de dichos mecanismos consiste en acercar la democracia a la sociedad, devolverle la capacidad de decisión e intervención en los temas de interés público y, al mismo tiempo, contrarrestar su desencanto político.

La democracia representativa es limitativa, debido a que el ciudadano se reduce a un simple elector que solo decide, cada cierto tiempo, quiénes serán sus representantes, los mismos que tomarán las más importantes decisiones en su nombre. El individuo no decide y no delibera en los momentos interelectorales. La democracia representativa puede operar cotidianamente sin la opinión de la sociedad, convirtiéndose en una democracia autista de élites políticas. Resulta paradójico que cuanto más se insista en fortalecer esta fórmula clásica de democracia, también llamada de “baja intensidad”, menos se entienda que sea ella la que ha arrastrado consigo una profundización mayor de prácticas democráticas degradantes.

Si bien tanto la democracia representativa como la directa tienen en común el principio de legitimidad, que es el fundamento de la obligación política, la diferencia estriba en que la democracia directa coloca al pueblo como su centro neurálgico, es decir, no solo hace residir la soberanía en el pueblo, sino que ese “ente colectivo” toma activa y directamente las decisiones en torno a sus destinos. Este tipo ideal de democracia en la que el pueblo ejerce directamente el poder fue la democracia de los antiguos, que se concretaba: “en la plaza o ágora entre los griegos, en los *comitia* de los romanos, en el *arengo* de las antiguas ciudades medievales”. Es en principio una democracia diferente a la democracia de los modernos, en la que el pueblo ejerce el poder indirectamente a través de sus representantes. Debido a las virtudes de la democracia de los antiguos, Montesquieu y Rousseau no dudaron en exaltarla, al mismo tiempo que criticaban a la democracia representativa; el primero, al decir que el pueblo era quien tenía que hacer por sí solo todo lo que pudiera efectuar

bien y, el segundo, porque solía decir que el pueblo era libre solo el día que votaba. Más tarde, a medida que los Estados fueron creciendo, se hizo más complicado materializar la posibilidad de que todo el pueblo pudiera congregarse en asambleas públicas para deliberar; sin embargo, este argumento también ha sido el pretexto para evitar que la sociedad se pronuncie sobre temas que le atañen y que no deben dejarse solo al arbitrio de los representantes.

La sociedad debe estar cerca del poder para ejercer un control sobre el mismo, de manera efectiva. Por eso, resulta necesario reconocer que el poder no se construye después de la sociedad: se construye desde los mismos procesos que forman a las sociedades. En este sentido, se explica que un Estado fuerte lo es gracias al desarrollo de una sociedad fuerte y madura políticamente.

Muchas son las causas que nos obligan a ampliar el modelo tradicional de democracia representativa, entre ellos: 1) el aumento del abstencionismo; 2) la falta de representación auténtica que ha derivado en una toma de decisiones elitista y alejada de los intereses legítimos de la ciudadanía, o 3) la forzada homogenización social que le subyace. En el fondo, todo esto es una consecuencia de haber excluido de la construcción de la fórmula de democracia tradicional, la participación social, activa y directa encarnada, por ejemplo, en movilizaciones sociales y acción colectiva.

Referéndum es un término de origen francés que significa el mecanismo democrático mediante el cual el pueblo emite una decisión sobre materias legales que se le consultan. Es la “institución política mediante la cual el pueblo, el cuerpo electoral opina sobre, aprueba o rechaza una decisión de sus representantes elegidos para asambleas constituyentes o legislativas”.

Con el mecanismo democrático del referéndum se amplía el sufragio y la totalidad del pueblo organizado en cuerpo electoral participa en el proceso del poder.

Respecto a la naturaleza del referéndum, existe una discusión en torno a si se le considera como un acto de ratificación, desaprobación o de decisión vinculado al acto legislativo o si es un acto decisorio autónomo. La doctrina se decanta por estimarlo como un acto decisorio autónomo que, al sumarse al de los representantes, da origen a la disposición legal, la cual solo adquiere validez cuando ha sido sometida a la votación popular y ha sido aprobada por ella. Así, los representantes elaboran la ley, pero *ad referendum*, es decir, a reserva de lo que el cuerpo electoral resuelva, constituyéndose el “voto” popular en condición suspensiva a que se somete la validez y eficacia de la ley.

En muchas constituciones del mundo se prevé el referéndum; entre otras, en la de Alemania, España, Francia y en las instituciones constitucionales de Reino Unido. En América Latina, el nuevo constitucionalismo latinoamericano lo recoge. Por ejemplo, según el artículo 411 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, la aprobación de cualquier reforma total o de una parte de la Constitución Política del Estado necesita de refrendo constitucional (Ley número 026 del Régimen Electoral, art. 23).

Tanto la Constitución Política de Bolivia como la Ley número 026 del Régimen Electoral de ese país reconocen los siguientes ámbitos territoriales del referéndum: nacional, departamental y municipal y, en función del objeto del referéndum, se distingue entre: a) referéndum para decidir sobre políticas públicas; b) referéndum para tratados internacionales que impliquen cuestiones limítrofes, integración monetaria, integración económica estructural y

cesión de competencias institucionales a organismos internacionales —estos referéndums deben realizarse con carácter previo a su ratificación y son vinculantes—; *c)* referéndum para autonomías y para la aprobación de estatutos autonómicos y cartas orgánicas; *d)* referéndum nacional constituyente para la convocatoria a una Asamblea Constituyente originaria y plenipotenciaria, con la finalidad de la reforma total de la Constitución Política del Estado; *e)* referéndum constitucional como mecanismo de la democracia directa y participativa para aprobar textos constitucionales que impliquen la reforma parcial de la Constitución, y *f)* referéndum sobre límites geográficos.

La reciente Constitución de la Ciudad de México, que entró en vigor el 17 de septiembre de 2018, reconoce el referéndum en su artículo 30, apartado C, que señala: “1. Se reconoce el derecho ciudadano a aprobar mediante referéndum las reformas a esta Constitución conforme a lo establecido en el artículo 69 de esta Constitución, así como a las demás disposiciones normativas de carácter general que sean competencia del Congreso de la Ciudad de México, a solicitud de: *a)* Al menos el cero punto cuatro por ciento de las y los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores de la Ciudad; y *b)* Dos terceras partes de las y los integrantes del Congreso de la Ciudad. 2. Las decisiones legislativas en las materias de derechos humanos, penal o tributaria, no serán sometidas a referéndum. 3. El Congreso de la Ciudad de México determinará la entrada en vigor de las leyes o decretos de su competencia, conforme al resultado del referéndum que pudiera celebrarse”.

*Jaime Cárdenas Gracia*

### 873. REFORMA CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional consiste en la modificación del texto de una Constitución conforme al procedimiento que esta fija para tal efecto: por lo tanto, al estar regulado por la Constitución misma, el poder de reforma es un poder derivado y no originario o, si se prefiere, constituido.

El fundamento de este concepto reside en el *carácter rígido* de las cartas fundamentales modernas, en contraposición a las cartas flexibles que podían ser alteradas con la aprobación de una ley ordinaria. La existencia de un procedimiento determinado por el poder constituyente para la modificación del texto, representa al mismo tiempo una señal de la supremacía de la Constitución respecto de las otras fuentes del derecho, y una garantía de estabilidad (aunque no de eternidad) cuya efectividad varía conforme a la mayor o menor complejidad del mismo.

Desde el punto de vista estructural, existe una primera dicotomía básica entre aquellas reformas que afectan directamente al texto y las enmiendas que dejan intacto el texto originario, el cual mantiene así su identidad originaria, y añaden al final, de forma progresiva, los aspectos nuevos (como las veintisiete enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América). Sin embargo, en ambos casos se trata de reformas *explícitas* que tienen que distinguirse de las *tácitas* o implícitas. Estas últimas pueden ser el resultado de múltiples fenómenos: por ejemplo, de la labor interpretativa de los tribunales constitucionales, de la implementación normativa de un precepto constitucional o incluso de la praxis.

Los criterios que la doctrina ha usado para clasificar los procedimientos de reforma constitucional pueden ser condensados en dos grandes conjuntos:

quiénes son los sujetos involucrados, y cuáles son el procedimiento y los límites formales y sustanciales.

En primer lugar, por lo que se refiere a los *sujetos involucrados*, las experiencias comparadas enseñan una pluralidad de soluciones posibles en relación al órgano (o los órganos) titular del poder de reforma. El Parlamento suele ser el protagonista, en su composición ordinaria o en una composición especial, en varias deliberaciones sucesivas (como, por ejemplo, en Italia, donde las dos cámaras tienen que aprobar el mismo texto, y entre las dos deliberaciones tienen que transcurrir por lo menos tres meses, conforme al art. 138 const.), o incluso en dos legislaturas sucesivas, con la disolución de la Asamblea Legislativa, y la posterior votación del mismo texto de reforma por parte de los parlamentarios recién elegidos (por ejemplo, en Grecia, art. 110 const. o en Noruega, art. 112 const.). Además, el Parlamento puede ser llamado a declarar la necesidad de una reforma, pero no a aprobarla, como pasa por ejemplo en Argentina, donde tras la deliberación por mayoría de dos tercios, tiene que convocarse una Convención (art. 30 const.): este último caso introduce otra hipótesis, es decir, que para tramitar una reforma tenga que instituirse un órgano distinto a los que habitualmente se encuentran en el sistema.

Un factor a considerar en este ámbito es la participación del pueblo, que en muchos casos es implicado en las reformas constitucionales, en cuanto titular de la soberanía. Éste puede disponer tanto del poder de iniciativa (por ejemplo, en Colombia, art. 375 const.) como de la decisión final, normalmente mediante un referéndum que, a su vez, puede ser obligatorio o facultativo, como lo es en Italia, a solicitud de una serie de sujetos, y solo cuando las dos cámaras no alcanzan la mayoría de dos tercios, pero sí la absoluta. Recurrir al voto popular es un trámite típico de los procedimientos de reforma total (España, art. 168 const.; Austria, art. 44 const.; Bolivia, art. 411 const.), sobre la cual se remite a la voz correspondiente.

En los Estados federales, finalmente, suele ser necesaria la posterior ratificación por parte de los Estados miembros: la Constitución de los Estados Unidos de América fue precursora al respecto, ya que requiere la aprobación de los tres cuartos de los Estados (art. V, y véase sobre este problema también el art. 135 de la Constitución mexicana); empero, en algunos casos, la participación de las entidades territoriales está garantizada mediante votaciones populares en cada una de ellas (como en Australia, art. 128 const.) o mediante su representación en la cámara alta, como es en Alemania.

En segundo lugar, por lo que se refiere al *procedimiento* y a los *límites* formales y sustanciales, es necesario reiterar que el elemento central del procedimiento agravado de reforma constitucional consiste en la necesidad de alcanzar una mayoría más elevada de la (relativa o, en algunos casos, absoluta) que se exige para las leyes ordinarias o reforzadas de otra naturaleza. Estas normas tienen como objetivo primigenio la implicación en el proceso decisorio de las minorías, o por lo menos de una parte de ellas, al tratarse de actos normativos que modifican la fuente de nivel más elevado en el sistema.

Los límites a la reforma suelen diferenciarse entre explícitos e implícitos, es decir, aquellos que están previstos en cláusulas pétreas específicas y aquellos que se deducen por vía interpretativa, sin que exista una norma expresa (véase la voz correspondiente, límites implícitos).

Entre los explícitos, sin mencionar de nuevo los vínculos de procedimiento mencionados con anterioridad, existen restricciones desde el punto de vista temporal, básicamente en dos hipótesis: las normas que establecen un plazo entre una reforma y la siguiente (por ejemplo, en Portugal, art. 284 const. o en Grecia, art. 110 const., en ambos casos cinco años), y las que impiden que se tramiten enmiendas constitucionales en situaciones excepcionales, como estado de sitio, guerra o excepción (por ejemplo, en Brasil, art. 60 const. o en Portugal, art. 291 const.).

La otra categoría de límites explícitos, de carácter puramente material, se manifiestan en las denominadas cláusulas pétreas (o de intangibilidad), y tienen contenidos muy variados. Mediante estas normas los constituyentes quieren preservar la forma de Estado, desde el punto de vista tanto institucional (la República: por ejemplo, en Italia, art. 139 const. o en Francia, art. 89 const.) como territorial (el Estado federal: por ejemplo, en Alemania, art. 79 const. o en Brasil, art. 60 const.), e incluso la forma de Estado democrática, en su declinación de derechos y libertades; pero los aspectos irreformables varían muchísimo según el texto constitucional de referencia.

Un fenómeno que, por lo menos, es necesario mencionar es la denominada *rigidez variable*, es decir, la regulación de procedimientos diferentes de reforma constitucional, según el contenido que se va a afectar y la posible coexistencia de reforma total y reforma parcial (por ejemplo, en Austria, art. 44 const.; en España, art. 168 const., y en Colombia, art. 377 const.).

**Sabrina Ragone**

#### 874. REFORMA CONSTITUCIONAL (ENTIDADES FEDERATIVAS)

La reforma constitucional se refiere al procedimiento mediante el cual los estados pueden actualizar su marco normativo interno, según sus necesidades políticas, sociales, culturales y económicas. Su límite de creación y modificación se encuentra en aquellos fijados por la Constitución federal y los compromisos internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano (art. 1, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]).

Antes de hablar de dicha reforma, hay que analizar el modelo federal como forma de descentralización del poder en un Estado constitucional (Torres Estrada, 2010, pp. 593 y ss.). La creación del federalismo por parte del constitucionalismo estadounidense dio al poder una manera de control que formalmente ya existía, relacionado con la división horizontal del poder. El federalismo estadounidense incluyó dentro de sus formas de control el vertical, entre centro y periferia, es decir, ahora no solo se controlarían los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, sino también el Estado central con las entidades federativas.

Debemos decir que el control y los límites del poder se materializan en la Constitución federal, la cual, además de ser aprobada por un poder constituyente creado para tal efecto, tiene que ser votada por las legislaturas de los estados, tanto la creación de la Constitución como cualquier reforma a la misma; es en estos casos cuando se da el control de la periferia al centro.

En ese sentido, las constituciones federales aseguran facultades exclusivas a la federación, entendiendo a esta como los órganos centrales de poder de la Unión (art. 73 CPEUM), mientras que lo que no le es asignado expresamente

corresponde a los estados de la Unión (art. 124 CPEUM; Carbonell, 2003, p. 386), que también ha sido llamado “cláusula residual” (Carpizo, 1994).

Sin embargo, hay que distinguir que las constituciones de las federaciones pueden tener facultades prohibidas para los estados (arts. 117 y 118 CPEUM), las cuales automáticamente pasan a ser de la federación. Del mismo modo, hay que verificar que la misma Constitución no asigne de manera expresa competencias protegidas para otro orden de gobierno, como puede ser el municipio (art. 115 CPEUM).

Es importante mencionar que la Constitución federal puede fijar marcos de actuación que los estados tendrán que respetar para su diseño constitucional, los cuales pueden ser: la creación de órganos con autonomía constitucional, los controles temporales a ciertos cargos públicos, el establecimiento de marcos mínimos que deben de tener algunos tribunales, los tipos de mayoría para nombrar un funcionario, o las instituciones que obligatoriamente deban de considerar los estados de la Unión en su Constitución y sus leyes estatales, como es el caso de los órganos de fiscalización (art. 116 CPEUM). Además, las constituciones federales pueden tener controles externos y, con esto, a sus estados miembros, como resultado de la firma de acuerdos internacionales que obliguen al país en su conjunto (art. 133 CPEUM).

Es importante considerar que también se establecen límites a las constituciones derivados de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la cual, al interpretar la cláusula de competencias implícitas de la Constitución para la federación (art. 73, frac. XXX CPEUM), puede ampliar las capacidades para esta en detrimento de los estados.

Dependiendo del Estado federal, vamos a encontrar diseños donde la Constitución les asigne mayores competencias y contenidos legislativos a las constituciones estatales, así como otros modelos donde sus márgenes de acción van a ser menores. En síntesis, es de gran utilidad identificar cuáles son las competencias que puede hacer la federación y los estados para verificar qué pueden introducir y reformar en sus constituciones estatales.

Normalmente, las constituciones de los Estados federales limitan a las entidades federativas a que no modifiquen las decisiones políticas fundamentales de estructura interna, por ejemplo, la forma de gobierno (república-monarquía), el sistema político (sistema parlamentario-sistema presidencial), modelo de descentralización del poder (modelo federal-unitario, regional), modelo económico (libre mercado-proteccionismo), o modelo ideológico (estado laico y separación Iglesia-Estado).

Una vez que se revisó la parte sustancial de los alcances de una reforma constitucional en los estados, es menester verificar la parte del procedimiento para modificar una Constitución local.

Al igual que la carta magna surge de un poder constituyente, las entidades federativas generan sus constituciones bajo ese modelo de convocar a diputados constituyentes que diseñen y aprueben una Constitución. Es entonces que se establece el método para reformar la Constitución local, con lo cual podrán encontrarse varias formas de modificarla según el estado.

Dentro de los modelos de reforma constitucional local podemos observar varios métodos atendiendo a los siguientes criterios y clasificaciones. En cuanto a quién puede realizar propuestas de reformas a la Constitución, podemos identificar que es el ejecutivo del estado quien normalmente las hace, aunque

también pueden los legisladores o los ayuntamientos. Igualmente, se puede dar el caso de que la ciudadanía tenga la posibilidad de ser acreedora del derecho de iniciativa ciudadana.

Otro criterio a valorar es el relacionado con el número de votos que se necesitan para aprobar una reforma a la Constitución local. Normalmente se requiere una mayoría cualificada equivalente a dos terceras partes de los presentes. No obstante, es importante identificar si la Constitución local no agrava esta votación, ya sea en el número de participantes o en el quórum que se solicite, pues podría ser la mayoría del total de los integrantes del órgano legislativo y no solo de los asistentes a la sesión. Además, es posible que haya dos rondas de votación para una reforma constitucional, con la finalidad de que exista un periodo de enfriamiento entre estas dos etapas del procedimiento de reforma (como sucede en Nuevo León).

Aunado a lo anterior, se puede requerir de algún otro proceso fuera del órgano legislativo para terminar con la reforma, como la participación de los municipios que integran el estado (este es el más común en México), es decir, algo similar a lo que pasa en las reformas a la Constitución federal, donde también votan las legislaturas de los estados, solo que aquí quien tendría que votar serían los órganos colegiados de los entes locales, llamados ayuntamientos.

Los cambios a las constituciones de los estados pueden impugnarse ante la SCJN por medio de las acciones de inconstitucionalidad, de las controversias constitucionales (art. 105 CPEUM) y del juicio de amparo (art. 103 CPEUM). Es decir, si la Constitución de un estado no es acorde con la de la federación y los compromisos internacionales del Estado mexicano (tanto en la forma como en el fondo), esta podrá invalidarse a través de las sentencias de la Suprema Corte.

*Pedro R. Torres Estrada*

#### 875. REFORMA CONSTITUCIONAL (LÍMITES IMPLÍCITOS)

Los límites a la reforma constitucional se suelen distinguir entre formales y materiales, siendo los primeros los que se refieren al procedimiento y los segundos los relativos al fondo. Por lo general, el procedimiento suele estar determinado en su totalidad, o cuando mucho se hace referencia a las reglas del procedimiento legislativo como fuente integradora; al contrario, dentro de la segunda categoría se pueden encontrar límites tanto explícitos —cláusulas de intangibilidad— como implícitos, es decir, no expresamente previstos en una norma particular del texto constitucional. Sin embargo, aun en presencia de cláusulas de intangibilidad, se plantea el problema de la existencia o no de otros principios constitucionales irreformables (en Italia, por ejemplo, además de la forma republicana, inmodificable conforme al art. 139 const., la doctrina y la jurisprudencia han individualizado aquellos principios supremos que no se pueden someter a reforma).

Se trata de límites que pueden ser deducidos de las cartas fundamentales mediante técnicas exegéticas de carácter teleológico o axiológico, teniendo en cuenta la finalidad de las normas y los valores que subyacen a las mismas, e incluso sistemático o extensivo. La idea primordial es la existencia de un núcleo duro cuya transformación implicaría una sustitución (así la denomina la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo) y no una simple reforma: este conjunto de elementos conforma así la identidad constitucional (o

el espíritu, como lo define la Constitución noruega). Algunos tribunales supremos han hecho referencia al concepto de “estructura básica” de la Constitución, como, por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema de la India, donde los debates acerca de estos elementos básicos ha girado en torno a conceptos como la supremacía constitucional, la democracia, la separación de poderes, el federalismo y los derechos. Asimismo, se ha hablado de decisiones políticas fundamentales (así la Sala Constitucional de Costa Rica) o de contenidos fundamentales (Tribunal Constitucional peruano).

*Sabrina Ragone*

#### 876. REFORMA CONSTITUCIONAL (LÍMITES LÓGICOS)

Los límites lógicos de la reforma constitucional son aquellos que no pueden ser deducidos del texto constitucional mediante el proceso hermenéutico corriente, al tratarse de vínculos inmanentes y no coyunturalmente relacionados con una carta fundamental específica. En otras palabras, se trataría de límites universales derivados de los conceptos mismos de reforma y de Constitución, con lo cual difieren de los denominados límites implícitos (véase la voz correspondiente). Justamente, por su carácter general, la doctrina ha considerado dichos límites como absolutos o insuperables mediante procedimientos legales. El límite lógico principal reside en la necesidad de que algo de la Constitución siga en pie después de la reforma, pues de lo contrario se daría una manifestación más o menos espuria de poder constituyente o, como lo denomina una parte de la doctrina, un “fraude constitucional”.

De las teorías sobre la imposibilidad de modificar determinados elementos en estos términos, la más conocida es la que hace referencia a las normas sobre el procedimiento de reforma, como en la denominada paradoja de Alf Ross. Modificar las normas sobre la reforma, a través del procedimiento previsto para ella, presentaría el problema de la autorreferencialidad: es así en los estudios de lógica, donde las frases autorreferenciales se consideran paradójicas, y por lo tanto, sin sentido. Según este autor, ninguna fuente está habilitada para regular las condiciones de su propia validez, pudiendo al revés determinar los requisitos de las fuentes de nivel inferior. La Constitución, en la medida en que prevé el procedimiento de reforma, estaría creando una autoridad especial, la más elevada del sistema, no sometida a los poderes constituidos en cuanto derecho presupuesto y necesario.

Esta tesis se basa además en una visión jerárquica del ordenamiento jurídico, donde las normas sobre la producción de normas, a pesar de situarse en la misma fuente (en este caso, la Constitución), fundamentan la modificación de las segundas, y en consecuencia no podrían ser sometidas a reforma: cada norma tiene que originarse con base en otra superior.

Las críticas más fuertes a la existencia de límites lógicos se basan en argumentos relacionados, en primer lugar, con la necesidad de superar el problema práctico de la existencia dinámica de los sistemas jurídicos que evolucionan a lo largo de los años, y por ello tienen que analizarse en perspectiva diacrónica. Si la reforma de las normas sobre el procedimiento se hace conforme a estas mismas normas, la regulación antigua dejaría simplemente de tener vigencia a partir de la entrada en vigor de la nueva; este fundamento de validez autorreferencial sería aplicable, de todas formas, exclusivamente

a las Constituciones, puesto que no se halla en el ordenamiento ninguna fuente de rango superior; al contrario, un problema diferente se da cuando se aprueban reformas mediante procedimientos parcialmente diferentes al que establece la Constitución, como ha pasado en Alemania o se ha intentado en Italia con las comisiones bicamerales de los años noventa. Los autores más escépticos sobre la existencia de los límites lógicos hacen hincapié, por un lado, en el contexto histórico y político en el que se sitúa toda reforma constitucional, y por otro lado, en la primacía de un análisis de derecho positivo respecto a la construcción teórica propuesta.

*Sabrina Ragone*

#### 877. REFORMA CONSTITUCIONAL TOTAL

La peculiaridad de la reforma total de la Constitución, en comparación con las reformas “parciales” (véase la voz correspondiente), reside en el objeto de la misma, es decir, todo el texto de la carta fundamental, o una parte preponderante del mismo.

Al tratarse de hipótesis reguladas, los constituyentes fijan así unas herramientas de control, incluso sobre las modificaciones relativas al núcleo de la Constitución, que pierden su carácter necesariamente revolucionario para ser confinadas en el cauce de la legalidad. Por ello, la objeción que tradicionalmente se opone a las cláusulas sobre la reforma total reside en la imposibilidad jurídica y política de someter el poder de crear una nueva Constitución a los vínculos procedimentales de la anterior. Sin embargo, si se adopta una visión más estricta, al existir una continuidad jurídica con la “nueva” Constitución reformada, no podría hablarse de ejercicio de poder constituyente, al contrario, con un análisis material se podría llegar a la conclusión opuesta. La reforma total representa, en consecuencia, una nueva frontera del constitucionalismo donde el poder constituyente originario consigue perpetuarse indefinidamente.

El problema mayor reside en la (in)existencia de límites a las reformas totales, ya que estas por su propia naturaleza podrían incidir en cualquier aspecto de la Constitución. A pesar de este dato literal y semántico, la doctrina en muchos países ha intentado igualmente individualizar elementos irreformables, tanto haciendo referencia a algunas normas constitucionales peculiares —por ejemplo, las que declaran la inviolabilidad de los derechos humanos— como anclando sus tesis en los vínculos que impone el derecho internacional, y en el contexto europeo, el derecho de la Unión Europea.

A pesar de las cuestiones teóricas de gran calado que plantean dichos instrumentos, la tendencia a prever cláusulas de este tipo es innegable, y el derecho comparado ofrece numerosos ejemplos. Lo que mancomuna las experiencias es la previsión de formas de *agravamiento del procedimiento*, tanto desde el punto de vista de la mayoría exigida, como de los sujetos a involucrar, con especial referencia al cuerpo electoral.

Además de la constante participación popular y de la complejidad del procedimiento, otro aspecto común —aunque no universal— consiste en la adopción de un criterio cualitativo y no cuantitativo a la hora de establecer de qué tipo de reforma se trata (parcial o total), con lo cual aquellas modificaciones que inciden en los elementos nucleares del sistema, aunque solo se vaya a tocar un artículo, están sometidas al procedimiento más complicado.

Este deseo de mantener la continuidad entre diferentes textos constitucionales sucesivos se ha manifestado, sobre todo, en Occidente.

Por ejemplo, en Europa, la Constitución austriaca añade al procedimiento de aprobación de una reforma el referéndum popular en los casos de reforma total (art. 44) y además exige la mayoría absoluta de los votos válidos (art. 45).

A su vez, el caso español ofrece un paradigma de complejidad extrema, ya que establece, para la reforma total, la aprobación por mayoría de dos tercios en las Cortes generales, seguida por la disolución de las mismas. Las nuevas Cortes deberán pronunciarse sobre el texto ratificándolo, y luego aprobándolo con la misma mayoría, y posteriormente se realizará un referéndum popular (art. 168). Otro aspecto a destacar de la regulación española es la equiparación de las reformas que afectan a determinados ámbitos de la Constitución (el título preliminar, que contiene los principios fundamentales y las normas sobre los derechos fundamentales, las libertades públicas y la Corona) con las hipótesis de reforma total, con la consecuente extensión del procedimiento descrito. Ello implica una jerarquización interna de las normas constitucionales con la subsiguiente superprotección de las que se consideran más relevantes; y esta jerarquización fue realizada por el poder constituyente, el cual seleccionó aquellos elementos que componen la esencia del sistema.

No se puede omitir a este respecto una referencia al ordenamiento suizo. Lo que resulta más interesante no es tanto la forma en que la Constitución regula la reforma total (art. 193), otorgando un papel fundamental al órgano legislativo y al pueblo, sino el proceso que entre los años ochenta y finales de los noventa ha llevado a una drástica modificación del texto, pero por etapas, a través de cambios progresivos y sucesivos.

En América Latina también son numerosas las Constituciones que regulan esta hipótesis: solo para mencionar algunos ejemplos, la argentina prevé que puede reformarse en parte o “en todo” (art. 30); la boliviana equipara la reforma total a las modificaciones que afecten “a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución”, y establece la necesidad de una Asamblea Constituyente que califica de “originaria” y “plenipotenciaria”, y que se convocaría tras un referéndum popular (art. 411); la costarricense habla de “reforma general”, y se la encomienda a una Asamblea Constituyente *ad hoc*, convocada por decisión tomada por el Legislativo con la mayoría de dos tercios (art. 196).

*Sabrina Ragone*

## 878. REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 2011

En México, el 10 de junio de 2011, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma más importante a la Constitución federal de la República en materia de derechos humanos desde su promulgación en 1917.

Esta reforma trascendental, que buscó fortalecer el sistema de reconocimiento y protección de los derechos humanos en México, implicó la modificación de 11 arts. constitucionales: 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105. Los principales cambios que se produjeron a través de ella se reflejan a continuación (*cf.* García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2012).

- En el art. 1o. constitucional:

— Se transforma la denominación del capítulo I, título primero, para pasar “De las garantías individuales” a “De los derechos humanos y sus garantías”.

— Se reconoce constitucionalmente a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales al mismo nivel que los consagrados en la norma fundamental.

— Se dispone que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Así, además de establecer la obligación de realizar la interpretación conforme a tratados, también se prevé la aplicación del principio *pro persona*, por el que todas las autoridades que aplican la ley quedan obligadas a preferir aquella norma o aquella interpretación que mejor protege al ser humano.

— Se dispone que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Se trata de un mandato integral, no solamente porque está dirigido a todas las autoridades, sino porque la obligación abarca los diversos ámbitos de la actuación pública. Es un mandato para transformar el desempeño diario de las autoridades.

— Se consagran los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad como fundamento de la actuación pública.

— Se obliga al Estado a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

— Se precisa la prohibición de discriminación por motivo de preferencias sexuales.

- El art. 3o. incluye la disposición de que la educación que imparta el Estado fomentará el respeto a los derechos humanos.

- En el numeral 11 se reconoce el derecho al asilo y refugio para quedar: “En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio”.

- En el art. 15 se prohíbe la celebración de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución, y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

- El sistema penitenciario debe organizarse sobre la base del respeto a los derechos humanos (art. 18).

- En el precepto 29 constitucional se regula un nuevo régimen de suspensión y restricción de derechos y garantías, además se constituye un núcleo duro de derechos que no pueden suspenderse nunca, ni aun en estados de excepción.

- Por otra parte, se otorga derecho de audiencia a las personas extranjeras sujetas al proceso de expulsión previsto en el art. 33.

- Se prevé en el art. 89, frac. X, que el Poder Ejecutivo, en la conducción de la política exterior, observará como principio el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos.

1 Con la reforma al art. 97 se suprime la facultad de investigación de violaciones graves de derechos humanos que se encontraba en la esfera competencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1 La facultad de investigación se incorporó en el art. 102, apartado B, de manera cuestionable, como una “nueva” atribución de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Además, se pretende dotar al *ombudsman* de mayor autonomía, verificar una consulta pública en su proceso de elección, brindar mayor fuerza a sus recomendaciones a través de un control político a cargo del Poder Legislativo (Cámara de Senadores), que podrá llamar a los servidores públicos que no acepten o no cumplan las recomendaciones, y finalmente, amplía la competencia del *ombudsman* a la materia laboral.

En el art. 105, frac. II, inciso g), se prevé que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos puede interponer acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

En interpretación del renovado art. 1o. constitucional se han producido dos decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia mexicana, una en 2011 y otra en 2013.

La primera de ellas fue en el expediente Varios 912/2010, resuelto en julio de 2011, producido a raíz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco. En ella se determinó que las sentencias emitidas por la Corte Interamericana en contra de México serían vinculantes para los jueces mexicanos y las pronunciadas en contra de otros países se constituirían como un referente orientador. También se decidió que todos los jueces mexicanos debían ejercer el control de convencionalidad, por lo que se estableció un nuevo sistema de control constitucional-convencional en México, pasando del modelo concentrado a uno difuso o híbrido. Finalmente, se sostuvo que todas las violaciones a los derechos humanos debían ser conocidas por la jurisdicción ordinaria o civil, nunca por la militar.

Posteriormente, en sesiones de agosto y septiembre de 2013, la Suprema Corte resolvió la contradicción de tesis 293/2011 en la cual se sostuvo que en México existe un bloque de constitucionalidad, como parámetro de control o regularidad constitucional y convencional, que se integra por el conjunto de derechos humanos, tanto de fuente nacional (constitucional propiamente hablando) como internacional (tratados internacionales). Esto sin duda tiene una clara ventaja, ya que amplía, en su número y alcance, los derechos que se establecen literalmente en la Constitución, con aquellos que están recogidos en los tratados e instrumentos internacionales. La aplicación de estos derechos se realiza mediante el principio *pro persona*.

No obstante lo anterior, la Suprema Corte mexicana también determinó que en caso de contradicción entre el texto constitucional y los tratados internacionales, prevalecerá el primero, lo que se puede interpretar como un matiz, excepción o restricción a la aplicación del principio *pro persona*.

Por último, dentro de la misma contradicción de tesis 293/2011, se decidió que todas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para los jueces mexicanos, sin importar si fue México el país condenado. Esto representa un avance y un reto en relación a la decisión de la misma Suprema Corte en el expediente Varios 912/2010. De esta contradicción se derivarán tesis jurisprudenciales. Al momento de

escribir estas líneas aún no se ha emitido por la Suprema Corte el engrose de esta decisión.

La reforma de derechos humanos 2011 está interrelacionada y se complementa con la reforma de amparo, publicada el 6 de junio de ese mismo año. A través de ella, el amparo se convierte en una garantía de los derechos humanos, ya que, entre otras muchas cosas, se estableció su procedencia en contra de actos, leyes u omisiones de autoridad que violen derechos humanos reconocidos en tratados internacionales.

A más de dos años de la entrada en vigor de la reforma 2011, aún estamos lejos de que su implementación sea una realidad, pero, sin duda, a raíz de ella se está gestando en México un nuevo derecho constitucional que se proyecta en todos los ámbitos del derecho. La reforma 2011 debe irradiar la vida nacional mexicana.

*Julieta Morales Sánchez*

### 879. REGLAMENTO

(De *reglar*, y este, a su vez, del latín *regulare*). El término “reglamento” trasciende en muchos aspectos la órbita de acción del derecho administrativo, siendo empleado con bastante frecuencia en otras ramas del derecho. El reglamento es el conjunto de normas generales, abstractas e impersonales, que de manera unilateral y escrita expiden los órganos del Estado, primordialmente el Poder Ejecutivo y la administración pública en uso de atribuciones constitucionalmente determinadas, y que se encuentran subordinadas jerárquicamente a las normas con rango y fuerza de ley formal. Este conjunto de normas facilitan la ejecución y observancia de las leyes expedidas por el órgano legislativo, desarrollando sus principios y completando en detalle los supuestos que las mismas establecen. Históricamente, lo que el día de hoy conocemos por reglamento y potestad o *facultad reglamentaria* (Casarín León, 2003: 57 y ss.) es el resultado de una pugna secular por la conquista de la hegemonía en el campo de la producción normativa entre el titular del Poder Ejecutivo y las asambleas representativas que se inician en la Baja Edad Media. En México, los juristas españoles copiaron la institución del constitucionalismo francés en la Constitución de Cádiz (1812), misma que fue mantenida en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano (1822), en la Constitución Federal (1824), en las Siete Leyes Constitucionales (1836), en la Constitución Política de la República Mexicana (1857) y finalmente en la Constitución vigente (1917). De acuerdo con la doctrina, el reglamento es un acto unilateral que produce efectos jurídicos generales en forma directa, esto es, sus normas crean situaciones jurídicas generales y abstractas que en ningún caso regulan una situación jurídica concreta, y son dictadas, entre otras cosas, para la atención pormenorizada de los servicios públicos, para hacer posible la ejecución de la ley, y para los demás fines de la organización estatal. Los elementos generales del reglamento, como fuente del derecho administrativo, son los siguientes: a) es un conjunto de normas jurídicas que emanan de los órganos del Estado, primordialmente del Poder Ejecutivo y la administración pública, generalmente dictadas en ejercicio de facultades discrecionales; b) es unilateral, por oposición a bilateral, ya que en el segundo supuesto se trata de una declaración de voluntad común entre dos o más partes, destinada a regular sus derechos; en cambio, en el acto unilateral falta esa declaración de

voluntad común, y es por el contrario una sola parte, en este caso los órganos estatales, primordialmente el Poder Ejecutivo y la administración pública, quienes expresan su voluntad; c) esas normas tienen por objeto facilitar en la esfera administrativa la ejecución de las leyes que expida el Congreso de la Unión; d) el carácter impersonal y general del reglamento, que asume características semejantes a las de la ley; aquí está dada la distinción esencial entre reglamento y acto administrativo; e) el reglamento no puede invadir el dominio reservado por la Constitución al legislador, por lo que debe mantenerse los principios de primacía y reserva de ley; f) el reglamento debe ser promulgado y publicado para que tenga fuerza legal obligatoria, y g) el reglamento no debe tener otras cargas, restricciones, limitaciones o modalidades, que las establecidas en la ley y de conformidad con la Constitución. Como podemos observar, el reglamento comparte con la ley los atributos de ser normas generales; sin embargo, el primero es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la segunda. Esto quiere decir que su sumisión a la ley es absoluta (Francia constituye una excepción, en donde se habla de “reserva de reglamento” autorizada por su Constitución); por tanto, no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no pudiendo contradecir o dejar sin efecto los preceptos legales, ni tampoco abordar contenidos reservados a aquellos. Desde el punto de vista de régimen jurídico, también existen las siguientes diferencias: 1) en nuestro país existe una distinción de carácter formal que consiste en que la ley es un acto legislativo (deriva del Congreso) y el reglamento un acto primordialmente dictado por la administración (que expide el titular del Poder Ejecutivo); 2) el reglamento no es emitido con el mismo procedimiento de la ley expedida por el Congreso; 3) en cuanto a su existencia, la ley existe y tiene plena validez sin necesidad del reglamento; este último requiere, salvo excepciones expresas, pero cuestionadas, de la existencia de la ley; 4) en cuanto a su vigencia, la ley es obligatoria mientras no se abroge; el reglamento no puede existir al desaparecer la ley (aunque han existido casos muy cuestionados en donde el Congreso mantiene la vigencia de aquellos en los transitorios mediante los cuales abroga la ley); 5) en cuanto a su contenido, la ley tiene una materia reservada que solo ella puede regular; en nuestro sistema constitucional, este criterio tiene aplicación aun tratándose de las leyes expedidas en ejercicio de facultades extraordinarias encomendadas al presidente de la República. La doctrina ha reconocido diversos tipos de reglamentos: a) de ejecución, los que emite el titular del Poder Ejecutivo en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, con objeto de hacer posible la aplicación y el cumplimiento de las leyes formales como presupuesto necesario para su existencia, también son llamados de subordinación; 2) de administración pública, los cuales se expiden sin necesidad de referirse o desarrollar totalmente una ley específica, para organizar y clarificar la competencia de los órganos que pertenecen formalmente a aquella; 3) autónomos, son los que no dependen de una ley y se habilitan directamente por la Constitución (en México se discute su existencia, pues el Ejecutivo solo puede reglamentar las leyes que expida el Congreso); 3) delegados o de integración, que expiden los órganos administrativos o demás poderes del Estado (incluyendo los órganos constitucionales autónomos) cuando es expresamente autorizado o habilitado por el Legislativo para regular materias que le están atribuidas constitucionalmente a este, y 4) de necesidad y urgencia, son los que dicta el Ejecutivo en

situaciones graves y urgentes sobre diversas materias, incluso que corresponden al Legislativo. Por su contenido, los reglamentos pueden ser jurídicos o de organización, los primeros se refieren a materias que afectan directamente a los administrados, por lo cual tienen el carácter de general, y los segundos son los que se dirigen a regular la organización administrativa sin incidir sobre los particulares. En los reglamentos se distinguen los límites formales respecto a sus requisitos de validez, los cuales se refieren a la competencia que debe tener el órgano administrativo para producirlo, en consideración de una jerarquía normativa (subordinación a la Constitución y a la Ley), y de conformidad con un procedimiento especial previamente establecido, cuya omisión puede ocasionar su invalidez (en el caso mexicano, a través del juicio de amparo o la controversia constitucional). La creciente complejidad de las actividades estatales ha puesto de manifiesto problemas de constitucionalidad de actos normativos, que equivalen en su contenido a auténticos reglamentos expedidos por una pluralidad de órganos estatales, en su mayoría ubicados en el ámbito de la administración pública (circulares, acuerdos, decretos, normas oficiales mexicanas, lineamientos, manuales de organización, criterios, reglas de carácter general, entre otros), donde se discute la competencia para expedirlos y el alcance de sus disposiciones en relación a la seguridad jurídica y derechos fundamentales de los destinatarios, así como a los principios de primacía y reserva de ley.

*Manlio Fabio Casarín León*

#### 880. RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Desde sus primeras actuaciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dedicado particular atención a la situación de las personas privadas de libertad en las Américas. Ello se refleja desde sus primeros informes de país, tales como los relacionados con la situación de derechos humanos en Cuba (1962 y 1963) y en República Dominicana (1965).

En particular, los antecedentes de la Relatoría de la CIDH sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad (RPPL) se remontan a febrero y abril de 1994 —durante el 85 y 86 periodos ordinarios de sesiones de la Comisión celebrados en Washington, D.C., Estados Unidos—. En los referidos periodos se estableció un Grupo de Trabajo con el objeto de estudiar las condiciones de detención en que se encontraban las personas privadas de libertad en las Américas (CIDH, comunicados de prensa núms. 4/94 y 7/94, 1994). Años más tarde, en marzo de 2004 —durante el 119 periodo ordinario de sesiones—, la CIDH estableció formalmente la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad (CIDH, comunicado de prensa núm. 8/04).

El mandato de la Relatoría consiste en monitorear la situación de las personas sometidas a cualquier forma de privación de libertad o detención de los Estados miembros. En particular, de acuerdo con los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad —emitidos por la CIDH en 2008—, la privación de libertad incluye “cualquier forma de detención [o] custodia de una persona [...] ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su

libertad ambulatoria”. En este contexto, en la categoría de personas privadas de libertad no se contempla solo a aquellas procesadas o condenadas, sino también a personas bajo custodia de instituciones, como hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidad; instituciones para niños, niñas y personas mayores; centros de detención migratoria, y cualquier otra institución destinada a la privación de libertad de personas.

A fin de cumplir con su mandato, la Relatoría utiliza diversos mecanismos de la CIDH para proteger los derechos de personas privadas de libertad. Entre las actividades realizadas por la Relatoría destacan las visitas de trabajo a los Estados miembros de la OEA con el objetivo de obtener información sobre este tema, y llevar a cabo observación de terreno de lugares de detención o centros de privación de libertad. Las visitas constituyen la actividad más importante de la RPPL, debido a que permite a la CIDH documentar condiciones que suelen estar escondidas de la vista pública. De manera general, al visitar un país y sus centros de detención, la Relatoría realiza los recorridos de manera independiente, cuenta con la posibilidad de realizar entrevistas de manera confidencial con las personas detenidas en sus mismos pabellones, y tiene acceso irrestricto dentro de dichos centros. Lo anterior resulta consistente con otras prácticas realizadas por otros organismos internacionales. De esta manera, la RPPL evita las visitas controladas por el Estado, garantizando una visión precisa de los desafíos y abusos que se encuentran presentes en los centros de detención. Las visitas de la RPPL han servido en diversos contextos para evidenciar las condiciones abusivas en dichos lugares.

Otras competencias de la RPPL incluyen los informes temáticos y de país que desarrollan una temática respectiva que ofrece estándares interamericanos para guiar a los Estados en el cumplimiento de obligaciones internacionales en la materia; y los comunicados de prensa para manifestar alguna preocupación particular o saludar determinada iniciativa que constituya una buena práctica a nivel regional. Asimismo, la Relatoría asiste a la CIDH mediante el trámite de peticiones y casos individuales, así como de medidas cautelares y provisionales relacionados con los derechos de las personas privadas de libertad. De igual forma, la Relatoría proporciona apoyo técnico mediante otros mecanismos de la CIDH, realiza actividades de promoción y organiza seminarios, talleres y reuniones de consulta con especialistas.

A la fecha, los relatores con los que ha contado la Relatoría son: Florentín Meléndez, originario de El Salvador (2004-2009); Rodrigo Escobar Gil, de Colombia (2010-2014), y James Cavallaro, de Estados Unidos (2014-2017). Actualmente, y desde enero de 2018, el relator temático es el comisionado Joel Hernández, de nacionalidad mexicana.

*Sofía Galván Puente*  
*James Cavallaro*

#### 881. RENDICIÓN DE CUENTAS

Típicamente se hace una lectura literal y estrecha del concepto de la rendición de cuentas. Los enfoques más comunes provienen de las discusiones académicas en inglés sobre el concepto de *accountability* y lo circunscriben a simplemente llevar “cuentas claras”, poco más que sumas y restas bien hechas, y en su caso, ofrecer la posibilidad de que algún actor externo pueda tener cierto nivel de acceso a tales “cuentas”.

Tal acercamiento es insuficiente, ya que deja fuera conceptos fundamentales como *transparencia*, *sanciones*, *desempeño*, *corrupción*, *interés público* y *relaciones de principal-agente*. Hace falta una definición más robusta para que el término pueda funcionar; entender mejor la naturaleza pública del Estado y facilitar el buen funcionamiento institucional.

Afortunadamente, el término en español cuenta con una ventaja con respecto al inglés. Mientras la palabra *accountability* sugiere una actitud pasiva (con la terminación *-ability*), la palabra “rendición” implica una acción clara de parte del objeto de la rendición de cuentas. En general, la rendición de cuentas debe ser entendida como un proceso dinámico de informar a la ciudadanía, y no como un momento estático. Rendir cuentas es hallarse en movimiento y no permanecer sentado en la oficina “portándose bien” y estar “abierto a la crítica”.

Tal y como lo ha señalado Andreas Schedler, el comportamiento proactivo, que implica la rendición de cuentas, exige constante diálogo, explicación y justificación de las acciones gubernamentales. Otra definición que intenta recoger esta dinámica es la de John Ackerman, quien lo define de la siguiente manera: “Un proceso proactivo por medio del cual los objetos de la rendición de cuentas informan, explican y justifican sus planes de acción, su desempeño y sus logros, y se sujetan a las sanciones y recompensas correspondientes”.

La rendición de cuentas puede incluir evaluación, tanto del desempeño como del acatamiento a las reglas. Asimismo, habría que tomar en cuenta las tres temporalidades posibles (pasado, presente, futuro) de la rendición de cuentas. El concepto también necesariamente implica la existencia de alguna sanción o recompensa como resultado del proceso de evaluación externa.

Los objetos de la rendición de cuentas, los actores sujetos al proceso, pueden ser servidores públicos o actores sociales o privados. Asimismo, los sujetos del ser servido puede ser la ciudadanía o, en su caso, instituciones estatales o sociales especialmente diseñadas para exigir la rendición de cuentas, como un *ombudsman* o una “contraloría social”. Guillermo O’Donnell distinguía entre dos direccionalidades del proceso: la rendición de cuentas “vertical”, donde quien exige cuentas tiene autoridad directa sobre el objeto del proceso, y la rendición de cuentas “horizontal”, la cual existe entre dos actores de autoridad y poder similares.

Así que la rendición de cuentas no necesariamente implica una relación de autoridad entre el actor que exige y el que responde. Autores como Mulgan y Moreno, Crisp y Shugart han insistido que la rendición de cuentas solamente existe como parte de una “relación principal-agente”, en la que el principal delega autoridad en su agente, que actúa por él, para luego pedirle cuentas con respecto a su actuación. Pero, en realidad, relaciones “horizontales” de rendición de cuentas, entre dos actores de autoridad equivalente, son comunes. Un legislador fácilmente puede llamar a cuentas a otro legislador por no cumplir con los estatutos o el programa del partido en sus votaciones. La relación entre un *ombudsman* y una dependencia gubernamental o entre dos hermanos gemelos puede tener una naturaleza parecida.

Otro debate importante en la literatura es el que aborda la relación entre la rendición de cuentas y la “responsabilidad” (*responsiveness*). Algunos sostie-

nen que existe una separación radical entre estos dos conceptos. Por ejemplo, Bernard Manin, Adam Przeworski y Susan Stokes postulan que el concepto de rendición de cuentas debería limitarse a la evaluación del comportamiento de los servidores públicos, o actores privados, de acuerdo con estándares “externos”, y por lo tanto, no debería mezclarse con los temas de la representatividad o las demandas sociales. Otros autores han cuestionado esta demarcación de conceptos por su tendencia “tecnocrática”, al querer separar artificialmente los ámbitos del desempeño institucional y la participación democrática.

*John Mill Ackerman Rose*

## 882. REORDENACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

Ajuste en aspectos formales del texto constitucional como un todo, en aras de mejorar su claridad y manejo, dificultados al cabo de sucesivas y múltiples reformas que lo han extendido, a la vez que complejizado en su sistematicidad y coherencia. Debe diferenciarse la reordenación de la consolidación constitucional. Si bien ambos tipos de modificaciones involucran un trabajo de “edición” constitucional, esto es, de corrección de la forma antes que alteración del contenido de las decisiones políticas que se reflejan en la Constitución, la primera se refiere a reubicar las disposiciones en los artículos, apartados, fracciones o párrafos afines, mientras que la segunda involucra depurar puntuación y sintaxis, suprimir redundancias e inconsistencias y, particularmente, reenviar las disposiciones reglamentarias a una “legislación de desarrollo constitucional” (como la denominan Valadés y Fix-Fierro, a diferencia de Fix-Zamudio, quien opta por el término leyes orgánicas) para que en la norma fundamental únicamente se conserven las directrices esenciales de los derechos y de la organización estatal, en la línea del constitucionalismo clásico que encuentra ejemplo en la Constitución de Estados Unidos de América.

Estas leyes tienen un proceso legislativo intermedio entre la Constitución y las leyes ordinarias, esto es, de mixtura en la rigidez de la votación parlamentaria para su aprobación y modificación, con lo cual se busca inhibir que las disputas políticas transitorias y las necesidades coyunturales se reflejen en la norma fundamental —y, consecuentemente, esta se modifique de manera reiterada al cambiar y sucederse tales disputas y coyunturas—, al mismo tiempo que dota al desarrollo constitucional de mayor estabilidad respecto de la legislación ordinaria. Este tipo de dispositivos legales está vigente en diversos países de Latinoamérica (Colombia, Brasil, Chile, Argentina, Costa Rica, El Salvador) y algunos de Europa (España, Portugal, Francia).

Como aspecto a considerar para la viabilidad de la reordenación y la consolidación constitucional se encuentra la posible complejidad de diferenciar entre lo accesorio y lo principal, la forma y el fondo del texto constitucional mismo, o sea, la connotación que se dé a la posibilidad misma de alterar el texto constitucional, escindiendo el contenido de la decisión política de la forma en que se expresa, sobre todo si se repara en que la redacción en los términos precisamente empleados en el texto fundamental suele ser la materia y el resultado de las disputas y consensos del constituyente originario o permanente, que ha sido su autor.

*Héctor Manuel Guzmán Ruiz*

## 883. REPARACIÓN

Es ampliamente reconocido el principio de que quien incurre en una conducta ilícita y causa un daño está obligado a afrontar las consecuencias de aquel y a reparar el daño ocasionado. El régimen de las reparaciones (o mejor dicho, de las consecuencias jurídicas de la conducta ilícita), que ofrece modalidades diversas en función de la ilicitud de la conducta y de la culpabilidad con la que obre el agente, tiene aplicación en las más diversos campos del ordenamiento jurídico. En México, cuenta con cimiento constitucional y se proyecta hacia las ramas civil, penal, administrativa, mercantil, etcétera; hoy día posee extensa proyección en el orden internacional general y en el terreno de los derechos humanos, principal espacio al que se destina esta nota.

La Constitución general de la República contiene disposiciones categóricas acerca de la reparación del daño derivado de la comisión de delitos, que debe ser satisfecho a las víctimas (es decir, a los titulares del bien jurídico afectado y otras personas perjudicadas por el comportamiento ilícito). Esta materia se halla contemplada en el art. 20, bajo el epígrafe “De los derechos de la víctima o del ofendido”. Corresponde al Ministerio Público, en ejercicio de la acción penal, reclamar la reparación del daño (erróneamente concebido como pena, no obstante su naturaleza de consecuencia civil del delito) y al tribunal de la causa condenar al responsable. El derecho del ofendido se plantea, pues, ante ambas instancias de la persecución penal y la administración de justicia. La reglamentación de estas reparaciones se localiza en los códigos, penal y de procedimientos penales, conforme a sus respectivas especialidades, y trasciende al derecho ejecutivo penal en lo que respecta al disfrute de ciertos beneficios que implican correctivos en la duración de la pena impuesta.

Por otra parte, el art. 113 constitucional, enclavado en el título cuarto de la ley fundamental, bajo el rubro “De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado”, previene la responsabilidad de este “por los daños que, con motivo de la actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares”; señala que esta responsabilidad tiene carácter objetivo y directo. Añade que “los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”. Existe una ley secundaria, derivada de la norma constitucional, acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado (federal), que considera asimismo las determinaciones adoptadas a este respecto por órganos internacionales, tema al que me referiré *infra*.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, de 2011, que llevó adelante una amplia revisión de este tema, particularmente a través del nuevo texto del art. 1o. —norma fundamental para la debida elaboración y lectura del ordenamiento jurídico nacional, en todos sus peldaños: federal, estatal, distrital y municipal— acogió también el tema de las reparaciones a cargo de instancias públicas. Tras manifestar que corresponde “a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias... la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”, el párrafo segundo de ese precepto supremo dispone que, “en consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Comúnmente se reconoce que la ley reguladora de la reparación a la que se refiere el art. 1o. constitucional es la Ley General de Víctimas, conforme resultó del complejo proceso legislativo que culminó en 2013. Ha habido cuestionamientos acerca de la competencia —federal o estatal— para regular las reparaciones por violación de derechos humanos. En todo caso, conviene tomar en cuenta que las normas internas pueden fijar los términos de la reparación cuando las disposiciones violadas tienen fuente nacional. En cambio, el régimen de reparaciones con motivo de la violación de normas internacionales concierne al derecho internacional (específicamente al derecho internacional de los derechos humanos, en la vertiente que ahora interesa) y que, en consecuencia, el ordenamiento doméstico no podría imponer menoscabo ni condición a las disposiciones internacionales correspondientes a transgresiones de esta naturaleza. En este sentido se debe apreciar la última expresión, antes transcrita, contenida en el segundo párrafo del art. 1o. constitucional: “en los términos que establezca la ley”.

Por lo que toca al sistema de reparación, previsto en el orden interamericano de los derechos humanos, que ha cobrado fuerte presencia en la normativa y en la práctica de nuestro país, conviene tomar en cuenta que dicho sistema halla su fundamento en el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José, de 1969, incorporado en 1991 en la ley suprema de la Unión, en los términos del art. 133 constitucional. La CADH regula un amplio conjunto de temas: reconocimiento de derechos y libertades, obligaciones generales de los Estados y responsabilidad de estos (colectiva e individual), y garantías para la puntual observancia de ese catálogo de derechos y libertades: órganos de protección, procedimientos, medidas provisionales (cautelares jurisdiccionales) y reparaciones. Estas se hallan, pues, en el marco de las garantías provistas por la CADH.

Es bien sabido —y así lo ha afirmado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), intérprete oficial de la Convención— que la materia de reparaciones por violación de esta —o de otros instrumentos internacionales— compete precisamente al derecho internacional, y que el ordenamiento nacional no puede, como antes mencioné, imponer modalidades o restricciones a un sistema que trasciende las fronteras domésticas. En efecto, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce o instituye el derecho y la libertad del individuo (además de los reconocimientos provenientes de fuente nacional), estatuye el deber estatal de respetarlos (art. 1.1, CADH), previene la garantía de preservación (art. 1.1, CADH), regula la responsabilidad internacional, dispone las consecuencias derivadas de la violación de aquellos y rechaza los obstáculos de orden interno que un Estado pudiera invocar para desatender sus obligaciones internacionales. Por ende, las reparaciones de fuente internacional deben ser consideradas en el doble marco de esa fuente, a saber: el instrumento internacional y la sentencia del órgano jurisdiccional, asimismo internacional (o supranacional) que dispone la condena del Estado y precisa la consecuencia correspondiente.

Se suele interrogar acerca del carácter de la obligación reparadora: ¿de medios o de resultados? La pregunta involucra cuestiones complejas y cubre abstenciones inaceptables. En rigor, se trata de un deber de medios, es decir, de aplicación de todos los medios al alcance del obligado (el Estado) para

reparar debidamente el daño causado por el hecho ilícito. Es posible que surjan obstáculos insuperables que impidan arribar al resultado apetecido. Empero, es indispensable distinguir entre los escollos de hecho, a veces irremontables, y los de derecho, generalmente remontables, e impedir que se argumente imposibilidad de cumplimiento cuando solo existe indisposición política.

Fue largo y complejo el proceso de elaboración y adopción del actual art. 63.1 de la CADH. Inicialmente, los redactores de anteproyectos y textos conducentes al conocimiento y decisión de la Conferencia de 1969, que emitió la CADH, inspiraron sus propuestas en las disposiciones del Convenio europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales, de 1950, que era el modelo a la vista y cuya aplicación había iniciado bajo las orientaciones de la Comisión y de la Corte Europeas de Derechos Humanos.

Ese modelo contiene una fórmula que resultaría insatisfactoria para los autores de la Convención Americana: “Si el tribunal (europeo) declara que ha habido violación del Convenio (de Roma, de 1950) o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”. Como se advierte, la fórmula europea carga el acento sobre la regulación reparatoria del Estado, y subsidiariamente (secundariamente) sobre la iniciativa del tribunal internacional. Además, todo el énfasis se deposita en la satisfacción del perjuicio ocasionado a la víctima.

Dicho perfil de la reparación no convenció a la Conferencia de San José, que acogió finalmente una propuesta formulada por la delegación de Guatemala, que hoy informa el art. 63.1: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención [agregaré: o en otros instrumentos que aplica el tribunal interamericano, dentro de su ámbito de competencia material], la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

De la fórmula acogida por la CADH se infiere el propósito de dar a las reparaciones mucho mayor alcance que el que literalmente se desprende del texto europeo, y la determinación de conceder al orden internacional, representado por la Corte Interamericana, una misión más diligente e intensa. El acento se pone en el orden internacional y las satisfacciones que este puede proveer, no en el orden interno y las insatisfacciones que pudieran caracterizarlo. Atrás de esta fórmula militaban, sin duda, una dura experiencia y una moderada esperanza.

El aspecto más interesante, a juicio del autor de esta nota, del sistema interamericano de reparaciones —aspecto destacado por un importante sector de la doctrina internacional— es el énfasis que aquel pone en los factores estructurales de la violación. No se concentra solamente en el agravio inferido a la víctima y en la confrontación particularizada entre la norma internacional que se supone vulnerada y el hecho concreto que la vulneró. Va más allá: extiende la mirada hacia el contexto histórico y actual, y hacia las previsibles reiteraciones en el futuro cercano o distante. Aborda, pues, las

fuentes de la violación y reclama medidas de prevención y no repetición que indudablemente desbordan el daño material o inmaterial causado a un sujeto particular, aunque no lo desconoce, ni omite atenderlo a través de indemnizaciones compensatorias y otras medidas —materiales o inmateriales— de satisfacción.

Este “proyecto social” de la reparación —si se permite decirlo de esta manera— caracteriza al régimen construido en relativamente poco tiempo, apenas tres décadas, por un número también relativamente reducido de sentencias con gran aptitud innovadora de signo progresista, invariablemente conducidas por el principio *pro homine* y atenuadas, como no podía ni debía ser menos, por las circunstancias prevalecientes en el ámbito americano en el que se despliega la competencia contenciosa del tribunal supranacional.

Es muy amplio el conjunto de reparaciones (o consecuencias jurídicas del hecho ilícito, como insisto en decir) que ha elaborado la Corte Interamericana. Generalmente, esta invoca la que considera reparación perfecta o por antonomasia: la *restitutio in integrum*, postulada por una respetable doctrina y jurisprudencia internacional, pero prácticamente inalcanzable. Implica dar marcha atrás a las manecillas del reloj. Empero, la *restitutio* constituye un buen punto de referencia sobre el destino y el rumbo de muchas medidas de reparación: devolver las cosas al estado en el que se encontraban, o bien, a una situación aproximada a este, que desvanezca o mitigue el impacto del hecho ilícito y contribuya a la satisfacción de la víctima y de la sociedad.

Más acá de la *restitutio in integrum*, en el terreno de lo practicable y plausible, se hallan las medidas que implican una cierta garantía actual y futura de cesación y no repetición de las violaciones cometidas. El conocimiento de la verdad marcha en esta dirección; lo mismo, la selección y capacitación de los servidores públicos (particularmente en el campo de la prevención de delitos y la persecución criminal) para la debida observancia de los derechos humanos en el ámbito de su desempeño. Se trata, en suma, como se ha dicho en muchas sentencias, de que el Estado adopte una serie de medidas “con el fin de evitar que ocurran en el futuro hechos lesivos como los del presente caso” (se lee en la sentencia del caso Trujillo Oroza, por ejemplo).

Obviamente, en el campo de las reparaciones figuran invariablemente las indemnizaciones por daños materiales o inmateriales (antes, morales) causados a la víctima. Este concepto ha contribuido significativamente a la reflexión misma acerca del concepto y la identidad de la víctima, expresión usual, a cambio de las escasas alusiones hechas a la noción de lesionado, que es la que utiliza, literalmente, la Convención Americana. En este mismo sector de correspondencias patrimoniales se localiza el tema de las costas y gastos, cuya cobertura resulta indispensable, habida cuenta de las complejidades y la natural onerosidad del procedimiento interno y externo que desemboca en una sentencia de condena, sin perjuicio de que la impartición de justicia sea gratuita en el ámbito interamericano y en el mexicano, por imperativo constitucional.

Referencia especial merece la reparación, siempre difícil y elusiva, al daño causado al “proyecto de vida”, un concepto trabajado por la Corte IDH a partir del caso Loayza Tamayo, con penetrante reflexión, del que se ha dicho constituye “uno de los elementos más originales de la jurisprudencia interamericana que acredita una creatividad jurídica sin igual” (Bourgogue-

Larsen). Agreguemos al elenco de reparaciones las reformas normativas o las nuevas normas, frecuentemente ordenadas por la Corte IDH y efectivamente cumplidas por Estados destinatarios de este género de condenas, a menudo relacionadas con la tipificación o la sanción de conductas delictuosas, el debido proceso de adultos y menores de edad, y el reconocimiento de derechos ancestrales de comunidades indígenas. Igualmente, mencionemos el cumplimiento del deber de justicia (regularmente, justicia penal) en relación con los responsables de violaciones, lo mismo agentes formales del Estado que otros sujetos cuya conducta es imputable al Estado.

Al conjunto de reparaciones se añaden diversas formas de satisfacción que operan en relación con la víctima, desde luego, pero también con la sociedad y la justicia; así, la sentencia misma, que tiene eficacia como medida de satisfacción, el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado, la atención médica y psicológica, la restitución de bienes, los programas específicos de desarrollo en el ámbito en el que se halla la víctima o con respecto a personas del grupo al que aquella pertenece, la emisión de ciertas políticas de Estado, los reconocimientos y homenajes, la asistencia vocacional y la educación especial, la difusión de derechos de determinados colectivos, la preservación de una cultura, la remoción de patrones sociales que favorecen violaciones (por ejemplo, patrones discriminatorios de menores de edad, indígenas, afrodescendientes y mujeres), etcétera. Todas estas medidas, y muchas más, conforman el amplio catálogo del régimen de reparaciones elaborado por la jurisprudencia de la Corte IDH a partir del nuclear precepto 63.1 de la Convención Americana.

*Sergio García Ramírez*

#### 884. REPARACIÓN DEL DAÑO POR VIOLACIONES GRAVES A DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son también el lenguaje normativo de la dignidad, autonomía e inviolabilidad (Nino, 1989, p. 199) que definen la condición de “persona” como representación jurídica de “lo humano”; situación que impone a las estructuras con mayor capacidad de ejercicio de poder e incidencia en el espacio social, económico, político, cultural y natural (por vía de sus representantes físicos) obligaciones de aseguramiento, respeto y protección de los bienes, valores, precondiciones y recursos que materializan los derechos humanos conquistados en cada tiempo y espacio.

Por tanto, en las democracias constitucionales, las principales responsables del reconocimiento y protección de los derechos humanos son las personas que representan a las instituciones que conforman el aparato estatal. En el caso mexicano, en términos del párrafo tercero del artículo 1 constitucional, corresponde expresamente a: “Todas las autoridades, en el ámbito de su competencia [...] promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

En ese orden de ideas y atendiendo a los principios transcritos, los derechos humanos no son susceptibles de una jerarquización abstracta. Por fuerza de la interdependencia y la indivisibilidad, resulta inviable realizar una priorización respecto de los elementos axiológicos que contiene cada uno de los derechos fundamentales.

En otros términos, resultaría una contradicción afirmar, de forma genérica, que existen derechos humanos más importantes que otros —otra cosa sería mencionar que un contexto determinado y geográficamente delimitado, o bien en un caso judicial específico, existen circunstancias que obligan a brindar mayor relevancia a un derecho frente a otro—.

Por ello, hablar de violaciones graves a derechos humanos podría resultar en una contradicción epistémica, ya que no existen *violaciones no graves* a dichos derechos.

Sin embargo, esta categorización de *violaciones graves* responde a una realidad próxima a la historia de abuso de poder político y de la política del terror, presentes en todo el mundo en el siglo xx, que demanda la necesidad de diferenciar aquellas transgresiones que, por su impacto y naturaleza, constituyan crímenes contra la humanidad.

En este sentido, no existe una definición unívoca respecto del concepto de *violaciones graves a derechos humanos*, ni tampoco un acuerdo claro y replicable que incorpore sus alcances y límites. No obstante, podrían señalarse tres fuentes para la calificación de “gravedad” de violaciones a derechos humanos: a) jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); b) jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), y c) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Su común denominador es el impacto social como detonador fundamental de esta categoría. En este sentido, ante la pregunta ¿qué son las *violaciones graves a derechos humanos*? existen tres posibles respuestas:

1) en el ámbito nacional, la SCJN ha señalado que estas violaciones encuentran su componente diferenciador en la trascendencia social, la cual puede acreditarse a través de aspectos cuantitativos como intensidad, amplitud, generalidad o prolongación en el tiempo de los hechos y las violaciones, así como por la vía de aspectos cualitativos que le den a un hecho transgresivo de derechos humanos esta dimensión social (tesis 1ª XI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. V, t. 1, febrero de 2012, p. 667);

2) en el mismo sentido, la Corte IDH ha señalado que las *violaciones graves* son aquellas cometidas en contextos de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población. Razón por la cual —según la tradición convencional del Tribunal Interamericano— pueden ser caracterizadas como crímenes contra la humanidad (caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, sentencia de 26 de mayo de 2010, núm. 213, párr. 42). Según la SCJN, la Corte IDH también ha definido a las *violaciones graves* en razón de la “multiplicidad de violaciones comprendidas dentro del fenómeno delictivo; especial magnitud de las violaciones en relación a la naturaleza de los derechos afectados; y una participación importante del Estado, al ser los actos cometidos por agentes estatales o con la aquiescencia, tolerancia o apoyo del Estado”, y

3) una tercera respuesta a dicho cuestionamiento encuentra asidero normativo. En el artículo 5 del Estatuto de Roma, al definir la competencia de la Corte Penal Internacional, enlista como “crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional” al genocidio, crímenes de agresión, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Los últimos, especificados en el artículo 6 de dicho ordenamiento internacional, son: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra 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; desaparición forzada de personas; crímenes de *apartheid*, y otros similares, cuando estos se hayan cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

En virtud de una reforma constitucional entrada en vigor el 11 de junio de 2011, la autoridad competente para investigar estas *violaciones graves* en México es la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), institución que, en términos del último párrafo del artículo 102, apartado B, podrá hacerlo cuando: “[...] así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, los titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas o las Legislaturas de estas.”

Considerando que un supuesto de viabilidad para la investigación de *violaciones graves a derechos humanos*, señalado en la Constitución mexicana, es el juicio que sobre un determinado caso emita la CNDH, queda claro que la definición de *violaciones graves* continúa en construcción y es un concepto vivo susceptible de un análisis continuo, obligatoriamente progresivo, como el que hasta 2018 se ha desarrollado.

Así lo demuestra el contraste existente con el criterio establecido en 1996 por la SCJN, momento en que este Máximo Tribunal tenía, en términos del entonces vigente artículo 97 constitucional, párrafo segundo, la facultad de investigar violaciones graves a las garantías individuales. En ese entonces se consideraban violaciones graves a las garantías individuales (otro de los logros fundamentales de la reforma de 2011 es la transformación de las garantías individuales a derechos humanos y sus garantías), para efectos de su investigación: hechos generalizados consecuentes a un “estado de cosas”, acaecidos en una entidad o región determinados, y su averiguación tiene lugar cuando ocurren acontecimientos que, debiendo ser afrontados y resueltos por las autoridades constituidas con estricto apego al principio de legalidad, no se logran controlar por la actitud de la propia autoridad, produciéndose, en consecuencia, violaciones a los derechos fundamentales de los individuos. Por ende, la grave violación de garantías individuales se actualiza cuando la sociedad no se encuentra en seguridad material, social, política o jurídica, a consecuencia de que: *a)* las propias autoridades que deben proteger a la población que gobiernan son las que producen o propician los actos violentos, pretendiendo de tal forma obtener una respuesta disciplinada, aunque aquellos sean violatorios de los derechos de las personas y de las instituciones, y *b)* que frente a un desorden generalizado las autoridades sean omisas, negligentes o impotentes para encauzar las relaciones pacíficas de la comunidad, o bien, que sean totalmente indiferentes en obtener el respeto a las garantías individuales (tesis 1ª, XI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, junio de 1996, p. 459.)

Como se advierte, una primera construcción jurisprudencial del concepto excluía del escenario de “gravedad” las violaciones de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, concentrándose en el conjunto de derechos civiles y políticos. En cualquier caso, las violaciones graves a derechos humanos, como ocurre en todos los supuestos de transgresión a la normali-

dad constitucional que afecte la esfera de derechos de una o más personas, comporta para el Estado no solo una violación fundamental a la obligación especificada en el artículo 1 constitucional, cuyo párrafo tercero (primera parte) fue antes transcrito. Como lo señala la segunda parte de dicha disposición fundamental, si son las autoridades del Estado las principales obligadas de frente a los derechos humanos, en consecuencia: “[...] el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y *reparar* las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley” (cursivas añadidas).

¿Qué ley? La Ley General de Víctimas, pero también otras expresiones normativas convencionales, tanto del orden interamericano como universal de protección de derechos humanos, a saber: *a) universal*: 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, y *b) interamericano*: artículos 63.1 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en términos de la jurisprudencia de la Corte IDH (caso *Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, núm. 4, párr. 176).

Así, la reparación de los daños causados por violaciones graves a los derechos humanos constituye tanto una obligación del Estado como un derecho de las víctimas, cuyo cumplimiento y cabal ejercicio conlleva, a su vez, la condición insuperable de integralidad. Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas ha señalado que la reparación debe ser también adecuada, efectiva y rápida; según lo establecido en el principio 15 de 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.

Una *reparación integral* del daño, como obligación estatal y como derecho de las víctimas, comprende las siguientes medidas: *i) restitución*. Devolver a las víctimas a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario (principio 19); *ii) rehabilitación*. Atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales (principio 21); *iii) compensación (o indemnización)*. Por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas. Con la exigencia de realizarse de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso; *iv) satisfacción*. Para reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas (art. 27, frac. IV Ley General de Víctimas). Cuando sea pertinente y procedente, se establecerán la totalidad o parte de las medidas siguientes (principio 22): *a)* medidas eficaces para que no continúen las violaciones; *b)* verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; *c)* búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de niñas, niños y adolescentes desaparecidos o cuyo paradero se desconoce, y de los cadáveres de las personas asesinadas, así como la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto

de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; *d*) declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; *e*) disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; *f*) aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; *g*) conmemoraciones y homenajes a las víctimas, y *h*) inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles; *v*) *garantías de no repetición*. Aquellas que se adoptan con el fin de evitar que las víctimas vuelvan a ser objeto de violaciones a sus derechos y para contribuir a prevenir o evitar la repetición de actos de la misma naturaleza (art. 74, párr. 1 Ley General de Víctimas).

En términos del artículo 1, párrafo tercero de la Ley General de Víctimas, todas ellas serán implementadas en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica, y teniendo en cuenta la gravedad y magnitud del hecho o de la violación de derechos, así como las circunstancias y características.

Como se advierte de la conciliación entre el eje central de la definición de “gravedad” y la obligación de una reparación integral, la complejidad de cumplir las expectativas delineadas por este derecho de las víctimas de violaciones graves a derechos humanos cobra forma en la dimensión social de su satisfacción.

Ejemplos de ello son las más de 37 mil personas no localizadas en México a abril de 2018 (<http://secretariadoejecutivo.gob.mx/rnped/datos-abiertos.php>), o los acontecimientos de grave violencia en diversas zonas del país que han desembocado en hechos transgresivos de los derechos humanos de forma sistemática, como la aparición de fosas clandestinas en Cocula, Guerrero y San Fernando, Tamaulipas, así como graves violaciones a los derechos humanos en los que han figurado como responsables autoridades de todos los órdenes de gobierno, así como miembros de la delincuencia organizada (al 15 de octubre de 2018, la CNDH había emitido un total de 15 recomendaciones por violaciones graves a los derechos humanos). O bien, el estado de contaminación atmosférica urbana ([http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral\\_032.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/generales/RecGral_032.pdf)).

¿Cómo reparar los daños en casos de *violaciones graves*? La Ley General de Víctimas señala en su artículo 27, fracción VI, que la reparación también tiene una dimensión colectiva, la cual es “Un derecho del que son titulares los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hayan sido afectadas por la violación de los derechos individuales de los miembros de los colectivos, o cuando el daño comporte un impacto colectivo. La restitución de los derechos afectados estará orientada a la reconstrucción del tejido social y cultural colectivo que reconozca la afectación en la capacidad institucional de garantizar el goce, la protección y la promoción de los derechos en las comunidades, grupos y pueblos afectados. Las medidas colectivas que deberán implementarse tenderán al reconocimiento y dignificación de los sujetos colectivos victimizados; la reconstrucción del proyecto de vida colectivo, y el tejido social y cultural; la recuperación psicosocial de las poblaciones y grupos afectados y la promoción de la reconciliación y la cultura de la protección y promoción de los derechos humanos en las comunidades y colectivos afectados”.

Sin embargo, la existencia de una disposición normativa no resulta suficiente frente a transgresiones como las antes mencionadas, ni siquiera con la amplitud de aquella transcrita.

Considerando que la pobreza es una violación a los derechos humanos (Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos), y que según el Consejo para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), “pobreza extrema” es la situación en la que una persona tiene tres o más de las siguientes carencias: rezago educativo, falta de acceso a los servicios de salud, a la seguridad social, poca calidad y espacios de la vivienda, falta de acceso a los servicios básicos de la vivienda y a la alimentación. ¿Cómo podría repararse el daño de manera integral a las más de 9 millones de personas que viven en pobreza extrema?

La reparación integral de las *violaciones graves* exige la formulación de políticas públicas que permitan la ejecución efectiva de las obligaciones estatales en esta materia, sumado al reconocimiento de la obligación de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión de integrar el Proyecto de Presupuesto de Egresos, de conformidad con los principios de progresividad y pro persona.

Finalmente, estimamos conveniente señalar que, en la reparación del daño con motivo de violaciones de derechos humanos, debe aplicarse el marco normativo en la materia desarrollado en los últimos años y que ha sido citado, ya que puede presentarse erróneamente que ante este tipo de violaciones el resarcimiento por concepto de daño moral se establezca únicamente en términos económicos y se realice con base en disposiciones obsoletas de carácter administrativo, al considerar dichas violaciones como una actividad irregular del Estado, lo cual iría en perjuicio de las propias víctimas, al no atender a estándares internacionales en la materia. En el artículo 2, segundo párrafo de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado se establece que: “Los preceptos contenidos en el capítulo II y demás disposiciones de esta Ley serán aplicables, en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptadas por los entes públicos federales y por el Estado Mexicano en su caso, en cuanto se refieran al pago de indemnizaciones”.

*Francisco Esquinca Cuevas*  
*Eduardo Alcaraz Mondragón*

#### 885. RESOLUCIÓN DE 2008 SOBRE DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES, ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y DIRECTIVA EUROPEA SOBRE RETORNO

En el mundo, los grandes expulsores de personas refugiadas son Siria, Palestina y Afganistán (ACNUR, 2017) y, en nuestra región, actualmente la crisis humanitaria se compone por el “éxodo de personas venezolanas”, la —menos visibilizada— crisis de los Estados que conforman el triángulo Norte de Centroamérica y la represión en Nicaragua (CIDH, comunicados de prensa 025, 223 y 225, 2018).

Ahora bien, el pronunciamiento 03/08 emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no es sino un recordatorio respecto de la jerarquía que deben poseer los derechos humanos frente a toda

regulación que los Estados crean y aplican en soberanía, para toda persona, independientemente de su origen étnico o nacional, apariencia física, color de piel, lengua, género, edad, capacidades, condición social, situación migratoria, condiciones de salud, embarazo, religión, opiniones, preferencia sexual, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, características sexuales, estado civil o cualquier otra circunstancia, en virtud de lo regresiva y restrictiva que resulta la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Dicha directiva ha recibido fuertes críticas, en virtud de que adopta criterios que a todas luces resultan violatorios a estándares internacionales en el tratamiento y protección de personas en movilidad, entendiéndose a este grupo conformado por personas migrantes y sujetas a protección internacional (dentro de este grupo se entienden comprendidas las personas que solicitan ser reconocidas como refugiadas: las refugiadas, apátridas, o bajo alguna otra figura de protección; en el caso de México se reconoce la protección complementaria en casos de víctimas de trata o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y las razones humanitarias, que se trata de documentos migratorios que se otorgan a víctimas o testigos de algún delito cometido en territorio mexicano, niñez y adolescencia migrante no acompañada, o alguna causa humanitaria o de interés público), con la agravante de que no se toma en cuenta la situación particular de grupos en determinada situación de vulnerabilidad (p. ej., en el caso de la niñez), ignorándose derechos adquiridos (p. ej., de quienes tienen muchos años viviendo en algún Estado miembro de la Unión Europea [UE]), y aplicando medidas lesivas en contra de este sector de la población, por el simple hecho de haber nacido en un Estado no miembro de la UE.

Esta clase de reglas no resultan ajenas a nuestra región, ya que con gran similitud se observan prácticas y normas sumamente restrictivas en relación con la creciente migración y solicitudes de asilo internacional, desincentivando la movilidad de las personas hacia los Estados más prósperos. Así, en el contexto actual, de clara disparidad entre aquellos Estados que han permanecido sumidos en la pobreza e inseguridad respecto de los considerados prósperos, como es el caso de Estados Unidos, en donde se ha hecho notar una creciente xenofobia y racismo en contra de las personas por su origen, e inclusive en países como México, que aun cuando no es considerado como una potencia mundial, observamos un fuerte repudio hacia el “diferente”, en el que los principales argumentos giran en torno al discurso de criminalización de la migración irregular (se tiene la percepción que las personas migrantes son, *per se*, delincuentes) y el destino del recurso público en una población “ajena” (en donde se debería de atender a las necesidades de la población propia, antes que destinar recursos a otras personas).

La Directiva de retorno de la UE (2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo) consiste en la creación de un sistema común de asilo, la creación de una política de inmigración “legal” y una lucha contra la inmigración ilegal, a través de la legitimidad de los Estados parte para retornar nacionales de terceros países en situación irregular. El documento recoge algunos derechos y principios base, como el del interés superior de la niñez y el de no devolución, el derecho a la vida familiar o la proporcionalidad en los medios empleados de acuerdo con los objetivos perseguidos; sin embargo, de las re-

glas más criticadas de dicha Directiva destacan: que las órdenes de expulsión de los Estados parte podrán dictarse vía judicial o administrativa, la expulsión de niñez no acompañada, previendo detención y que dicha detención (internamiento) sea la regla general y no la excepción, abriendo la posibilidad de que las personas puedan ser privadas de la libertad en centros penitenciarios, inclusive se prevé —aunque como último recurso— la detención migratoria de familias, y únicamente como posibilidad, el contar con asesoría jurídica, representación y asistencia lingüística.

Autores como Pablo Ceriani Cernadas, en *La Directiva de Retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos*, realiza una severa crítica, entre otras cosas, a los plazos de detención que se prevén, mismos que pueden prolongarse por seis meses y prorrogarse hasta por 12 meses, debido a que, con este tipo de medidas se incrementa la xenofobia, el racismo, el tráfico de migrantes y la trata de personas (Declaración de los países del MERCOSUR ante la “directiva de retorno de la Unión Europea”, 2008).

Existe jurisprudencia de origen internacional, concretamente en el marco del Sistema Interamericano —incluyendo opiniones consultivas—, en la que se subraya la protección de derechos de las personas en situación de movilidad, por ejemplo: 1) la opinión consultiva 18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, de 17 de septiembre de 2003; 2) el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, de 23 de noviembre de 2010; 3) el caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, de 28 de agosto de 2014; 4) el caso *Nadège Dorzema y otros vs. República Dominicana*, de 24 de octubre de 2012; 5) el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia*, de 25 de noviembre de 2013; 6) el caso *Wong Ho Wing vs. Perú* de 30 de junio de 2015; 7) la opinión consultiva 21/14 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014, y 8) el caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, de 8 de septiembre de 2005.

Para Alejandra Sánchez Fernández, esta Directiva reduce a clases muy específicas la migración admitida, siendo los estudiantes, científicos y trabajadores altamente cualificados; en conclusión, personas que suponen una fuente de ingresos a la UE, postura que no ha sido únicamente adoptada en Europa, sino a lo largo de todos los territorios que repelen al fenómeno de la migración y el asilo internacional.

Debemos reflexionar como “ciudadanos/as del mundo” respecto a la situación actual global, en referencia al tema migratorio y de asilo internacional, si realmente estamos encontrando bienestar y protección a nuestra especie, con las acciones que se implementan, tendentes a separar, diferenciar, agrupar y seleccionar a quienes sí debemos aplicar de manera irrestricta los derechos humanos, y a quienes pareciera que no lo merecen, y si lo merecen, existen intereses (normalmente económicos y políticos) por encima de ellos, reduciendo a la humanidad a una dignidad de solo unos cuantos.

**Sandra Lorena Cano Padilla**

#### 886. RESOLUCIÓN DE 2010 SOBRE DERECHOS HUMANOS, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO

La Asamblea General de la OEA emitió esta resolución el 8 de junio de 2010. Esta decisión fue la tercera aprobada por el organismo sobre derechos hu-

manos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. La primera resolución es la AG/RES 2435 (XXXVIII-O/08) y fue aprobada en 2008. A partir de entonces, cada año se adopta una decisión sobre el tema. Las resoluciones sobre “Derechos humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género” emitidas por la Asamblea General son: AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09); AG/RES 2600 (XL-O/10); AG/RES. 2653 (XLI-O/11); AG/RES. 2721 (XLII-O/12); AG/RES. 2807 (XLIII-O/13); AG/RES. 2863 (XLIV-O/14); AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), y AG/RES. 2908 (XLVII-O/17).

En estas decisiones, la Asamblea General hace recomendaciones a los Estados miembros relacionadas con la situación de vulneración de derechos humanos de las personas a causa de su orientación sexual y su identidad de género. Específicamente, la Resolución de 2010 contempla cuatro recomendaciones: *a)* la investigación de los actos de violencia; *b)* la adopción de las medidas necesarias para asegurar que no se cometan violaciones de derechos humanos ni actos de violencia, asegurando el acceso a la justicia de las víctimas; *c)* combatir la discriminación, y *d)* la protección adecuada a defensores y defensoras de derechos humanos que trabajan en estos temas. Además, se solicita a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que preste atención especial al tema y realice un estudio en la región.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se han establecido ciertas nociones sobre las categorías *sexo*, *género*, *orientación sexual* e *identidad de género*. En ese sentido, el término *sexo* hace referencia a las diferencias biológicas que definen a las personas como mujeres y hombres. En esta perspectiva se incluyen hombres, mujeres y personas intersexuales. En cambio, el *género* se refiere a la construcción social de identidades y funciones asignadas al hombre y a la mujer y al significado social y cultural que se ha dado a estos atributos. La *orientación sexual* es independiente del sexo o del género de una persona. Esta se ha entendido como la capacidad de una persona de sentir atracción emocional, afectiva y sexual por personas de mismo género, de un género diferente al suyo o de más de un género, así como la capacidad de tener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. En esta categoría se ubican la heterosexualidad, la homosexualidad y la bisexualidad. De acuerdo con los Principios de Yogyakarta, la *identidad de género* es la vivencia interna e individual del género tal y como la siente cada persona, con independencia del sexo que le fue asignado al momento de su nacimiento. Esto incluye la vivencia personal del cuerpo, que puede involucrar modificaciones en la apariencia o la función corporal, y otras expresiones de género, tales como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Dentro de este supuesto encontramos el transgenerismo, el transexualismo y otras subcategorías que no necesariamente implican modificaciones corporales, como es el caso de las personas travestis, *cross-dressers*, *drag-queens* y *drag kings*.

La orientación sexual y la identidad de género no están reguladas expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como causales de no discriminación. Sin embargo, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han interpretado que la orientación sexual y la identidad de género están contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, que establece las causales de no discriminación, dentro del supuesto “otra condición social”.

Por ello, toda diferencia de trato basada en estas categorías es sospechosa, se presume incompatible con la Convención Americana y los Estados tienen la obligación de probar que las distinciones basadas en estas categorías superan el examen estricto de razonabilidad. En consecuencia, la Comisión y la Corte han entendido como discriminación por orientación sexual o identidad de género a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en estas categorías, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad.

Además, en el Sistema Interamericano se ha tratado a la orientación sexual y a la identidad de género como aspectos fundamentales del derecho a la vida privada de las personas. En ese sentido, se ha interpretado que este derecho garantiza la intimidad de las personas, por lo que el desarrollo de la propia personalidad y aspiraciones, así como la determinación de la identidad y los campos de actividad autónomos de un individuo están exentos de las invasiones abusivas o arbitrarias de terceros o de la autoridad pública. Por ello, si las autoridades interfieren en este ámbito con base en la orientación sexual o la identidad de género de una persona, deben presentar razones particularmente convincentes y de mucho peso para justificar su actuación.

No obstante estos avances en el Sistema Interamericano, la Asamblea General ha solicitado a la Comisión Interamericana que emita informes sobre la implementación de estas resoluciones. En estos informes no se analizan exclusivamente las recomendaciones de la Asamblea General, sino también otros documentos e instrumentos donde se han hecho recomendaciones específicas sobre el tema. De acuerdo con los informes, el impacto de las resoluciones se ha traducido, en términos generales, en la implementación de las siguientes medidas por los Estados miembros: *a)* la recolección de datos estadísticos relacionados con la orientación sexual e identidad de género de las personas; *b)* la realización de campañas de sensibilización en la sociedad para evitar la discriminación basada en estas categorías; *c)* la adopción de leyes destinadas a combatir la discriminación por orientación sexual e identidad de género; *d)* la implementación de medidas para el reconocimiento de la identidad de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero o intersexuales (LGBTI) como condición fundamental para el ejercicio del derecho a la participación política; *e)* la adopción de condiciones dentro de los centros educativos para garantizar el derecho de acceso a la educación de las personas LGBTI; *f)* la implementación de medidas para garantizar el derecho a la salud de dichas personas, incluyendo la medicación necesaria para los casos de reasignación sexo-genérica, y *g)* el acceso a las instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia cometidos en contra de ellas, de acuerdo con los parámetros internacionales de derechos humanos.

A continuación se citan algunos ejemplos de las medidas que han tomado los Estados miembros: Bolivia reguló un tipo penal que contempla las agresiones físicas y verbales por motivos de orientación sexual e identidad de género (2010); Colombia reconoció que las modificaciones corporales de las personas transexuales deben estar cubiertas por el Plan Obligatorio de Salud (2012); Ecuador tipificó el delito de discriminación por orientación sexual e identidad de género, entre otros factores, y se establecieron agravantes si este es come-

tido por servidores públicos (2014); Argentina puso fin a la prohibición de donar sangre a las personas LGBTI (2015); Brasil estableció parámetros para garantizar el acceso y la presencia de travestis y transexuales en las instituciones educativas del país, tales como la utilización del nombre social y el acceso a baños según la identidad de género (2015); México publicó el “Protocolo para el Acceso sin Discriminación a la Prestación de Servicios de Atención Médica de las Personas Lésbico, Gay, Bisexual, Transexual, Travesti, Transgénero e Intersexual” (2017).

*Ana María Ibarra Olguín*

### 887. RESOLUTIVOS DE LA SENTENCIA

A la parte de la sentencia que contiene la decisión de la controversia se le llama “fallo” o “resolutivo”. Esta es su parte final y está estrechamente vinculada con la narración de hechos que conforman el caso (los resultandos o antecedentes de la sentencia), y con la presentación del problema jurídico y las razones de hecho y de derecho que justifican su solución (los considerandos o fundamentos de la sentencia).

En la parte considerativa de la sentencia, el juez, luego de resolver las cuestiones de relevancia, de interpretación y de validez que se hacen en torno al problema planteado, formula una premisa normativa. En los casos sencillos, esta premisa viene conformada por una norma directamente estatuida por el legislador (convencional, constitucional, parlamentario o administrativo), y que el juez simplemente declara con base en criterios de interpretación literal y sistemática. Pero en la generalidad de los casos, la premisa normativa es el resultado de una verdadera creación legislativa por parte del juez. Normalmente ocurre que el caso que debe ser resuelto conforma un supuesto de hecho que no está ni expresa ni completamente dibujado en ninguna de las normas vigentes. En estos casos, el juez concluye las normas correspondientes desde las disposiciones que atañen al caso, y con esas normas construye una norma no existente hasta ese momento y que resuelve el problema jurídico que trae consigo el caso concreto. La norma creada por el juez tiene la forma de un silogismo condicionado  $p \rightarrow q$ , en la que el antecedente  $p$  es un supuesto de hecho, y el consecuente  $q$  es la consecuencia prevista. El antecedente de esta norma representa un supuesto de hecho con un grado de determinación normativa suficiente para hacerlo operativo en los casos concretos y, a la vez, tiene alcance general, de manera que no se agota en las circunstancias concretas del caso en cuyo seno se formula.

Una vez formulada la premisa normativa, el juez o tribunal procede a aplicarla al caso concreto que tiene por atender, y como fruto nace una regla jurídica singular de alcance solo para las partes del proceso. En efecto, el juez comprueba si en el caso que atiende se ha probado o no el cumplimiento de los elementos que constituyen el supuesto de hecho ( $p$ ), para inmediatamente sostener la aplicación o no de la consecuencia jurídica prevista ( $q$ ), y así resolver el problema jurídico presentado, y con ello solucionar la controversia o litis entablada.

Pongamos un ejemplo: el sujeto R ha presentado una demanda con la pretensión de que se le permita hacer H; se ha dirigido contra S, quien tiene la pretensión de que no se permita a R hacer H. Desarrollado el proceso respectivo y llegado el momento de emitir sentencia, el juez o tribunal declara

o crea como premisa normativa a una regla jurídica según la cual “si alguien cumple el requisito A, entonces puede hacer H” (si  $p \rightarrow q$ ). Si en el proceso se ha probado que el demandante R cumple con el requisito A, entonces la parte resolutive declarará fundada la demanda y, a continuación, formulará una regla jurídica según la cual “está permitido a R hacer H”, e incluso —de ser el caso—, puede complementar una tal regla con esta otra: “está prohibido a S impedir a R que realice H”.

Ambas reglas jurídicas tienen dos elementos que las definen. El primero es que son reglas jurídicas que definen la posición jurídica de un concreto sujeto: en este caso, de R respecto de S y, por esta razón, tienen alcance particular y no general, como lo tiene la norma que conforma la premisa normativa del caso. De forma tal que algo estará permitido, o prohibido u ordenado solo para un sujeto concreto; ningún otro sujeto podrá invocar estas mismas reglas singulares a su favor, quienes deberán entablar la respectiva demanda para que algún juez formule respecto de ellos una regla jurídica particular que les permita hacer H.

El segundo elemento es que esa regla jurídica particular es consecuencia necesaria de aplicar la regla jurídica general (premisia normativa) para resolver el caso concreto. Así, la regla jurídica particular es siempre una concreción de la premisa normativa declarada o creada por el juez o tribunal en el caso. Así, en una sentencia, el juez normalmente construye al menos dos normas jurídicas. Una de ellas se formula con carácter general y se justifica en la parte considerativa de la sentencia, y la otra está recogida en el fallo como una concreción de la primera en el caso concreto que se resuelve.

Consecuencia necesaria de este segundo elemento es que la validez de la regla jurídica singular del fallo dependerá de la validez de la regla jurídica general que el juez o tribunal haya declarado o formulado como premisa normativa. Si esta es inválida, por ejemplo, por inconstitucional, inválida también será la regla jurídica particular recogida en el fallo. Esto puede presentar problemas importantes y complejos, normalmente relacionados con la seguridad jurídica como bien jurídico constitucional, o con la tutela judicial efectiva como derecho fundamental, problemas que no pueden ser atendidos en esta oportunidad.

De esta manera, la decisión de declarar fundada o infundada la pretensión, o declarar la improcedencia de la acción promovida, así como la regla singular creada por el juez y aplicable solamente a las partes del proceso, conforman el contenido esencial del fallo o la parte resolutive de la sentencia. Este contenido debe ser formulado con claridad, de manera completa y con mucha precisión, de tal suerte que ayude a su cumplimiento efectivo y oportuno, que es de lo que se trata: de resolver en justicia las controversias para que la aplicación plena y oportuna de la parte resolutive pueda ayudar a conseguir la ansiada paz social.

*Luis Castillo Córdova*

### 888. RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL

La “responsabilidad constitucional”, como un tipo diferente de responsabilidad, por encima de cualquiera de las tradicionalmente reconocidas, tiene lugar frente a violaciones a la Constitución federal, derivadas, entre otras, del incumplimiento de resoluciones dictadas por la Suprema Corte. La separa-

ción del cargo es consecuencia inmediata y directa de la determinación de “responsabilidad constitucional”, sin que pueda oponerse alguna especie de inmunidad o fuero.

La consignación ante un juez de Distrito se hace de manera directa por el tribunal constitucional, sin intermediación del Ministerio Público federal, y tiene como efecto el inicio de un proceso penal en el que, ya con intervención de este último, deberán respetarse las formalidades esenciales del procedimiento.

Los señalamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no pueden ser variados por el juez de Distrito, es decir, la existencia del incumplimiento de una resolución dictada en una controversia constitucional y la determinación de responsabilidad constitucional derivado de dicho incumplimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez de Distrito emitirá un fallo con plenitud de jurisdicción respecto de la responsabilidad penal del consignado, distinta de la responsabilidad constitucional determinada de inicio por la Suprema Corte.

Tal responsabilidad es fruto de la naturaleza del poder en un orden republicano y del imperio del derecho para los gobernantes (racionalización o institucionalización del poder) en un Estado de derecho, y cristaliza como “justicia política”, la que, al igual que la jurisdicción constitucional, importan una quiebra parcial y relativa del viejo principio-dogma de la separación de poderes.

Precisamente la responsabilidad constitucional se origina en infracciones de la Constitución, lo que la asemeja a la responsabilidad jurídica más que a la política si no fuere porque las infracciones de la Constitución son, por su naturaleza, ilícitas, que invitan a interpelaciones creativas o márgenes de libertad interpretativa de órganos políticos. La responsabilidad constitucional perseguida mediante el *impeachment* es un caso de justicia política en que la “justicia es reinterpretada y recreada continuamente” (Friedrich). En la justicia política podemos establecer tres sujetos: acusador, acusado y magistrado, que ha de zanjar la cuestión utilizándose la forma judicial por órganos políticos para expedir una decisión política.

En relación a este tipo de responsabilidad, el tribunal constitucional ha dado pasos firmes para construir un “derecho constitucional sancionador”. Esta definición se refiere tanto a los procedimientos aplicables en supuestos de desobediencia a los mandamientos que emite el tribunal constitucional en el curso de la resolución de controversias y acciones de inconstitucionalidad, como a las consecuencias por “responsabilidad constitucional” y/o “responsabilidad penal” a las que se hacen acreedores los altos funcionarios públicos, cuando sus acciones encajan en dichos supuestos.

Derivado de la interpretación del texto constitucional, en el pleno de la Suprema Corte se ha determinado que la primera consecuencia por desobedecer un mandamiento emitido por el custodio de la Constitución trae consigo la remoción del cargo. Una vez aplicada dicha sanción por “responsabilidad constitucional”, significa que el funcionario responsable ha dejado de gozar del fuero constitucional, pues este solo protege al parlamentario cuando es diputado en funciones por lo que, al dejar de serlo, cesa al mismo tiempo el fuero constitucional.

Por tanto, una vez aplicada la “responsabilidad constitucional” por la Suprema Corte queda abierta la vía para exigir la “responsabilidad penal”, sin necesidad de solicitar al Congreso del estado que suspenda la inmunidad procesal penal del sujeto responsable de violación del mandamiento del máximo tribunal del país.

Una primera diferencia del procedimiento penal del “derecho constitucional sancionador” es que la Suprema Corte es la que directamente hace la consignación ante el juez del responsable de la falta constitucional, y no ante el Ministerio Público —que es lo usual—; sin embargo, cabe decir que este inicio del proceso directamente ante el juez y no ante el Ministerio Público lo encontramos en el derecho positivo, también para el caso de la inejecución de las sentencias de amparo.

Una segunda diferencia del procedimiento penal del derecho constitucional sancionador con respecto al ordinario, es que el juez de Distrito no tiene un margen tan amplio, como en un juicio ordinario, para determinar que efectivamente ha habido un quebranto al orden jurídico, y para establecer, en consecuencia, el probable responsable del mismo.

Por otra parte, el estudio específico de la responsabilidad constitucional del Gobierno (presidente de la República y ministros de Estado) exige contextualizar esta responsabilidad específica en el régimen político y forma de gobierno presidencialista, y en las tradiciones fundacionales del constitucionalismo moderno: estadounidense y francesa (Díez-Picazo). En un régimen presidencial o en uno presidencialista, no existe en rigor responsabilidad política directa del Gobierno, y control político parlamentario hasta sus últimas consecuencias, que se produce cuando “un detentador de poder tiene que dar cuenta a otro detentador de poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada” (Bidart-Carnota), y que irroga el cese del Gobierno a través de la censura o desconfianza, con todos sus resguardos fruto de su racionalización de posguerra.

La responsabilidad del Gobierno debe estar inserta en el sistema de responsabilidades del poder. La persecución de la responsabilidad penal de los gobernantes (responsabilidad constitucional) se organiza siguiendo tres modelos: judicial puro, tribunal especial y sistema legislativo (Pérez Serrano).

Esta “criminalidad gubernativa” (Díez-Picazo) responde en su modelo de organización y de sanción a específicas condiciones histórico-políticas, y que están en el debate desde los orígenes del constitucionalismo moderno, sin perjuicio de observarse en las repúblicas antiguas (Jellinek) y en el constitucionalismo antiguo (McIlwain) institutos destinados a exigir la responsabilidad de los cargos públicos, como el ostracismo, *graphéparanomon*, *provocatio ad populum*, *quaestiones perpetuae*, en la Antigüedad grecolatina, enderezados al “gobierno constitucional” entendido como “gobierno limitado”.

El propio Maquiavelo, desde su inocultable republicanismo, en sus archiconocidos *Discursos...*, nos recuerda agudamente: “lo que hay de más indomable en un Estado republicano es el Poder Ejecutivo, que dispone de las fuerzas de la Nación”.

En relación a estos modelos de “criminalidad gubernativa”, podemos identificar verdaderas tradiciones en el constitucionalismo de los modernos; tradiciones en que se acoplan historia, política, cultura e ideologías.

**Miguel Ángel Aguilar López**

### 889. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL (SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS)

La responsabilidad internacional de un Estado se refiere al estado —y conjunto de consecuencias— que deriva del incumplimiento, atribuible a este, de una obligación establecida en el derecho internacional. En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), existiría responsabilidad internacional de un Estado cuando este haya incumplido con alguna de las obligaciones reguladas en el derecho interamericano de los derechos humanos, es decir, en cualquiera de los tratados de derechos humanos del SIDH ratificados por aquel.

La responsabilidad internacional de los Estados en el SIDH presupone dos elementos: 1) la existencia de una violación a una obligación contenida en las normas del derecho interamericano de los derechos humanos, y 2) que sea atribuible al Estado responsable.

Con respecto al primer elemento, debe precisarse que existe una violación a normas del derecho interamericano de los derechos humanos cuando se incumple cualquier obligación internacional contenida en alguno de los instrumentos que lo componen y que hayan sido ratificados por el Estado, conforme a las reglas del derecho internacional. Dicho incumplimiento debe valorarse a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional, en general, y no a la luz del derecho interno. Este último no puede oponer normas del derecho nacional para justificar el incumplimiento de una norma del derecho internacional de los derechos humanos. Además, la responsabilidad internacional es una responsabilidad objetiva y, en consecuencia, no se requiere probar la intencionalidad del hecho ilícito internacional para que constituya una violación al derecho internacional. Este último principio admite excepciones cuando están expresamente previstas en una *lex specialis* (tal como la prevista en el art. 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura). Por lo que respecta al elemento de atribución del hecho ilícito al Estado, debe precisarse que no todo acto cometido dentro de su jurisdicción que pudiese constituir una violación a alguna de las normas contenidas en el derecho interamericano de los derechos humanos le es automáticamente atribuible.

En este sentido, la primera regla de atribución de un hecho ilícito interamericano a un Estado es que un funcionario estatal haya sido el responsable del mismo hecho. Con base en el artículo 28 de la Convención Americana, le será atribuible un hecho ilícito con independencia de que el funcionario que lo cometió sea parte del poder público nacional o de alguna autoridad regional y federal. Igualmente, será atribuible al Estado un hecho ilícito con independencia de la rama del poder público a la que pertenezca (legislativo, ejecutivo o judicial) quien haya cometido el hecho. Por ejemplo, en el caso *I.V.* de la Corte IDH, el Estado fue encontrado responsable por la esterilización sin consentimiento de la víctima realizada “en un hospital público, por personal de salud considerado como servidores públicos”.

Debe precisarse que serán atribuibles al Estado no solo aquellos hechos realizados por funcionarios estatales dentro de su territorio correspondiente, sino todos los actos realizados bajo su jurisdicción. En la opinión consultiva (OC) 23/17, la Corte IDH señaló que “las obligaciones de los Estados Partes no están restringidas al espacio geográfico correspondiente a su territorio, sino

que abarca aquellas situaciones donde, aún fuera del territorio de un Estado, una persona se encuentre bajo su jurisdicción. En otras palabras, los Estados no solo podrían llegar a ser responsables internacionalmente por actos u omisiones que les fuesen atribuibles dentro de su territorio, sino también por aquellos actos u omisiones cometidos por fuera de su territorio, pero bajo su jurisdicción”.

Una segunda regla de atribución es aquella en la que los agentes estatales no participaron directamente en la comisión del hecho ilícito, pero quienes lo perpetraron actuaron con aquiescencia o connivencia de agentes estatales, tal como fue identificado por la Corte IDH en el caso *Operación Génesis*.

Debe indicarse que, en virtud de la decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre el *Genocidio Bosnia*, las reglas de atribución del derecho internacional operan también a los casos de violaciones a derechos humanos. En consecuencia, pueden existir otros supuestos de atribución de responsabilidad poco explorados por el SIDH hasta el momento, tales como los dispuestos en los artículos 6 a 11 de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados.

Finalmente, una violación de derechos humanos cometida por un particular puede ser atribuible al Estado, siempre y cuando este no haya cumplido con su obligación de garantizar los derechos reconocidos en los tratados internacionales —es decir, no haya prevenido, investigado, sancionado o reparado la violación perpetrada en perjuicio de una víctima—. En el caso *Ximenes Lopez*, la Corte IDH señaló que las obligaciones estatales “proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”. Con más precisión fue establecido por la Corte IDH en la OC-23/17, al indicar que “un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. El carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los mismos frente a cualquier acto o hecho de particulares; pues, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquel no es automáticamente atribuible al Estado, sino que corresponde atenerse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”.

A pesar de que es un tema poco explorado en el Sistema Interamericano, la responsabilidad internacional de un Estado puede ser excluida bajo las normas dispuestas para ello en el capítulo V de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional de los Estados. Para efectos del derecho interamericano de los derechos humanos, podrían pensarse causales de preclusión de dicha responsabilidad, como la fuerza mayor, el estado de necesidad y el peligro extremo.

La consecuencia de la determinación de la responsabilidad internacional del Estado es el surgimiento del deber de reparación. En el contexto del SIDH, dicho deber de reparación se erige del artículo 63.1 de la Convención Americana, y del propio artículo 1.1 de dicho instrumento. La Corte IDH ha sostenido que, frente al hecho ilícito interamericano, procede disponer medidas de distinta índole para la reparación integral del mismo.

*Edward Pérez*

### 890. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

La responsabilidad patrimonial del Estado se inserta dentro del derecho público de daños, el cual discute si la producción de un daño debe transferirse a la hacienda pública o quedarse en el patrimonio de la víctima que lo sufre. En general, la idea de que los entes del poder público deben responsabilizarse por los daños que ocasionan, es una idea relativamente contemporánea que se explora por vía legislativa, jurisprudencial y doctrinal a lo largo del siglo xx, principalmente en países como Francia, Alemania y España, cuyo impacto permea en Latinoamérica durante la primera década del siglo xxi, en países como Colombia y México.

Antes de esta fecha, y hasta la primera mitad del siglo xix, se observa en los países de Europa una resistencia generalizada del poder público de someterse al derecho, derivada de la incapacidad del derecho civil para responder a las necesidades que planteaba la época; por muy defectuosa que fuera la prestación de los servicios públicos, la administración no respondía, pues se tenía arraigada la idea de que el príncipe estaba por encima del particular. De allí que, durante la segunda mitad del siglo xix, surjan normas especiales para la administración pública, y para los daños que esta causa. No obstante, conviene señalar que en algunos países, como Italia y Alemania, el instituto de la responsabilidad patrimonial opera conforme al régimen resarcitorio de su Código Civil.

Así, históricamente se ha transitado de una irresponsabilidad absoluta de la administración a una responsabilidad casi absoluta, y especialmente, de una responsabilidad subsidiaria y subjetiva, que implicaba demostrar la negligencia, dolo o intencionalidad en la realización del daño; y a una responsabilidad objetiva y directa, en la que el particular no tiene el deber de soportar los daños patrimoniales causados por el Estado, por lo que puede demandarlo directamente, sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado.

Al mismo tiempo, a la sazón del desarrollo judicial del derecho de daños, se ha ido incrementando, por un lado, el rango resarcible: de la reparación exclusiva del daño patrimonial a la reparación de cada vez más perjuicios morales; y por otro, los sujetos públicos obligados: de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la responsabilidad del Estado-juez, del Estado-legislador y del Estado-tribunal constitucional.

Naturalmente, corresponde al legislador determinar el grado en que responderá el Estado, los entes públicos responsables y el rango resarcible de daños. Por regla general, las administraciones públicas deben responder de toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En México, por ejemplo, pese a que la ley de la materia reconoce que las tres esferas del poder público son sujetos que pueden generar responsabilidad patrimonial, esta solo deriva de actividades administrativas irregulares.

De manera general, el derecho a la responsabilidad patrimonial se desprende de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la propiedad, a la vida y a la integridad física. De manera específica, algunos regímenes (como el español) reconocen dos formas básicas de tutela. Por un lado, la tutela restitutoria, que restituye el derecho cuando se condena a la anulación del acto que causa el daño y, por otro, la tutela resarcitoria, que implica una garantía

indemnizatoria frente al daño producido. En este sentido, la responsabilidad patrimonial cumple un ideal de justicia conmutativa o justicia correctiva, pues no previene, ni sanciona, sino que corrige.

Por último, los presupuestos para que se actualice la responsabilidad objetiva de la administración son: 1) un daño o hecho lesivo de la administración; es decir, un perjuicio real personal y directo que sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una o varias personas; 2) un nexo causal; de modo que la causa del daño sea la actividad de la administración pública o, en su acepción más amplia, del Estado, y 3) un título de imputación, es decir, que la causa del daño pueda ser atribuida a la administración por tratarse de un acto o comportamiento producido en el contexto de un servicio de titularidad pública.

*Israel Santos Flores*

### 891. RESPONSABILIDAD PENAL

El vocablo responsabilidad implica una connotación muy amplia; de tal manera que se hace necesario precisar sus alcances; genéricamente implica asumir las consecuencias de todos los actos que el individuo realiza en forma consciente e intencionada. Constituye uno de los valores humanos más importantes, que emerge de la capacidad humana de elegir entre diferentes opciones, y actuar, conforme a la libre voluntad, de la cual resulta la obligación de asumir todas aquellas consecuencias que de esos actos deriven.

Así, la conjugación gramatical “responsabilidad penal” significa la consecuencia jurídica de la violación de la ley por una persona, y frente a la anterior, depende de que esa violación sea descubierta y probada. Es la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen al individuo cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito o haber sido cómplice de este, implica entonces, la sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido.

Este tipo de responsabilidad la impone el Estado, y consiste en una pena que busca castigar al delincuente e intenta su reinserción para evitar que vuelva a delinquir. Se actualiza cuando el agente activo ha realizado una conducta que se tiene tipificada como delito en el Código Penal.

La responsabilidad penal no solo tiene relación con las consecuencias de nuestros actos, sino que también está asociada a los principios, a aquellos antecedentes a partir de los cuales el hombre toma las motivaciones para ejercer la libre voluntad y actúa. Conforme al principio de intervención mínima, el ámbito penal debe tener un carácter residual, es decir, intervenir únicamente ante hechos muy graves, y cuando hayan fracasado los demás mecanismos de protección.

El derecho penal, expresión de la potestad sancionatoria del Estado (*ius puniendi*), tiene por finalidad salvaguardar los bienes más valiosos y esenciales para el mantenimiento de un orden social determinado y, por tanto, castigar aquellos comportamientos que resultan particularmente lesivos para el mismo. En este sentido, la responsabilidad penal no es tanto un instrumento ordinario de regulación de la convivencia, cuanto el instrumento último al que acude el Estado, cuando los demás mecanismos normativos se revelan insuficientes. Consecuentemente debe decirse, no todas las infracciones de

normas jurídicas dan lugar a responsabilidad penal; es decir, como se deduce de algunos preceptos del derecho penal, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico, antijurídico, no acarrea de manera automática la imposición de una pena al autor de ese hecho.

Luego, para hablar de responsabilidad penal se exige la realización de una conducta que debe ser típica, antijurídica y culpable, además que la pena sea necesaria. En efecto, para la imposición de una sanción, *principal consecuencia jurídico-penal del delito*, no es suficiente con la comisión del hecho típico y antijurídico, pues existen determinados casos en los que el autor de aquel queda exento de responsabilidad, lo que demuestra que junto a la tipicidad y antijuridicidad debe darse una tercera categoría general del delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena, esa categoría es la culpabilidad: precisamente esta es el presupuesto más importante de la responsabilidad penal (Roxin), a la cual debe añadirse la necesidad preventiva de la pena, la que se concibe como una exigencia adicional a los elementos del hecho punible.

El examen de la culpabilidad significa que se cuestiona si un hecho puede serle reprochado personalmente al autor (a título personal). En consecuencia, la responsabilidad supone una valoración negativa que se formula al autor, por no haber observado una conducta conforme a derecho (Jescheck, H. Heinrich), lo cual supone no culpablemente, en cuanto se puede invocar una causa de exculpación, un caso de exclusión de la contravención del deber.

Así, la idea central de las causas de exculpación se ve en la inexigibilidad, que permite distinguir de las causas de justificación y de las de exclusión de la punibilidad. Freudenthal desarrolló una causa general supralegal de exclusión de la culpabilidad, cuando “a la no realización del hecho punible le hubiese pertenecido una tal medida de resistencia que a nadie normalmente se le puede exigir, entonces falta con el poder el reproche y con el reproche, la culpabilidad, siendo esto, la inexigibilidad”.

A partir de estas ideas se concibe que la culpabilidad, como elemento esencial de la responsabilidad, consista en el reproche que se formula al autor del hecho injusto por haberlo realizado, cuando, conforme a las circunstancias particulares del caso concreto, podría haberse motivado por cumplir la norma. En consecuencia, la responsabilidad penal supone una valoración negativa que se formula al autor por no haber observado una conducta conforme a derecho.

De ahí que se conciben como elementos de la culpabilidad a: *la imputabilidad*, entendida como capacidad de conocimiento y capacidad de motivación, que es el presupuesto existencial de la reprochabilidad; *la cognoscibilidad* de la específica ilicitud del hecho humano, del alcance y la relevancia jurídico-penal de la conducta; y la no concurrencia de alguna causa de *no exigibilidad de otra conducta*, como estado de necesidad disculpante o exculpante, cuando se sacrifican bienes de igual valía, ante la imposibilidad de salvarlos a todos.

Como tema relevante acerca de la responsabilidad penal, Mir Puig sostuvo que en el derecho penal el delito debe ser obra del ser humano, no se debe a razones ontológicas, ni a la naturaleza de las cosas, sino a una decisión del derecho positivo. De tal manera, históricamente se ha entendido que una persona jurídica no puede ser responsable penalmente, en tanto no puede cometer delitos por sí misma (y hay muchas penas que no puede cumplir).

Este principio está reflejado en la expresión latina: *societas delinquere non potest*. Sin embargo, existirían algunos delitos que pueden ser cometidos desde una persona jurídica, y que incluso pueden realizarse únicamente en beneficio de la misma (fraude, robo, estafa, apropiación indebida, delitos fiscales, etcétera). En esos casos, se ha entendido que el responsable penal sería la persona física que toma las decisiones.

La exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas provoca numerosas cuestiones controvertidas cuyo esclarecimiento resulta esencial. Basada en los delitos cometidos por administradores, representantes y hasta empleados de las entidades con personalidad jurídica, a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente, hay quien mantiene que el modelo seguido es un sistema indirecto o de atribución, en suma, de heterorresponsabilidad. Sin embargo, desde el prisma constitucional y de los principios penales fundamentales, no hay duda de que toda responsabilidad penal debe erigirse sobre un hecho injusto (y culpable) propio, por lo que los esfuerzos doctrinales dirigidos a la búsqueda de una adecuada fundamentación en esta línea se encuentran plenamente justificados.

*Miguel Ángel Aguilar López*

## 892. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL A NIVEL INTERNACIONAL

La responsabilidad penal individual a nivel internacional se refiere a la represión del daño antijurídico en contra del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, causada por una persona determinada, la cual por su gravedad, propia de la naturaleza de los crímenes, es sancionada en el ámbito del derecho internacional.

En ausencia de acción estatal para sancionar ciertos delitos cometidos dentro de su ámbito espacial de competencia, ya sea por falta de capacidad o por falta de voluntad política, se han creado instancias internacionales facultadas para sancionar y someter a juicio a aquellos responsables de las más graves crímenes (véase la voz crímenes internacionales).

La responsabilidad penal a nivel internacional es el principal objeto de estudio del derecho penal internacional, la cual constituye una especialidad dentro del derecho internacional público, por lo que cuenta con las mismas fuentes, es decir los tratados y acuerdos internacionales, normas de derecho internacional consuetudinario, jurisprudencia de los tribunales internacionales y principios generales del derecho.

El desarrollo del concepto y alcances de la responsabilidad penal individual a nivel internacional es relativamente nuevo en la escena mundial. Ha sido desarrollado como consecuencia directa de los conflictos armados que han marcado a la comunidad internacional por su gravedad durante el siglo XX, y en especial, durante los últimos sesenta años, periodo en el que se ha logrado la consolidación del concepto de responsabilidad del individuo como sujeto de las normas de derecho internacional.

Al concluir la Primera Guerra Mundial, se creó la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Sanciones con la finalidad de sancionar al káiser Guillermo II, por su responsabilidad en la comisión “de un delito de suma gravedad contra la ética internacional y la inviolabilidad de los tratados” (art. 227 de los Tratados de Versalles de 28

de junio de 1919). Sin embargo, nunca llegó a concretarse la creación de un tribunal, debido a que se le otorgó asilo en el reino de los Países Bajos y nunca se logró su extradición.

La Segunda Guerra Mundial y los graves crímenes cometidos por el régimen nazi de 1939 a 1945 marcaron el inicio del desarrollo de una doctrina sobre la responsabilidad penal internacional. Mediante el acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, las potencias aliadas establecieron el estatuto del Tribunal Militar Internacional para juzgar a los criminales de guerra alemanes. En dicho documento se estableció la responsabilidad penal individual por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en violación al derecho internacional. De manera paralela, aunque con una estructura distinta, se creó el Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente con la finalidad de sancionar a aquellos responsables de los más graves crímenes durante la guerra en el Pacífico.

Independientemente de las críticas que tales tribunales recibieron en su momento, por ser considerados una forma de venganza por parte de las potencias vencedoras en un conflicto armado, dichos tribunales constituyen el primer paso para la aceptación del individuo como responsable ante la comunidad internacional por la comisión de crímenes de extrema gravedad, lo cual queda demostrado con la expedición de los principios del Tribunal de Nuremberg, confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, los cuales establecieron como principio que “toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción”.

Con la creación de tribunales *ad-hoc* para la persecución de los delitos cometidos en el conflicto armado en la antigua Yugoslavia y el genocidio de Ruanda, de 1993 y 1994 respectivamente, se logró la consolidación y aceptación de la posibilidad de que órganos compuestos de manera internacional cuenten con la atribución de juzgar a individuos por crímenes graves contra el derecho internacional.

El concepto de responsabilidad penal individual ha sido incorporado en los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad-hoc*, híbridos y de la Corte Penal Internacional, en los que se ha reafirmado no solo la responsabilidad individual, sino que ha sido regulada de manera detallada, estableciendo las diferentes formas que puede adoptar la responsabilidad penal internacional del individuo.

El art. 7o. del Estatuto del Tribunal para Yugoslavia, el cual fue reproducido con posterioridad en el art. 6o. del Estatuto del Tribunal para Ruanda, establece que toda persona que haya planeado, instigado, ordenado, ejecutado o de cualquier otra manera ayudado a realizar cualquiera de dichas conductas, será responsable penalmente, considerando que la realización de la conducta en cumplimiento de una orden no es excluyente de responsabilidad. Igualmente establece la responsabilidad penal del superior jerárquico, no solo por emitir una orden para la comisión de un crimen internacional, sino por no adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir que un subordinado cometiera un crimen cuando conociera dicha intención o tuviera razones para saber que se cometería.

Es importante resaltar también que dicho Estatuto establece de manera expresa que el hecho de ser jefe de Estado o de Gobierno no exime la responsabilidad penal a nivel internacional del individuo o atenuará la pena.

La jurisprudencia de dichos tribunales *ad-hoc* ha desarrollado una forma distinta a la establecida de manera expresa en sus estatutos, al interpretar que aquellas personas que contribuyen a la comisión de crímenes en ejecución de una empresa criminal común deberán ser sujetas a responsabilidad penal bajo la modalidad de comisión de un delito.

De acuerdo a la Sala de Apelaciones del Tribunal *ad-hoc* para Yugoslavia, en la resolución del caso Tadic, existen tres categorías en las que puede materializarse una empresa criminal común. La primera comprende aquellos casos en que todos los individuos actúan conforme a un plan común o al menos participan de manera voluntaria en la elaboración de una parte del plan y poseen la misma intención criminal. La segunda categoría, mejor conocida como la empresa criminal común del campo de concentración, es muy similar a la primera; sin embargo, es necesario que los crímenes sean cometidos por miembros de las autoridades militares o administrativas como los que administran un campo de concentración. Por último, la tercera categoría implica la comisión de una conducta delictiva por parte de un individuo que no formaba parte de la empresa criminal común, no obstante, dicha conducta era una consecuencia natural y previsible del propósito del plan.

El art. 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma actualmente contiene una regulación detallada de la responsabilidad penal individual. Establece como formas de responsabilidad, ya sea individual o colectiva, las de ordenar, proponer, intentar, inducir, facilitar o contribuir intencionalmente a la comisión por un grupo de personas, así como instigar directa y públicamente a cometer el crimen de genocidio. Es importante señalar que la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional no reconoce la teoría de empresa criminal común desarrollada por el Tribunal para la exYugoslavia.

*Ricardo Sánchez Pérez del Pozo*

### 893. RESPONSABILIDAD POLÍTICA

Conceptualizar la frase “responsabilidad política” implica considerar que el control y la limitación del poder no siempre han sido temas centrales de preocupación; sin embargo, es necesario atender que todo poder tiende al desbordamiento, y el poder político acredita esas tendencias. Así, la responsabilidad política constituye un instrumento de limitación y control de poder, junto con el clásico mecanismo de *checks and balances* y el prioritario control de legalidad.

Hay que ubicar el concepto de responsabilidad política en el contexto de los diversos niveles de responsabilidad que entrañan las acciones políticas. Hay una responsabilidad personal por los propios actos; hay una responsabilidad institucional, si esa persona encarna o forma parte integrante de una institución; hay una responsabilidad legal, si esos actos violan normas legales (esa responsabilidad le es reclamada a la persona), y hay una responsabilidad política, que es la que tiene todo actor político respecto de todo lo que ocurre en su área de poder directo, aunque no haya intervenido directamente en ello. Es una responsabilidad-fusible, que se ubica generalmente debajo de la cúspide del poder y arriba de las estructuras de ejecución.

Solo en casos muy graves afecta a la cúspide, porque el sistema privilegia la estabilidad del mando supremo y descarga, en lo posible, la responsabilidad política sobre las primeras líneas de las jerarquías de implementación. La ejecución de la responsabilidad política, en caso de error, generalmente se asume

mediante la renuncia al cargo, y puede tener consecuencias sobre la carrera política posterior.

La responsabilidad tiene dos caras: una *intersubjetiva*, que es la obligación del representante frente a sus electores por sus actos como tal; y otra *funcional*, en cuanto se supone que quien acepta postularse como representante está en condiciones de ofrecer un adecuado nivel de prestación, en términos de eficiencia y capacidad, es decir, una conducta “responsable”, confiada en último término a su “ciencia y conciencia” (D. Fisichella, 1990).

Sin embargo, tenemos una responsabilidad política, porque la política, por definición, se refiere al orden correcto de la sociedad para el bien común.

Es perfectamente conforme con la naturaleza humana que se constituyan estructuras político-jurídicas que ofrezcan a todos los ciudadanos, sin discriminación alguna y con perfección creciente, posibilidades efectivas de tomar parte libre y activa en la fijación de los fundamentos jurídicos de la comunidad política, en el gobierno, en la determinación de los campos de acción y de los límites de las diferentes instituciones, y en la elección de los gobernantes. Recordemos, por tanto, que todos los ciudadanos tienen el derecho y al mismo tiempo el deber de votar con libertad para promover el bien común.

El bien común requiere, entre otras cosas, que los derechos humanos y los principios morales sean respetados, y entre estos derechos y principios está el derecho a la vida. Sin el respeto a estos derechos y principios, la sociedad se convertirá en un caos y se destruirá a sí misma.

La responsabilidad política consiste en la imposición de sanciones, cuya naturaleza es precisamente política, a los gobernantes por el modo en que estos ejercen el poder político. Esta definición, puramente convencional, suscita de inmediato dos interrogantes: primero, ¿en qué consisten las sanciones y quién las impone?; segundo, ¿cuál es la fuerza vinculante de esas sanciones? Para responder la primera de estas cuestiones, hay que observar cómo la responsabilidad política puede ser, al menos, de dos tipos: difusa e institucional.

La responsabilidad política difusa está ínsita en el concepto mismo de democracia. Escribe en el juicio negativo que los ciudadanos pueden dar a la actuación de los gobernantes, y se manifiesta, ante todo, en un estado de la opinión pública. Cuando este juicio negativo se refiere a cargos públicos electivos (diputados, senadores, concejales, etcétera), la responsabilidad política puede traducirse, además, en un determinado comportamiento electoral: sancionar a la persona que se reputa políticamente responsable, no votándola en la siguiente elección. Se dice que esta forma de responsabilidad política es difusa, por dos razones: porque la sanción no es impuesta por alguien en concreto, sino por la generalidad de los ciudadanos, y además, porque la sanción consiste en una mera opinión negativa que, solo eventualmente, puede tener repercusiones en sede electoral.

Puesto que es expresión del peso de la opinión pública, la responsabilidad política difusa existe en todos los sistemas políticos democráticos. Además, en su sentido amplio de mero juicio negativo por parte de la opinión pública, la responsabilidad política difusa afecta a todos cuantos ocupan algún cargo público, incluso de naturaleza no electiva; y ello, porque la libertad de crítica acerca del modo en que se conducen los asuntos públicos es una de las características fundamentales de la democracia. Esta última observación es

importante porque abarca no solo a los poderes Legislativo y Ejecutivo, sino también al Poder Judicial, cuya función no tiene una naturaleza primariamente política. Cuando se afirma la libertad de disentir en público de las resoluciones judiciales, en el fondo se está sosteniendo que ni siquiera la actuación de los tribunales, al menos en aquellas de sus facetas con relevancia política, está exenta de valoración crítica por parte de la opinión pública.

La responsabilidad política institucional, en cambio, consiste en la posibilidad de que un órgano del Estado repruebe el modo en que otro órgano del Estado ejerce sus funciones y provoque, en su caso, el cese o la dimisión del titular de este último. El esquema arquetípico de la responsabilidad política institucional viene dado por un órgano ejecutivo que depende de la confianza de una asamblea. Así, por ejemplo, hay exigencia de responsabilidad política institucional cuando el Parlamento retira su confianza al Gobierno, forzándolo a dimitir. El retiro de dicha confianza puede producirse mediante distintos mecanismos institucionales, que varían de un país a otro, tales como la moción de censura, la cuestión de confianza, etcétera.

Lo que importa subrayar aquí es que, a diferencia de la responsabilidad política difusa, la responsabilidad política institucional no constituye una característica necesaria de todos los sistemas políticos democráticos. Hoy en día, estos suelen clasificarse en dos grandes formas de gobierno: parlamentarismo y presidencialismo. Pues bien, la diferencia última entre ellas estriba en que solo en la forma parlamentaria de gobierno existe una genuina responsabilidad política institucional. Es más, la responsabilidad política institucional es la piedra angular de la organización y el funcionamiento del parlamentarismo. En la forma presidencial de gobierno, por el contrario, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo emanan directamente del electorado, ante el que son autónomamente responsables, y de este modo, no conocen otra forma de responsabilidad política que la difusa.

Para afrontar el problema de la fuerza vinculante de las sanciones políticas, es preciso observar, ante todo, cómo la idea de responsabilidad suele aplicarse en los ámbitos de la moral y del derecho. Así, la responsabilidad puede ser moral o jurídica, dependiendo de la naturaleza de las normas que la regulan y del tipo de sanciones que lleva aparejada.

*Miguel Ángel Aguilar López*

#### 894. RESTRICCIONES A LOS DERECHOS HUMANOS (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Todas las personas tienen derecho al goce y ejercicio de sus derechos humanos; sin embargo, con frecuencia, el ejercicio de ciertos derechos, o bien, la consecución de ciertos fines constitucionales y/o convencionales, entran en conflicto con el ejercicio de otros derechos humanos. Y lo cierto es que el Estado tiene la obligación de garantizar el ejercicio de todos los derechos, en atención al principio de indivisibilidad, que señala que estos forman parte de un todo holístico, que son igualmente importantes y, por tanto, no existe jerarquía entre ellos.

Es por ello que, en una sociedad democrática, los derechos humanos deben, en principio y por regla general, admitir restricciones. Si bien existen derechos humanos que se consideran absolutos, como los derechos de las personas a no ser discriminadas, torturadas, desaparecidas forzosamente ni eje-

cutadas extrajudicialmente, ya que nada justifica dichas conductas, lo cierto es que este carácter absoluto es la excepción a la regla general.

Las restricciones de los derechos humanos tampoco pueden ser absolutas, pues ello equivaldría a nulificar el ejercicio del derecho que será restringido, lo cual resulta contrario al principio de indivisibilidad anteriormente mencionado. De esta manera, puede decirse que la finalidad de las restricciones de los derechos humanos es permitir la convivencia de derechos en una sociedad democrática y no nulificar el ejercicio de unos para garantizar el de otros o la consecución de determinados fines constitucionales y/o convencionales.

En ese sentido, lo primero es saber cuándo se está frente a una restricción de derechos humanos. Se trata de limitaciones al ejercicio de cada derecho que el orden jurídico prevé para garantizar el ejercicio de los derechos de las demás personas y/o para preservar bienes y valores constitucionales o convencionales, por ejemplo, el ejercicio de derechos de terceros y el orden público respecto al ejercicio de la libertad de expresión (restricciones particulares). Pero también pueden consistir en reglas o medidas generales de carácter permanente, como el arraigo de personas respecto a la libertad personal y de circulación (restricciones generales).

Lo anterior no significa que cualquier restricción de derechos humanos sea válida *per se*. La jurisprudencia interamericana ha desarrollado el alcance y requisitos que deben reunir las restricciones de derechos humanos para ser consideradas compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, en consecuencia, válidas.

En primer lugar, las restricciones deben estar previstas en leyes dictadas por razón del interés general y con el propósito para el cual hayan sido establecidas. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano deben estar expresamente señaladas en las constituciones locales, o bien, en leyes en sentido formal y material, esto es, en normas jurídicas adoptadas según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

Como segundo requisito se encuentra el consistente en que las restricciones deben perseguir una finalidad legítima, o sea, que esté prevista convencionalmente, ya sea la garantía de otros derechos o de valores, por ejemplo, el orden público o la salud pública.

En tercer lugar, las restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que quiere decir que deben: *a)* satisfacer una necesidad social imperiosa, en otros términos, estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo; *b)* ser las que restringen en menor grado el derecho protegido (en atención al principio *pro persona*), y *c)* ajustarse estrechamente al logro de la finalidad legítima, es decir, ser idóneas para alcanzarla.

Finalmente, deben ser proporcionales, en otras palabras, deben garantizar que el sacrificio del derecho humano que será restringido no sea exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad legítima perseguida.

Es así como la validez de las restricciones de derechos humanos debe analizarse caso por caso y a la luz de las circunstancias específicas de los mismos. Solo si aprueban el test de razonabilidad y proporcionalidad descrito podrán ser consideradas compatibles con la CADH y, por tanto, aplicarse.

*Graciela Rodríguez Manzo*

### 895. RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES A LOS DERECHOS HUMANOS (IDENTIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN)

Cabe aclarar que la presente voz tiene sentido en ordenamientos jurídicos en los que no se tenga claridad sobre las relaciones entre las fuentes de origen interno e internacional en materia de derechos humanos, por ejemplo, en los que en lugar de atender el principio *pro persona* a cabalidad, para concluir que no se imponen unas sobre otras sino que es debido armonizarlas para promover siempre la mayor protección de las personas, y en todo caso darle preferencia a las disposiciones que resulten más garantistas de los derechos, todavía se considera que el principio de jerarquía dota a la Constitución nacional de una posición prevalente que complejiza la búsqueda de los estándares más favorables, y hasta puede generar que una restricción constitucional a los derechos humanos impere por sobre una norma contenida en una fuente internacional que sea más benéfica.

En ese contexto, como elemento de análisis general debiera considerarse que si se ha aceptado pacíficamente que la inmensa mayoría de los derechos humanos no son absolutos, en materia de restricciones a los mismos, tampoco puede imponerse esa caracterización. En otras palabras, no puede haber restricciones absolutas para esos derechos, sino que, por el contrario, toda restricción a ellos debe ser analizada caso por caso a través de una ponderación, para asegurarse que resulte lo más benéfico para las personas, bajo la lógica del principio *pro persona*.

Un segundo elemento consiste en que no se puede equiparar a una restricción de derechos con la falta de previsión o incompleto desarrollo de los contenidos de los propios derechos humanos. En ese sentido, si en un texto constitucional no se mencionan todos los alcances de un derecho, de forma alguna puede interpretarse dicha circunstancia como una restricción. En cada supuesto de los anteriores, que las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales sirven para completar los contenidos de los derechos de que se trate. Postular lo contrario equivaldría a cerrar el desarrollo de los derechos humanos únicamente a lo fijado en las normas constitucionales, una alternativa que no debiera aceptarse para interpretar cualquier Constitución, toda vez que en materia de derechos humanos se establecen estándares mínimos, no máximos.

Un tercer elemento radica en no confundir las restricciones a los derechos con la delimitación de sus contenidos. Facilita la comprensión de esta cuestión tener en mente algún ordenamiento jurídico en el que, por ejemplo, la libertad de trabajo, de industria o el derecho a la propiedad, no sean excusa para explotar a otras personas, dedicarse a actividades ilícitas o actuar sin miramientos con el cuidado al medio ambiente, o bien, en el que la libertad de expresión no pueda pretextarse para hacer comentarios racistas o discriminatorios en contra de personas o de colectivos. Bajo ese entendimiento, no es posible tener por actualizada alguna restricción constitucional a los derechos, cuando se evita que se abuse de ellos.

Un cuarto elemento reside en no fundar las restricciones a los derechos en los preceptos que establecen facultades a las autoridades, en tanto sus atribuciones no pueden leerse como una posibilidad implícita para limitar derechos, sino todo lo contrario, lo que resulta debido es ajustar los alcances de sus competencias al respeto de los derechos humanos. De esta forma, por ejemplo, si

se faculta a una autoridad administrativa a imponer un trabajo en favor de la comunidad como sanción por alguna infracción a un reglamento gubernativo, ello solo puede ser posible si se acepta voluntariamente por la persona sancionada, ya que existe un derecho humano de que a nadie se le obligue a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento, salvo que sea una pena impuesta por una autoridad judicial.

Un quinto elemento, ya no de identificación sino de interpretación, consiste en que una vez precisada, una vez ubicada alguna restricción a los derechos propiamente dicha, siempre la misma debe ser interpretada de la manera más acotada posible, reduciendo sus alcances a la mínima expresión, con el fin de observar el principio *pro persona*, el cual tiene como una vertiente no extender de más tales restricciones.

Como sexto elemento de análisis general habrá que reparar en la importancia que tendrían cláusulas constitucionales sobre restricciones a derechos humanos que expresen que solamente en el texto de la propia Constitución se fijarán los casos y las condiciones en los que sea posible restringir o suspender el ejercicio de aquellos derechos, puesto que con una redacción como esa se garantizaría que ninguna otra fuente normativa, distinta a la Constitución, conservara la posibilidad de menoscabar u obstaculizar el disfrute de los derechos humanos, en razón de que se obligaría a que toda restricción posea un soporte constitucional expreso. Es decir, que sin este fundamento constitucional expreso, sin mención en los artículos constitucionales de los casos y las condiciones para que opere alguna restricción a los derechos humanos, no es posible que se avalen reenvíos a la legislación secundaria para que en ella se limiten esos derechos, en tanto que la responsabilidad que se confía al poder legislador es que desarrolle los contenidos de los derechos, pero nunca que los restrinja, si no lo hace la propia Constitución.

En consecuencia, si las restricciones a los derechos solo pueden preverse en el texto constitucional, como séptimo elemento de análisis general también debe ponerse de manifiesto que en la práctica totalidad de los casos se contrapondrán con otras disposiciones constitucionales que reconozcan derechos, sin que aquellas puedan prevalecer en automático como si se tratara de una excepción o una cláusula especial a una regla general, al menos en los ordenamientos jurídicos en los que su Constitución general no dote de mayor fuerza normativa a algunas de sus disposiciones sobre las demás, ni contenga precepto alguno que claramente instituya jerarquías diferenciadas entre los artículos que la componen.

En ese sentido, si desde la Constitución las cláusulas sobre restricciones a los derechos humanos no poseen la fuerza normativa suficiente para imponerse de modo absoluto y en automático a otros preceptos que reconozcan derechos, como octavo elemento se deriva la necesidad de llevar a cabo un juicio de ponderación, en el que caso a caso se busque lo que resulte más favorable para las personas.

Lo anterior se vincula estrechamente con un noveno elemento, en el sentido de que el fundamento que debe justificar a toda restricción a los derechos humanos es precisamente la garantía de otros derechos humanos de las demás personas, pues solamente esta fórmula es consistente con el principio *pro persona*. De otra manera, no habría restricción que pudiera aprobar un test de proporcionalidad, razonabilidad o necesidad, pues si con ella no se buscara

proteger a las personas, sino a las autoridades o a los poderes de facto, resultaría excesiva e injustificada.

En adición, como un décimo elemento a considerar, debe afirmarse que en los ordenamientos jurídicos en los que el entendimiento del respeto irrestricto al texto constitucional conduzca a postular que ninguna de sus disposiciones puede ser ignorada o desaplicada, aunque contenga una restricción a los derechos humanos que introduzca un estándar menos favorable que el que pueda desprenderse de fuentes de origen internacional en la materia; de todos modos queda abierta la posibilidad para que los preceptos constitucionales sean *interpretados conforme* a esa normatividad sobre derechos humanos de fuente internacional imperante.

A partir de lo cual, como un último elemento, conviene recordar que el tema de las restricciones a los derechos humanos ha sido explorado y desarrollado en sede internacional desde hace bastante tiempo. De ese acervo queda claro que si toda restricción, para que tenga oportunidad de estar justificada, requiere estar prevista en ley, y resultar necesaria para asegurar otros fines legítimos, la revisión de ambos extremos conduce irremediablemente a la ponderación caso a caso, y nunca a una prevalencia en automático. No obstante, como los criterios originados en sede internacional precisan ajustarse para velar que resulten los más benéficos, ahí donde la normativa de fuente interna haya elevado el estándar de ambos elementos mencionados, tiene que estarse a ella, por lo cual no bastará con que las restricciones se encuentren previstas en ley, sino que deberá exigirse una especie de principio de reserva de Constitución, en tanto que solamente los preceptos constitucionales pueden fijar los casos y las condiciones en las que operen aquellas, además de que únicamente quedarán justificadas por el aseguramiento, no de cualquier fin legítimo o bien constitucionalmente tutelado, sino exclusivamente resultarán necesarias, razonables o proporcionales aquellas restricciones que tengan por objeto la protección más favorable para las personas.

En definitiva, bajo esta óptica se honraría la cuestión del diálogo jurisprudencial, que no puede ser unidireccional, sino que sirve de puente de doble sentido para que las cortes constitucionales, y cualesquiera juzgados y tribunales nacionales, eleven los estándares desarrollados en sedes internacionales, teniendo por meta la mejor salvaguarda de los derechos humanos de las personas, y para que los garantes internacionales adopten esas pautas reforzadas, ya que también ellos deben de proceder bajo el principio *pro persona*.

**Luis Miguel Cano López**  
**Graciela Rodríguez Manzo**

## 896. RESULTANDOS DE LA SENTENCIA

El género humano ganó —y mucho— cuando decidió institucionalizar, a través de distintos canales, la solución de las controversias que pudiesen surgir en el seno de la convivencia humana. Los inevitables conflictos dejaron de ser resueltos por el poder de la fuerza, para ser atendidos por el poder de la razón institucionalizada a través del derecho y de los órganos (judiciales, arbitrales, militares, administrativos, etc.), creados para ese cometido. La manera en que el Estado da respuesta institucionalizada a los conflictos es mediante un proceso que se desenvuelve en instancias distintas y que tiene, en la sentencia, el acto procesal final de resolución de controversias.

En el contenido de toda resolución, particularmente de las sentencias, es posible diferenciar tres momentos secuenciales y lógicos. En el primero se dan a conocer los hechos a partir de los cuales se plantean el o los problemas que se resolverán en la resolución, es decir, será la base fáctica del conflicto que las partes han decidido resolver institucionalmente; en el segundo momento se identifica el o los problemas jurídicos y se muestran las razones de la solución del problema y, en el tercer momento, se muestra la solución del problema con las consecuentes precisas permisiones, órdenes o prohibiciones que correspondan. Y aunque estos tres momentos están presentes en toda resolución (judicial, administrativa, arbitral, militar, etc.), cobran especial relevancia cuando se trata de una sentencia judicial por los bienes jurídicos o derechos en juego. En las sentencias judiciales, cada uno de estos momentos conforma cada una de las partes de la misma. Aquí se hará referencia solamente a la primera parte, la cual normalmente es conocida con el nombre de “resultandos” o “antecedentes”.

La finalidad de esta parte de la sentencia es establecer la base fáctica e histórica sobre la cual se construirá el o los problemas jurídicos que se atenderán y resolverán. Si los hechos no se han mostrado con claridad o, habiéndolo hecho, no han sido presentados de modo completo, no se podrá establecer con corrección cuál es el problema jurídico que como conflicto o litis se le ha solicitado al juez resolver. Esta constatación permite reclamar en el juez un cuidado responsable, no solo en el fallo que soluciona la controversia o en su justificación jurídica, sino también —y acaso especialmente— en la narración fáctica de los hechos que darán sentido y coherencia a uno y otro. Sin estos hechos clara y completamente estructurados no tendrá sentido el problema jurídico a atender y, consecuentemente, no tendrá sentido ni la respuesta ni su justificación.

En este espacio, la actividad del juez se despliega a través de una metodología descriptiva, cuidándose de no formular valoración alguna, ni material ni procesal. El juez debe limitarse a narrar —con espíritu de historiador— tanto lo que las partes le han propuesto como lo actuado a lo largo del proceso respectivo, cuyo cierre es la sentencia, al menos de la respectiva instancia. La actividad descriptiva del juez mira, por tanto, a las partes y al proceso desenrollado hasta antes de la sentencia.

Por lo que respecta a las partes procesales, la descripción debe dar cuenta de los hechos invocados por el demandante y por el demandado (ya sea uno o más sujetos procesales); debe mostrar la pretensión perseguida por la parte demandante, sin olvidar que tal pretensión trae consigo una propuesta de problema jurídico y una de solución del mismo, y a la cual se opone la pretensión en sentido contrario que presenta la parte demandada y, finalmente, debe darse cuenta de la respectiva justificación jurídica que cada parte ha hecho acompañar a su correspondiente pretensión. Por su parte, la descripción del desarrollo procesal va dirigida hacia los actos procesales y a sus consecuencias. La complejidad y extensión de esta parte de la narración dependerá de la instancia en la que se encuentre el juez o tribunal que tendrá que emitir la sentencia.

La narración que se lleve a cabo, particularmente de los hechos, debe ser la propia de un espectador diligente, refiriendo los sucesos según la secuencia lógica e histórica con el que se han presentado al proceso. La narración debe

ser también concisa, por lo que está llamada a ser breve, sin dejar de ser suficiente. La brevedad y la suficiencia, como características de la narración, deberán ser concretadas en cada sentencia, sin que para ello sirvan soluciones matemáticas (como un límite numérico en la extensión de la narración), sino más bien respuestas prudentiales. Y la prudencia es siempre una exigencia conectada fuertemente con la razonabilidad. Esto permite sostener que el contenido de los resultandos o antecedentes será efectivamente breve y suficiente con relación a la finalidad que pretende conseguir en la concreta sentencia: construir el marco fáctico sobre el cual se construirá la argumentación del juez, para justificar tanto la premisa normativa como la premisa fáctica del caso. Este criterio permitirá descartar justificadamente hechos o alegaciones que han formulado las partes, así como actos procesales desarrollados institucionalmente, que no sean necesarios para conseguir la finalidad buscada.

*Luis Castillo Córdova*

### 897. RETROACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA

Cuando se hace referencia al término “jurisprudencia” en el sistema jurídico mexicano, este adquiere una dimensión particular, pues en términos generales se entiende como el conjunto de criterios emitidos por los órganos jurisdiccionales facultados para ello, que vinculan a otros órganos encargados de la impartición de justicia.

La jurisprudencia se puede conformar bajo cuatro sistemas: por reiteración, contradicción, sustitución y por razón fundada; y la base de la jurisprudencia se encuentra justamente en las sentencias de las que derivan los criterios obligatorios.

Como toda figura jurídica, la jurisprudencia tiene ciertas reglas, las cuales se encuentran vinculadas a su publicidad, obligatoriedad, retroactividad, aclaración, interrupción, modificación y sustitución; y se dirigen a la adecuada conformación y aplicación de la misma en los casos sometidos a la consideración de los órganos jurisdiccionales.

En lo que interesa, la retroactividad de la jurisprudencia puede tener distintos significados, ello en atención a la perspectiva desde la que se aborde. En las siguientes líneas se hace referencia brevemente al alcance de esta regla.

a) *Irretroactividad de la jurisprudencia en relación con la norma que interpreta.* En la jurisprudencia se refleja la interpretación de la norma vigente en la época de los hechos.

No obstante, es posible que los hechos acontezcan de forma previa a la publicación de la norma, y por ende de la aprobación de la jurisprudencia; en este sentido, la nueva disposición, y por consecuencia la jurisprudencia que la interpreta, no pueden ser aplicadas de forma retroactiva en perjuicio de persona alguna, de conformidad con lo establecido por el art. 14, párrafo primero, de la Constitución de México.

Lo anterior se fortalece con motivo de lo dispuesto en el art. 217, párrafo cuarto, de la Ley de Amparo de 2 de abril de 2013, que establece que la jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Es importante destacar que esta regla vincula directamente a la jurisprudencia con la vigencia de la norma, en el entendido de que la jurisprudencia

es obligatoria, únicamente cuando la norma que interpreta es aplicable al caso concreto.

b) *La aplicación de la jurisprudencia no viola la irretroactividad de la ley.* Si bien la jurisprudencia es la interpretación obligatoria de la ley, y se expresa en términos abstractos, en modo alguno puede equipararse a la propia ley, y por ende considerarse que su aplicación es retroactiva.

Lo anterior se advierte claramente cuando se presentan los siguientes momentos de forma sucesiva: el primero relativo a la aprobación de una ley, el segundo consistente en la actualización de los hechos que han de ser subsumidos en esta ley, y el tercero, posterior a los dos anteriores, relativo a la conformación de la jurisprudencia con motivo de otros juicios o de la resolución de una contradicción de tesis, derivado de la interpretación de esa ley.

De esta forma, el hecho de que una jurisprudencia se conforme con posterioridad a la actualización de los hechos que dan origen a un caso, ello no implica que no sea aplicable, o que su aplicación sea retroactiva en perjuicio de una parte, pues la aplicación retroactiva únicamente puede valorarse a la luz de la vigencia de la propia ley, y si esta última es anterior a los hechos, sin duda la jurisprudencia es vinculante, pues la misma es la interpretación obligatoria de la ley.

c) *La conformación de una jurisprudencia por contradicción no tiene efectos retroactivos en los asuntos que se resolvieron de forma previa.* La naturaleza de la jurisprudencia radica en el establecimiento de pautas interpretativas dirigidas a casos futuros, no así de ser un recurso sobre asuntos ya concluidos en los que se haya aplicado la norma que se interpreta.

En consonancia con lo anterior, en el art. 226, párrafo tercero, de la Ley de Amparo, se establece que la resolución que decida la contradicción de tesis no afectará las situaciones jurídicas concretas de los juicios en los cuales se hayan dictado las sentencias que sustentaron las tesis contradictorias.

Como se puede advertir, la retroactividad de la jurisprudencia tiene características particulares que se deben analizar bajo una óptica determinada, y en todo caso no se debe perder de vista que la jurisprudencia en última instancia representa un criterio vinculante, y su aplicación se encuentra estrechamente vinculada a la de la norma jurídica.

*Mauricio Lara Guadarrama*

### 898. REVISIÓN JUDICIAL EN ESTADOS UNIDOS (*JUDICIAL REVIEW*)

El poder de la revisión judicial es la autoridad que tiene un tribunal para declarar que una acción legislativa o ejecutiva se considera contraria a la Constitución, declararla inválida, y desecharla. El poder de la revisión judicial es un elemento de vital importancia en el sistema legal de los Estados Unidos y una característica definitoria de nuestro sistema judicial federal. Durante los más de doscientos años desde que la práctica del control judicial fue anunciada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, el debate se ha desatado sobre su alcance, así como sus fundamentos constitucionales. Pero hoy en día sigue siendo sólida y firmemente establecida como un componente fundamental del orden constitucional en Estados Unidos.

El poder de la revisión judicial en los Estados Unidos está muy descentralizado; prácticamente todos los tribunales de los Estados Unidos, federal

y estatal, podrán ejercer la facultad de revisión judicial. La Corte Suprema de los Estados Unidos tiene la decisión final sobre la constitucionalidad de las medidas concretas adoptadas por los actores públicos a nivel federal y estatal (y, por derivación, locales). Sentencias de la Corte Suprema en materia constitucional solo se pueden modificar por la misma Corte Suprema de los Estados Unidos en el examen de la cuestión en un caso posterior, o por enmienda constitucional. El proceso de enmienda de la Constitución de Estados Unidos es muy engorroso, y se ha logrado solo en raras ocasiones en los más de 200 años desde que se aprobó la Constitución. Por esta razón, el proceso de revisión judicial juega un papel preponderante en el derecho constitucional de Estados Unidos.

La revisión judicial desempeña un papel especialmente relevante en el sistema legal de los Estados Unidos por una razón adicional: muchas de las disposiciones importantes de la Constitución de los Estados Unidos se encuentran expresadas en términos amplios y majestuosos, desprovistos de significado en abstracto. Estos incluyen frases como “debido proceso legal”, “libertad”, “igualdad de protección”, “establecimiento de la religión”, “religión libre”, “libertad de expresión”, “causa probable” y “castigos crueles e inusuales”, entre otros. El papel del Poder Judicial en la determinación sobre el significado de esos términos en contextos específicos y a lo largo del tiempo es crítico.

La revisión judicial tiene una serie de funciones en el sistema legal de los Estados Unidos, pero todas ellas se relacionan con la misma responsabilidad básica de los tribunales: defender la supremacía de la Constitución como la carta magna que define al gobierno. Una de las principales funciones de los tribunales en este respecto es el mantenimiento de la forma limitada de gobierno previsto por la Constitución. La revisión judicial incluye la facultad de decidir sobre cuestiones tan fundamentales como ¿qué derechos básicos son proporcionados por la Constitución? ¿Cuál es el papel apropiado y el equilibrio entre cada una de las tres ramas de nuestro gobierno nacional? ¿Cuál es el papel y la relación adecuada entre el gobierno federal, por un lado, y los gobiernos estatales y locales, por otro lado? Estas preguntas tienen un enorme impacto en la vida política de los Estados Unidos y en muchos temas que impactan la vida de sus habitantes.

El poder de la revisión judicial no está explícitamente previsto en ninguna parte de la Constitución de los Estados Unidos, y es en sí mismo un producto de la interpretación Judicial. Hay, sin embargo, una base textual para apoyar la tesis de que el Poder judicial federal tiene la facultad de revisar los actos de las ramas que coordina y de los estados para verificar su congruencia con la Constitución. En virtud de la cláusula de supremacía, la Constitución y las leyes que de ella emanan, han de ser “la ley suprema del país”. Esta y otras disposiciones sugieren que la Corte Suprema tiene la autoridad para asegurarse de que otros actores gubernamentales cumplen con los mandatos constitucionales. La estructura del gobierno federal establecido en la Constitución, con su sistema cuidadosamente elaborado de la separación y el equilibrio de poderes, también forma parte del poder de la revisión judicial.

La decisión de la Corte Suprema en el caso *Marbury contra Madison* (1803) fue y sigue siendo la histórica decisión de la Corte Suprema que confirma el poder de revisión judicial. Sin embargo, no fue creado de la nada. A pesar de la historia remota y aparentemente amplia aceptación de la facultad de revi-

sión judicial, fue histórica decisión del presidente de la Corte Suprema, John Marshall, en *Marbury contra Madison*, que consolidó el poder de revisión judicial como un componente central de nuestra jurisprudencia constitucional. Al día de hoy, *Marbury* sigue siendo una de las decisiones más célebres e importantes de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

En su voto particular, el ministro presidente John Marshall explica y justifica el ejercicio de la revisión judicial para anular un acto inconstitucional del Congreso: “Ciertamente, todos los que han enmarcado las constituciones escritas, las contemplan como formando la ley fundamental y suprema de la nación, y por consiguiente la teoría de cada uno de esos gobiernos debe ser que un acto legislativo contrario a la Constitución, es nulo”. En las palabras que ahora se han convertido en legendarias, el presidente de la Corte Suprema, Marshall, continuó afirmando que “[e]s enfáticamente la jurisdicción y el deber del poder judicial decir lo que es la ley. Los que se aplican la regla a los casos particulares, deben exponer e interpretar esa norma”.

Poco después de *Marbury*, la Corte Suprema afirmó que las acciones ejecutivas, así como las medidas legislativas, están sujetas a revisión judicial.

Muy a grandes rasgos, hay tres áreas principales sobre las que se ejerce el poder de revisión judicial. Incluyen, primero, las relaciones entre los estados y el gobierno nacional (federalismo); en segundo lugar, las relaciones entre los tres poderes del Estado en el ámbito nacional (separación de poderes), y tercero, la protección de los derechos y garantías individuales contra los abusos cometidos por las autoridades gubernamentales.

Especialmente en lo que respecta a la tercera función que se mencionó anteriormente —la preservación de los derechos individuales— la revisión judicial sirve como una protección contra los abusos de las minorías por la mayoría. Es especialmente en lo que respecta a este aspecto de la revisión de la corte federal —el papel de los tribunales en la protección de puntos de vista impopulares— que ha sido objeto de una gran cantidad de ataques. La base subyacente de estos ataques a la revisión judicial reside en lo que Alexander Bickel famosamente llamó “la dificultad contramayoritaria” —un tema que se ha llamado “la obsesión central de la doctrina moderna constitucional—”.

Más recientemente, el debate sobre el alcance y el carácter adecuado de la revisión judicial se ha convertido en cuestiones tales como los derechos de las personas homosexuales, el derecho a morir (eutanasia), el aborto y la pena de muerte. Gran parte del debate también se ha centrado en torno a las decisiones de la Corte que definen el poder del gobierno federal —un poder que se limita a las funciones que se enumeran en la Constitución—.

Sin embargo, la función de revisión judicial es extremadamente amplia, y sus resultados definen la más importante de las doctrinas constitucionales. Hay, sin embargo, límites al ejercicio de la facultad de revisión judicial. En primer lugar, el Poder Judicial federal se limita a los “casos” y “controversias”. Una discusión exhaustiva de la doctrina de la justiciabilidad excede el alcance de esta voz, pero en general significa que los tribunales federales no emitirán opiniones consultivas, sino que limitarán sus opiniones a los casos que presentan las disputas reales, donde las partes tienen un interés directo, personal y legalmente protegido. El daño que se reclama no puede ser especulativo o hipotético, sino que debe ser real y concreto. El requisito de caso y controver-

sia se ha refinado en una serie de doctrinas de justiciabilidad conocidos como postura, cuestiones sin validez legal, madurez y agotamiento de recursos previos. (Un principio estrechamente relacionado es la “doctrina de la cuestión política”, en que los tribunales federales no pueden conocer de una reducida categoría de casos en que se ha determinado que la Constitución los ha encomendado a los poderes políticos).

En segundo lugar, los tribunales federales son tribunales de jurisdicción sobre materia limitada, según se define en el artículo III de la Constitución y se detalla por la legislación federal. Por lo general, los casos llegan a los tribunales federales porque implican cuestiones de derecho federal (“jurisdicción sobre la cuestión federal”) o por disputas entre un ciudadano de un estado y de un ciudadano de otro estado o de un país extranjero en que, como el Congreso ha señalado, hay al menos \$75,000 en controversia (“jurisdicción de la diversidad”).

Por último, como parte de un sistema de derecho consuetudinario (*common law*), los tribunales federales se rigen por la doctrina del *stare decisis*, un principio que por lo general requiere que los tribunales sigan los principios de la ley enunciados en casos decididos anteriormente, cuando se les presentan hechos y cuestiones jurídicas similares. Aunque esta doctrina no es vinculante para la Corte Suprema y aunque los tribunales inferiores tienen discreción para determinar el alcance de las decisiones judiciales vinculantes, el principio de *stare decisis* tiene una influencia moderadora en los tribunales federales.

**Toni Jaeger-Fine**  
*(traducción de María de la Concepción Vallarta Vázquez)*



S

Oscar Raúl Puccinelli · Júpiter Quiñones Domínguez  
míre Hernández · Janine M. Otálora Malassis · Vázqu  
lez · Jorge Mario Pardo Rebolledo · Danilo Ernesto C  
· Mauro Roderico Chacón Corado · Cynthia Chanut  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor · Patricia Kurczyn Villal  
a · Sofia Sagüés · Andrés Lira González · Set Leonel Lo  
ez Sáenz · Ignacio López Vergara Newton · Giancarlo  
César Enrique Olmedo Piña · Francisco Vázquez Gón  
a · Héctor López Bofill · Israel Santos Flores · Alejandr  
nio Silva Díaz · Susana Thalía Pedroza de la Llave · Ju  
treras · Humberto Nogueira Alcalá · Juan Pablo Salaz  
David Araujo · Pietro de Jesús Lora Alarcón · Mara Gón  
odríguez · Mario Melgar Adalid · Martín Risso Ferran  
Miguel López Ruiz · Nuria González Martín · Roberto  
Enrique Anaya · Víctor Manuel Collí Ek · Víctor Oroz  
ez · Claudia Ibet Amezcua Rodríguez · Humberto En  
na Ramos · Alfonso Herrera García · José Miguel Mac  
id Cruz · Arturo Guerrero Zazueta · Víctor M. Martín  
Martínez Vázquez · Lucio Pegoraro · Sabrina Ragone  
nítez · Arturo Zaldívar Lelo de Larrea · María de Jes  
ejía Garza · Federico De Fazio · Lucio Pegoraro · Garc  
Mendoza Montes · Francisco Javier Díaz Revorio · Jo  
odríguez · Joaquín A. Mejía Rivera · María Guadalupe  
r Guerrero · Jorge Mario Pardo Rebolledo · Carlos M  
z · Luiz Guilherme Marinoni · Óscar Parra Vera · Mu  
ñoz Díaz · Wendy Jarquín Orozco · Jorge Rivero Evia  
Torres · Fabiola Martínez Ramírez · María del Refugi  
ta Rey Anaya · Virdzhiniya Petrova Georgieva · J. Jesús  
ez · José Luis Soberanes Fernández · Ana Paulina Ort  
r M. Ortiz Flores · Pablo Pérez Tremps · José Ugaz · Jo  
· Miguel Revenga Sánchez · Roberto Romboli · María



### 899. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR

En el diseño que la Constitución salvadoreña (Cn) ha hecho del sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad conviven, por una parte, la potestad judicial de inaplicabilidad (art. 185 Cn), que supone la pervivencia de un instrumento del modelo difuso de control de constitucionalidad) y, por otra parte, la atribución de conocimiento y decisión de determinados procesos constitucionales a un ente especializado, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SCn/CSJ) en lo que constituye expresión del modelo concentrado de control constitucional.

Con relación al régimen constitucional y legal de la SCn/CSJ cabe hacer mención a los siguientes aspectos: *a)* ubicación en la estructura estatal y, en concreto, su integración en el órgano judicial; *b)* integración del tribunal; *c)* nombramiento del presidente; *d)* periodo en el cargo y renovación periódica; *e)* legitimación parlamentaria; *f)* estatuto de los magistrados; *g)* destitución de magistrados, y *h)* competencias.

*A.* La SCn/CSJ es parte integrante de la Corte Suprema de Justicia (inciso primero del art. 174 Cn), ubicación en la organización estatal de la que cabe derivar: *a)* se trata de un órgano constitucional, en el sentido que recibe directamente de la Constitución su estatus, conformación y competencias; *b)* es una entidad jurisdiccional y, por lo tanto, independiente, ya que ningún otro órgano puede ni debe interferir en sus funciones específicas; *c)* es un tribunal permanente y especializado; *d)* está organizacionalmente integrada en la CSJ, pero posee autonomía jurisdiccional, y, por consiguiente, tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las actuaciones de las restantes salas de la CSJ y aún del Pleno de la CSJ, y *e)* no posee autonomía reglamentaria, administrativa o presupuestaria. En razón de tales caracteres, la SCn/CSJ se autocalifica como “auténtico Tribunal Constitucional” (véase resolución de las 15 horas del 27 de abril de 2011, en proceso de inconstitucionalidad 16-2011).

*B.* La SCn/CSJ está integrada por cinco magistrados propietarios y, además, por cinco magistrados suplentes (inciso primero del art. 12 de la Ley Orgánica Judicial). Todos los integrantes de la SCn/CSJ son designados, única y exclusivamente y de modo expreso, por la Asamblea Legislativa (art. 174 Cn), por lo que ningún otro magistrado de la CSJ puede integrar, ni de forma temporal, la SCn/CSJ (véase resolución de las 15 horas del 27 de abril de 2011, en proceso de inconstitucionalidad 16-2011).

*C.* Uno de los magistrados de la SCn/CSJ es designado, por la Asamblea Legislativa y para un periodo de tres años, presidente de dicha Sala, con lo que además ocupa los cargos de presidente de la CSJ y del Órgano Judicial (arts. 173 y 174 Cn).

*D.* El periodo del cargo de los magistrados de la SCn/CSJ es de 9 años, al igual que el resto de magistrados de la CSJ (inciso segundo del art. 186 Cn), y está autorizada la posibilidad de reelección inmediata. Ahora bien, la designación como magistrado de la SCn/CSJ implica que el designado integra dicha Sala por todo el periodo (9 años), sin que exista posibilidad válida de traslado, remoción o desplazamiento hacia otra sala de la CSJ (véase sentencia de las 15 horas del 5 de junio de 2012, en el proceso de inconstitucionalidad 19-2012)

*E.* Los magistrados de la SCn/CSJ, no obstante su calidad de juzgadores, son elegidos, tanto en su calidad de magistrados de la CSJ como en su calidad de integrantes de la SCn/CSJ, por la Asamblea Legislativa, mediante votación pública y nominal y por mayoría calificada de dos tercios del número de diputados (inciso segundo del art. 186 Cn). Esto significa que la legitimación parlamentaria y, por ende, en forma indirecta, democrática, de los magistrados de la SCn/CSJ es por partida doble: *a)* los magistrados de la SCn/CSJ, como integrantes de la CSJ, son elegidos por la Asamblea Legislativa, y *b)* la Asamblea Legislativa designa específicamente a los integrantes de la SCn/CSJ.

*F.* Tres aspectos determinan el estatuto de los magistrados de la SCn/CSJ: *a)* requisitos o condiciones de elegibilidad; *b)* inhabilidades e incompatibilidades, y *c)* privilegios constitucionales. Los requisitos para ser magistrados de la SCn/CSJ no se diferencian de los requisitos de magistrado de la CSJ (art. 176 Cn), los que se esquematizan así: *a)* nacionalidad, en tanto debe ser salvadoreño por nacimiento; *b)* edad, en el sentido que debe ser mayor de 40 años; *c)* estado seglar, esto es, no perteneciente al clero; *d)* formación jurídica, debiendo ser “abogado de la República”; *e)* prestigio, al que se refiere la Constitución con la genérica frase “de moralidad y competencia notorias”; *f)* experiencia en el ámbito jurídico, sea a través del ejercicio de la judicatura (6 años en tribunal de segunda instancia o 9 años en tribunal de primera instancia), sea mediante un lapso mínimo (10 años) de contar con la autorización para el ejercicio de la abogacía, y *g)* conservación de los derechos de ciudadanía, al menos en los 6 años previos al inicio del desempeño del cargo de magistrado.

La Constitución solo prevé una inhabilidad de carácter familiar para acceder al cargo de magistrado de la SCn/CSJ, ya que no pueden ser magistrados los cónyuges ni parientes entre sí (art. 178 Cn); pero consagra una serie de incompatibilidades de carácter profesional o funcional: *a)* no pueden ser candidatos a diputados (art. 127 núm. 1 Cn); *b)* es incompatible con la calidad de funcionario de los otros órganos del Estado (art. 188 Cn); *c)* es incompatible con el ejercicio de la abogacía o del notariado (art. 188 Cn), y *d)* el presidente de la SCn/CSJ no puede ser candidato a presidente de la República (art. 152 núm. 1 Cn).

Existen dos privilegios constitucionales conferidos a los titulares de las magistraturas de la CSJ: *a)* antejuicio ante la Asamblea Legislativa ante el cometimiento de delitos (inciso primero del art. 236 Cn), y *b)* fuero procesal, en tanto su procesamiento no corresponde a la jurisdicción común, sino que se atribuye a tribunales de mayor jerarquía judicial (inciso segundo del art. 236 Cn).

*G.* La Asamblea Legislativa está constitucionalmente autorizada, por mayoría calificada de dos tercios, a destituir a los magistrados de la CSJ (inciso primero del art. 186 Cn), sin excluir de tal supuesto a los integrantes de la SCn/CSJ, por lo que, definitivamente, la Asamblea Legislativa cuenta con la potestad de destituir a los magistrados de la SCn/CSJ, pero solo por causas “previamente establecidas por la ley”, las que hasta hoy día no han sido determinadas por el legislador.

*H.* En esencia, las competencias de la SCn/CSJ se refieren al conocimiento y decisión (la mayoría, en exclusiva) de los procesos constitucionales, que

en el sistema procesal constitucional son, en esencia: *a*) proceso de inconstitucionalidad, con legitimación ciudadana y con decisión de efectos generales y obligatorios (art. 183 Cn); *b*) proceso de amparo, para la protección de los derechos constitucionales (inciso primero del art. 247 Cn); *c*) hábeas corpus, instrumento procesal para la protección de la libertad personal y la dignidad de las personas detenidas (inciso segundo del art. 11 Cn e inciso segundo del art. 247 Cn), y *d*) controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo en el proceso de formación de ley (art. 138 Cn).

*S. Enrique Anaya*

#### 900. SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NICARAGUA

La Corte Suprema de Justicia es el tribunal supremo del poder judicial y ejerce las funciones jurisdiccionales que le reconocen la Constitución y la Ley núm. 260 (Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua) aprobada el 7 de julio de 1998, pero además ejerce la jurisdicción constitucional.

El artículo 163 de la Constitución establece que la Corte Suprema de Justicia está integrada por 16 magistrados, electos todos por la Asamblea Nacional (en quien reside el poder legislativo y depositario de la soberanía nacional), para un periodo de cinco años. La elección se realiza a propuesta de listas presentadas por el presidente de la República y por los diputados de la Asamblea Nacional, en consulta con las organizaciones civiles pertinentes. La elección de cada magistrado requiere del voto favorable de por lo menos 60% de los diputados de la Asamblea Nacional (que está compuesta por 92 diputados).

Los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia son: *a*) ser nacional de Nicaragua; en este sentido, los que hubiesen adquirido otra nacionalidad deberán haber renunciado a ella, al menos cuatro años antes de la fecha de elección; *b*) ser abogado de moralidad notoria, haber ejercido la judicatura o la profesión durante, por lo menos, diez años, o haber sido magistrado de los tribunales de apelaciones durante cinco años; *c*) estar en pleno goce de los derechos políticos y civiles; *d*) haber cumplido 35 años de edad y no ser mayor a 75 al día de la elección; *e*) no haber sido suspendido en el ejercicio de la abogacía y del notariado por autoridad competente; *f*) no ser militar en servicio activo, y *g*) haber residido en forma continuada en el país los cuatro años anteriores a la fecha de su elección, salvo que durante dicho periodo cumpliera misión diplomática, trabajare en organismos internacionales o realizare estudios en el extranjero.

La Corte Suprema de Justicia ejerce sus funciones actuando en Pleno o en salas. La Corte Plena está integrada por los 16 magistrados, y conoce y resuelve, entre otros, los siguientes asuntos: 1) el recurso por inconstitucionalidad de la ley; 2) los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los distintos poderes del Estado; 3) los conflictos de constitucionalidad entre los municipios, o entre estos y el Gobierno central, así como los conflictos entre las regiones autónomas, y 4) la ratificación —o no— de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, dictada por sentencia firme en un caso concreto, con efectos *erga omnes* y *ex nunc*.

Por otro lado, a partir de la reforma constitucional de 1995, la Corte se divide, para efectos jurisdiccionales, en cuatro salas: Sala de lo Civil, Sala

de lo Penal, Sala de lo Contencioso Administrativa y Sala de lo Constitucional; aunque la ley fundamental deja abierta la posibilidad para que el legislador aumente el número de estas. Cada Sala está compuesta por seis magistrados, por lo que cada magistrado participa en la formación de dos de ellas.

El artículo 34 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece las competencias de cada una de las salas, estipulando que a la de lo Constitucional le corresponde: *i)* conocer y resolver los recursos de amparo por violación o amenaza de violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Política; *ii)* resolver los recursos de hecho por inadmisión de los recursos de amparo; *iii)* conocer las excusas por implicancias y recusaciones contra los miembros de la Sala; *iv)* resolver del recurso de queja en contra de los tribunales de apelaciones por el rechazo a los recursos de exhibición personal; *v)* instruir y proyectar las resoluciones en materia de recursos de inconstitucionalidad para que sean resueltas por la Corte Plena, y *vi)* las demás atribuciones que la Constitución Política y la ley señalen.

En este sentido, la función principal de la Sala de lo Constitucional es la de conocer sobre los recursos de amparo, pero además se destaca la facultad de instruir y proyectar las resoluciones en materia de recursos por inconstitucionalidad para que sean resueltas por el Pleno de la Corte, por tanto, a partir de la reforma constitucional de 1995 se modificó el modelo tradicional según el cual el Pleno de la Corte Suprema de Justicia desarrollaría todas las competencias relacionadas con la justicia constitucional, y en su lugar se creó una Sala al estilo costarricense, con la diferencia de que, en el caso de Nicaragua, el Pleno mantiene la competencia de conocer sobre el control de constitucionalidad de las normas y el conflicto de poderes.

En consecuencia, y a diferencia de lo que sostiene gran parte de la doctrina en la materia, la Sala de lo Constitucional es un órgano especializado en materia de amparo, pero no ejerce la función de Tribunal Constitucional, sino que lo hace la Corte Suprema de Justicia actuando en Pleno que, como se ha reiterado, es el único órgano que tiene la competencia para declarar la nulidad *erga omnes* de una norma. Afirmar lo contrario equivale a olvidar que la función primigenia de un Tribunal Constitucional es ejercer el control de constitucionalidad de las normas, pues el amparo no pertenece a la esencia de lo que es ese órgano, hasta el punto de que hay países que cuentan con tribunales constitucionales que no tienen reconocida esa función, ejemplo: la Corte Constitucional italiana.

Aun cuando la Sala de lo Constitucional funciona desde 2006 y de que el objeto del amparo está limitado prácticamente al ámbito administrativo, la misma ha sufrido de una avalancha de recursos que ingresan anualmente, lo que también puede verse como consecuencia de una falta de funcionamiento pleno de la jurisdicción contencioso-administrativa que permita delimitar claramente las vulneraciones constitucionales de las legales.

*Wendy Jarquín Orozco*

#### 901. SEGURIDAD JURÍDICA

La idea de seguridad jurídica se advierte como un término complejo que implica una pluralidad de significados. En este sentido, podemos estudiarla desde tres dimensiones: la *fáctica*, la *axiológica* y la *normativa*.

La primera entiende a la seguridad jurídica como un hecho, es decir, como una realidad comprobable. Humberto Ávila la define como “el juicio de hecho sobre aquello que se juzga existente en el plano de la realidad”. La segunda, la dimensión *axiológica*, estudia este concepto como un valor, es decir, revelándola como un ideal político, un ideal de justicia, o bien, un ideal del derecho, y la cercanía que guardan estos con un ordenamiento jurídico. Por último, la seguridad entendida como norma-principio se refiere el estado de cosas que debe buscarse para que un ordenamiento jurídico sea confiable, calculable y comprensible, por tanto, se trata de una acepción *iustitivistica*. Luego, podemos sostener que la seguridad jurídica es la médula ósea de cualquier ordenamiento, es decir, la condición *sine qua non* para que una norma pueda ser considerada “jurídica”.

Por su parte, Bobbio ha sostenido que la seguridad jurídica es “un elemento intrínseco del Derecho, destinado a evitar la arbitrariedad y garantizar la igualdad”, por lo que resulta inimaginable un cuerpo normativo en el que no subsista un piso mínimo de seguridad. En otras palabras y según Recaséns Siches, se trata de una cualidad “sin la que no podría haber Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase”.

Ahora bien, la seguridad jurídica tiene un objetivo dual, pues, por un lado, busca que la estructura de una norma jurídica sea correcta y justa y, por el otro, que su funcionamiento sea igualmente correcto y eficaz.

Así, para garantizar la concreción del primer objetivo, la seguridad jurídica exige la presencia de los siguientes principios: *i*) una norma jurídica debe estar debidamente publicada y promulgada a fin de que adquiera el carácter de obligatoria, es decir, debe mediar un procedimiento formal previamente establecido que implique darla a conocer a su destinatario. Ergo, presupone el carácter escrito de las normas y su recopilación en leyes, tratados, reglamentos, etc.; *ii*) la ley debe estar redactada de forma clara y comprensible, evitando a toda costa la existencia de porciones normativas ambiguas, oscuras, poco claras o con un grado de complejidad alto; *iii*) tanto las conductas como sus consecuencias que pretendan regularse a través del derecho deben quedar debidamente codificadas en una ley, de forma que los actos que no estén jurídicamente previstos en un ordenamiento no podrán tener consecuencias jurídicas que afecten a la persona; *iv*) el principio de reserva de ley debe, ante todo, garantizar que ciertas conductas sean reguladas solamente mediante cierto tipo de norma; *v*) el principio de irretroactividad de la ley garantiza que una norma jurídica solo pueda aplicarse hacia el futuro, dotando con ello de certeza tanto a la actuación de las autoridades como a la de los particulares, y *vi*) la estabilidad y permanencia de los ordenamientos jurídicos resultan fundamentales, a fin de garantizar que las personas verdaderamente tengan oportunidad de conocerlos y entenderlos para ajustar su conducta a dichos parámetros.

Por cuanto ve al segundo objetivo —el funcional—, este implica el cumplimiento de dos pautas, a saber: *1*) el deber de la persona de conocer el derecho y no excusarse en su desconocimiento para evadir su cumplimiento, y *2*) el principio de legalidad mediante el cual los poderes públicos (ejecutivo, legislativo, judicial y órganos constitucionales autónomos) solamente pueden hacer aquello que la ley les faculta hacer, buscando evitar actos de autoridad arbitrarios al sujetarlos a un sistema de frenos y contrapesos.

A propósito de lo anterior, redundo claro que, bajo el principio de seguridad jurídica, los poderes públicos quedan sujetos al derecho, es decir, se les controla a través de un ordenamiento jurídico preestablecido. Abunda Ferrajoli que, por virtud del principio de estricta legalidad, las autoridades, por un lado, deben acatar el contenido de las leyes (cualquiera que este sea) y, por el otro, deben subordinar sus actos a los derechos fundamentales reconocidos.

Se trata de un prerrequisito de la existencia del derecho constitucional. En este sentido, la seguridad jurídica se traduce en las “reglas del juego” (en palabras de Humberto Ávila) que garantizan la correcta actuación de los órganos de Estado, así como la libertad y los derechos de sus habitantes.

Por otra parte, del principio de seguridad jurídica se colige un ámbito de aplicación individual y uno colectivo. En el caso del primero, las normas protegen (por ejemplo) instituciones como el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto o la cosa juzgada, actuando de forma puntual y concreta sobre un sujeto determinado, mientras que, en el segundo caso (el ámbito de aplicación colectiva), busca como fin último preservar un orden jurídico para toda una colectividad, protegiendo instituciones como la competencia de jueces y magistrados, o los recursos como medios de impugnación, mediante los cuales se examinan cuestiones generales procurando la efectividad de todo un ordenamiento jurídico.

En distinto sentido, desde una visión clásica, Hobbes —considerado precisamente como autor de la teoría clásica de la seguridad jurídica— sostiene que esta debe entenderse como la seguridad del propio derecho, es decir, que tanto el contenido como el funcionamiento de cualquier norma jurídica sean correctos. Dicho autor lo entiende como un valor fundamental para garantizar tanto la actividad estatal como el cumplimiento de los fines del *pacto social*. Asimismo, afirma que la seguridad jurídica, en cuanto instrumento, permite garantizar la protección de la vida, la propiedad, la libertad y la igualdad de las personas, a través de la obediencia del derecho.

A su vez, Locke aporta que la seguridad jurídica se basa fundamentalmente en dos ejes: 1) el imperio de la ley, en otras palabras, nada ni nadie por encima de la norma jurídica, y 2) la división de poderes, esto es, el reparto del ejercicio del poder en distintos actores.

En suma, podemos colegir que la seguridad jurídica es la justa medida para garantizar la existencia de un sistema normativo eficaz que limite el poder y, además, garantice un piso mínimo regulatorio que permita el respeto y protección de la esfera jurídica de las personas.

***Claudia Amezcua Rodríguez  
Rogelio Flores Pantoja***

## 902. SENTENCIA (EFECTOS ABROGATIVOS)

El principal elemento que define la existencia de una jurisdicción constitucional, y una de las garantías de la supremacía constitucional, consiste en el poder de emitir sentencias que abroguen preceptos legales si se aprecia la existencia de una contradicción entre el precepto legal y la Constitución. Los efectos abrogativos de las sentencias dictadas por una jurisdicción constitucional se expresan con diversas consecuencias según el modelo de jurisdicción

constitucional, la regulación legislativa y la tradición jurisprudencial de cada sistema constitucional en particular.

La consecuencia más frecuente en el modelo de jurisdicción constitucional concentrada es el que un tribunal constitucional ostenta el monopolio de rechazo de normas legales es la nulidad con efectos generales de la norma declarada inconstitucional. La norma legal estimada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico y en algunos modelos (véase efectos constitutivos de las sentencias), además de prohibir su aplicación en el futuro, se entienden nulos los efectos de la norma aplicada en el pasado. Normalmente, el principio de seguridad jurídica impone algunos límites a la nulidad asociada a la declaración de inconstitucionalidad de la ley, como es la prohibición de reapertura de los procedimientos en los que se haya aplicado la ley declarada inconstitucional y sobre los que haya recaído sentencia firme (aunque este límite, en los distintos sistemas que establecen la regla general de los efectos *ex tunc* de las sentencias de inconstitucionalidad, no se contempla cuando se trata de procedimientos penales o sancionadores administrativos, de modo que, aunque haya recaído sentencia firme en aplicación de una ley inconstitucional, la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad de una norma penal o de derecho administrativo sancionador sí impone la revisión de la causa).

La nulidad o abrogación de la ley puede implicar la existencia de un vacío jurídico hasta que el legislador no proceda a la aprobación de una nueva regulación constitucional. En ocasiones, las distintas normativas de derecho procesal constitucional o las reglas jurisprudenciales contemplan la posibilidad de diferir la nulidad del precepto declarado inconstitucional hasta que el legislador no haya actuado con el fin de evitar posibles consecuencias inconstitucionales o alteraciones al principio de seguridad jurídica derivadas de la laguna (ello sucede con especial frecuencia cuando se advierte una lesión al principio de igualdad y se requiere una actuación del legislador para extender o suprimir el beneficio o la carga considerados discriminatorios). Otra solución, excepcionalmente invocada en algún sistema (aunque generalmente rechazada ya que implica un excesivo intervencionismo por parte de la jurisdicción constitucional) consiste en restablecer la vigencia de la regulación legislativa derogada por la ley declarada inconstitucional.

Incluso en los sistemas de control de constitucionalidad concentrado se admiten ciertos grados de control difuso (al menos desde la perspectiva teórica) en lo que incumbe a la legislación anterior a la aprobación de la Constitución. Ello significa que la disposición preconstitucional estimada contraria a la Constitución por un juez o magistrado se considera derogada con la entrada en vigor de la norma suprema con la consecuencia de la inaplicación del precepto legal preconstitucional sin necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

La consecuencia de la inaplicación de la norma legal estimada inconstitucional es característica de los modelos de control de constitucionalidad difuso, especialmente los vinculados al *Common Law*, en los que el sistema se unifica a través de la regla del precedente.

En los sistemas mixtos o difusos con elementos de concentración, la sentencia por la que se estima la inconstitucionalidad del precepto por parte de

la jurisdicción constitucional también conlleva, generalmente, la nulidad o abrogación del precepto legal con efectos generales.

*Héctor López Bofill*

**903. SENTENCIA (EFECTOS CONSTITUTIVOS)**

En el marco de la jurisdicción constitucional y de los procesos de constitucionalidad, la cuestión del efecto constitutivo de las sentencias suele asociarse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y, en particular, en los modelos de control de constitucionalidad concentrado de la ley, a los efectos de la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad. Así, en los sistemas en los que la nulidad de la disposición legislativa tiene carácter *ex nunc*, esto es, la nulidad produce sus efectos a partir del pronunciamiento y de la notificación o publicación del fallo hacia el futuro (sin afectar a situaciones anteriores producidas al amparo del precepto en cuestión), se entiende que la sentencia de la jurisdicción constitucional tiene un carácter constitutivo. En cambio, si los efectos del fallo de inconstitucionalidad se proyectan como regla general hacia el periodo anterior al pronunciamiento de la jurisdicción constitucional (efectos *ex tunc*) se considera que la decisión del órgano judicial no crea una situación jurídica nueva sino que se limita a declarar una incompatibilidad ya existente en el ordenamiento jurídico.

En relación con los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de las sentencias estimatorias sobre la inconstitucionalidad de la ley conviven una heterogeneidad de situaciones tanto entre los tribunales Constitucionales europeos como en los sudamericanos. Así, en Europa, en el caso de los tribunales constitucionales de Austria, Croacia, Eslovenia, Polonia y Rumanía, los efectos de la nulidad establecida en la sentencia por la que se estima la incompatibilidad entre la ley enjuiciada y la respectiva Constitución suelen ser *ex nunc*. En cambio, en Alemania, Bélgica, España y Portugal, la regla general viene determinada por los efectos *ex tunc*. En el ámbito sudamericano, los fallos del Tribunal Constitucional ecuatoriano son de carácter constitutivo con efectos *ex nunc* y, por regla general, también las sentencias que profiere la Corte Constitucional colombiana tienen efectos hacia el futuro, aunque se admiten excepciones. Se contemplan, limitadamente, los efectos *ex tunc* de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano e implícitamente parecen reconocerse también ciertos efectos hacia el pasado en las sentencias del Tribunal Constitucional chileno.

En lo que atañe a los efectos constitutivos de las sentencias de constitucionalidad recaídas en otro tipo de procesos, más allá de los relativos al control de constitucionalidad de la ley, parece haber consenso respecto a que en las sentencias de los recursos de amparo y en aquellas que resuelven litigios entre poderes (territoriales o centrales), el fallo de constitucionalidad no es constitutivo ni del derecho fundamental (en el caso del recurso de amparo) ni de la competencia reivindicada (en el caso de los conflictos entre poderes). En el ámbito del recurso de amparo y en algunos sistemas, sin embargo, pueden considerarse constitutivos algunos efectos contenidos en el fallo de la sentencia de la jurisdicción constitucional destinados a restablecer al recurrente en la integridad de su derecho.

En los modelos de control de constitucionalidad difuso, la circunstancia de que la consecuencia de la estimación de las alegaciones en torno a la in-

constitucionalidad de la ley se circunscriban a la interpretación del precepto legal aplicada al caso concreto (y que, por tanto, la disposición continúe formando parte del derecho vigente bajo otros casos diferentes u otras interpretaciones) aleja la sentencia que aborde un vicio de inconstitucionalidad de la ley de un carácter constitutivo.

*Héctor López Bofill*

#### 904. SENTENCIA (EFECTOS DECLARATIVOS)

Las sentencias emitidas por las jurisdicciones constitucionales tienen un carácter eminentemente declarativo en la medida en que no crean una situación jurídica sino que constatan la presencia de un contenido normativo (el mandato constitucional) vulnerado por un contenido normativo de rango inferior (el mandato legal o incluso la norma de un precepto de rango infralegal). De ahí que, en la mayoría de sistemas de control de constitucionalidad concentrado, la misma legislación procesal constitucional califique de “declarativa” la decisión sobre la inconstitucionalidad de la norma. Ello también sucede, en aquellos modelos en los que se prevé un específico procedimiento de tutela de derechos ante la jurisdicción constitucional, en la apreciación sobre la vulneración o no de un derecho fundamental contenida en el fallo. En ese caso, la decisión judicial no constituye la atribución del derecho al recurrente sino que el órgano judicial “declara” si el derecho contenido en la norma constitucional, en su dimensión subjetiva, ha sido o no infringido. En los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes, sin embargo, el carácter declarativo de la decisión convive con una cierta idea asociada a los efectos constitutivos en el supuesto en el que la constatación de la incompatibilidad entre la Constitución y el precepto legal examinado solo tenga consecuencias *ex nunc*, es decir, desde el pronunciamiento, notificación y publicación del fallo hacia el futuro (véase efectos constitutivos de las sentencias). Por el contrario, la retroactividad de la decisión de inconstitucionalidad hacia el pasado (la nulidad con efectos *ex tunc*) parece aproximarse a la idea declarativa del juicio de inconstitucionalidad por la que el precepto inconstitucional nunca ha producido efectos y la jurisdicción constitucional se ha limitado a constatar una incompatibilidad preexistente entre la norma legal y el mandato constitucional. Dicha circunstancia, no obstante, como ha sido subrayado por algún sector doctrinal, contrasta con el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes (del que se derivaría que hasta que la jurisdicción constitucional argumente lo contrario un precepto legal es válido y produce plenos efectos) y con la observación por la que en la realidad ningún sistema admite una retroactividad ilimitada del fallo anulatorio. Así, pese a las afirmaciones retóricas de algunas jurisdicciones constitucionales que ofrecen una visión del vicio de inconstitucionalidad como vicio “originario” (*Quid nullum est, nullum producit effectum*), lo común es que la irradiación hacia el pasado de los pronunciamientos de inconstitucionalidad se encuentre limitada y dependa de las apreciaciones de la jurisdicción constitucional que complementan la declaración de inconstitucionalidad.

En los sistemas de control de constitucionalidad difuso, en los que la consecuencia del juicio de inconstitucionalidad es la inaplicación del precepto legal en el caso concreto (y ante la ausencia de nulidad de la ley con efectos *erga omnes*), se considera que la decisión de constitucionalidad tiene efectos

declarativos, máxime cuando el objeto del juicio de constitucionalidad no es el precepto legal sino la interpretación que del mismo se realiza en circunstancias concretas y teniendo en cuenta que dicha disposición, pese a la apreciación de la inconstitucionalidad, permanece en el derecho vigente si se aplica a casos distintos o bajo otra interpretación que pueda ser acorde con la Constitución.

*Héctor López Bofill*

905. **SENTENCIA (ESTILO DE LA)**

Las sentencias, también denominadas “fallos”, son las resoluciones que emanan de un juez o tribunal que pone fin a un proceso, que tiene como objetivo reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica, así como formular órdenes y prohibiciones.

Estamos conscientes de que existen varios tipos de sentencias y de que no son tales las que declaran la inadmisibilidad por falta de algún requisito procesal, ni las que no entran al fondo del asunto y, a la inversa, aun cuando a los laudos en materia laboral se les denomine de esta manera, en realidad participan de las características de una sentencia. Asimismo, reconocemos que, en ciertos casos, algunos civilistas prefieren denominar “decisiones” a las resoluciones judiciales.

Las sentencias son operaciones mentales o juicios lógicos a través de los cuales se deciden las cuestiones planteadas en un proceso. A través de ellas se compara una pretensión con la norma jurídica o derecho humano aplicable y se emite un juicio sobre la conformidad o no con él.

Las sentencias están regidas por normas de derecho público, ya que son actos emanados de una autoridad pública en nombre del Estado, y que se impone no solo a las partes litigantes, sino a todos los demás órganos del poder público, y por normas de derecho privado, por cuanto constituyen decisiones respecto de una controversia de carácter privado, cuyas consecuencias se producen con relación a las partes litigantes.

Respecto al término “estilo”, el *Diccionario de la lengua española*, en una de sus acepciones, lo define como la “manera de escribir o de hablar peculiar de un escritor o de un orador”.

Así, el estilo en las sentencias se entiende como la manera en que cada juez o tribunal las redacta y las elabora en cuanto a su estructura metodológica; es decir, cada juez o tribunal tiene un modo peculiar de elaborar sus sentencias, aunque toman como base una macroestructura básica.

Con el término “macroestructura” se alude modernamente al marco organizador de las partes, capítulos, secciones, etc., de los diferentes géneros literarios. Así, por lo que se refiere a la redacción de las sentencias, no podemos hablar de un estilo único, en virtud de que cada tribunal o juez tienen sus propios criterios, manuales, formatos o metodologías para elaborar sus sentencias, o sea que cada uno de esos operadores tiene su propia estructura metodológica de sus sentencias.

Sin embargo, de un estudio más extenso que hemos realizado (*Estructura y estilo en las resoluciones judiciales*, 2012), identificamos que la mayoría de las sentencias emitidas por tribunales tanto locales como federales e internacionales se estructuran en cinco rubros, a saber: *i*) datos de identificación (preámbulo); *ii*) resultandos; *iii*) considerandos; *iv*) puntos resolutivos, y *v*) pie.

No obstante, en la mayoría de los códigos procesales se señalan básicamente tres partes: antecedentes, examen del asunto y puntos resolutiveos, o sea, los tradicionales resultandos, considerandos y resolución (o fallo).

Las sentencias deberán contener una breve relación de las cuestiones planteadas, el análisis y valoración de las pruebas rendidas, así como los fundamentos de derecho en que se apoyen; terminarán resolviendo con precisión y de manera exhaustiva todos los puntos litigiosos sujetos a la consideración del juzgador y fijarán, en su caso, el plazo dentro del cual debe cumplirse lo resuelto.

Estas situaciones, en la práctica, generan una diversidad de problemáticas que van desde la gran extensión de la sentencia, la falta e imprecisión de estructura, faltas de sintaxis, de gramática y ortografía, además del empleo de arcaísmos y frases formularias, muchas de ellas tomadas de machotes.

Otra situación que genera problemas es la relativa a la publicidad de las sentencias, en virtud de que, como en otros países, no encontramos un sitio web donde se puedan consultar los fallos de los diferentes tribunales y, por tanto, es difícil identificar criterios jurisdiccionales que no llegan a constituir tesis aisladas o de jurisprudencia, pero que sí son criterios bajo los cuales resuelven ciertos jueces o tribunales.

Al respecto, cabe destacar el caso del señor Kleinman, ciudadano argentino, quien demandó a la “página web diariojudicial.com, en virtud de que el 22 de enero de 2007, se había publicado la resolución dictada por este Tribunal —el 5 de octubre de 2006— mediante la cual se confirmaba la sanción impuesta a su persona por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, la cual no se encontraba firme, consignando su nombre completo sin su debida autorización”. Indicó que ello resultaba violatorio de su derecho a la privacidad por encontrarse relacionada con la ética profesional, exponiéndolo a la opinión del público lector de ese medio y de toda la comunidad en la que desarrollaba su actividad profesional, provocándole ello concreto e innecesarios perjuicios. En consecuencia solicitó que se adoptaran de oficio las medidas investigativas, sancionatorias o las que resultaran procedentes contra el aludido diario y sus responsables de oficio”.

Ante ello, el tribunal que conoció de la causa resolvió “que las sentencias dictadas por los tribunales judiciales son públicas, no encontrándose óbice alguno para su publicación en forma completa en tanto no afecten derechos de menores o estén relacionadas con cuestiones de familia”.

Es importante tomar en cuenta las mejores prácticas internacionales para la elaboración de las sentencias, para que se respete el derecho humano a la tutela judicial efectiva.

Entre las sentencias que tienen macroestructuras novedosas, redacciones ágiles y claras, se cuentan las de los tribunales internacionales, como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que incluso incluyen en sus sentencias índices y estructuras metodológicas muy similares a las de un libro de derecho.

*Miguel Alejandro López Olvera*  
*Miguel López Ruiz*

#### 906. SENTENCIA ADITIVA

Se trata de aquellas sentencias manipulativas que, sin incidir en el texto de una disposición legal, establecen la inconstitucionalidad de un precepto, pro-

duciendo el efecto de ampliar o extender su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos no contemplados expresamente en la disposición, o ampliando sus consecuencias jurídicas. La inconstitucionalidad recae en este caso en una norma no expresa, que excluye o impide la extensión de la norma, o bien —desde otro punto de vista, o en otros supuestos— dicha inconstitucionalidad no recaería sobre la disposición ni sobre la norma, sino sobre la omisión o la laguna legal.

La definición ahora expresada se refiere al supuesto más frecuente de sentencia aditiva de estimación, que declara la inconstitucionalidad, pero en ciertos casos podría producirse el mismo efecto extensivo con una sentencia interpretativa de desestimación. Por ello la definición más adecuada sería la que entiende por sentencias aditivas aquellas, dictadas en un procedimiento de inconstitucionalidad, que, *sin afectar al texto de la disposición impugnada, producen un efecto de extensión o ampliación de su contenido normativo, señalando que dicho contenido debe incluir algo que el texto de la disposición no prevé.*

La definición utilizada recoge los elementos esenciales de una sentencia aditiva: 1) pronunciarse sobre un texto al que —según el Tribunal— le falta “algo” para ser conforme con la Constitución; 2) no incidir sobre el texto de la disposición impugnada; 3) producir un efecto de extensión o ampliación sobre el contenido normativo del precepto impugnado, si bien este efecto puede producirse por vías muy diferentes en los distintos supuestos de sentencias aditivas.

El supuesto más frecuente de fallo de una sentencia aditiva, y que buena parte de la doctrina considera como el único, es aquel en el que el Tribunal declara la inconstitucionalidad del precepto “en la parte en que” no prevé, incluye o contiene “algo”.

Si bien el concepto de aditividad podría entenderse en sentido “textual” o en sentido normativo, en puridad dicho efecto se produce solamente sobre la norma. El texto queda inalterado. Es cierto que, como ha expresado Crisafulli (“La Corte costituzionale ha vent’anni”, en N. Occhicupo, *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padua, 1984), por efecto de las sentencias aditivas “la norma expresada por el texto debe leerse como comprensiva también de *algo* que, ilegítimamente, no estaba previsto”. Pero ese “debe leerse” no implica que el texto quede alterado o añadido, sino que su contenido normativo se entenderá ampliado en el sentido señalado por el Tribunal.

Esta es una de las claves para pronunciarse sobre la legitimidad de este tipo de decisiones. Si el efecto aditivo se produce solo sobre el contenido normativo, y es consecuencia directa de la inconstitucionalidad de una omisión o de una norma implícita excluyente, estas decisiones se entenderán como parte de la actividad legítima del Tribunal, que se habría limitado a declarar la inconstitucionalidad parcial de dicha norma; en cambio, si se entiende que proceden directa y abiertamente a añadir algo a un precepto legal, parece que serían decisiones ilegítimas al convertir al Tribunal en legislador positivo. Por supuesto, en cada caso habrá que analizar la técnica utilizada y si el resultado normativo es admisible desde el punto de vista de la preservación de la ley y de la posición del Tribunal, y en particular si el contenido normativo resultante es el único posible a la luz de la Constitución. De lo contrario, procedería decantarse por otras técnicas como la inconstitucionalidad sin nulidad, y/o el otorgamiento de un plazo al legislador para que adecue la

norma inconstitucional a la norma suprema. En cualquier caso, no conviene olvidar que se trata de un instrumento muy delicado cuyo uso debería ser excepcional.

*Francisco Javier Díaz Revorio*

#### 907. SENTENCIA ADITIVA DE PRINCIPIO

La jurisdicción constitucional ha empleado diversidad de efectos sentenciadores al momento de dictar sus fallos, rompiendo el esquema tradicional del efecto “estimatorio” o “desestimatorio” de la sentencia, lo que ha generado que la doctrina denomine a aquellas sentencias que no permanecen en los estrictos márgenes apuntados como: “sentencias atípicas”. En este sentido, José Julio Fernández Rodríguez las entiende como: “Las sentencias en las que la jurisdicción constitucional no permanece en los estrictos márgenes que le señala la configuración tradicional, sino que va más allá de los límites que le habían atribuido, y responde así al deseo de encontrar en la praxis una solución más justa que la que vendría de la mano de las expresas previsiones legales, frecuentemente limitadas, para el control de normas”. Por su parte, Nogueira Alcalá, las entiende como los pronunciamientos que: “A través de estas sentencias, la magistratura constitucional elige aquellas soluciones que causen menos daño al ordenamiento jurídico, al tiempo que sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales, que a la vez eviten el vacío normativo”.

La crítica es que el órgano de control constitucional se excede en sus atribuciones al expedir este tipo de sentencias, pues asume una función de un órgano legislativo lo que desnaturaliza la función jurisdiccional.

A través de las “sentencias atípicas”, los órganos encargados de la jurisdicción constitucional no se limitan a pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes sometidas al juicio constitucional, sino que establecen lineamientos, disposiciones o sentidos interpretativos de obligatorio cumplimiento, con el objeto de evitar que el vacío jurídico (*horror vacui*) originado por la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma cuestionada genere una afectación mayor al orden constitucional.

La justificación es la de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal. Parten de la base de distinguir entre “disposición” y “norma”, entendiendo a la disposición como el texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal, y la norma es el contenido normativo, es decir, el significado o interpretación que se extrae de la disposición.

Las sentencias constitucionales toman en cuenta tres principios rectores de la justicia constitucional: el de presunción de constitucionalidad, el de conservación de la ley y el de interpretación conforme con la Constitución, y en efecto, se clasifican en sentencias interpretativas, manipulativas o normativas, y a su vez se agrupan a las sentencias reductoras, aditivas, sustitutivas, de mera incompatibilidad y exhortativas.

Respecto de las sentencias aditivas es posible definir las como aquellas en donde el órgano de control determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, en virtud que la ley no prevé o incluye algo que debería estar previsto, así el juez constitucional procede a ampliar su

contenido normativo permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados o ensanchando sus consecuencias jurídicas.

Este tipo de sentencias tienen su origen en la reacción de la Corte Constitucional italiana frente al incumplimiento por parte del legislador de sus exhortaciones para introducir modificaciones a la legislación en los casos en que el tribunal así lo sugería.

Existen diferencias respecto de una aditiva “clásica” y la aditiva de principio. En el primer caso, frente a una omisión en la disposición que se considera inconstitucional, el Tribunal subsana el vacío “mediante una norma que integra a la disposición, de manera que una vez que la disposición sale del juicio constitucional, la integración normativa practicada en la sentencia es plenamente aplicable”. Así, la sentencia aditiva declara la inconstitucionalidad de una disposición o parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo “en la parte en la que no prevé” o “excluye”, que era necesario que se previera para ser conforme a la Constitución. Así, el órgano de control declara la inconstitucionalidad de una norma implícita de exclusión (esto es, un sentido interpretativo) de carácter restrictivo o negativo, y al hacerlo, crea otra norma (sentido interpretativo), de significado opuesto (extensivo o positivo), que adiciona a la disposición, de manera que después del juicio de constitucionalidad al cual está sujeto, la disposición resulta alterada tanto en su formulación lingüística como en sus significados interpretativos.

En las sentencias aditivas de principio, la omisión considerada inconstitucional no viene precisada de modo particular, pues la Corte considera que existe una pluralidad de formas u opciones con las cuales la laguna podría ser suplida, correspondiendo su elección, por tanto, al legislador, lo que convierte al juez constitucional en respetuoso de la función legislativa. Sin embargo, ello no impide que la Corte destaque, de manera general, un principio que el legislador deberá tener en cuenta al momento de integrar legislativamente la disposición en aquello que se ha considerado inconstitucionalmente omitido.

Al respecto, el profesor Carlo Magno Salcedo destaca la sentencia 109/1986 de la Corte Constitucional italiana que expresa: “Una decisión aditiva es consentida, como *ius receptum*, solo cuando la solución adecuada no sea el fruto de una evaluación discrecional, sino consecuencia necesaria del juicio de constitucionalidad, en el que la Corte proceda, en realidad, a realizar una extensión lógicamente necesitada e implícita en la potencialidad interpretativa del contexto normativo en el cual se inserta la disposición impugnada. En cambio, cuando se adviertan una pluralidad de soluciones, derivadas de varias posibles evaluaciones, la intervención de la Corte no es admisible, *correspondiendo la relativa elección únicamente al legislador*”. Lo que evidencia que una sentencia aditiva de principio, otorga al legislador la opción de elegir la o las interpretaciones válidas de la disposición combatida.

Así, en la “sentencia aditiva de principio”, como sucede en las sentencias aditivas clásicas, se declara inconstitucional una disposición por lo que no prevé, pero sin introducir en el ordenamiento nuevas normas jurídicas, sino principios, a los que el legislador deberá dar actuación con disposiciones que tengan alcances *erga omnes*. En la motivación de estas sentencias, en algunos casos el órgano de control indica el plazo dentro del cual el legislador debe intervenir y dictar los principios en los cuales el mismo legislador se debe inspirar, de este

modo se combina en el mismo instrumento decisonal el contenido de una verdadera sentencia aditiva con una sentencia “de delegación”, alcanzando a conciliar la inmediatez de la estimación (*accoglimento*) con la salvedad de la esfera de discrecionalidad que corresponde al legislador.

Finalmente en el caso de inercia del legislador a cumplir la decisión judicial, correspondería a los jueces dar aplicación directa a los principios generados por el Tribunal Constitucional con efectos en concreto e *inter partes*.

***José Ricardo Carrasco Mayorga***

#### 908. SENTENCIA ADITIVA PRESTACIONAL

Los derechos fundamentales de naturaleza prestacional se convierten en obligaciones de los poderes constituidos para dar eficacia a sus mandamientos, para lo cual, deben ser interpretados en un marco de estado social, en el que la Constitución carece de un programa ordenado de distribución de los recursos para su efectivo disfrute.

Los derechos prestacionales que sin estar concebidos como normas de concreto desarrollo, establecen directrices al Estado para satisfacer importantes pretensiones materiales de los ciudadanos.

Ante ello, un órgano de control constitucional al dictar un fallo en el que tenga que pronunciarse respecto de una omisión legislativa por falta de reglas que precisen el disfrute de derechos prestacionales, es dable recurrir a la emisión de una sentencia aditiva, que extienda a sujetos no contemplados en la disposición (omisión parcial), los beneficios en ella previstos, como los casos en los que una sentencia amplía para los viudos el régimen de pensiones más favorable establecido para las viudas. Las consideraciones de la igualdad sustancial no bastan y se requiere además el concurso de la igualdad formal, la que proporciona el término de comparación que permite considerar irracional la exclusión de un sujeto o grupo, y con ello la justificación de la pretensión del derecho fundamental.

La sentencia aditiva prestacional plantea problemas tanto desde el punto de vista de las relaciones entre el legislador y el juez constitucional, como desde la perspectiva de la articulación de la igualdad en forma de prestaciones. Lo primero porque, como es obvio, las “adiciones” o manipulaciones, convierten al juez constitucional en un legislador positivo y segundo, porque el Tribunal es un órgano poco idóneo o casi imposibilitado para establecer las estructuras administrativas, los procedimientos y las variadas modalidades que exigen o admiten los derechos prestacionales. Con todo, si las sentencias aditivas prestacionales son posibles, es porque resultan también posibles pretensiones basadas en la igualdad material.

La concurrencia es una razón de igualdad formal, es el fundamento de las sentencias aditivas prestacionales, viene a poner de relieve que en esos supuestos se construye una posición acreedora por parte de un sujeto en virtud de su discriminación formal y no solo de su desigualdad material; por ejemplo, si se concede cierta pensión no es porque se tenga un derecho fundamental a recibirla, sino más bien porque se ostenta un derecho fundamental a no ser discriminado.

Cuando se trata de derechos prestacionales es evidente que los tribunales constitucionales no pueden colmar la laguna legislativa, pues estarían invadiendo una materia propia de la esfera del legislador, ya que en muchos

casos, para el debido disfrute de un derecho prestacional, es indispensable la creación de toda una estructura administrativa, producto de políticas públicas que hagan efectivos los derechos sociales, que en sí mismos, resultan de difícil concesión. Por tanto, se complica para el juez constitucional aunque no es imposible, el dictado de una sentencia aditiva en materia de derechos prestacionales, en la que proveería ante la falta de regulación integral para el ejercicio de un derecho prestacional, la forma del disfrute y goce del derecho fundamental, sin embargo se corre el riesgo que el órgano de control constitucional asuma una función legislativa, pues ejercería una potestad discrecional, de naturaleza política, que dentro de los ordenamientos constitucionales modernos corresponde ejercitar de manera exclusiva a los parlamentos.

En ese sentido, el pronunciamiento de efectos aditivos prestacionales, suele generarse en el campo de los derechos sociales, en el que se pide al órgano de control constitucional un pronunciamiento que haga surgir para los poderes públicos una obligación de prestación. Tales sentencias suponen un ulterior problema de efectos financieros, es decir, de la cobertura de los costos que comportan, pues “toda ley que determine nuevos gastos debe indicar los medios para hacerles frente”; por lo que el efecto sentenciador debe estar provisto de la cobertura financiera respectiva. Las sentencias aditivas vendrían excepcionalmente a condenar al cumplimiento de un derecho sin el previo respaldo financiero consignado en una norma, en este caso, si bien se resuelve un problema de constitucionalidad al otorgar un disfrute de un derecho humano, se crea al mismo tiempo otro, la falta de contemplación presupuestal para cubrir el costo del derecho fundamental.

Legislar sobre derechos prestacionales implica valorar una serie de aspectos políticos, sociales y económicos que solo los órganos políticos del Estado están en capacidad técnica de realizar; además de los únicos legitimados para ello dentro de un Estado democrático de derecho, lo que lo hace difícil para que el juez constitucional en una sentencia provea para la protección de un derecho prestacional, sin embargo, una de las medidas posibles ante el dictado de una sentencia aditiva prestacional, es conceder el disfrute de un derecho a cargo del Estado, indicando las medidas presupuestarias de las que puede echar mano para su cumplimiento, aunado a que un efecto sería que corriera a cargo del Estado el gasto generado para el disfrute del derecho fundamental, con la obligación de contemplar el gasto erogado en la siguiente iniciativa presupuestal gubernamental.

*José Ricardo Carrasco Mayorga*

#### 909. SENTENCIA ARMONIZADORA

Las *sentencias armonizadoras* son aquellas resoluciones en las cuales los órganos jurisdiccionales interpretan de manera *integrada* las distintas fuentes de rango constitucional que reconocen derechos humanos para la construcción de *estándares únicos* en la materia, con la finalidad de que estos se conviertan en el *parámetro de control de regularidad* de todas las normas y actos emitidos por las autoridades de un Estado.

La configuración de un conjunto normativo que opere como un *parámetro de control de regularidad* en materia de derechos humanos permite: *i)* interpretar integralmente el texto constitucional desde un enfoque de derechos huma-

nos; *ii*) sujetar la validez de normas y actos jurídicos al respeto de este, y *iii*) garantizar la plena eficacia de los derechos humanos. No obstante, un prerrequisito para la existencia de este parámetro es la construcción de *estándares únicos*, pues la pluralidad de fuentes que reconozcan, regulen y limiten un mismo derecho humano no debe menoscabar la claridad en torno al contenido y alcances de ese derecho. Así, por ejemplo, la existencia de diversas fuentes que reconozcan el derecho a la libertad de expresión no conlleva la existencia de varios derechos a la libertad de expresión, sino de un único derecho cuya delimitación exige de un ejercicio interpretativo que dé cuenta de todas sus fuentes.

El ejercicio que implican las *sentencias armonizadoras* adquiere sentido en sistemas normativos donde existen contenidos de rango constitucional recogidos en dos o más fuentes, pues es precisamente en estos cuando cobra vigencia la necesidad de integrarlos. Por el contrario, si el estándar constitucional se agota en una única fuente, su variación ante la interacción con otras puede atender a la fuerza expansiva de los derechos que pueden ser ampliados por normas de rango secundario, o a interpretaciones que se orienten por disposiciones ajenas al parámetro constitucional, pero en ningún caso estaríamos ante una auténtica *armonización*.

En efecto, la armonización requiere de multiplicidad de fuentes de rango constitucional, como ocurre paradigmáticamente con las derivadas del derecho internacional de los derechos humanos cuando los propios textos constitucionales remiten a este para ampliar su contenido. En este caso, las normas de origen internacional se *constitucionalizan* a través de diversas cláusulas constitucionales, lo cual se precisa mediante el dinamismo de la jurisprudencia interna (Ferrer Mac-Gregor, 2017, pp. 670 y 671).

En estos casos surge un bloque de constitucionalidad, lo que implica que las normas de derechos humanos que no están formalmente contenidas en el texto de una carta fundamental adquieren rango constitucional por una referencia expresa de la propia Constitución (Zaldívar Lelo de Larrea, 2017, p. 89; y Guerrero Zazueta, 2015, p. 58). En esa medida, el bloque de constitucionalidad constituye el punto de referencia para la creación de los estándares en materia de derechos humanos.

En este contexto adquiere especial relevancia la llamada *cláusula de interpretación conforme*, por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales “son armonizados con los valores, principios y normas” contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, al igual que en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Ferrer Mac-Gregor (2017, p. 698) menciona que este es el modelo seguido por constituciones como la portuguesa (art. 16) y la española (art. 10). En el caso de México, esta postura fue adoptada en la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, en la cual se incorporó la interpretación conforme de carácter armonizador al segundo párrafo del artículo 1 constitucional. Esta figura no debe confundirse con la interpretación conforme de normas de rango infraconstitucional, conforme a la cual, en disposiciones de rango secundario, cuando estas admitan dos o más posibles interpretaciones, debe elegirse aquella que las haga compatibles con el texto constitucional. Así, la interpretación *conforme* no debe tener como finalidad *eliminar* posibles discrepancias, sino armonizarlas o volverlas compatibles cuando ella resulte posible.

En el caso mexicano, la armonización no solo comprende los contenidos de la Constitución en sentido formal y de los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, sino que alcanza los desarrollos jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pese a que comúnmente suele entenderse que esto forma parte del llamado diálogo jurisprudencial entre los tribunales nacionales y las cortes internacionales, es pertinente precisar que un ejercicio armonizador parte del reconocimiento de que existen fuentes normativas vinculantes que exigen la aludida construcción de un estándar único que se integra al bloque de constitucionalidad. Lo anterior difiere de lo que ocurre en un ejercicio de diálogo, en el cual, ante la inexistencia de razones autoritativas, distintos órganos jurisdiccionales que carecen de una relación de supra a subordinación pueden analizar los criterios emitidos por sus “pares” en aras de contar con referencias en torno a la forma y metodología seguida para la interpretación y aplicación de derechos humanos que pueden tener puntos de reconocimiento comunes, por ejemplo, como ocurriría con dos tribunales de las Américas frente a casos que involucren un mismo precepto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (este diálogo jurisprudencial suele invocarse como piedra angular del *ius constitutionale commune*. Véase Queralt Jiménez, 2017, p. 713).

*Arturo Guerrero Zazueta*

#### 910. SENTENCIA CONSTITUCIONAL

La expresión “sentencias constitucionales” ha sido analizada desde diversas ópticas y es un término complicado, tanto por lo que se refiere a su naturaleza como a su contenido y alcance. Entre los planteamientos más relevantes se encuentran los siguientes: *a)* son sentencias emitidas por los tribunales constitucionales. Si se adopta esta idea, entonces quedarían fuera los pronunciamientos de otros jueces y tribunales ordinarios que también pueden realizar un examen de cuestiones constitucionales (control difuso de constitucionalidad); *b)* son sentencias que se pronuncian solo al resolver procesos constitucionales (p. ej., acciones, recursos o control abstracto de inconstitucionalidad, conflictos competenciales entre órganos del Estado o niveles de gobierno, amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, cuestión de inconstitucionalidad, procesos jurisdiccionales en materia electoral, acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, control de constitucionalidad preventivo, entre muchos otros). Si se toma en consideración esta postura, cualquier juicio, incluso los que se lleven a cabo sin que una de las partes sea una autoridad estatal (amparo frente a actos de particulares y los mecanismos de control constitucional que protegen derechos electorales de los ciudadanos), podrían obtener una sentencia constitucional; *c)* son sentencias que asocian el problema que se pretende resolver con controversias normativas de carácter fundamental, de tal modo que la decisión adoptada por el tribunal declare inconstitucional o constitucional una disposición normativa. Así, no se podrían incluir en este tipo de decisiones las diversas modalidades sentenciadoras que se pronuncien sobre hechos o actos; por ejemplo, en conflictos competenciales o por límites territoriales, y *d)* son sentencias que buscan determinar la validez de un tratado internacional o de una decisión de alguno de los poderes del Estado, teniendo a la Constitución como parámetro de control. Pero habría que preguntarse si existen litigios que

escapen de la obligación de considerar como imprescindibles los contenidos constitucionales.

Como se puede observar, no es fácil determinar el contenido y los efectos de las sentencias constitucionales, puesto que ellas, según Humberto Nogueira Alcalá, más que un simple acto procesal emitido por los tribunales ordinarios de justicia para terminar con un conflicto jurídico, son, como lo señala Ángel Garrarena Morales, decisiones con trascendencia política, ya que interpretan valores y principios constitucionales que determinan el contenido de las disposiciones secundarias. Además, tienen una función de integración del derecho constitucional analizado como consecuencia del “caso constitucional” (Osvaldo Alfredo Gozaini).

Retomando algunas de las grandes líneas apenas trazadas, serán sentencias constitucionales aquellas decisiones colegiadas emitidas por los tribunales constitucionales (como se sabe, el nombre del órgano que ejerce el control de constitucionalidad concentrado varía de un país a otro: cortes constitucionales, salas constitucionales, supremas cortes, cortes supremas, tribunales supremos, entre otros), al resolver procesos constitucionales, cuyo presupuesto sea interpretar valores y principios fundamentales, integrar creativamente el derecho y decidir cuestiones de trascendencia jurídica y política.

En cuanto al contenido esencial de la sentencia constitucional que pone fin a una confrontación entre una disposición normativa secundaria y la ley fundamental, el pronunciamiento puede limitarse a determinar que la disposición es inconstitucional o constitucional, siguiendo la rígida alternativa estimación/desestimación. Esto es, la sentencia puede ser estimatoria de la inconstitucionalidad planteada por el sujeto con legitimación activa o declararse su incompatibilidad constitucional de oficio. A su vez, el pronunciamiento puede ser desestimatorio si el tribunal no encuentra en la ley sometida a control algún vicio de inconstitucionalidad, o bien, si, existiendo tal vicio, no se alcanza la mayoría requerida para declarar su inconstitucionalidad.

Asimismo, los alcances de una sentencia constitucional estimatoria o desestimatoria de la inconstitucionalidad pueden ser respecto a la totalidad de una ley, pero también en relación con uno o más artículos, un inciso, una fracción, un párrafo o una palabra del artículo.

Otro aspecto importante de esta modalidad de sentencias constitucionales son los efectos generales o *erga omnes*, es decir que se expulsa el precepto del ordenamiento jurídico y se imponen sus consecuencias a todos, incluidos los poderes públicos. También deben tenerse en cuenta aquellos casos en los cuales no se elimina la disposición y, entonces, los efectos de la sentencia solo serán particulares o *inter partes*, al aplicarse únicamente a las partes en el proceso concreto en el cual se emitió la sentencia.

Desde otra perspectiva, las sentencias constitucionales que declaran la inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* pueden clasificarse de conformidad con las siguientes consecuencias en el tiempo: retroactivos, hacia el futuro o una combinación de ambos.

Así, las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de la ley pueden tener efectos retroactivos (*ex tunc* o declarativos), suprimiendo las situaciones de hecho consumadas que se originaron con base en la disposición normativa contraria a la Constitución (como sucede generalmente en Alemania, Bélgica, España y Portugal; aunque también parece que se establecen limitadamente

este tipo de efectos en Chile y Perú). Además, pueden ser hacia el futuro (*ex nunc* o constitutivos), esto es, la disposición declarada inconstitucional lo es a partir del pronunciamiento, notificación o publicación del fallo del tribunal (como se aprecia comúnmente en Austria, Croacia, Eslovenia, Grecia, Polonia, Rumania, Ecuador, Colombia y México).

También hay sistemas de justicia constitucional en los cuales se combinan los dos tipos de efectos en el tiempo teniendo en consideración ciertos límites (como sucede en Austria, cuando el tribunal ha decidido que los efectos del fallo que declara la inconstitucionalidad de una ley presupuestal se extenderán a todos los casos decididos con anterioridad en virtud del principio de igualdad y para favorecer a todos los contribuyentes. Por otra parte, en Colombia y México, los efectos de la sentencias son, por regla general, hacia el futuro y, salvo cuando se trate de un artículo en materia penal, se tendrán efectos retroactivos, siempre y cuando sea en beneficio del reo; mientras que en Perú, la regla es que la declaración de inconstitucionalidad no puede afectar procesos fenecidos, pero excepcionalmente, cuando se trate de nomas tributarias, el tribunal puede determinar de manera expresa otro tipo de efectos en el tiempo).

Existe una modalidad más de efectos en el tiempo, cuya finalidad es paliar las consecuencias negativas de la aplicación inmediata de la invalidez de la ley declarada inconstitucional y, para ello, algunos tribunales constitucionales tienen la posibilidad de establecer fechas flexibles respecto de la aplicación de los efectos generales, indicadas en la parte considerativa o resolutive de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad (cuando se fija la fecha a partir de la cual se elimina la ley o el precepto, las disposiciones se siguen aplicando a todos los asuntos que se consuman antes de que llegue el plazo de eliminación, con excepción del caso que dio origen a la sentencia).

Finalmente, es indispensable precisar que existe una rica tipología de sentencias constitucionales, siendo las más emblemáticas las siguientes: estimatorias y desestimatorias; puras y simples; de inconstitucionalidad parcial respecto al texto; de inconstitucionalidad sin invalidez; de inconstitucionalidad temporal; interpretativas estimatorias y desestimatorias en sentido estricto; reductoras; aditivas; sustitutivas; armonizadoras y monitorias.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

#### 911. SENTENCIA CONSTITUCIONAL (EFECTOS FISCALES)

La labor interpretativa que realizan los órganos jurisdiccionales, como garantes de la Constitución, es una función creadora y dinámica del derecho que permite concretizar principios generales de las Constituciones. En esta labor, los jueces constitucionales se convierten en intérpretes judiciales de la Constitución para decidir, con base en el derecho, lo que es o no derecho, haciendo una reconstitución de la realidad. Sin embargo, las decisiones judiciales derivadas del control de la constitucionalidad de normas trae aparejada una serie de consecuencias que puede estudiarse a la luz de los efectos que despliegan (jurídicos, políticos, sociales, económicos, etcétera). De esta forma es posible identificar una tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales (Hernández Valle, 2010) que pueden clasificarse de la siguiente manera:

*Sentencias aditivas.* Son aquellas que integran el contenido lagunoso u omiso de la legislación y propician el despliegue de los efectos de las normas cons-

titucionales. En materia tributaria, se trata de sentencias que amplían la cobertura de la norma extendiendo el supuesto de no sujeción o de exención al grupo de contribuyentes arbitrariamente excluido por la imposición legislativa, con el objeto de otorgarles el mismo tratamiento respecto de las deducciones, exenciones o minoraciones. Sin embargo, en ocasiones, equiparar el beneficio a determinados grupos puede implicar altos costes de operación en detrimento de la hacienda pública.

*Sentencias de recomendación al legislador.* También conocidas como sentencias declarativas o estimatorias, se caracterizan por dirigir recomendaciones al legislador acerca de cómo reparar la inconstitucionalidad. Debido a su poco éxito, en Italia se han incorporado las denominadas sentencias *doppia pronuncia*, que consisten en dictar una primera sentencia en la que se otorga un plazo al legislador para enmendar el vicio de inconstitucionalidad de la ley, de no cumplir oportunamente, se dicta una segunda sentencia en la que se declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

*Sentencias anulatorias dimensionadas en sus efectos temporales.* Son sentencias que anulan la disposición impugnada pero con eficacia prospectiva (*ex nunc*), por lo que se tutela la disposición constitucional pero sin efectos retroactivos. En materia tributaria, este tipo de sentencias suele hacer nugatorio el derecho de los contribuyentes a la devolución de cantidades pagadas indebidamente a la administración tributaria con motivo de la declaratoria de inconstitucionalidad de un tributo.

*Sentencias de inadmisibilidad (o anti-aditivas).* Son aquellas en las que la Corte o tribunal constitucional reconoce su incompetencia para invadir la función legislativa, indicando que la resolución corresponde al legislador en ejercicio de sus potestades discrecionales, por lo que este tipo de sentencias cumplen una labor cuasi exhortativa en relación con el legislador. Al respecto, en la mayoría de los textos constitucionales, la facultad impositiva está sometida a reserva de ley; es decir, no hay tributo sin ley.

*Sentencias que combinan la inadmisibilidad con la anulación simple.* Este tipo de sentencias no cuestiona la exclusión arbitraria de beneficio a un determinado grupo de contribuyentes, sino el beneficio mismo otorgado a los otros. Por tanto, tienen un doble efecto: respecto de los recurrentes, declaran la inadmisibilidad por considerarse un tema propio de la discrecionalidad legislativa y, respecto de los beneficiarios originales, anulan el privilegio violatorio del principio de igualdad tributaria. Así, estas sentencias tienen el problema de que pueden perjudicar a personas que, sin haber recurrido a los estrados judiciales, ven lesionados o disminuidos derechos prestacionales adquiridos de buena fe al amparo de una decisión discrecional del legislador.

*Sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial.* Son aquellas que anulan la norma impugnada en cuanto benefician o perjudican exclusivamente a determinadas categorías de sujetos pasivos del tributo, rompiendo la igualdad ante la ley tributaria. Los tribunales tienen entonces dos opciones: extender el beneficio a los contribuyentes excluidos o dejar que sea el legislador quien enmiende el vicio de inconstitucionalidad eliminando el supuesto trato privilegiado.

*Sentencias aditivas distributivas.* Se trata de fallos judiciales que amparan el derecho prestacional reclamado, pero al mismo tiempo ordenan que el monto originalmente presupuestado para hacer frente al pago de los beneficiarios

originales se prorratee entre todos, tanto entre los originales como entre los nuevos, aunque se disminuyan sustancialmente los derechos de aquellos.

Tomando en cuenta que las decisiones judiciales pueden involucrar que se tome a consideración la fuente de las asignaciones presupuestarias para restaurar la constitucionalidad, o para sufragar presupuestalmente los costos derivados de extender el privilegio al grupo de contribuyentes excluidos por la imposición legislativa, los jueces constitucionales deben ponderar, caso por caso, el tipo de sentencia más favorable para el mantenimiento de las finanzas públicas, siempre en atención a la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

*Israel Santos Flores*

## 912. SENTENCIA CONSTITUCIONAL ATÍPICA

Las sentencias pronunciadas por los tribunales, cortes o salas constitucionales tienen una importancia y complejidad mayúscula, sobre todo, si se tiene en cuenta que dichas decisiones, además de realizar una labor interpretativa de los valores, reglas y principios constitucionales que determinan el contenido de las normas secundarias, también poseen una elevada trascendencia de carácter político (Ángel Garrorena Morales, 1981), en especial porque conllevan un juicio de la obra del legislador democrático. Es esta complejidad inherente a toda sentencia constitucional, y la necesidad de dar respuesta a específicas exigencias de carácter práctico, lo que originó, y sigue originando, que los órganos jurisdiccionales de control constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley, no se limiten a utilizar la rígida alternativa estimación-desestimación, sino que recurran a diversos tipos de pronunciamientos atípicos que introducen efectos y alcances especiales en la parte resolutive o en la motivación de la sentencia.

Si se comienza por establecer conceptualmente el significado de la locución sentencias atípicas, se hace imprescindible la delimitación semántica de dicho término. Para ello, hay que indicar que el adjetivo “atípico (ca)” significa, en su primera acepción proporcionada por el Diccionario de la Lengua Española: “Que por sus caracteres se aparta de los modelos representativos o de los tipos conocidos”. También es posible poner de relieve que este vocablo es empleado como sinónimo de “irregular”, “diferente”, “distinto”, “especial”, “extraño”, “raro”, “infrecuente”, “variable”.

Centrándonos en el término sentencias atípicas, el mismo ha sido empleado por parte de la doctrina para hacer referencia a las sentencias en las que la jurisdicción constitucional no permanece en los estrictos márgenes que le señala la configuración tradicional sino que va más allá de los límites que le habían atribuido, y responde así al deseo de encontrar en la praxis una solución más justa que la que vendría de la mano de las expresas previsiones legales, frecuentemente limitadas, para el control de normas (José Julio Fernández Rodríguez, 2007). Otros han entendido que a través de estas sentencias, la magistratura constitucional elige aquellas soluciones que causen menos daño al ordenamiento jurídico, al tiempo que sean compatibles con la fuerza normativa de la Constitución y los derechos fundamentales, y que a la vez eviten el vacío normativo (Humberto Nogueira Alcalá, 2004). Hay quienes han utilizado este término para hacer alusión a las diversas técnicas que modulan, de alguna forma, la declaración pura y simple de inconstitucionalidad (Joaquín Brage Camazano, 2005). No ha faltado quien se refiere a estas sentencias

señalando que tratan de resolver, en la medida de lo posible, la validez del aparato normativo inferior a la Constitución, según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la ley suprema, o bien si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde o no con la Constitución, deba preferirse siempre la del primer grupo (Néstor Pedro Sagüés, 2002). También se ha incluido dentro de esta tipología de sentencias a las que implican una retroactividad atemperada, es decir, a los fallos que, si bien declaran la inconstitucionalidad parcial de ciertos preceptos, adoptan una interpretación favorable a la conformidad de estos últimos con la Constitución, pero no lo declara formalmente, y también se ha incluido a otro tipo de sentencias, como las *exhortativas* y *normativas*, que realizan una creciente labor creadora de normas (Iván Escobar Fornos, 2008).

Lo que interesa señalar, con independencia de la utilidad teórica que cada una de las citadas propuestas pueda tener, es que no es fácil identificar el *idem sentire* que la doctrina adscribe al término *sentencia atípica*, ya que, como se puede observar los autores suelen incluir dentro de esta categoría diferentes elementos (en parte análogos, en parte diversos) que, según ellos, son esenciales para delimitar la cobertura y contenido de este tipo de pronunciamientos.

Ante la dificultad apenas expuesta, y tomando en consideración las características que se repiten como esenciales en este tipo de decisiones, se empleará la denominación *sentencias atípicas* para hacer referencia a aquellas sentencias que, *a contrario sensu*, son diferentes a las consideradas tradicionales o clásicas, es decir, los pronunciamientos que son diferentes al supuesto elemental de sentencias constitucionales ideado por Hans Kelsen en su estudio *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* publicado en 1928: las sentencias estimatorias y desestimatorias puras y simples. Pero haciendo una concretización más acuciosa del término, diremos que esta denominación sirve para reflejar también que nos encontramos ante una serie de sentencias que, por lo regular, no tienen una base legal explícita (Francisco Caamaño Domínguez, 2000). En cambio, no utilizamos dicha denominación para indicar que la utilización de estas sentencias sea algo raro o escaso por parte de los tribunales constitucionales, ya que es evidente que algunos de estos órganos han hecho un uso constante y continuado de tales decisiones, hasta un punto en el que los pronunciamientos atípicos se han convertido en típicos, como sucedió con la Corte Constitucional italiana que en algunos años de la década de los ochenta pronunció más sentencias de tipo manipulativo que de estimación o desestimación pura y simple.

Una de las ventajas que se desprenden del término sentencias atípicas es que con él es posible incluir —entre muchas otras— sentencias en las que los tribunales constitucionales *determinan* qué significados (normas) son constitucionales y cuáles deben rechazarse; *modifican* el contenido normativo de la disposición impugnada (reduciéndolo, adicionándolo o sustituyéndolo por otro) para que esta sea acorde con la ley fundamental; *recomiendan* al legislador las adecuaciones que tiene que realizar para que la norma secundaria sea reputada como conforme con la Constitución; *armonizan* los elementos (disposiciones constitucionales y secundarias) que confluyen en un sistema jurídico y *declaran* la inconstitucionalidad del precepto impugnado, pero *sin expulsarlo* definitivamente del ordenamiento jurídico. Todas estas modalidades sentenciadoras obedecen a esquemas y finalidades diferentes, pero tienen en común

que a través de ellas se incorpora algo *nuevo* a la comprensión que se tenía de la disposición o disposiciones impugnadas hasta antes de la respectiva sentencia (Giovanni A. Figueroa Mejía, 2011).

Por otra parte, se han propuesto numerosas clasificaciones y denominaciones para hacer alusión a las sentencias atípicas. Así, se ha hablado de sentencias interpretativas (Francisco Javier Díaz Revorio, 2001) decisiones interpretativas (Louis Favoreau, 1997; Héctor López Bofill, 2004), fallos interpretativos (Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, 1991), sentencias intermedias (Aljs Vignudelli, 1988) o sentencias modulatorias (José Antonio Rivera Santivañez, 2004), por mencionar algunas.

Cada una de estas propuestas doctrinales tiene su núcleo de verdad, al ser entendidas como nuevas perspectivas de conocimiento del fenómeno de las sentencias atípicas. Sin embargo, esta falta de uniformidad lexical en las categorías antes aludidas incita a cuestionarnos si el término sentencias atípicas puede utilizarse de forma indistinta o intercambiable con esas otras denominaciones, sobre todo, si se tiene en cuenta que no existe un acuerdo absoluto respecto de la *ratio* de cobertura y contenido de estas clasificaciones.

La respuesta que se puede dar a tal planteamiento es que no puede existir tal equivalencia con relación a todas ellas, pues aunque el elemento que permite conceptuar a todas estas denominaciones parte de la idea común de que con ellas se suele hacer referencia a aquellas sentencias que escapan a la formulación tradicional (ya señalada) entre estimación y desestimación pura y simple; sin embargo, ello no implica que se pueda hablar en todos los casos de una semejanza entre dicha variedad terminológica y las sentencias atípicas.

De la terminología expuesta hay que hacer una distinción entre las denominaciones que pueden quedar incluidas unas dentro de otras, y las denominaciones que, a pesar de referirse al mismo fenómeno, tienen una terminología distinta. En el primer supuesto, nos encontramos ante lo que podríamos llamar una fusión por absorción. Dicha fusión surge en el caso en que una denominación solo sirve para especificar otra, por ejemplo, las sentencias interpretativas son todas sentencias intermedias, pero además son modulatorias; o bien, desde otra perspectiva, los fallos interpretativos quedan comprendidos dentro de la clasificación de las sentencias interpretativas, así como dentro de las decisiones interpretativas. Estas dos, a su vez, quedan incluidas en la categoría más general de las sentencias atípicas. En el segundo supuesto, estamos ante un intercambio terminológico que podríamos llamar fusión por intercalación, por ejemplo, el caso de las sentencias intermedias, modulatorias y atípicas, que sin tener igual identidad nominal son utilizadas para aludir a un mismo o muy similar fenómeno tipológico de sentencias. Por tanto, las sentencias atípicas serán calificadas como el género y las sentencias interpretativas, las decisiones interpretativas y los fallos interpretativos como una especie de dichas sentencias. En cambio, los términos sentencias modulatorias y sentencias intermedias puede ser utilizados como sinónimos de sentencias atípicas. Esto es porque los diversos tipos de pronunciamientos atípicos modulan de alguna forma los efectos de las sentencias constitucionales y son intermedios entre la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad pura y simple.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

### 913. SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN ITALIA (EFECTOS TEMPORALES)

El artículo 136 de la Constitución italiana prevé que “cuando la Corte declara la inconstitucionalidad de una disposición legislativa o de un acto con fuerza de ley, la norma dejará de surtir efecto desde el día siguiente a la publicación de la sentencia”, con lo que se demuestra claramente la referencia a un control de tipo abstracto y, consecuentemente, a una eficacia solamente *pro futuro*, es decir, para relaciones que se lleven a cabo después de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad.

La sucesiva adopción de un control de tipo incidental, con carácter prejudicial para el juicio común, evidenció que ese efecto ya no era sostenible y entonces el artículo 30, tercer párrafo, de la ley 87/1953, estableció una regulación distinta, inspirada no tanto en la disposición constitucional recordada, sino en el artículo 1 de la ley constitucional 1/1948 que había fijado las modalidades de acceso a la Corte Constitucional. El artículo 30, tercer párrafo, de la ley 87/1953 establece, en efecto, que “las normas declaradas inconstitucionales no pueden aplicarse a partir del día siguiente a la publicación de la sentencia”, fijando con ello la obligación para el juez (y, por tanto, también para el juez que ha elevado la excepción de constitucionalidad) de dejar de aplicar desde ese momento la norma declarada inconstitucional.

Es en este sentido que se habla del efecto retroactivo de las sentencias estimatorias de la Corte Constitucional, el cual encuentra un límite en la noción de “actos irrecurribles”, que se refiere a aquellas causas que han sido resueltas de manera definitiva a nivel judicial o que, de cualquier modo, ya no son accionables.

La definición de acto irrecurrible no es un problema que se resuelva como parte del derecho constitucional, sino de la legislación ordinaria que, regulando los poderes y las relaciones jurídicas que pueden existir en los diversos sectores del ordenamiento, determina su “carácter de irrecurrible” (como consecuencia de una sentencia ejecutoriada, por prescripción del derecho, por caducidad, por preclusión, etcétera).

En un solo caso, dada la particular gravedad de las sanciones, el artículo 30, cuarto párrafo, de la ley 87/1953, prevé expresamente la posibilidad de superar el límite impuesto por los actos irrecurribles estableciendo que “cuando al aplicar la norma declarada inconstitucional haya sido pronunciada una sentencia irrevocable de condena, cesan la ejecución y todos los efectos penales”.

Tomando en cuenta las consecuencias que puede tener para el ordenamiento una declaración de inconstitucionalidad, en los últimos años se ha hablado de dotar a la Corte constitucional —con base en las experiencias alemana y austriaca— de instrumentos decisorios que le permitan limitar o retardar la eficacia de sus fallos para evitar que, aun cuando esté plenamente convencida de la inconstitucionalidad de la ley impugnada, no quiera llegar a una declaración en ese sentido, al considerar los efectos demolitorios que acompañan a una sentencia de inconstitucionalidad. Por ejemplo, cuando la eliminación de una ley pudiera alterar el orden y la gradualidad en la concreción de los valores constitucionales, o bien, producir situaciones de mayor inconstitucionalidad, tener significativas consecuencias económico-sociales, o anular toda la actividad procesal que se ha desarrollado en un determinado sector.

La posibilidad de la Corte para incidir sobre los efectos temporales de sus fallos estimatorios ha sido vista principalmente respecto al pasado, o sea, a la posibilidad de limitar la retroactividad de la sentencia de inconstitucionalidad. En este sentido, la Corte Constitucional ha experimentado por algunos años otro tipo de decisiones (las llamadas sentencias de inconstitucionalidad sobreviniente), a través de las cuales tendía a retrasar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Sobre tales aplicaciones jurisprudenciales es necesario distinguir entre la que podremos llamar inconstitucionalidad sobreviniente en sentido estricto o en sentido propio y la que, por el contrario, logra el mismo resultado de limitar la eficacia retroactiva de las declaraciones de inconstitucionalidad por medio de la ponderación entre los distintos principios constitucionales que están realmente en juego.

Mediante la primera (inconstitucionalidad sobreviniente en sentido estricto), la Corte afirma que una determinada regulación, conforme con el mandato constitucional al momento de su entrada en vigor, llega a ser inconstitucional solo sucesivamente, como resultado de eventos posteriores, por lo que el efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad debe comenzar desde el momento en el cual esa condición realmente se cumplió.

La excepción a las reglas generales relativas a los efectos de las sentencias estimatorias deriva, en consecuencia, de la pérdida de eficacia de la ley impugnada, no desde el día de su entrada en vigor, sino a partir de un momento posterior (aquel en que se vuelve inconstitucional), mientras permanece el principio según el cual esta, con dicho límite, no puede aplicarse en el juicio *a quo* y en todos los juicios que siguen pendientes en los cuales la ley debe aplicarse.

Por el contrario, en la segunda hipótesis (ponderación de valores), la Corte, considerando que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, al tutelar y garantizar ciertos valores, produciría contemporáneamente efectos negativos respecto a otros valores que también merecen ser tutelados a nivel constitucional, difiere la eficacia de la sentencia para reducir o eliminar tales efectos negativos e indica, por tanto, un término a partir del cual la disposición impugnada debe considerarse inconstitucional. En este caso, el *vulnus* a las normales reglas sobre la eficacia de las sentencias estimatorias es indudablemente mayor, por cuanto puede conducir a tener que considerar la norma declarada inconstitucional todavía aplicable en el juicio *a quo* y/o en los juicios pendientes.

Esto es lo que sucedió recientemente con un fallo muy discutido (la sentencia 10/2015) en la cual la Corte —a fin de evitar que se presentara una situación de inconstitucionalidad más grave respecto de aquella que la declaración de inconstitucionalidad buscaba remediar— afirmó que es posible solicitar al juez *a quo* (y en todos los juicios pendientes) aplicar, para resolver el proceso, la norma declarada inconstitucional, en tanto, excepcionalmente, la sentencia de inconstitucionalidad asumiría eficacia *ex nunc*.

La novedad que acarrea la decisión señalada tiene que ver con el hecho de que, en este caso, a diferencia de los precedentes, la Corte constitucional no hizo referencia a situaciones de inconstitucionalidad sobreviniente, sino que evidenció la manera en que ciertamente la norma impugnada debía considerarse inconstitucional *ab origine* y a pesar de ello pidió al juez *a quo* y a los jueces de los juicios pendientes aplicar la norma declarada inconstitucional.

Con esto, el juez constitucional llega a una desaplicación sustancial de la regla contenida en el artículo 30, tercer párrafo, de la ley 87/1953, según la cual, “las normas declaradas inconstitucionales no pueden aplicarse a partir del día siguiente a la publicación de la sentencia” y procede a la reescritura del mismo, mencionando el principio de estrecha proporcionalidad y estableciendo que la Corte puede decidir que tal disposición sea derogada por parte del juez *a quo* y de los jueces de los juicios pendientes, cuando se cumplen los siguientes presupuestos: “la imperiosa necesidad de tutelar uno o más principios constitucionales que, de otra manera, resultarían irremediabilmente comprometidos por una sentencia meramente estimatoria, y la circunstancia de que la comprensión de los efectos retroactivos se limite a lo estrictamente necesario para asegurar la conciliación de los valores en juego”.

**Roberto Romboli**

*(traducción de Rodrigo Brito Melgarejo)*

#### 914. SENTENCIA DESESTIMATORIA (EFECTOS)

En los procesos de control de constitucionalidad de normas generales y, en particular, en los procesos de control de constitucionalidad de la ley, la regla general en los modelos de control de constitucionalidad concentrado o difuso con elementos de concentración consiste en que el precepto legislativo se mantiene en el ordenamiento jurídico con plenos efectos. Con todo, en algunos sistemas (véase decisiones interpretativas) existe la posibilidad de que una decisión formalmente desestimatoria incluya una decisión interpretativa, esto es, la declaración de constitucionalidad del precepto examinado bajo la condición de una interpretación constitucionalmente conforme del mismo establecida por la jurisdicción constitucional. Otra variable consiste en desestimar el correspondiente recurso mediante una decisión formalmente desestimatoria en la que se declara la constitucionalidad del precepto pero bajo la prohibición de que se aplique según una determinada interpretación enunciada por la jurisdicción constitucional. En ocasiones, esta opción, basada en el rechazo de una interpretación, adquiere el carácter de sentencia estimatoria aunque no se produzca la declaración de inconstitucionalidad del precepto ni de nulidad.

Si una sentencia desestimatoria incluye una decisión interpretativa, el contenido de la misma suele vincular, en algunos modelos, a la aplicación de la ley que deben practicar los jueces y magistrados del Poder Judicial. En los sistemas de control de constitucionalidad difuso, la sentencia desestimatoria sobre los aspectos de constitucionalidad no excluye la estimación del recurso en relación con otros aspectos del ordenamiento jurídico. De hecho, en algunos ejemplos, como en el norteamericano, la resolución del recurso mediante una interpretación de la ley que evite el debate sobre la interpretación de la Constitución es una regla jurisprudencial (*avoidance doctrine*) que puede significar la estimación por razones de legalidad y la desestimación en aspectos constitucionales.

En los procesos de tutela de derechos mediante recurso de amparo, que puede articularse como procedimiento específico en un modelo de jurisdicción constitucional concentrada o difuso con elementos de concentración, la sentencia desestimatoria implica que el órgano jurisdiccional (sea jurisdicción constitucional u ordinaria) no ha apreciado la vulneración del derecho fun-

damental alegado por parte de la norma u acto del poder público examinado. No obstante, especialmente en el modelo de jurisdicción constitucional concentrado, las consideraciones de la jurisdicción constitucional sobre una ley cuya aplicación haya dado cobertura al acto impugnado por supuesta vulneración de derechos pueden tener, también en el recurso de amparo, alguna relevancia interpretativa que condicione la posterior aplicación de la ley por parte de la jurisdicción ordinaria.

Tanto en los recursos de impugnación de preceptos legales como en los recursos de amparo en los procesos de tutela de derechos, en el caso de los modelos de jurisdicción constitucional concentrada, las sentencias desestimatorias tienen efecto de cosa juzgada y son publicadas en los boletines oficiales de los respectivos estados.

Las sentencias recaídas en procedimientos de control de constitucionalidad de disposiciones legales tienen efectos generales. Algún tipo de procedimiento, según lo establecido en la normativa procesal constitucional de varios estados, no puede volver a activarse cuando ha recaído una sentencia desestimatoria relativa a la impugnación de un precepto legal si la ulterior cuestión se funda en la misma infracción del precepto constitucional (así sucede, por ejemplo, en las sentencias desestimatorias de recursos de inconstitucionalidad).

*Héctor López Bofill*

#### 915. SENTENCIA ESTIMATORIA (EFECTOS)

En los modelos de control de constitucionalidad concentrado y, en particular, en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes, el efecto de la sentencia estimatoria habitual en la mayoría de dichos sistemas es el de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos legales impugnados. Las sentencias estimatorias tienen valor de cosa juzgada, se publican en el boletín oficial, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales. La nulidad con efectos generales contenida en las sentencias estimatorias es la expresión del papel de “legislador negativo” con el que Hans Kelsen, el jurista que concibió el control de constitucionalidad concentrado, calificó la tarea de la jurisdicción constitucional. La nulidad del precepto enjuiciado consignada en la sentencia estimatoria (véase efectos abrogativos de las sentencias) significa que la disposición legal estimada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico y, además de prohibir su aplicación en el futuro, se entienden nulos los efectos de la norma aplicada en el pasado. Normalmente, el principio de seguridad jurídica impone algunos límites a la nulidad asociada a la declaración de inconstitucionalidad de la ley, como es la prohibición de reapertura de los procedimientos en los que se haya aplicado la ley declarada inconstitucional y sobre los que haya recaído sentencia firme (aunque este límite en los distintos sistemas no se contempla en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad).

La nulidad o abrogación de la ley puede implicar la existencia de un vacío jurídico hasta que el legislador no proceda a la aprobación de una nueva regulación constitucional. En ocasiones, las distintas normativas de derecho procesal constitucional o las reglas jurisprudenciales contemplan medidas de

gestión de la nulidad como, por ejemplo, la posibilidad de diferir la expulsión del precepto declarado inconstitucional del ordenamiento jurídico por un periodo determinado, facilitando que en ese lapso actúe el legislador mediante la aprobación de una legislación adecuada a los mandatos constitucionales. En algunos supuestos, la resolución de un procedimiento de control de constitucionalidad de la ley a través de una decisión interpretativa (véase la voz “Decisiones interpretativas”) también puede adquirir la forma de sentencia estimatoria, especialmente si se trata de una resolución en la que se rechaza una interpretación del precepto enjuiciado por considerarse inconstitucional. Suelen adquirir, asimismo, el carácter de estimatorias las resoluciones que introducen significados normativos mediante interpolación de texto que se añade al precepto legislativo, como sucede en las llamadas sentencias aditivas.

En los modelos de control de constitucionalidad difuso, las sentencias estimatorias en las que se aprecia la inconstitucionalidad de la ley suponen la inaplicación del precepto estimado inconstitucional al caso concreto. El sistema se unifica mediante la regla del precedente, de forma que las consideraciones sobre la inconstitucionalidad de la ley en circunstancias similares de aplicación deben, en principio, contemplarse por los órganos judiciales inferiores, por los órganos judiciales del mismo rango y por el mismo órgano judicial en el futuro. En este sentido, la estimación de la alegación de inconstitucionalidad en los modelos de control de constitucionalidad difuso no afecta al enunciado legal sino a la interpretación y aplicación que de él se ha hecho en el caso concreto. La apreciación de la incompatibilidad entre la norma legal y la norma constitucional solo tiene efectos *erga omnes* en cuanto se trata de aplicaciones que pueden ser consideradas iguales por la ausencia de elementos diferenciales relevantes. Esta limitación hace posible la subsistencia, como derecho vigente, del enunciado del que se hizo derivar la interpretación considerada inconstitucional, pero el mismo precepto legal, aplicado a casos distintos o interpretado de forma distinta puede adecuarse a los mandatos constitucionales. Por ello, la declaración de invalidez solo beneficia a quien ha sido parte en el proceso, de modo que se requiere buscar, en cada caso, la protección judicial para impedir la eficacia del precepto legal.

En los modelos de control de constitucionalidad concentrado, en los que se prevé el recurso de amparo de tutela de derechos fundamentales, las sentencias estimatorias suelen contener una declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución del poder público que han lesionado el derecho fundamental, un reconocimiento del derecho infringido y las medidas dirigidas a restablecer al recurrente en la integridad del derecho violado o, en su caso, a asegurar la conservación del mismo. La sentencia dictada en amparo no se ocupa de aspectos de legalidad ordinaria que desborden el examen sobre la supuesta infracción del derecho alegado. Dichas resoluciones tienen valor de cosa juzgada y, en principio, no extienden sus efectos más allá de las partes, aunque la interpretación del derecho constitucional invocado realizada por la jurisdicción constitucional vincula a la jurisdicción ordinaria así como la interpretación de la ley conforme a la Constitución que pueda inferirse de los fundamentos de una decisión de amparo.

En distintos estados políticamente descentralizados, la jurisdicción constitucional también dicta sentencias en litigios que enfrentan a los entes territoriales con el Estado central o a los entes territoriales entre ellos que, en el caso

de ser estimatorias, suelen establecer, a quien le corresponde, la titularidad de la competencia controvertida y la anulación del acto considerado invasivo de las competencias reconocidas al ente recurrente. La misma estructura de sentencia estimatoria se sigue en las resoluciones que ponen fin a los conflictos entre poderes del Estado cuyo examen también es atribuido por distintas Constituciones a la jurisdicción constitucional.

*Héctor López Bofill*

#### 916. SENTENCIA ESTRUCTURAL

En el derecho procesal constitucional, el estudio de las tipologías de sentencias de las cortes o tribunales constitucionales y, en particular, de las sentencias estructurales, es uno de los temas más estudiados recientemente por la doctrina. Esta tipología de sentencias tiene su origen en el derecho anglosajón. En el caso de Estados Unidos (E.E. UU.), la fuente del litigio complejo inició con casos de discriminación sistémica (racial) y se ha extendido a otros ámbitos, como la salud o el sistema carcelario. A través de las *structural injunctions*, las cortes de E.E. UU. persiguen concretar la reorganización de una institución social y reparar, por medio de dicha reforma organizacional, el daño que las propias agencias públicas pueden producir al violar ciertos derechos constitucionales (Rodríguez, 2011, pp. 1669-1698).

En las sentencias estructurales, el juez constitucional va más allá de resolver el caso concreto, pues, ante la existencia de problemas generales y reiterados que implican violaciones sistemáticas de derechos fundamentales en contra de un número indeterminado de personas, realiza un esfuerzo por darle efectividad y fuerza normativa a la Constitución. Los jueces comprueban, por su experiencia, que hay causas estructurales (de ahí el nombre de la sentencia) que de modo sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática que se advierte en cada uno de los expedientes (Osuna, en Bazán y Steiner, 2015, p. 91). Al respecto, la Corte Constitucional colombiana (sentencia T-025/2004) determinó: “Estas órdenes están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela, el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el legislador y desarrollada por el ejecutivo”. Por su parte, la Sala Constitucional de Costa Rica (sentencia núm. 5560-2019) precisó que con este tipo de resoluciones: “[...] va más allá del caso concreto de asegurar la protección individual de la persona recurrente, pues se desprende que la causa de la infracción o vulneración del derecho a la salud se dan por problemas estructurales, los cuales no son hechos aislados, ya que de forma reiterada y continua se violenta los mismos derechos a un número indeterminado de personas”.

En este sentido, los órganos de justicia constitucional, dentro del respectivo ámbito de sus competencias, fijan y desarrollan, ante la existencia de un problema reiterado que han resuelto con anterioridad, el marco en el cual las autoridades estatales deben diseñar e implementar las medidas adecuadas para la garantizar una solución integral, atendiendo al principio de coordina-

ción. Luego del fallo, el juez continúa con una labor de seguimiento y control del cumplimiento de su sentencia, lo cual es fundamental para que se dé un cumplimiento efectivo de lo ordenado. Por otra parte, las medidas ordenadas pueden consistir en la creación, ajuste, manejo de las políticas públicas del Estado; la implementación de medidas administrativas, legislativas o presupuestarias, a través de decisiones que emiten en el marco de un litigio de interés público, en el que interviene una multiplicidad de actores —diversas autoridades o entidades públicas, comunidad afectada, representantes sociales, etc.—. Son decisiones, además, que presentan efectos particulares (*inter partes*) y generales (*inter communis*) que apuntan a remediar una vulneración masiva, reiterada y sistemática de derechos humanos.

Lo anterior presupone que este tipo de resoluciones tienen las siguientes características: *a)* el proceso judicial parte de la existencia de una violación reiterada y sistemática de derechos fundamentales; *b)* que involucra varias instituciones públicas que vulneran el derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos acordes con los principios de eficiencia y eficacia; *c)* los hechos denunciados guardan relación, por lo general, con políticas públicas; *d)* la sentencia no tiene solo efectos *inter partes*; *e)* la jurisdicción constitucional supervisa el cumplimiento de lo ordenado, lo cual es fundamental para su éxito, y *f)* la resolución tiene la finalidad de garantizar el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en el parámetro de constitucionalidad y convencionalidad.

Esta tipología, denominada también “macro sentencias” o “sentencias piloto”, es un instrumento útil, en la medida en que busca, precisamente, activar a los órganos del Estado que han omitido en sus obligaciones constitucionales. De ahí que estas medidas no deben ser vistas como una violación a la separación de poderes, sino una forma de concretar la actividad estatal en una sociedad democrática constitucional. Este tipo de sentencias han sido utilizadas por algunas cortes, tribunales, salas constitucionales o cortes supremas. En particular, la doctrina constitucional ha resaltado algunos casos en Sudáfrica, India, Canadá, Estados Unidos, Argentina, Colombia, Costa Rica y Perú, así como en la jurisprudencia de órganos convencionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En el constitucionalismo latinoamericano, la Corte Constitucional colombiana ha sido pionera en esta temática al resolver problemas endémicos de derechos humanos, como el hacinamiento carcelario, el desplazamiento humano interno causado por el conflicto armado o el precario servicio de salud. En este sentido, jurisprudencialmente creó la doctrina del “estado de cosas inconstitucionales”, a partir del cual ha tomado decisiones macro que indicaban a la autoridad competente los parámetros constitucionales que debía tomar en cuenta para su actuación. Al respecto, en la sentencia T-153/1998 se indicó que la figura del “estado de cosas inconstitucionales” es aquella mediante la cual dicha Corte, como otros tribunales en el mundo, ha constatado que en algunas situaciones particulares el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal. Se ha decretado al verificar el desconocimiento de la Constitución en algunas prácticas cotidianas en las que interviene la Administración, y en las que las autoridades, aun al actuar en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen

de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales, en relación con su respeto y garantía. Solo aparece cuando se ha reconocido la existencia de dos fenómenos concurrentes: por un lado, del compromiso masivo y generalizado de un número plural de derechos fundamentales y, por el otro, de la relación de este con fallas estructurales del Estado, que tornan ineficaces las órdenes que el juez de tutela pueda emitir en forma aislada. Ambos fenómenos componen los llamados “casos estructurales”, frente a los cuales las medidas individuales resultan insuficientes.

Esta figura puede ser definida como un mecanismo o técnica jurídica mediante la cual se declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la Constitución, por vulnerar de manera masiva y reiterada derechos y principios consagrados en la misma; en consecuencia, insta a las autoridades competentes para que, en el marco de sus funciones y dentro de un término razonable, adopten las medidas necesarias para corregir o superar tal estado de cosas. En la histórica sentencia T-025/2004, la Corte Constitucional colombiana enumeró los factores que se deben tener en cuenta para determinar cuando existe un estado de cosas inconstitucional: 1) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; 2) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; 3) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; 4) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; 5) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; 6) el hecho de que, si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. En dicha resolución, la Corte declaró el estado de cosas inconstitucional frente a los derechos de la población desplazada a causa del conflicto interno armado.

Por su parte, la Sala Constitucional de Costa Rica ha utilizado la tipología estructural en la protección de una serie de temáticas relacionadas con los derechos humanos. Particularmente, se ha empleado en la protección del derecho a la salud, en donde encontramos sus antecedentes históricos y mayor utilización. Al respecto, se ha ordenado la elaboración de una política para la atención de pacientes con virus de inmunodeficiencia humana (VIH), la reactivación del programa de trasplante de órganos por parte del Ministerio de Salud, la incorporación de la vacuna contra el neumococo para niños y adultos mayores en el cuadro básico del plan nacional de vacunación, la implementación del expediente digital único en salud y la eliminación de las listas de espera. En relación con esta última temática, recientemente se emitió la sentencia número 2019-5560, por virtud de la cual se ordenó a las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social elaborar, en el plazo de seis meses, un sistema de gestión integrado para solventar los problemas de lista de espera y que incorpore soluciones a las causas estructurales reconocidas por la propia recurrida. Por otra parte, este tipo de tipología de resoluciones ha sido utilizada para eliminar el hacinamiento crítico carcelario, ordenar que el traslado

de detenidos de las celdas de la policía judicial a las cárceles deba resolverse en un plazo máximo de 72 horas. Finalmente, en la sentencia 2019-7688 se ordenó al Patronato Nacional de la Infancia emitir un protocolo que garantice el debido proceso en los procesos de protección de menores de edad.

En los sistemas regionales de protección de derechos humanos encontramos también la utilización de esta tipología de resolución. Al respecto, el TEDH ha desarrollado la figura de las sentencias piloto, la cual fue introducida el 21 de febrero del 2001. Esta tipología de resoluciones tiene como fundamento lo dispuesto en los artículos 1, 41 y 46 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, así como el numeral 61 del Reglamento de Procedimiento del TEDH, el cual determina “1. El TEDH podrá decidir aplicar el procedimiento de la sentencia piloto y adoptar una sentencia piloto cuando los hechos que originen una demanda que le haya sido interpuesta revelen la existencia, en la Parte Contratante afectada, de un problema estructural o sistémico o de otra disfunción similar que haya dado lugar o sea susceptible de dar lugar a la formulación de otras demandas análogas”. La sentencia piloto es aquel procedimiento en el que el TEDH selecciona una demanda de entre varias que obedecen a la misma causa, de tal manera que esta sirve como referente en la resolución de un elevado número de casos idénticos. Los efectos provocados por una sentencia piloto son de gran trascendencia para el Estado implicado, en tanto que le obliga a adoptar leyes internas —medidas generales— que corrijan el problema estructural que, precisamente, origina la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Justamente porque el Tribunal constata la existencia de un problema sistémico, suspende los procesos sobre casos idénticos (produciendo una especie de efecto dominó) y exige al Estado que adopte medidas generales. El demandante (y todos los individuos afectados por el problema estructural) verá aplazado su proceso hasta que el Estado adopte dichas medidas. Con esto se ponen en evidencia dos tendencias: *i)* la inclinación del Tribunal a adoptar sentencias que van más allá de ser meramente declarativas; y *ii)* la orientación hacia la objetivación de los recursos con la consiguiente desafección del Tribunal por el derecho subjetivo individual.

Por su parte, la Corte IDH ha resuelto una serie de casos vinculados a violaciones estructurales de derechos humanos. En estos casos, la jurisdicción convencional asumió el desafío de dar una respuesta más integral que la simple resolución del caso concreto que era sometido a su conocimiento en relación con derechos fundamentales de grupos vulnerables como indígenas, mujeres, niños y niñas, personas privadas de libertad, migrantes, desplazados y temas de orientación sexual (Nash Rojas y Núñez Donald, 2015). En esta temática es fundamental la “supervisión de cumplimiento de sus sentencias”, que lleva a cabo la Corte IDH de conformidad con los artículos 22, 62.1., 62.3 y 65 de la Convención Americana, y el artículo 69 de su reglamento. En esta fase, la Corte de San José solicita informes periódicos al Estado y ordena la realización de audiencias orales y privadas con las partes, a fin de evidenciar los alcances en el cumplimiento de las reparaciones ordenadas en la sentencia. Estas obligaciones incluyen el deber del Estado de informar periódicamente a la Corte sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de lo ordenado por dicho Tribunal en sus decisiones.

*Haideer Miranda Bonilla*

## 917. SENTENCIA INTERPRETATIVA

Por sentencias interpretativas suele entenderse un tipo de sentencias recaídas en los procedimientos sobre la constitucionalidad de las normas, que se sitúan en un término medio entre las sentencias desestimatorias y las plenamente estimatorias, ya que sin afectar al texto de la disposición impugnada, de alguna manera afectan a la interpretación del mismo. Se trata de una categoría de creación doctrinal y jurisprudencial, cuyo origen se encuentra en Italia, pero que se ha extendido a la práctica totalidad de los sistemas de justicia constitucional. Esta misma circunstancia hace que sea muy difícil precisar sus contornos y llevar a cabo una definición universalmente válida de sentencias interpretativas. La terminología para referirse a esta categoría, a otras muy similares, o a subcategorías que forman parte de las sentencias interpretativas, es muy variada. A título de ejemplo, la doctrina ha hablado de sentencias condicionales (*condizionali*), interpretativas de desestimación, o de estimación (*interpretative di rigetto o di accoglimento*), correctoras (*correttive*), adecuadoras (*adeguatrice*), manipuladoras (*manipulative*), creativas (*creative*), integrativas (*integrative*), sustitutivas (*sustitutive*), aditivas (*additive*), sustractivas (*sottrattive*), sentencias *indirizzo*, o sentencias normativas (*sentenze normative*). Como puede suponerse, algunas veces los autores utilizan diversas denominaciones para referirse aproximadamente a lo mismo, y otras veces, en cambio, se refieren a sentencias distintas, usando la misma denominación.

En realidad, las sentencias interpretativas forman parte del amplio grupo de sentencias o decisiones “intermedias” que son aquellas que no son de estimación total ni de desestimación pura (aunque para algunos vienen a confundirse prácticamente con toda esa categoría). Por ello para ubicar con precisión las que realmente son sentencias interpretativas, es necesario partir de una clasificación de las sentencias sobre el fondo en los procesos de inconstitucionalidad, que puede llevarse a cabo desde una perspectiva formal o material. La primera se centraría en el pronunciamiento que el fallo de la decisión expresa, y según la misma cabría distinguir:

## I. Sentencias desestimatorias, que pueden ser:

1. Sentencias de desestimación pura o simple, cuyo fallo se limita a desestimar el recurso o cuestión interpuesto, aunque a veces puede señalar expresamente la constitucionalidad de la ley.

2. Sentencias interpretativas de desestimación, cuyo fallo declara la constitucionalidad del precepto “si se interpreta” o “interpretado” en el sentido que el propio Tribunal señala, normalmente por remisión al fundamento jurídico correspondiente de la sentencia.

3. Otros tipos de sentencias desestimatorias, como las que declaran que una ley “no es todavía inconstitucional”, pero puede llegar a serlo si no se modifica la regulación, o en general las “sentencias de apelación”, cuando se declara la constitucionalidad del precepto, al tiempo que se realiza un llamamiento al legislador para que proceda a adecuarlo más o mejor a las exigencias constitucionales.

## II. Sentencias estimatorias, dentro de las cuales cabe, a su vez, distinguir entre:

1. Sentencias de estimación total, que son aquellas que, estimando el recurso, declaran la inconstitucionalidad y nulidad del precepto o preceptos impugnados.

2. Sentencias de estimación parcial, que comprenden también varios tipos: A. Sentencias de estimación parcial respecto al *texto de la disposición* impugnada, en las que se declara la inconstitucionalidad de una o varias palabras, o de un inciso textual del precepto impugnado.

B. Sentencias de estimación parcial *respecto a la norma*, que declaran la inconstitucionalidad parcial del precepto legal cuestionado, pero dicha inconstitucionalidad no se refleja en una parte, palabra o inciso concreto de su texto, sino que afecta en realidad a parte del contenido normativo derivado del mismo. Todas ellas se califican a veces en un sentido amplio como *sentencias interpretativas de estimación*, aunque una vez más hay que hacer una nueva distinción:

a. Sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, que señalan la inconstitucionalidad de una entre las varias interpretaciones que *alternativamente* pueden derivar del precepto cuestionado. Este tipo de sentencias adopta un fallo en el que se señala que el precepto impugnado “es inconstitucional, si se interpreta...” o “interpretado...” en un sentido determinado, que el Tribunal puede señalar en el mismo fallo, o por remisión a los fundamentos.

b. Sentencias interpretativas de estimación que declaran la inconstitucionalidad de una norma o parte del contenido normativo derivado *conjuntamente* del texto impugnado. Siguiendo una denominación bastante empleada por la doctrina, especialmente en Italia, podemos denominar a estas decisiones “sentencias manipulativas” (véase la entrada correspondiente de este *Diccionario*).

3. Otros tipos de sentencias parcialmente estimatorias, como las que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad o la “mera incompatibilidad”, o las que afirman que un precepto “no es aplicable” en un territorio determinado o, en el caso español “no tiene carácter básico” o “no tiene carácter orgánico”.

La clasificación expuesta se basa en un criterio formal, que tiene en cuenta el modo en que el fallo se pronuncia sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto legal impugnado. Aunque en un sentido amplio todas las sentencias que no son de estimación o de desestimación pura (es decir, exceptuando los apartados 1.1 y 2.1) forman parte de los “tipos intermedios”, en sentido propio solo los señalados en los apartados 1.2 y 2.2.B pueden calificarse como interpretativas (y aun para algunos autores, en un sentido más estricto, solo lo serían las de los apartados 1.2 y 2.2.B. a).

Pero paralelamente a la clasificación realizada, cabe una clasificación material o, si se prefiere, cabe matizar la clasificación apuntada con criterios materiales, si se tiene en cuenta no la mera formulación del fallo, sino sus efectos reales en el contenido normativo del precepto. Desde esta perspectiva, es preciso destacar que todas las sentencias interpretativas son materialmente estimatorias, ya que entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso, todas menos una), es contraria a la Constitución; o bien, en un sentido más amplio, que parte del contenido normativo, derivado conjunta o alternativamente de dicho texto, es inconstitucional. Por ello sería coherente que el fallo de una sentencia interpretativa fuera siempre formalmente de estimación parcial. De lo contrario, nos encontramos con que las sentencias interpretativas desestimatorias encubren a veces fallos que materialmente son interpretativos estimatorios o manipulativos.

En cualquier caso, y sea cual sea el criterio de clasificación utilizado, es preciso encontrar aquellos rasgos comunes a todas las sentencias interpretativas, que permitan una definición conjunta, para asegurarnos de que en efecto estamos hablando de un mismo tipo o grupo de sentencias.

En este sentido, es habitual referirse en general a las sentencias interpretativas como aquellas en las que el Tribunal señala qué interpretaciones de un precepto son legítimas desde el punto de vista constitucional, y cuáles deben rechazarse. Pero esta definición, válida para las sentencias interpretativas en el sentido más estricto, dejaría fuera las llamadas “sentencias manipulativas”, que presuponen la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo derivado no alternativa, sino conjuntamente, de la disposición, y que tienen en común el dejar inalterado el texto, afectando al contenido normativo. Por ello parece que la definición más idónea de sentencias interpretativas sería la que entiende que son las sentencias, recaídas en un procedimiento de inconstitucionalidad, cuyo fallo, *dejando inalterado el texto de la disposición, declara explícita o implícitamente que al menos una de las normas, o parte de ella, que de él derivan conjunta o alternativamente, no son acordes con la Constitución.*

De este modo, en muchos casos una sentencia interpretativa puede adoptar formalmente una u otra decisión (desestimación o estimación), llegando por ambas vías a la misma conclusión de entender que una norma, parte de ella, o varias no son acordes con la Constitución. En efecto, dicha conclusión puede expresarse diciendo que una disposición es constitucional interpretada en el sentido X (o, si no se interpreta en el sentido Y), o bien que dicha disposición es inconstitucional interpretada en el sentido Y. Han sido factores institucionales o políticos los que han provocado la utilización de uno u otro tipo de fallos.

En este sentido, las sentencias interpretativas de desestimación o rechazo, definidas en el sentido ya apuntado, constituyeron en Italia el primer tipo de pronunciamiento —desde el punto de vista temporal— que se separaba de la dualidad acogimiento-rechazo, siendo muy frecuentes a partir de 1956, año en el que se pronunciaron las primeras decisiones de este tipo, iniciándose un periodo de aproximadamente una década en el que las mismas ocupan un acusado protagonismo en la práctica y en la doctrina. Después, las dudas sobre los efectos de estas decisiones frente a los jueces y tribunales ordinarios, y la resistencia de algunos de estos —incluida la Corte de Casación— a seguir la interpretación acogida por la Corte Constitucional en las sentencias interpretativas desestimatorias, dieron lugar a lo que se llamó “guerra entre las dos Cortes”, lo que provocó que estas decisiones cedieran su protagonismo en favor de las sentencias interpretativas estimatorias, con las que en algunos casos la Corte Constitucional volvía a pronunciarse sobre preceptos que anteriormente había declarado constitucionales (si se interpretaban en cierto sentido).

Hoy, las sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto son en general menos utilizadas que las de desestimación, acaso porque se supone que son menos acordes con el principio de conservación de la ley. Pero en realidad el fallo interpretativo estimatorio resulta más adecuado, en primer lugar desde el punto de vista del contenido normativo considerado inconstitucional, ya que preserva cualquier otra posible interpretación que no se haya considerado en el proceso, descartando solo la que de manera expresa se considera

inconstitucional, mientras que el fallo desestimatorio suele elegir una única interpretación rechazando de forma implícita cualquier otra, y en segundo lugar, partiendo de consideraciones de mayor seguridad jurídica, ya que en el caso de las sentencias interpretativas estimatorias existe un pronunciamiento formal y expreso de inconstitucionalidad en el fallo, que “previene” sobre dicha afectación a las interpretaciones o normas derivadas del precepto.

En fin, las sentencias interpretativas plantean no pocas cuestiones de relevancia, como son las relativas a su fundamento, su legitimidad y sus efectos. Respecto a lo primero, suelen invocarse la presunción de constitucionalidad de la ley y el principio de conservación de la misma en la parte en que sea posible, para justificar la adopción de estas decisiones, que en principio serán siempre menos invasivas de la obra del legislador que una declaración de inconstitucionalidad global e incondicionada. Sin embargo, conviene valorar el sentido de esta justificación en cada caso, ya que a veces la operación que estas decisiones realizan sobre el contenido del precepto puede conllevar una modificación o alteración del mismo. Precisamente al hilo de esta cuestión se plantea la legitimidad de estas decisiones. Al respecto, puede decirse que sin duda las mismas exceden de los planteamientos del modelo kelseniano, pero ello no significa que su uso deba rechazarse en bloque. Más bien resultarán admisibles cuando con las mismas el Tribunal no se exceda en el ámbito de su función depuradora del ordenamiento, y por tanto se limite a rechazar o descartar interpretaciones (o contenidos normativos escindibles) que resulten inconstitucionales; en cambio, no serán decisiones legítimas cuando procedan a una alteración o manipulación de dicho contenido normativo, usurpando el Tribunal la posición del legislador.

Aun en los supuestos en los que existe un fundamento que legitime la decisión adoptada, hay que entender que su uso por los tribunales debe ser cauteloso, pues la profusión de este tipo de pronunciamientos introduce un notable factor de complejidad en el ordenamiento, y pone en riesgo el principio de seguridad jurídica, toda vez que, cuando existe una sentencia interpretativa resulta ya imposible conocer el contenido normativo realmente derivado de una disposición sin acudir a dicha sentencia, que se sitúa así al mismo nivel de la norma a la que integra, lo cual, cuando se produce de forma muy frecuente en el ordenamiento, produce indeseables efectos de complejidad e inseguridad.

*Francisco Javier Díaz Revorio*

#### 918. SENTENCIA-LEY

Las clasificaciones de las sentencias dependen de factores subjetivos, ya que siguen la elección de los artífices de las clasificaciones; objetivos, como en particular los procedimientos seguidos por los tribunales, y finalmente, como es natural, lingüísticos.

“Sentencia-ley” representa una expresión tal vez utilizada para aludir a sentencias que tienen un grado elevado de creatividad.

Según la *communis opinio*, de índole elevadamente constructiva —por tanto no solo “negativa”— es la diversa tipología de pronunciamientos, mediante los cuales los tribunales no se limitan a expulsar del ordenamiento normas inconstitucionales, sino que añaden nuevas normativas. Las técnicas que verifican esta tendencia son de lo más variado, y la intensidad “creativa” de los pronunciamientos es distinta según los casos.

Sin embargo, el carácter normativo de las sentencias constitucionales estimatorias —que es evidente cada vez que el órgano competente esté habilitado para escribir en la parte dispositiva enunciados o fragmentos de enunciados— se aprecia también en los fallos de inconstitucionalidad puros y simples. En tal caso, en efecto, la eliminación de una parte del discurso del legislador o de las normas que de él se recaban, por un lado, determina un vacío (nadie duda que también ello represente una “norma”, aunque sea negativa); por otro lado, *crea* derecho, en el sentido de que a ese vacío se transfieren las normas aplicables por analogía o aquellas extraídas de los principios generales del derecho. En otras circunstancias, finalmente, la declaración de inconstitucionalidad de una disposición que enuncia una facultad o un derecho introduce (o puede introducir) una prohibición; aquella que elimina tal prohibición u obligación introduce (o puede introducir) una facultad o un derecho.

Incluso una pura y simple decisión de nulidad contiene un *quid* de innovación. El problema no es, por tanto, la “cualidad” de las sentencias, sino la “cantidad” de actividad creadora. En consecuencia, no habría razón alguna por la cual la jurisprudencia constitucional no pudiese crear también estas nuevas categorías de pronunciamientos. En los Estados Unidos y en Europa puede suceder que el juez declare la inconstitucionalidad de una disposición legal “en la parte en la que *no* prevé algo” (sentencias “aditivas”), o incluso en la parte en la que se prevé una cosa *en lugar de* otra (sentencias “manipulativas”), o —sobre todo en los sistemas de *common law*— que simplemente el tribunal establezca él mismo la regulación de una determinada materia, partiendo del caso expuesto, pero vinculando, en consecuencia, a todos los poderes públicos y privados (como por ejemplo, en el famoso caso *Roe vs. Wade* en el tema de aborto).

Tanto la jurisprudencia, en una primera fase, como, en tiempos más recientes, las Constituciones y las leyes, han elaborado modelos intermedios y nuevos tipos de pronunciamientos. La doctrina de los diversos países las denomina, según los casos, decisiones “parciales”, “interpretativas”, “adicionales”, “manipulativas”, “optativas”, “intermedias”, “monitorias”, “de principio”, “atípicas”, entre otras.

A pesar de todo, observamos un doble fenómeno. Por un lado, los tribunales tienen que enfrentarse a una auténtica avalancha de cuestiones que tienen que examinar, de modo que —como le sucede al legislador— pocos temas “sociales” escapan a su apreciación: *de iure*, o *de facto*, ellos eligen qué temas van a analizar en sustancia. Por otro lado, los tribunales constitucionales son los únicos jueces que determinan el significado de las expresiones para las cuales el legislador constituyente u ordinario prohíbe el “control político”, decidir una “cuestión política”, contestar “elecciones discrecionales del legislador” o similares: expresiones, que solo en teoría contribuyen a establecer una barrera *jurídica* a su control. Actúan, por tanto, como órganos de cierre, jueces *in causa propria* y en cuanto tal habilitados para asignar un significado restrictivo o extensivo, según su propia valoración, a tales expresiones.

Hay que hacer una precisión: la expresión “sentencia-norma” sería más correcta que “sentencia-ley”, si no fuera porque debemos entender la palabra “ley” como equivalente de “norma jurídica”. Se plantea de hecho el problema

de la fuerza, del rango de las sentencias estimatorias y, en particular, de las sentencias dotadas de un grado elevado de creatividad.

En la República Federal Alemana, el art. 31.2 de la Ley del Tribunal Constitucional otorga “fuerza de ley” a algunas de las decisiones asumidas por el *Bundesverfassungsgericht*: estando los jueces sujetos a la ley, se deduce que están vinculados también a las interpretaciones hechas en el pronunciamiento judicial. En España, el art. 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha reconocido explícitamente el valor jurídico de la *ratio decidendi*, disponiendo que la jurisprudencia de los tribunales debe entenderse modificada por la *ratio* de las sentencias emitidas por el mismo Tribunal Constitucional al resolver los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. Véase también el ordenamiento lituano. En otros ordenamientos de control concentrado, la jurisprudencia de los propios tribunales se ha preocupado de obtener *de facto* resultados análogos, de forma que basándose en sus propios precedentes han logrado doblegar la resistencia de otros poderes del Estado. Así ha sucedido, por ejemplo, en Italia, donde la *Corte costituzionale* ha declarado en esencia que sus propias sentencias tienen fuerza de ley. Se deduce de diversas afirmaciones. Por ejemplo, aquellas contenidas en la sentencia 40/1979, en la cual la *Corte* ha sostenido que la relación entre la disposición modificada por una sentencia estimatoria y aquella sucesivamente adoptada da lugar a situaciones de abrogación, que el juez ordinario ha de conocer, o en la sentencia 13/1981, donde ha negado que “la sentencia estimatoria de la *Corte* atribuya a la norma parcialmente anulada, autoridad *superior* a la fuerza propia de las leyes ordinarias y de los actos con fuerza de ley ordinaria”.

Otorgar fuerza de ley a las sentencias significa autorizar al legislador aprobar una ley que “abroge” —por decirlo así— la normativa resultante de la sentencia del tribunal constitucional, en virtud del principio de inagotabilidad del Poder Legislativo, parecería, por tanto, que la misma idea del control de constitucionalidad podría vaciarse de contenido.

La incongruencia es solo aparente: la solución alternativa —conferir a los fallos fuerza de ley constitucional— equivaldría a cristalizarlos para siempre, o al menos hasta que se produjera una revisión de la Constitución. Hay que precisar que, en algún caso, las Constituciones optan por esta segunda fórmula, o al menos establecen la prohibición al legislador de reproducir las disposiciones declaradas inconstitucionales, como en Colombia —limitadamente a la “sustancia”— y en Chile.

Acerca del carácter de “fuente” de las sentencias creativas, siendo conocido por todos que en los ordenamientos del *common law* el precedente judicial se considera fuente del derecho y siendo pacífica la idea según la cual nunca pueden ser consideradas como tales las decisiones asumidas por los tribunales constitucionales en sede de control preventivo de las leyes (o de otros actos normativos), observamos cómo —a pesar de autorizadas opiniones contrarias— parece preferible la tesis de que también en los sistemas de *civil law* deban incluirse como fuente del derecho las sentencias de los tribunales constitucionales con eficacia *erga omnes*. Independientemente del modo en que se configure o venga denominado el efecto producido por la decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo vigente (y por tanto la abrogación o la anulación), el resultado alcanzado es precisamente el de expulsar normas del ordenamiento jurídico, pero también el de introducir otras nuevas.

Nos preguntamos, además, si también allí donde no opera el principio del precedente, pueden ser incluidas entre las fuentes del derecho las motivaciones de las decisiones constitucionales, y en particular la *ratio decidendi* de las mismas; la duda se plantea esencialmente con la República Federal Alemana, donde el *Bundesverfassungsgericht* impone a todos los poderes públicos “las concepciones jurídicas... en materia de derecho constitucional” por él manifestadas, y en España, en orden a la doctrina legal del Tribunal Constitucional, a la luz de lo dispuesto en el art. 161.1, a), constitucional, y al vínculo de la jurisprudencia que se derivaría de la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional. Este fenómeno, sin embargo, se da también en otros ordenamientos, como en Italia, donde la *Corte costituzionale* ha sostenido que las propias sentencias de inconstitucionalidad se deben interpretar a la luz del vigente sistema legislativo. Se recuerda, a este propósito, que con frecuencia los fallos remiten a la motivación.

Para excluir el carácter de fuente de la *ratio decidendi*, en los ordenamientos de *civil law*, no basta la afirmación de que no vincula ni siquiera al mismo tribunal constitucional que la ha elaborado: característica común a casi todas las fuentes, efectivamente, es también la inagotabilidad que las acompaña, y el poder de modificarla del órgano que las ha elaborado, salvo distinta prescripción de una fuente superior.

**Lucio Pegoraro**

*(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)*

#### 919. SENTENCIA MANIPULATIVA

Las denominación “sentencias manipulativas” tiene un origen doctrinal y perfiles un tanto difusos. Podemos decir que se trata de sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad que pertenecen a la categoría de las denominadas “sentencias intermedias”, ya que no son totalmente estimatorias ni desestimatorias, y tienen en común el producir un efecto de modificación, reducción o ampliación del contenido normativo de un precepto, sin alterar en absoluto el texto de la disposición. Aunque no hay acuerdo doctrinal sobre su definición y clasificación, pertenecerían así a la categoría de las llamadas “sentencias interpretativas” si se entiende esta en sentido amplio, pero se diferencian de las sentencias interpretativas en sentido estricto en que estas últimas operan con interpretaciones alternativas, mientras que las manipulativas afectan a parte de un contenido normativo derivado conjuntamente de la disposición (véase Sentencias interpretativas).

Con este criterio, podríamos definir sentencias “manipulativas” como aquellas que declaran la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado *conjuntamente* o de forma compleja de una disposición textual, que sin embargo queda inalterada. Con todo, hay que precisar que esta definición se corresponde con las sentencias manipulativas formalmente estimatorias (que son sin duda la mayoría); pero puede haber también sentencias materialmente manipulativas que adopten la forma de una sentencia interpretativa desestimatoria. Por ello la definición “material” de sentencias manipulativas se referiría a las que producen (ya sea estableciéndolo de forma explícita o de manera implícita) la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo conjuntamente derivado de una disposición. La doctrina en español suele utilizar esta denominación para referirse a este grupo de decisiones,

a sabiendas de que se trata de un italianismo, y de las connotaciones peyorativas o “deslegitimadoras” que conlleva.

En efecto, para quien parta de un concepto de sentencias manipulativas según el cual las mismas transforman o modifican el significado normativo de un texto (en el sentido de que lo “manipulan”, sustituyen o adicionan para que dicho texto diga algo diferente a lo que decía), no hay necesidad de plantearse cuestiones como la de su legitimidad o admisibilidad constitucional, que quedaría resuelta negativamente desde la definición. Sin embargo, si bien es cierto que estas sentencias producen una cierta modificación o alteración del contenido normativo (también se modifica o altera lo que se ve reducido), lo que hay que analizar es si dicha alteración se realiza mediante una manipulación, adición o sustitución contraria a las funciones que corresponden al Tribunal, o bien permanece dentro de la lógica de la anulación propia de dichas funciones.

Y esta es una cuestión fundamental para resolver el problema más acuciante al que han de enfrentarse estas decisiones, que es el de su legitimidad constitucional. Esta legitimidad puede cuestionarse desde dos puntos de vista: en primer lugar, desde la consideración de la función “positiva” o creadora aparentemente realizada por estas sentencias, en contraste con la función negativa que corresponde al Tribunal, e invadiendo por tanto las competencias del legislativo; en segundo lugar, desde la relación que debe existir entre la jurisdicción constitucional y la función interpretativa de los jueces ordinarios. Por ello, como ha destacado Zagrebelsky (*La Giustizia costituzionale*, Bolonia, 1988), estas sentencias parecen no resolver el siguiente dilema: si la norma aplicable está presente en el sistema, corresponde a los jueces obtenerla; si no está presente, correspondería al legislador introducirla.

Si bien la modificación del contenido normativo puede producirse, al menos aparentemente, por reducción, adición o sustitución, lo que tienen en común todas las sentencias manipulativas es que anulan una parte del contenido normativo complejo, de manera que desde este punto de vista, todas ellas proceden a una reducción de dicho contenido. En este sentido y con referencia a sus efectos, serán los que el ordenamiento de que se trate otorgue a las sentencias estimatorias, y por tanto habitualmente tendrán efectos *erga omnes* en lo que atañe a la declaración de inconstitucionalidad de parte del contenido normativo. En cuanto al posible contenido normativo positivo, el mismo solo será legítimo si deriva automáticamente de la norma una vez suprimido su contenido inconstitucional.

Ello nos conduce a la cuestión de la legitimidad, que solo puede abordarse considerando por separado los tres tipos de sentencias que habitualmente se incluyen en esta categoría, y que son las sentencias reductoras, las aditivas y las sustitutivas.

(Véase Sentencias reductoras, Sentencias aditivas, Sentencias sustitutivas).

**Francisco Javier Díaz Revorio**

## 920. SENTENCIA MODULATORIA

La modulación constitucional es una técnica utilizada en instancias de control de constitucionalidad para establecer el sentido en que debe entenderse una disposición o enunciado normativo, excluyendo otras posibilidades interpretativas y determinando, con ello, su conformidad con la Constitución (Garay

Herazo, 2014, p. 77). Es por ello que buena parte de la doctrina identifica este ejercicio como “interpretación conforme”. Así, mediante la modulación, el tribunal constitucional establece, a través de un ejercicio interpretativo que bien puede ser aditivo o sustitutivo, cuál es la interpretación vinculante de una disposición normativa, en el entendido de que será ese único sentido el que asegure su compatibilidad con el texto constitucional.

Toda vez que en este ejercicio interpretativo se declara que un determinado texto no es inconstitucional, siempre y cuando se entienda de determinada manera (Rodríguez Vilades, 2001, pp. 185 y 186. La cita parte de un análisis al primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional de España en el que se reconoce un ejercicio de interpretación conforme, en la sentencia 122/1983), la doctrina suele identificar que su aplicación queda constitucionalmente condicionada (véase Schneider, 1991, pp. 62, 218 y ss.; y Pizzorusso, 1984, p. 252, para ejemplificar la diferencia entre Alemania e Italia). Sobre este tema, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que la modulación de los efectos de la sentencia “no es en manera alguna una arbitraria invención”, de modo que, aun cuando en apariencia se adicionan al orden legal nuevos contenidos normativos, lejos de un ejercicio legislativo, lo único que se hace es dar aplicación a la Constitución como norma de normas. De hecho, ese Tribunal denomina a tal tipo de resoluciones “sentencias de constitucionalidad condicionada” (sentencia C 109-1995, de 15 de marzo de 1995, donde destaca el desarrollo doctrinal de la cuestión que se refleja en la parte considerativa de la sentencia. Aunque este precedente no es el primero sobre el tema, destaca el desarrollo doctrinal de la cuestión que se refleja en la parte considerativa de la sentencia).

Así, a través de la interpretación, los tribunales pueden condicionar la validez de una norma a efecto de que sea entendida de cierto modo, pudiendo, incluso, manipular parte de su contenido adicionando o sustituyendo premisas del texto analizado. En las primeras, el tribunal constitucional añade un nuevo supuesto en la norma impugnada que, sin ser uno de sus significados posibles, se traduce en una exigencia constitucional; en las segundas, se sustituye una parte de la norma por otra conforme a la Constitución y producida por el tribunal a partir de ella. De esta manera, al realizar el ejercicio de interpretación constitucional, el tribunal produce una nueva norma que, a su juicio, viene impuesta por la Constitución para conservar el valor de la disposición, aunque finalmente esa norma nueva es presentada como un significado de la disposición impugnada (Ezquiaga Ganuzas, 1998, pp. 184-186).

Aunque la doctrina suele no profundizar esta cuestión, en adición al requisito de materializar un mandato constitucional, cuando se trate de ejercicios aditivos o sustitutivos implícitamente debe reconocerse el de constatar la necesidad de contar con esta norma “interpretada”, en función de que la laguna que eventualmente pudiese generar una declaratoria de inconstitucionalidad o una inaplicación normativa, no resolviese el problema surgido por la norma cuya validez se enjuicia.

En México, la modulación de sentencias se ha considerado un paso previo al control constitucional, y se realiza a través de la cláusula de *interpretación conforme* y del principio *pro persona*, conforme al cual, como un paso adicional, si subsisten dos posibles interpretaciones compatibles con el texto constitu-

cional, deberá elegirse la que en mayor medida favorezca a la persona (tesis 1a./J. 37/2017 (10a.), publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 42, mayo de 2017, t. I, pág. 239, de rubro: “Interpretación conforme. Naturaleza y alcances a la luz del principio pro persona”).

Es importante no confundir como un ejercicio de modulación constitucional otra figura que la doctrina mexicana, siguiendo las tradiciones española y portuguesa —tras comparar el texto del artículo 1, segundo párrafo, de la Constitución mexicana, con el artículo 16 de la portuguesa y el 10 de la española—, también llama “interpretación conforme”, referente a una interpretación armonizadora entre normas de rango constitucional, en la cual las disposiciones de una fuente se “interpretan conforme” a las de otra fuente, dando lugar a la generación de contenidos integrados o estándares constitucionales únicos.

En resumen, la *modulación* de sentencias en sede constitucional constituye una herramienta para que los tribunales que tengan encomendado resolver sobre el enjuiciamiento de una disposición normativa, antes de declarar su invalidez, puedan dotarle de una interpretación que condicione su constitucionalidad, ya sea mediante: *i*) la selección de un posible contenido interpretativo que resulte compatible con el texto constitucional, o *ii*) la interpretación aditiva o sustitutiva que transforma la disposición en una nueva norma, siempre que una eventual declaratoria de inconstitucionalidad sea insuficiente para tutelar los derechos humanos trasgredidos en primer lugar.

*Arturo Guerrero Zazueta*

## 921. SENTENCIA MONITORIA

Las sentencias monitorias son aquellas en las que los tribunales constitucionales comúnmente en la motivación de sus pronunciamientos y, en algunas ocasiones, en la parte dispositiva de la sentencia, señalan al legislador las pautas (e incluso, las modificaciones) que debe seguir (o realizar) para que el texto legal sea conforme con la Constitución, dirigiendo o influenciando de este modo su futura actividad legislativa.

Estas decisiones se diferencian entre sí por el diverso perfil de los criterios directivos en ellas expresados. Esto es, a veces se envían al legislador mensajes que originalmente parecían cumplir una función de simple recomendación finalizando con la modificación del ordenamiento jurídico; en otras ocasiones se hacen meras invitaciones genéricamente dirigidas al legislador, para incitarlo a comportarse de un cierto modo en el futuro, o incluso, se pronuncian decisiones en las que el tribunal dicta los principios normativos con los que el legislador deberá actuar, dándole a este una especie de mandato. Este último supuesto es el que suele considerarse más eficaz, ya que pretende vincular la actividad legislativa en relación con puntuales prescripciones, y se caracteriza porque no solo solicita al legislador que reforme un determinado sector legislativo, sino que le sugiere también cómo hacerlo.

Desde otra óptica, estos pronunciamientos suelen manifestarse ya de forma clara, ya de forma implícita. En el primer caso, los tribunales adoptan, en general, fórmulas configuradas del siguiente modo: “es tarea del legislador”, “se llama al legislador para una eventual intervención”, “el legislador puede dar una nueva estructura... siempre que sean respetados”, “corresponde al legislador”, “el legislador valorará sí”, “compete al legislador remediar los

eventuales inconvenientes”. En el segundo caso, las sugerencias no son detectadas gramaticalmente, sino solo aparecen implícitas en la motivación de la sentencia. De hecho, mientras que algunas veces la sugerencia que se hace al legislador tiene un nexo estrecho con la parte dispositiva de la sentencia (es decir, el tribunal se preocupa de las consecuencias provocadas por sus decisiones), en otros la sentencia constituye solo una oportuna ocasión para invitar al legislador a reformar una disposición o, incluso, toda la materia, y la parte resolutive no condiciona en absoluto la manifestación contenida en la motivación.

También se ha sostenido que uno de los inconvenientes que se desprenden de este tipo de pronunciamientos es que afectan negativamente la libertad del legislador, sobre todo cuando las manifestaciones del tribunal constitucional no son solo expresiones meramente facultativas, sino que se traducen en verdaderas exhortaciones que orientan la futura actividad legislativa (Vezio Crisafulli, 1976). Ante este tipo de peligros se ha respondido que la invasión de la libertad del legislador no se produce porque la manifestación del tribunal es solo una propuesta, invitación o recomendación, y es el legislador el que a fin de cuentas no solo decide *si* la adopta, sino que además decide *cómo* y *cuándo* la adopta (Gustavo Zagrebelsky, 1988).

Dentro de las clasificaciones que pretenden ordenar la copiosa variedad de este tipo de pronunciamientos se ha sugerido una que distingue el perfil formal del pronunciamiento que comprende, básicamente, dos supuestos generales: *a*) sentencias monitorias desestimatorias, que son aquellas en las que se exhorta al legislador a realizar ciertas modificaciones en la legislación para que deje de tener una constitucionalidad precaria, y *b*) sentencias monitorias estimatorias, que son aquellas con las que el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una norma declarada inconstitucional, encomienda al legislador la creación de un nuevo texto legal que sea acorde con la Constitución. En el primero de estos supuestos la norma impugnada no es inconstitucional, pero el órgano de control constitucional advierte que puede llegar a serlo en el futuro si el legislador no modifica la regulación. En el segundo supuesto, en cambio, primero se declara la inconstitucionalidad de la disposición impugnada y, después, en la misma sentencia, se recomienda al legislador que cubra el vacío normativo de forma inmediata; o bien se le fija un plazo para que lo haga. También entran dentro de este último supuesto las sentencias que en la jerga alemana se ha convenido en denominar como sentencias de inconstitucionalidad (o de incompatibilidad) sin nulidad.

En la práctica de los tribunales constitucionales es más común encontrar pronunciamientos monitorios en sentencias desestimatorias que en estimatorias. La razón de este proceder puede ser que todas las veces que un tribunal constitucional anula una disposición implícitamente está introduciendo un efecto monitorio, pues todas las sentencias estimatorias incluyen, invariablemente, una admonición para el legislador; de ahí que no se considere necesario explicitar la monición, que en muchas ocasiones aparecería como algo redundante.

La eficacia de este tipo de sentencias no deja de ser dudosa, ya que depende de la “sensibilidad” que el legislador pueda tener; de la peculiar posición que en cada ordenamiento tiene el órgano de justicia constitucional y de la praxis establecida en la dinámica relacional con el legislador. El concreto

alcance de las recomendaciones insertas en este tipo de sentencias depende, por tanto, de la autoridad de quien las dicta (juez constitucional) y de la aceptación de quien las debe cumplir (legislador democrático), puesto que no hay forma de garantizar el cumplimiento de la sentencia que exhorte o recomiende al legislador hacer algo.

Por otra parte, un criterio que puede ser útil para valorar la eficacia de este tipo de decisiones es la distinción formal que ha sido introducida entre sentencias monitorias desestimatorias y estimatorias, pues el nivel de presión que se ejerce sobre el legislador en uno u otro caso es diverso.

Desde esa perspectiva, el efecto menor sería para las directrices expresadas en pronunciamientos desestimatorios, cuyo valor de influencia sobre el legislador se aproximaría al de las “manifestaciones optativas” (recomendaciones) entendidas como “expresiones de una indeterminada función auxiliar de la Corte” (Lucio Pegoraro, 1987). Dicho efecto minoritario se configura en términos de “influencia mínima”, de “auspicio” (mera manifestación de deseo), de “auspicio reforzado” —con reclamos a la “oportunidad”, a la “sistematización de la intervención legislativa”; o bien con la utilización del verbo “deber”— (Nicola Assini, 1982). El efecto mayor, por el contrario, sería producto de aquellas sentencias de estimación que indican criterios directivos más penetrantes, los cuales legitimarían aquellos planteamientos que hablan de “encomiendas” del juez constitucional. En tales casos, esos planteamientos fungirán como “oráculo” de la constitucionalidad —quizás en un “momento de razón constante y profunda”, quizá con la función de “garante de la evolución del ordenamiento”— de la futura disciplina positiva de un determinado sector (Giorgio Lombardi, 1985). Además, según algunos, dicho reforzamiento de las funciones del tribunal constitucional representaría un camino hacia una relación de colaboración con tendencia a efectuar una compenetración entre la Corte y el Parlamento (Franco Modugno, 1985).

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

## 922. SENTENCIA REDUCTORA

Son aquellas que, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad parcial, conllevan una reducción de la “extensión” del contenido normativo de un precepto. Dicha reducción se produce en el ámbito de aplicación del precepto, considerándose así constitucionalmente inaplicable en alguno de los supuestos en él contemplados de forma genérica, o bien en las consecuencias jurídicas previstas en el propio precepto. El fallo de este tipo de sentencias puede adoptar diversas formas, entre las cuales las más frecuentes suponen la declaración de inconstitucionalidad del precepto “en cuanto incluye”, “en cuanto es aplicable”, o “en la parte en que prevé” o “en la parte en que no excluye” su aplicación a cierto supuesto, o en general cierta norma (aunque también es posible encontrar sentencias materialmente reductoras que adoptan el fallo propio de una sentencia interpretativa desestimatoria).

En principio, estas decisiones serían, entre las que hemos denominado “sentencias manipulativas”, las que menos problemas plantearían en cuanto a su legitimidad constitucional. Siempre que se considere que el Tribunal Constitucional puede enjuiciar la constitucionalidad de las normas contenidas en una disposición legal, y no solo del texto de la misma, se tenderá a admitir este tipo de fallos. Admitido lo anterior, no deberían plantear excesivos problemas

en cuanto a la relación entre Tribunal Constitucional y legislador, ya que aquí la decisión del Tribunal posee unos efectos meramente negativos (o reductores), si bien recae sobre el contenido normativo. Y, partiendo del mismo presupuesto, tampoco deberían provocar conflictos entre Tribunal Constitucional y jueces ordinarios, ya que si aquel puede pronunciarse también sobre normas, podrá declarar la inconstitucionalidad de estas, que es lo que vienen a hacer estas sentencias. En todo caso, la licitud de este medio conlleva un requisito adicional, consistente en que el contenido normativo inconstitucional sea escindible o posea cierta autonomía respecto al contenido subsistente, de manera que este pueda entenderse y considerarse existente aun después de la declaración de inconstitucionalidad, sin necesidad de ser “completado” o precisado por la propia sentencia (en caso contrario, lo procedente sería la declaración de inconstitucionalidad simple).

Dentro de las sentencias reductoras, se ha distinguido las que operan una reducción absoluta, y aquellas que realizan una reducción relativa: en el primer caso, la norma deja de ser aplicable, a todos los efectos y de forma definitiva, en alguno o algunos de los supuestos contemplados en el precepto; en el supuesto de las “reducciones relativas” lo que se produce es una negación de la pretensión de aplicación incondicionada que ostentaba la norma en determinado supuesto. A este grupo pertenecerían las sentencias que declaran que determinado precepto legal “es de aplicación supletoria” en un territorio determinado.

*Francisco Javier Díaz Revorio*

### 923. SENTENCIA SUSTITUTIVA

El supuesto más complejo y difícil de sentencia manipulativa viene constituido por las llamadas “sentencias sustitutivas”, en las que un precepto es declarado parcialmente inconstitucional, al tiempo que se dispone que la parte declarada inconstitucional se sustituya por otra indicada por el Tribunal. La fórmula usual de este tipo de decisiones es la declaración de inconstitucionalidad del precepto “en la parte en que” dispone algo en lugar de o “antes que” (*anziché*) otra cosa, aunque también en este caso es posible encontrar sentencias materialmente sustitutivas que adoptan de manera formal fallos interpretativos desestimatorios.

En realidad, las sentencias sustitutivas se diferencian del resto de las sentencias manipulativas en que implican una declaración de inconstitucionalidad parcial que podría afectar a una parte del texto (aunque también, como es obvio, al contenido normativo derivado de ese fragmento textual). Incluso podría dudarse de la pertenencia de estas sentencias al grupo de las manipulativas, que viene definido precisamente porque la declaración de inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo derivado conjuntamente de una disposición textual, no afecta sin embargo a esta. Pero creo que es preferible considerar que las sentencias sustitutivas son una especie “anómala” —aún más— de las sentencias manipulativas, ya que su distancia con otro tipo de decisiones es mucho mayor. En efecto, y a pesar de operar esta inconstitucionalidad parcial sobre el texto, poco tienen que ver estas sentencias con las de acogimiento parcial sobre la disposición, ya que la operación más relevante realizada por una sentencia sustitutiva —precisamente la que sirve para definirla y darle nombre— es la sustitución realizada en el conteni-

do normativo del precepto. Desde esta perspectiva se aprecia su proximidad a las restantes sentencias manipulativas, ya que dicha sustitución supone, en mayor medida que cualquier otra decisión, una modificación o alteración del contenido normativo.

De acuerdo con el esquema de funcionamiento de estas sentencias, las mismas realizarían en realidad la misma operación que una sentencia aditiva (la adición, añadido o extensión del contenido normativo), si bien precedida de la anulación de una parte del contenido normativo. Se ha distinguido en las sentencias sustitutivas un aspecto “ablatoivo” (*profilo ablatorio*), que produciría el efecto de crear un vacío normativo, acompañado de un aspecto reconstructivo (*profilo ricostruttivo*) dirigido a llenar dicho vacío. Desde el punto de vista de la formulación de los pronunciamientos, esta apreciación es ajustada a su formulación más habitual. Con todo, como ya se ha destacado, en realidad al menos una parte de las sentencias aditivas conllevan también un aspecto “ablatoivo” o de anulación, si bien este recae sobre una norma implícita, pero derivada de la disposición impugnada.

En propiedad, hay dos diferencias entre sentencias aditivas y sustitutivas: la primera, que en estas el aspecto de ablación recae (por lo menos la mayor parte de las veces) no solo en la norma, sino también en parte de la disposición, mientras que en las aditivas, en caso de existir, siempre recaería sobre una norma implícita de exclusión. La segunda diferencia reside en que mientras en las sentencias aditivas la parte reconstructiva surge “automáticamente” de la anulación de la norma implícita, o de la interpretación extensiva o analógica del precepto, en las sentencias sustitutivas esa parte no siempre deriva necesariamente del precepto impugnado, ni es consecuencia de la anulación de la parte inconstitucional, sino que es normalmente añadida por el propio Tribunal obedeciendo —en el mejor de los casos— las exigencias constitucionales.

Se puede comprender que las sentencias sustitutivas son las más cuestionables desde el punto de vista de su legitimidad, así como en sus efectos. Para una valoración más precisa de este aspecto, es preciso distinguir diversos supuestos (siguiendo a Lanzillo, “Potere creativi della Corte Costituzionale nei guidizi incidentalì sulla validità delle leggi”, en *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, Milán, 1985): *a*) los casos en los que la disposición sustitutiva no es sino la enunciación de los efectos que inevitablemente el intérprete habría debido deducir de la declaración de ilegitimidad, con base en la lógica del sistema (entre los que pueden considerarse incluidos aquellos en los que la adición puede derivar de la correcta interpretación del precepto, tras dicha declaración de inconstitucionalidad parcial), estos supuestos estarían dentro de la función que corresponde al Tribunal, pero parece que serán los menos frecuentes, y *b*) los casos en los que el Tribunal introduce reglas del todo nuevas y diversas, en los que por ello mismo sobrepasa los límites de sus poderes (también estaríamos en este segundo caso cuando esas reglas puedan derivar de la Constitución, pero no del precepto impugnado, según queda tras la declaración de inconstitucionalidad).

*Francisco Javier Díaz Revorio*

#### 924. SENTIMIENTOS DE LA NACIÓN

La expresión “Sentimientos de la Nación”, es un pensamiento reflexivo que expresaba la conciencia colectiva de la nación, fue un gran legado que Mo-

relos dejó a los Mexicanos. En ellos dictó los puntos básicos para redactar la Constitución política de un país que quería surgir a la vida independiente y soberana (*Enciclopedia Guerrerense*).

Fue inspirada por José María Morelos y Pavón (sacerdote, jefe militar, reformador político y social, y “Siervo de la Nación” como él mismo se denominaba) (H. Timmons, *Morelos*, p. 114.), quien bajo la dirección de Hidalgo, que habló sobre la necesidad de “fomentar un congreso con representantes de todas las provincias”, con el fin de institucionalizar el movimiento emancipador, Morelos, tan pronto aseguró el dominio de una vasta región del sur, convocó al congreso, conocido como Primer Congreso de Anáhuac, con el propósito de establecer un gobierno que, “al frente de la nación administre sus intereses, corrija los abusos y restablezca la autoridad e imperio de las leyes”. (*Enciclopedia Guerrerense*)

Morelos eligió al pueblo de Chilpancingo, al que elevó al rango de ciudad, para que fuera sede del congreso, y un día antes de su instalación dictó a Andrés Quintana Roo el documento llamado Sentimientos de la Nación. En el texto, Morelos sentó las bases del trabajo de la memorable asamblea, las cuales darían como resultado el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, comúnmente llamada Constitución de Apatzingán, sancionada el 22 de octubre de 1814 (*Enciclopedia Guerrerense*).

Antes de los Sentimientos de la Nación existieron dos documentos similares: los “Elementos de Nuestra Constitución”, de Ignacio López Rayón (De Icaza Dufour, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en las Indias*, p. 418 y el “Manifiesto y los Planes de Guerra y Paz”, de José María Cos). La gran diferencia con el texto de Morelos es que ambos documentos reconocen la persona del monarca español, Fernando VII, como depositario de la soberanía de la Nación, en tanto que, para Morelos “la América es libre e independiente de España y de toda otra nación, gobierno o monarquía” (*Enciclopedia Guerrerense*)

“Los Sentimientos de la Nación”, recapitulan, propuestas y declaraciones, principalmente de Hidalgo, Ignacio López Rayón, de las Cortes de Cádiz, y del propio Morelos, quien incorpora reclamos del pueblo percibidos por él a lo largo de su vida y no considerados hasta entonces. Morelos deseaba que tales puntos fuesen la guía en las deliberaciones del Congreso por el convocado y que finalmente fueran parte de la Constitución ([http://aleph.academia.mx/jspui/bitstream/56789/8644/1/legajos\\_07\\_03001](http://aleph.academia.mx/jspui/bitstream/56789/8644/1/legajos_07_03001)).

*Proclamación de los Sentimientos de la Nación.*

El 14 de septiembre de 1813, reunidos en la Parroquia de Chilpancingo (Pasquel, *Historia antigua y moderna de Jalapa y de las revoluciones del estado de Veracruz*, t. II, p. 238), el secretario de Morelos, Juan Nepomuceno Rosains, leyó el documento que escribió Morelos titulado “Sentimientos de la Nación”, en el que trazaba su programa político y social para que lo discutiera el congreso (H. Timmons, *Morelos*, p. 119), que se instaló en esa misma fecha y empezó con el pronunciamiento de Morelos del discurso inaugural los “Sentimientos de la Nación”, procediendo con el examen del texto (H. Timmons, *Morelos*, p. 119).

Asistieron al Congreso de Chilpancingo delegados en representación de doce provincias, entre ellos: José María Cos, Andrés Quintana Roo, Carlos María de Bustamante, Ignacio López Rayón, José María Liceaga, José Sixto Verduzco, José María Murguía y Galardi, José Manuel de Herrera y el propio Morelos (<http://es.wikimexico.com/wps/portal/wm/wikimexico/periodos/mexico-virrey>)

*nal/aires-libertarios/hechos/los-sentimientos-de-la-nacion*). El documento “Sentimientos de la Nación” de Morelos, se conserva en el Archivo General de la Nación ([http://es.wikipedia.org/wiki/sentimientos\\_de\\_la\\_nacion](http://es.wikipedia.org/wiki/sentimientos_de_la_nacion)).

Consta de 23 puntos acerca de las materias de mayor importancia para la causa insurgente (*Enciclopedia Jurídica Mexicana*).

“Sentimientos de la Nación.

1° Que la América es libre independiente de España y de toda otra Nación, Gobierno o Monarquía, y que así se sancione, dando al mundo las razones.

2° Que la religión católica sea la única, sin tolerancia de otra.

3° Que todos sus ministros se sustenten de todos y solo los diezmos y primicias, y el pueblo no tenga que pagar más obviaciones que las de su devoción y ofrenda.

4° Que el dogma sea sostenido por la jerarquía de la iglesia, que son el papa, los obispos y los curas, porque se debe arrancar toda planta que Dios no plantó: *omnis plantatis quam nom plantabit Pater meus Celestis Cradicabitur*. Mat. Cap. XV.

5° Que la Soberanía dimana inmediatamente del Pueblo, el que solo quiere depositarla en el Supremo Congreso Nacional Americano, compuesto de representantes de las provincias de números.

6° Que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estén divididos en los cuerpos compatibles para ejercerlos.

7° Que funcionarán cuatro años los vocales, turnándose, saliendo los más antiguos para que ocupen el lugar los nuevos electos.

8° La dotación de los vocales, será una congrua suficiente y no superflua, y no pasará por ahora de ocho mil pesos.

9° Que los empleos solo los americanos los obtengan.

10° Que no se admitan extranjeros, si no son artesanos capaces de instruir y libres de toda sospecha.

11° Que los Estados mudan costumbres y, por consiguiente, la Patria no será del todo libre y nuestra mientras no se reforme el Gobierno, abatiendo el tiránico, substituyendo el liberal, e igualmente echando fuera de nuestro suelo al enemigo español, que tanto se ha declarado contra nuestra Patria.

12° Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales, que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, alejando la ignorancia, la rapiña y el hurto.

13° Que las leyes generales comprendan a todos, sin excepción de cuerpos privilegiados, y que estos solo lo sean en cuanto al uso de su ministerio.

14° Que para dictar una ley se haga junta de sabios en el número posible, para que proceda con más acierto y exonere de algunos cargos que pudieran resultarles.

15° Que la esclavitud se proscriba para siempre, y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales, y solo distinguirá a un americano de otro el vicio y la virtud.

16° Que nuestros puertos se franqueen a las naciones extranjeras amigas, pero que estas no se internen al Reino por más amigas que sean, y solo habrá puertos señalados para el efecto, prohibiendo el desembarque en todos los demás, señalando el diez por ciento.

17° Que a cada uno se le guarden sus propiedades y respete en su casa como en un asilo sagrado, señalando penas a los infractores.

18° Que en la nueva legislación no se admita la tortura.

19° Que en la misma se establezca por Ley Constitucional la celebración del día 12 de diciembre en todos los pueblos, dedicado a la Patrona de nuestra Libertad, María Santísima de Guadalupe, encargando a todos los pueblos, la devoción mensual.

20° Que las tropas extranjeras o de otro Reino no pisen nuestro suelo, y si fuere en ayuda, no estarán donde la Suprema Junta.

21° Que no hagan expediciones fuera de los límites del Reino, especialmente ultramarinas; pero [se autorizan las] que no son de esta clase, [para] propagar la fe a nuestros hermanos de Tierra dentro.

22° Que se quite la infinidad de tributos, pechos e imposiciones que nos agobian, y se señale a cada individuo un cinco por ciento de semillas y demás efectos u otra carga igual, ligera, que no oprima tanto, como la Alcabala, el Estanco, el Tributo y otros; pues con esta ligera contribución, y la buena administración de los bienes confiscados al enemigo, podrá llevarse el peso de la guerra y honorarios de empleados.

Chilpancingo, 14 de septiembre de 1813.

José María Morelos. [Rúbrica]

23° Que igualmente se solemnice el día 16 de septiembre todos los años, como el día aniversario en que se levantó la voz de la Independencia y nuestra santa Libertad comenzó, pues en ese día fue en el que se desplegaron los labios de la Nación para reclamar sus derechos con espada en mano para ser oída; recordando siempre el mérito del grande héroe, el señor Dn. Miguel Hidalgo y su compañero Dn. Ignacio Allende (tachados en el original: “despregaron” “con”, “en mano”).

Repuestas en 21 de noviembre de 1813 y por tanto, quedan abolidas estas, quedando siempre sujetos al parecer de Su Altesa SS” (*Sentimientos de la Nación*)

En Los Sentimientos de la Nación, se establecieron los principios que han sido a lo largo de los años el eje fundamental en torno al cual ha girado el avance de la nación mexicana en su lucha por implantar un gobierno de leyes. Trata de entablar una soberanía que reconozca el Estado nacional como independiente, justo y solidario entre su gente para poder formar una nación digna de respeto y autonomía ante las entidades internacionales ([www.inehrm.gob.mx/pdf/sentimientos.pdf](http://www.inehrm.gob.mx/pdf/sentimientos.pdf)).

Los enunciados formulados por José María Morelos y Pavón, fueron puntos fundamentales para el incipiente Estado nación de la época, pues en ellos se trataron puntos torales que se hacen totalmente actuales, tales como que la soberanía dimana del pueblo representado por el Congreso Nacional ([www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)). Siendo una pena que a doscientos años de que Morelos emitió Los Sentimientos de la Nación, el pueblo no tenga una verdadera representación en ese Congreso, pues estos como antaño solo observan los intereses de los grandes capitales, olvidándose de los intereses del pueblo.

Proclama la división de poderes —Legislativo, Ejecutivo y Judicial—, separados pero compatibles, inspirados en Montesquieu, quien en su obra *El espíritu de las leyes*, afirmaba que no hay Constitución, aunque se tenga, si no hay división de poderes ([www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)). Cuestión esta última que inequívocamente aún no se cumple en nuestro país, pues es inconcuso, que el

Poder Ejecutivo tiene actualmente el control de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por ende del Poder Judicial de la Federación.

En otro punto refiere, “que las leyes generales comprendan a todos sin excepción de cuerpos privilegiados”, realidad que no se cumple no solo en el ámbito penal, sino en el civil, laboral, agrario así como el administrativo, por la total falta de observancia a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los tratados internacionales.

En otro punto que para colmo tampoco se ha conseguido, es el que refiere “que para dictaminar una ley se haga junta de sabios para que procedan con acierto...”, pero hoy dónde están los sabios, si el Congreso está lleno de todo menos de eso, “sabios”, lo cual es sin duda lamentable, lo que se refleja en las leyes emitidas al vapor, leyes que hacen unos cuantos para beneficiar a los grandes capitales nacionales y extranjeros, por eso, dónde están los sabios, si el 90% de los diputados y senadores se limitan a levantar el dedo cuando su bandada le indique. En otras palabras, según Morelos, las buenas leyes no son cosa de solo número de votantes, sino la calidad de contenido que proviene, más que de mera información, de sabiduría (<http://estepais.com/inicio/historicos/104/18/cultura.perdurables.leon.pdf>).

Otro sentimiento innovador es el 12, al apuntar hacia la equidad socioeconómica, mediante la moderación de la opulencia y la indigencia, aumentando los salarios de los pobres, ideal que ningún caudillo o Constitución alguna había considerado, pero como vemos, hoy dicho ideal solo sirve de estandarte a todas las fuerzas políticas en sus campañas electoreras, sin que ninguno de los que la proclaman al momento de ser sujetos de elección logre combatirla al estar en el gobierno.

En cuanto a otros sentimientos relativos a la religión e Iglesia, es de advertir la supresión de la inquisición implicada en el punto 3, “puesto que era una planta no plantada por el Padre Celestial”. También es de advertir la moderación del fuero y de las percepciones del clero. Mas por otra parte, es notoria la intolerancia religiosa del punto 2, explicable solo por la mentalidad reinante, que suponía la unidad religiosa como indispensable para la unidad política.

Tal intolerancia va de la mano con los artículos relativos a restricciones frente a extranjeros, cinco en total, con lo que se pretendía preservar con esto la independencia y la seguridad del Congreso, ante las ambiciones de otros países (<http://estepais.com/inicio/historicos/104/18/cultura.perdurables.leon.pdf>). Qué mentalidad la de José María Morelos y Pavón, quien supo ver desde hace 200 años las ambiciones internacionales que pretendían incitar a los legisladores a emitir leyes que los beneficiaran, y nuestros legisladores actuales incapaces de sobreponerse a ello, se dejan manipular por esos intereses de capitales y naciones externas.

El Congreso asumió Los Sentimientos de la Nación en la declaración de independencia del 6 de noviembre de 1813 (<http://estepais.com/inicio/historicos/104/18/cultura.perdurables.leon.pdf>). Con la leyenda: “Dado en el palacio nacional de Chilpancingo, a seis días del mes de Noviembre de 1813.- Lic. Andrés Quintana, vice-presidente,- Lic. Ignacio Rayo.- Lic. José Manuel de Herrera, Lic. Carlos María Bustamante.- Dr. José Sicto Verduco.- José María Liceaga.- Lic. Cornelio Ortiz de Zarate, Secretario” (Pasquel, Leonardo, *Historia antigua y moderna de Jalapa y de las revoluciones del Estado de Veracruz*, t. II, p. 239).

En el poblado de San Cristobal Ecatepec, el 22 de diciembre de 1815, Morelos fue pasado por las armas, sus últimas palabras fueron: “SEÑOR, SI HE OBRADO BIEN, TU LO SABES, Y SI MAL, YO ME ACOJO A TU INFINITA MISERICORDIA” (Icaza Dufour, Francisco, *Plus Ultra. La Monarquía Católica en las Indias*, p. 421).

*Juan Pablo Salazar Andreu*

## 925. SISTEMA CONVENCIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (SISTEMA UNIVERSAL)

El sistema de protección convencional está constituido por dos componentes esenciales: los instrumentos de protección y los órganos de protección. En cuanto a los primeros, existen nueve tratados de derechos humanos que son considerados el núcleo duro, dos de los cuales son de carácter general, siendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y siete tratados que son de carácter específico, dado que protegen ciertas categorías de personas o abordan determinados hechos ilícitos. Entre estos siete tratados están la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Algunos de estos tratados han sido complementados por protocolos relativos a cuestiones específicas, como la abolición de la pena de muerte; la participación de niños en los conflictos armados; la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, entre otras.

En cuanto a los segundos, de acuerdo con Fernando Mariño, debido a que en el ámbito internacional no existe una codificación en materia de procedimientos de control, ya que no hay normas de derecho internacional general al respecto, sino solo normas particulares contenidas fundamentalmente en los respectivos tratados internacionales, cada uno de estos tratados establece la creación de un órgano de control formado por expertos independientes, cuyo mandato es supervisar la aplicación de los tratados en virtud de los cuales fueron creados. Así, para los nueve tratados internacionales de derechos humanos existen 10 órganos de control: el Comité de Derechos Humanos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; el Comité de los Derechos del Niño; el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad; el Comité contra las Desapariciones Forzadas, y el Comité contra la Tortura y el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

La función principal de estos órganos es garantizar el cumplimiento de las obligaciones estatales derivadas de esos instrumentos a través de diversos mecanismos que van desde: a) la publicación de observaciones generales; b)

la revisión de los informes estatales periódicos; *c*) el análisis de denuncias presentadas por víctimas individuales o grupales; *d*) el análisis de comunicaciones interestatales, y *e*) las investigaciones de oficio sobre violaciones de derechos humanos generalizadas o sistemáticas.

A la luz de lo anterior, y siguiendo a Matthew Craven, se pueden identificar por lo menos tres funciones generales de los órganos de tratados: *i*) la función creativa, en el sentido de aclarar y desarrollar los estándares normativos que se han de aplicar. Mediante esta función, los comités tienen la facultad de interpretar las cláusulas de los tratados y publicarlas en forma de observaciones o comentarios generales; *ii*) la función verificadora o examinadora, es decir, evaluar el grado en que los Estados actúan de conformidad con las obligaciones derivadas de los tratados. En este sentido, los Estados presentan informes periódicos sobre la implementación de los tratados, los cuales son evaluados por los comités y, en el marco de un diálogo constructivo, adoptan observaciones finales que deben ser aplicadas por los Estados, y *iii*) la función correctiva, en el sentido de tomar las medidas preventivas o correctivas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones estatales. A la luz de esta función, los órganos de control están facultados para recibir y analizar denuncias o comunicaciones individuales e interestatales que aleguen incumplimientos de las obligaciones establecidas en el tratado en cuestión.

Es preciso resaltar que de los nueve grandes tratados, solo ocho contemplan en su texto la creación de los respectivos órganos de control para vigilar el cumplimiento de los derechos en ellos contenidos; el PIDESC es el único que no sanciona en su texto la creación de un órgano de supervisión especial, sino que solo establece que los Estados se comprometen a presentar una serie de informes al secretario general de la ONU, quien, a su vez, debe transmitir las copias respectivas al Consejo Económico y Social (ECOSOC) para su evaluación. Afortunadamente, el artículo 68 de la Carta de la ONU faculta al ECOSOC para establecer las “comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones”, por lo que, con base en ello, el 28 de mayo de 1985, creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con el objeto de llevar a cabo las funciones de vigilancia que se le asignan al ECOSOC en la parte IV del PIDESC.

*Joaquín A. Mejía Rivera*

## 926. SISTEMA EXTRACONVENCIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (SISTEMA UNIVERSAL)

En virtud del artículo 68 de la Carta de la ONU, el Consejo Económico y Social (ECOSOC), a través de la Resolución 9 (II), de 21 de mayo de 1946, estableció la antigua Comisión de Derechos Humanos —hoy Consejo de Derechos Humanos—, con el objetivo de examinar la situación y los problemas sobre derechos humanos en el mundo, desarrollar y codificar nuevas normas internacionales y vigilar la observancia de tales derechos por parte de los Estados.

A partir de ese momento, miles de personas le dirigieron peticiones alegando violaciones de sus derechos y solicitaron la intervención de la ONU como instancia de protección internacional. No obstante, como la Carta y la Declaración Universal de los Derechos Humanos no reconocen a las personas un derecho de petición ante los órganos de la ONU, entre 1967 y 1970, el

ECOSOC aprobó las resoluciones 1235 y 1503 que establecen mecanismos de protección basados en tales instrumentos.

Por tanto, el fundamento jurídico del sistema extraconvencional deriva de las competencias generales de la ONU en materia de derechos humanos establecidas en la Carta de la organización y en la Declaración Universal, y sus mecanismos de protección son creados por resoluciones de los órganos competentes y no por tratados específicos de derechos humanos. Este sistema comprende procedimientos que permiten al Consejo de Derechos Humanos examinar posibles violaciones de los derechos humanos fuera del marco convencional; es decir, de los tratados internacionales ratificados por los Estados parte.

El Consejo es un órgano intergubernamental compuesto por 47 Estados elegidos de forma directa e individual, en votación secreta, por la mayoría de los miembros de la Asamblea General de la ONU, y su responsabilidad consiste en fortalecer la promoción y protección de los derechos humanos en el mundo. Para cumplir con dicha función, el Consejo cuenta con varios mecanismos de protección.

Un primer mecanismo es la realización de un Examen Periódico Universal (EPU) sobre el cumplimiento de las obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de cada uno de los 192 Estados miembros de la ONU. En la Resolución 60/251 de la Asamblea General que creó al Consejo, se decidió que este realizara dicho examen con el objetivo de proporcionar a cada Estado la posibilidad de demostrar, una vez cada cuatro años, que ha tomado acciones concretas para mejorar la situación de los derechos humanos en su respectiva jurisdicción.

El propio Consejo, mediante la Resolución 5/1, de 18 de junio de 2007, estableció formalmente este nuevo mecanismo, en el que permite la participación activa de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos nacionales e internacionales, lo cual abre un abanico de oportunidades para transmitir al Consejo información relevante sobre la materia, que muchas veces los Estados omiten suministrar en sus informes oficiales. En términos generales, el examen del informe periódico de un Estado es realizado por un grupo de trabajo integrado por los 47 Estados miembros del Consejo, cuyo resultado se presenta a través de un informe, que consiste en un resumen de las actuaciones del proceso del examen, las conclusiones o recomendaciones hechas al Estado y los compromisos asumidos por este.

El examen realizado por el Consejo se basa en: *a)* la información suministrada por el propio Estado examinado; *b)* una compilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) de la información contenida en los informes de los órganos de tratados, los procedimientos especiales y otros documentos oficiales pertinentes de la ONU, y *c)* la información creíble y fidedigna adicional que proporcionen otros interlocutores —como las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos—, que también deba considerar el Consejo en el examen y que será resumida y presentada por la OACNUDH. Antes de que el pleno del Consejo apruebe y publique el resultado del examen, el Estado examinado tiene la oportunidad de presentar sus argumentos o respuestas a las cuestiones que no se trataron suficientemente en el proceso, y las organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos también

tienen la oportunidad de hacer observaciones generales antes de que el pleno adopte dicho resultado.

Un segundo mecanismo de protección son los procedimientos permanentes —el procedimiento 1253 y el procedimiento 1503—, mediante los cuales los individuos y organizaciones pueden presentar ante el Consejo denuncias sobre violaciones a los derechos humanos. El Procedimiento 1235, adoptado mediante la Resolución 1235 (LXII), de 1 de enero de 1967, introdujo una modalidad por la que las comunicaciones o denuncias individuales son consideradas por el Consejo de manera pública; es decir, mediante la convocatoria de un debate público relativo a las graves violaciones de los derechos humanos denunciadas. A su vez, el Consejo tiene la potestad de decidir el establecimiento de un órgano especial de investigación sobre tales hechos, sin que requiera el consentimiento del Estado denunciado. En definitiva, con esta publicidad se pretende que el Estado tome las medidas tendentes a revertir la situación de violación a los derechos humanos para evitar ser criticado públicamente y ser deslegitimado políticamente.

El Procedimiento 1503 fue establecido en virtud de la Resolución 1503 (XLVIII) del ECOSOC con fecha 27 de mayo de 1970 y tiene un carácter confidencial. Mediante este, el Consejo actúa cuando recibe algún informe que muestre patrones persistentes de violaciones graves a los derechos humanos, como el genocidio, el *apartheid*, la discriminación racial y étnica, la tortura, los desplazamientos forzados y el encarcelamiento masivo sin juicio alguno. Aunque con este procedimiento el Consejo también puede establecer un órgano especial de investigación sobre supuestas violaciones a los derechos humanos, requiere el consentimiento del Estado implicado para realizar tales investigaciones. A su vez, el Consejo cuenta con un amplio margen para decidir cómo manejar determinada situación y qué acciones emprender una vez finalizada la averiguación correspondiente. Pese a la confidencialidad de este procedimiento, desde 1978, el presidente del Consejo (antigua Comisión) publica la lista de países que han sido objeto de examen por parte de este órgano, lo cual constituye, aunque con limitaciones, una herramienta para ejercer mayor presión política sobre tales Estados.

Durante el primer año de su funcionamiento, el Consejo actualizó los procedimientos 1253 y 1503, pero manteniendo básicamente los mismos términos que ya existían en tiempos de la Comisión. En términos generales, y según Marisa Viegas-Silva, el Consejo *i)* ha matizado los criterios de admisibilidad de las denuncias presentadas en el marco de estos procedimientos; *ii)* ha establecido el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones y el Grupo de Trabajo sobre las Situaciones; *iii)* ha permitido mayor acceso a la información procesal, pese al mantenimiento de la confidencialidad; *iv)* ha establecido plazos, tanto para que el Estado presente la información solicitada como para que el Consejo decida sobre la situación; *v)* ha abierto la posibilidad de solicitar que la identidad del denunciante no sea informada al Estado; *vi)* ha incluido la posibilidad de recomendar a la OACNUDH que apoye al Estado investigado por medio de asistencia técnica, y *vii)* se reduce la amplitud, conservando la flexibilidad y añadiendo más objetividad en la selección de los asuntos verdaderamente importantes.

Un tercer mecanismo de protección, que generalmente se utiliza cuando a pesar de los procedimientos anteriores persisten las graves violaciones a los

derechos humanos, es el sistema de procedimientos especiales, mediante los cuales el Consejo investiga las situaciones concretas en los países o cuestiones temáticas en todo el mundo. Estos pueden estar integrados por una persona (denominada “relator especial”, “representante especial del secretario general”, “representante del secretario general” o “experto independiente”), o por un grupo de trabajo compuesto, por lo general, de cinco miembros (uno de cada región del mundo).

Los mandatos de los procedimientos especiales encomiendan a sus titulares a examinar, supervisar, prestar asesoramiento e informar públicamente sobre las situaciones de derechos humanos en países o territorios específicos, o sobre los principales problemas de violaciones de derechos humanos a escala mundial. Entre las actividades que realizan podemos mencionar la de dar respuesta a las denuncias individuales, realizar estudios, prestar asesoramiento en materia de cooperación técnica en los países y participar en las actividades generales de promoción de los derechos humanos. Actualmente hay 43 mandatos temáticos (p.ej., relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias; etc.) y 13 mandatos por país (p.ej., experto independiente sobre la situación de los derechos humanos en Malí; relator especial sobre la situación de los derechos humanos en el Sudán; etc.); todos cuentan con el apoyo de la OACNUDH, quien les facilita el personal y el apoyo logístico y de investigación necesarios para el desempeño de sus mandatos.

*Joquín A. Mejía Rivera*

## 927. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El sistema interamericano de protección de derechos humanos es un sistema regional el cual se encuentra establecido en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Sus instituciones principales son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

I. LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Los orígenes de la CIDH, cuya sede se encuentra en Washington, D.C., se remontan a abril de 1948, cuando la OEA aprobó en Bogotá, Colombia, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana). Igualmente, en esa conferencia se aprobó la Carta de la Organización de Estados Americanos que previó en su artículo 106 que existiría “...una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”. En dicho artículo también se previó que existiría “una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos [que] determinar[ía] la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”. Aun cuando no se habían siquiera organizado los trabajos para la elaboración de la Convención de la que hablaba la Carta de la OEA, la CIDH fue creada en 1959 y celebró su primer periodo de sesiones en 1960.

Después de veinte años de haberse propuesto su creación en la Carta de la OEA, en 1969 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor en 1978. La Convención Americana es el instrumento

internacional de mayor relevancia para el sistema interamericano de derechos humanos ya que define los derechos humanos que los Estados ratificantes han acordado respetar y garantizar, crea a la Corte IDH y asimismo define las funciones y los procedimientos de la Comisión y de la Corte.

En la actualidad, la CIDH está integrada por siete miembros que actúan independientemente, sin representar a ningún país en particular. Sus miembros son electos por la Asamblea General de la OEA para un periodo de cuatro años y pueden ser reelectos solo una vez. La CIDH se reúne en periodos ordinarios y extraordinarios de sesiones, varias veces por año. La Secretaría Ejecutiva cumple las tareas que le delega la CIDH y le brinda a esta respaldo jurídico y administrativo en el desempeño de sus funciones.

La CIDH, como órgano de protección y promoción de los derechos humanos en todo el continente, lleva a cabo una gran diversidad de acciones que van desde el conocimiento de casos concretos de probables violaciones a los derechos humanos (funciones cuasi-jurisdiccionales), hasta labores de carácter político.

Dentro de las *funciones de carácter cuasi-jurisdiccional* la CIDH conoce de peticiones en donde se reclaman violaciones a derechos humanos en todo el continente, así como de solicitudes de medidas cautelares. La CIDH posee jurisdicción territorial para analizar cualquier denuncia de violación de derechos humanos en el continente americano en la que haya intervenido un Estado que sea miembro de la OEA, incluso si la representación de su gobierno ha sido suspendido de dicha organización. Así, la CIDH puede conocer casos de los países que han ratificado a la fecha la Convención, utilizando este instrumento internacional para definir la existencia o inexistencia de responsabilidad internacional.

La CIDH ha definido con base en la Carta de la OEA y su propio estatuto que, además de considerar denuncias de violaciones de la Convención Americana cometidas por Estados partes de ese instrumento, la CIDH es competente para examinar presuntas violaciones de la Declaración Americana por parte de Estados miembros de la OEA que aún no sean parte de la Convención Americana. Esto significa que la CIDH puede conocer de casos de países que no han ratificado la Convención Americana pero que sí son miembros de la OEA.

En adición a las funciones de carácter cuasi jurisdiccional de la CIDH, se encuentran las *funciones de carácter político*. Dichas funciones se derivan de lo estipulado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 41. En la práctica, estas actividades se reflejan en la celebración de audiencias temáticas sobre temas de interés en materia de derechos humanos en el continente, la emisión de comunicados de prensa sobre situaciones que puedan llegar a “preocupar” a la CIDH, la elaboración de informes sobre la situación de países, o informes sobre grupos de personas o temáticas de interés, la realización de visitas *in loco*, la realización de consultas sobre temáticas de derechos humanos, la organización de seminarios y cursos sobre el sistema interamericano, reuniones privadas y públicas con autoridades estatales y con miembros de la sociedad civil, entre otras.

II. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La Corte IDH es el organismo jurisdiccional dentro del sistema interamericano de derechos humanos. Fue establecida el 18 de julio de 1978, al entrar en vigencia la Con-

vención Americana sobre Derechos Humanos. El Estatuto de la Corte dispone que es una institución judicial autónoma que tiene su sede en San José, Costa Rica, y cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana.

La Corte IDH está integrada por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA. Los jueces son elegidos a título personal “entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos” (artículo 52 de la Convención). El mandato de los jueces es de seis años y solo pueden ser reelectos una vez. Los jueces que terminan su mandato siguen conociendo de los casos a que ya se hubieren abocado y que se encuentren en estado de sentencia (artículo 54.3 de la Convención). Aunque no existe el requisito de residencia para los jueces en la sede de la Corte, el presidente presta permanentemente sus servicios (artículo 16 del Estatuto). El presidente y el vicepresidente son elegidos por los jueces por un periodo que dura dos años y pueden ser reelegidos (artículo 12 del Estatuto). Finalmente, hay que señalar que la Corte IDH, al igual que la Comisión, cuenta con una Secretaría Ejecutiva cuyos funcionarios tienen como función auxiliar asistir a los jueces del tribunal en sus funciones.

La Corte IDH solo posee competencia para conocer asuntos de países del continente que han firmado y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que expresamente han aceptado su competencia contenciosa. Sobre los demás países del continente la Corte IDH no tiene competencia alguna para conocer de casos contenciosos ni medidas provisionales.

Las funciones principales de la Corte IDH se relacionan con su actividad jurisdiccional ya sea cuando se encuentra en conocimiento de un *caso contencioso*, cuando examina un asunto relacionado con la solicitud de *medidas provisionales* o cuando ejerce su facultad para emitir *opiniones consultivas*. La Corte IDH, a diferencia de la CIDH, carece de competencia para abordar asuntos de carácter político.

Una de las funciones de mayor relevancia de la Corte IDH es la de conocer *casos contenciosos* de violaciones concretas a derechos humanos; por esta vía, la Corte IDH determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana u otros tratados de derechos humanos aplicables al sistema interamericano, por haber incumplido con sus obligaciones de respetar y garantizar esos derechos. De acuerdo con el artículo 61.1 de la Convención “[s]ólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”. Así, el acceso a la Corte IDH no es inmediato, sino que para llegar a esa instancia primero se deben agotar los recursos internos nacionales —si los hubiese—, y posteriormente se debe acudir a la CIDH hasta concluir su procedimiento; si no existe oposición de la CIDH, el caso puede ser eventualmente sometido a la Corte IDH.

En términos del artículo 63.1 de la Convención: “Cuando [el Tribunal] decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte IDH dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado

la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. De esta forma, los fallos son “definitivo[s] e inapelable[s]”. En “caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha fijado estándares a nivel internacional en materia de desapariciones forzadas, amnistías, masacres, tortura, ejecuciones extrajudiciales, inamovilidad de los jueces, libertad de expresión, derechos de los niños, combate a la violencia en contra de la mujer, entre muchos otros temas. La Corte IDH, a pesar de haber conocido relativamente pocos casos ha abordado en su jurisdicción varias de las más graves violaciones a los derechos humanos que no son exclusivas del Continente, de ahí que la Corte IDH sea un referente internacional en la materia.

Todo lo anterior se ha traducido igualmente en que la Corte haya desarrollado su propia doctrina en materia de reparaciones, en donde se incluye no solo medidas indemnizatorias de carácter pecuniario (daño material e inmaterial), sino que se prevé medidas de satisfacción y garantías de no repetición, las cuales pueden consistir, por poner un par de ejemplos, en localizar, identificar, exhumar los restos mortales de las víctimas y entregarlos a sus familiares en casos de desaparición forzada o educar a los funcionarios públicos en materia de derechos humanos.

Para la propia Corte IDH, sus decisiones tienen un impacto que va más allá de los límites específicos de cada caso en concreto, ya que la jurisprudencia que se va formando a través de sucesivas interpretaciones influye en los países de la región a través de reformas legales o jurisprudencia local que incorporan los estándares fijados por la Corte IDH al derecho interno. Para la Corte IDH, el sistema supone que una interpretación coherente de la Convención Americana para todos los países de la región es una condición indispensable para la efectiva vigencia de los derechos humanos en todo el hemisferio americano. En este sentido, la Corte IDH desde 2006 ha ido progresivamente desarrollando el concepto de “control de la convencionalidad” que implicaría una forma de recepción del derecho internacional de los derechos humanos en los países latinoamericanos.

Igualmente, la Corte IDH puede adoptar *medidas provisionales* a favor de una persona o un grupo de personas, a solicitud de la CIDH, en asuntos que no hayan sometida a ella; o a solicitud de los representantes de la víctima o de la CIDH en casos que se encuentren bajo su conocimiento. La Corte IDH dicta estas medidas en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas en los términos del artículo 63.2 de la Convención Americana.

Por último, la Corte IDH ejerce una *función de carácter consultivo*. En el sistema interamericano de derechos humanos en los términos del artículo 64 de la Convención, el derecho de solicitar una *opinión consultiva* no se limita a los Estados parte de la misma, sino que todo Estado miembro de la OEA tiene capacidad de solicitarla, aun si no ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Si bien, solo los Estados miembros de la OEA y algunas instituciones tienen la facultad de solicitar una opinión consultiva, el procedimiento es abierto, siendo la función consultiva de la Corte IDH más extensa —y se

podría decir que más incluyente— que cualquier otra jurisdicción consultiva de cualquier otro tribunal internacional.

*Carlos María Pelayo Moller*

**928. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS  
(EXCEPCIONES PRELIMINARES RELATIVAS A LA FALTA DE  
AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS)**

Las excepciones preliminares son un mecanismo de defensa procesal de los Estados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que buscan evitar que la esta última conozca del fondo de un caso o parte de este. Como indica su nombre, las excepciones preliminares deben resolverse de forma previa al 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 del fondo del caso.

El reglamento de la Corte IDH establece que las excepciones preliminares deben presentarse junto con el escrito de contestación del Estado. Seguidamente, los representantes y la Comisión 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 del caso. 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 invocando en el caso.

Por su parte, en las excepciones relativas a la admisibilidad se sostiene 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 Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), quien inicialmente está facultada y, a su vez, obligada 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 ella. De no ser así, la Corte considera que la excepción preliminar es extemporánea.

Entre los requisitos que deben cumplir las peticiones para que puedan ser conocidos 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 CIDH. Los Estados han presentado excepciones preliminares sobre supuestos incumplimientos a este procedimiento, o de forma más general, violaciones a su derecho de defensa ante la Comisión.

Por último, también se puede interponer como excepción preliminar que se hayan incumplido con las condiciones estipuladas por la CADH para que el caso pueda ser sometido a la Corte. En particular, la Convención otorga a la Comisión y al Estado interesado la facultad de decidir si remite el caso a la Corte en un plazo de tres meses una vez notificado el informe de fondo. Puede ser esgrimido como excepción preliminar que se haya incumplido con este plazo.

*Patricia Tarre Moser*

## 929. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IMPACTO TRANSFORMADOR)

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha ofrecido a los pueblos de América una estructura internacional provista de normas y órganos que persiguen el anhelo de promover los derechos humanos a nivel continental. Dicho sistema está lleno de bondades que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ha enmarcado a través de las facultades de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Estos dos órganos acogidos por el *corpus iuris* interamericano donde prima la CADH han logrado, mediante sus recomendaciones, sentencias, medidas cautelares, opiniones consultivas, visitas *in loco*, etc., trastocar a los Estados parte y, también, han otorgado reparaciones para las víctimas de las violaciones de derechos humanos, pero cabe preguntarnos si el destino final del SIDH son las peticiones individuales, las reparaciones o la respuesta del Estado involucrado.

Para Flávia Piovesan, el SIDH, *inter alia*, ha permitido la desestabilización de los regímenes dictatoriales, ha exigido justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas, y ahora demanda el fortalecimiento de las instituciones democráticas como un combate necesario contra las violaciones de derechos humanos y la protección de los grupos más vulnerables. Además, Mariela Morales Antonazzi y Pablo Saavedra sostienen que los Estados se han *interamericanizado*, abonando con ello, entre otras cosas, al impacto transformador del Sistema. Pero la pregunta es: ¿qué es el impacto transformador?

Antes de responder, no podemos negar que en el estudio del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina —impulsado, entre otros, por el profesor von Bogdandy— se hace alusión a una tendencia que lleva a un “constitucionalismo transformador”; de ahí que el término que nos ocupa es quizás acuñado a partir de esos estudios de los que tampoco se escapa el propio SIDH y las convergencias de este con el orden constitucional.

Así, y atendiendo a la pregunta original, podemos afirmar que el impacto transformador es la capacidad que tiene el SIDH de producir efectos trascendentales en la vida democrática de los Estados parte del mismo con motivo de todos los ingredientes que lo componen, dígase, las recomendaciones, sentencias, medidas provisionales, etc. El impacto transformador atiende al valor agregado de cada caso que llega al mundo interamericano y recoge el supraefecto de las resoluciones. Desde esta óptica, las recomendaciones y sentencias de la CIDH y de la Corte IDH, respectivamente, trascienden a los casos concretos planteados cuando inciden en las políticas públicas, leyes reformadas, diálogo jurisprudencial con las cortes supremas o tribunales constitucionales de los Estados, por citar algunos ejemplos. Ese impacto transformador lleva el pulso de la academia y de la sociedad civil, esta última, quien históricamente ha luchado por la verdad y la justicia.

Para medir el impacto transformador del SIDH bastaría identificar cómo algunas sentencias de la Corte IDH —por ejemplo, *Radilla Pacheco vs. México*, *Artavia Murillo vs. Costa Rica* u *Olmedo Bustos vs. Chile*— han permeado en el aparato político y judicial de sus Estados y logrado trascender al caso individual. La doctrina del control convencional, el sistema de reparaciones de violaciones de derechos humanos en los Estados e incluso la reforma constitucional de México en 2011, tienen los matices del impacto transformador (supraefecto) de los casos individuales que el SIDH acoge.

Como se observa, más allá del análisis de los casos contenciosos resueltos por la Corte, del cumplimiento de recomendaciones y/o ejecución de las sentencias, entre otros, el anhelo final de la protección interamericana de derechos humanos estaría relacionado no solo con *interamericanizar* al continente como antes se adujo, sino que, con todos los elementos que habitan en el SIDH, este contribuya a la democratización del continente, se fortalezca el Estado de derecho y se subraye el diálogo con el derecho internacional de los derechos humanos y, entonces, estaremos frente al impacto transformador.

*Laura Alicia Camarillo Govea*

### 930. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (PROCESO CONTENCIOSO)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención) crea, el sistema interamericano de protección de derechos humanos, que comprende a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con su cumplimiento.

El marco normativo del sistema interamericano de derechos humanos comprende un importante conjunto de tratados interamericanos que complementan la protección brindada por la Convención. En este sentido, la CIDH, cumple un papel cuasi-judicial cada vez que se involucra en casos particulares donde se denuncia a un Estado parte. La CIDH —órgano integrado por siete comisionados o comisionadas— recibe las peticiones, evalúa la admisibilidad, el fondo del asunto y/o envía el caso a la Corte o publica sus recomendaciones. A petición de parte o de oficio, la CIDH también puede intervenir otorgando medidas cautelares, en ciertas situaciones de gravedad, urgencia o posibilidades en que se produzca un daño irreparable.

El procedimiento ante la CIDH se inicia al momento en que una persona o grupo de personas o entidad no gubernamental, presenta ante este órgano peticiones que contengan hechos de violaciones a los derechos humanos protegidos por el marco normativo interamericano. La Secretaría Ejecutiva —órgano permanente de la CIDH— realiza la revisión inicial de las peticiones y evalúa que las mismas contengan los requisitos establecidos en el reglamento de la CIDH a efecto de dar trámite y transmitir las partes pertinentes de la petición al Estado en cuestión.

Con el fin de decidir sobre la admisibilidad del asunto y dado que el sistema interamericano tiene un carácter subsidiario a los sistemas nacionales, la CIDH verifica que se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna que establece un país para hacer efectiva la protección de los derechos humanos de las personas y verifica que esta sea presentada dentro del plazo y no exista otra denuncia ante otra instancia internacional. No obstante lo anterior, existen algunas circunstancias de excepción en las que se exime al peticionario de agotar los recursos internos.

Una vez consideradas las posiciones de las partes, la CIDH mediante informes públicos se pronuncia sobre la admisibilidad del asunto. Si la petición es admitida se registra como caso y se inicia el procedimiento sobre el fondo —el cual tiene el objetivo de establecer las violaciones sustantivas a los derechos humanos— en dicha etapa los peticionarios y el Estado tendrán la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la *litis*. Antes de pronunciarse sobre el fondo, la CIDH consultará a las partes si tienen interés en iniciar un procedimiento de solución amistosa.

La CIDH deliberará sobre el fondo del caso y elaborará un informe que determina si existen violaciones. En caso positivo, la CIDH preparará un informe preliminar con las recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión fijando un plazo en el que el Estado deberá informar sobre las medidas adoptadas para su cumplimiento. Asimismo, notificará al peticionario la adopción del informe, sus recomendaciones y su transmisión al Estado.

En caso que los Estados hayan aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, se le dará al peticionario la oportunidad de presentar su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte. A fin de determinar si somete el caso ante este órgano, la CIDH tendrá en cuenta la posición del peticionario, si el Estado ha cumplido las recomendaciones del informe de fondo, la naturaleza y gravedad de la violación, la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema y el impacto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, entre otros.

Si el caso es sometido ante dicha instancia se inicia el procedimiento establecido en su reglamento. En caso de no ser enviado a la Corte IDH el informe se publica conforme lo establece el artículo 51 de la Convención.

La función contenciosa de la Corte comienza a partir de que la CIDH presenta el “escrito de sometimiento del caso” en el que adjunta el informe de fondo de conformidad con el artículo 50 de la Convención. La Secretaría de la Corte realiza un examen preliminar del sometimiento del caso, revisa la documentación para posteriormente notificar a los jueces, al Estado demandado, a la CIDH y a los representantes de las víctimas su decisión de iniciar o no el procedimiento.

En caso positivo, una vez recibida la notificación, la representación de la(s) víctima(s) cuenta con un plazo de dos meses para presentar su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, que deberá contener la descripción de los hechos, las pruebas ofrecidas, la individualización de declarantes, el objeto de su declaración y las pretensiones, incluidas las referidas a reparaciones y costas. A partir de este momento las presuntas víctimas formalizan su capacidad procesal para ejercer sus derechos (*locus standi in iudicio*).

Por otro lado, el Estado también cuenta con un plazo de dos meses, a partir de la recepción de la notificación para dar respuesta a la demanda y exponer su posición sobre el caso, indicando si acepta los hechos y las pretensiones, ofreciendo pruebas y realizando observaciones a las pretensiones de reparación. El Estado demandado, también, puede interponer argumentos que contradigan la competencia de la Corte y el objeto de la demanda —excepciones preliminares—. La respuesta estatal será comunicada a la CIDH, las presuntas víctimas o sus representantes quienes tienen un plazo de 30 días para presentar sus observaciones.

A fin de dar inicio al procedimiento oral, la Corte IDH solicitará a las partes en el proceso su lista definitiva de declarantes, presuntas víctimas, testigos y peritos. Posteriormente, la Corte IDH convocará a una audiencia pública, en la cual se escuchará a los testigos y peritos ofrecidos por las partes. Después de la audiencia pública las partes tienen la oportunidad de presentar alegatos finales escritos en el plazo que determine la Corte IDH. En cualquier momento de la causa, la Corte IDH está facultada para solicitar diligencias probatorias de oficio.

En el supuesto que la parte demandante no se desista del caso y exista un reconocimiento de responsabilidad del Estado demandado, logrando una solución amistosa, esta será homologada por la Corte IDH, que resolverá sobre su procedencia y efectos jurídicos. En caso contrario, la Corte IDH deliberará para emitir una sentencia en la que establezca las violaciones y se pronuncie sobre las reparaciones y costas.

El fallo de la Corte IDH es definitivo e inapelable. No obstante, a fin de contribuir a la transparencia del proceso y esclarecer el contenido y alcance de sus sentencias, las partes pueden solicitar a la Corte IDH su interpretación con relación a las sentencias de excepciones preliminares, fondo o reparaciones y costas. Esta solicitud no suspende la ejecución de la sentencia.

Por último, a fin de supervisar el cumplimiento de sentencias, la Corte IDH requiere informes de los Estados respecto de su cumplimiento, mismos que serán comentados por las víctimas o sus representantes. Asimismo, la Corte IDH puede requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el asunto y en caso de que lo estime conveniente, convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Una vez que cuenta con la información pertinente, determina el estado de cumplimiento de lo resuelto.

*Juan Carlos Gutiérrez Contreras*

### 931. SISTEMA NO JURISDICCIONAL DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El primer paso en la institucionalización de los organismos no jurisdiccionales de tutela de los derechos humanos en nuestro país, se dio con la creación

de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), por decreto presidencial del 5 de junio de 1990 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 1990. La CNDH fue establecida como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, contaba con un titular que era nombrado libremente por el presidente de la República, un secretario ejecutivo, un Consejo Honorario invitado por el Ejecutivo Federal, un secretario técnico también designado por el titular del Ejecutivo Federal y un visitador que dependía del presidente de la Comisión.

La segunda etapa de la figura del *Ombudsman* en México, surgió con la reforma constitucional del 28 de enero de 1992 en donde se elevó a rango constitucional la CNDH y se dispuso que las entidades federativas tuviesen su correspondiente organismo protector y defensor de los derechos humanos, con la creación, en el artículo 102 de la Constitución, del apartado B, que a la letra decía:

“B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los estados”.

Con esto se buscaba, en primer lugar, instituir en la norma fundamental, la existencia y funcionamiento de la CNDH, así como sus homólogos locales, vinculándolos estos con aquella, para integrar lo que se conoce como sistema no jurisdiccional de protección y promoción de los derechos humanos. El precepto constitucional fue reglamentado por la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, expedida por el Congreso de la Unión y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de junio de 1992.

La CNDH se integraba por un presidente que duraba cuatro años, con una posible reelección. Era designado por el titular del Ejecutivo Federal con aprobación del Senado de la República o, en los recesos de esta, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión. También se estableció que formaban parte de la Comisión hasta cinco visitadores generales quienes realizarían, a petición de parte o de oficio, las investigaciones de las quejas individuales, así como el personal técnico, profesional y administrativo que fuera necesario para el desempeño de las funciones del organismo. Además, como ya se ha mencionado, por el mismo procedimiento de designación, se nombraba el Consejo Asesor, integrado, con carácter honorífico, por diez personas de altos méritos y conocimiento de los derechos humanos.

Evidentemente formulaba recomendaciones, denuncias y quejas en los casos necesario. Además, decidía en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de derechos humanos de las entidades federativas..

Se consideró que este organismo no surgió con la fuerza e independencia necesaria para llevar a cabo adecuadamente sus labores, ya que se criticaron los mecanismos para el nombramiento del titular de la CNDH. También se criticó que los recursos materiales y financieros fueran proporcionados por el Ejecutivo Federal, lo que afectaba gravemente la autonomía de la institución. Es por estas críticas que se determinó realizar algunas reformas constitucionales en los órganos de defensa no jurisdiccionales de los derechos fundamentales en México; así fue como el 13 de septiembre de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una sustancial reforma al artículo 102, Apartado B, de la Constitución federal, que modificó en particular ciertos aspectos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Puede señalarse que la autonomía del *Ombudsman* se convirtió en uno de los puntos trascendentes en la reforma.

Se determinó dejar en manos del Congreso de la Unión la facultad de designar y ratificar al presidente de la CNDH, así como a los consejeros de la misma. En efecto, de acuerdo con la reforma constitucional y con la Ley de la CNDH reformada por decreto publicado el 26 de noviembre de 2001, el presidente de la CNDH, deberá ser elegido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada.

Se reiteró en el nuevo texto fundamental que los organismos no jurisdiccionales no son competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. También se conservaron en la mencionada reforma las disposiciones relativas a que la CNDH no podrá conocer de la conducta administrativa de los integrantes del Poder Judicial de la Federación, pero sí deberá resolver sobre las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

Por último, debemos mencionar la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, muy importante en materia de derechos humanos, que también trajo consigo adiciones importantes al sistema no jurisdiccional de protección y promoción de derechos humanos. Ahora los organismos locales también deben tener autonomía respecto a los tres poderes; se establece un sistema más efectivo para el cumplimiento de recomendaciones; se permite que conozcan de la materia laboral, y, supuestamente, la CNDH absorbió la anterior facultad investigadora que el artículo 97 constitucional daba a la Suprema Corte, aunque al no ponerse de acuerdo las cámaras del Congreso de la Unión, en un texto coherente, el último párrafo del apartado B del artículo 102 constitucional quedó con una redacción que parece no tener sentido.

*José Luis Soberanes Fernández*

### 932. SISTEMA TRANSNACIONAL DE PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La expresión “Sistema transnacional de protección judicial de los derechos humanos” hace referencia al fenómeno global que, en los últimos años, ha comenzado a generar el enorme aumento de tribunales nacionales e internacionales en todo el mundo, y a la consecuente interacción entre ellos.

La expansión de la justicia internacional es el desarrollo jurídico más importante después de la Segunda Guerra Mundial (Romano, Cesare, NYU, 1999); el número de cortes y tribunales internacionales creados a partir de

1945, es verdaderamente colosal [el Tribunal Internacional Militar de Núremberg (1945); el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente o Tribunal de Tokio (1945); la Corte Internacional de Justicia (1946); el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (1993); el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994); la Corte Penal Internacional (2002); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1959); la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979); la Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (2006); el Tribunal Especial para Sierra Leona (2002), etcétera]. De igual manera, en el ámbito nacional el aumento de la población, junto con la existencia de nuevas especialidades jurídicas (derecho electoral, competencia económica, derecho de las telecomunicaciones, etcétera), ha dado lugar a la creación e instalación de muchos nuevos tribunales. Y lo cierto es que no solo ha aumentado el número de tribunales nacionales e internacionales en el mundo, sino que su alcance e influencia ahora son mucho mayores (Charney, Jonathan I., NYU, 1999).

Este aumento en el número e importancia de los tribunales ha tenido efectos muy interesantes en cuanto a su forma de trabajo, pero sobre todo, en cuanto a los vínculos, nexos y contactos que ahora se dan entre ellos.

Pese a no ser plenamente conscientes de la existencia del sistema ni de su pertenencia al mismo, en el ejercicio cotidiano de sus funciones los tribunales nacionales e internacionales reciben expedientes, envían documentos, piden datos, solicitan la cooperación de tribunales extranjeros o internacionales, se comunican, aplican criterios de otras cortes del mundo, reciben solicitudes y, en general, *interactúan* de múltiples formas con otros tribunales nacionales o internacionales; es decir, de acuerdo con las reglas aplicables en cada caso, los tribunales “se colocan” en un sitio específico dentro de una estructura mayor, y desde ahí intercambian información y resuelven los asuntos para los cuales consideran tener competencia, lo que paso a paso, está dando lugar a un *todo complejo e interrelacionado*, de carácter *envolvente* y, hasta el momento, *autoorganizado*, de entidades que tienen esencialmente las mismas facultades, que constantemente intercambian información y que en ciertos temas, incluso aplican las mismas normas, y cuyas decisiones resultan cada vez más interdependientes entre sí. Es decir, está dando lugar a un sistema transnacional de tribunales.

En el tema de la protección a los derechos humanos los tribunales nacionales e internacionales de todo el mundo encuentran una razón más de convergencia: las normas jurídicas que tienen que aplicar son básicamente las mismas o, por lo menos, se trata de normas que guardan enormes similitudes entre sí. Esto se debe a dos factores muy claros: al hecho de que los progresos nacionales en relación con estos derechos provienen, en mayor o menor medida, de los mismos documentos históricos (la *Magna Charta* de 1215, la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1796), y a que a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de las naciones del mundo se han ido sometiendo, progresiva y paulatinamente, a los tratados internacionales en esta materia y a los diversos mecanismos de protección —regional y universal— de los derechos humanos y, con ello, incorporando a su derecho las normas y los estándares internacionales. Esto ha dado lugar a que para resolver casos relacionados con derechos humanos,

los tribunales del mundo apliquen normas sumamente similares, o incluso, apliquen exactamente las mismas normas, y es ello lo que provoca que en materia de derechos humanos, los vínculos existentes entre los tribunales del mundo, tanto nacionales como internacionales, tiendan a ser todavía más intensos y manifiestos (Shany, Yuval, 2007; Volcansek, Mary y Stack, John F. Jr., 2005; Bustos, Rafael, 2008; y Martínez, Jenny, 2003).

La idea de formar parte de un sistema global puede parecer poco seductora para muchos juzgadores; no obstante, la pertenencia al sistema es, en cierta forma, inevitable. Una Corte nacional puede ignorar voluntariamente la existencia de un tribunal internacional, pero eso, en sí mismo, es una elección y una que le da forma al sistema transnacional de tribunales, pues en realidad, las Cortes del mundo nacionales o internacionales, no pueden evitar estas interacciones (Martínez, Jenny, 2003). Sería difícil pensar que un tribunal nacional pudiera dejar de reconocer por completo los efectos de una sentencia dictada por un tribunal internacional, o hacer total caso omiso a la petición de auxilio procesal proveniente de un tribunal perteneciente a otra soberanía, o de plano desconocer que existen otros tribunales en el mundo. Por el contrario, la evidencia disponible sugiere que la relación entre tribunales nacionales y derecho internacional es cada vez mayor, y que los tratados internacionales en materia de derechos humanos han tenido una influencia enorme en el derecho interno en casi todos los países el mundo (Heyns, Christof y Viljoen, Franz, 2002).

Existe en realidad un conjunto de fenómenos, no solo jurídicos, sino de carácter económico, político, social y cultural, que desde hace algunas décadas están transformando el mundo a través de la generación de flujos y la creación de redes de actividad e interacción entre seres humanos, organizaciones, naciones, regiones y continentes; hoy día, una línea continua conecta lo local con lo global, pasando por lo nacional y lo regional, y sin duda alguna, los tribunales también son parte de esa nueva forma de interacción universal (López Ayllón, Sergio, 2004).

La visión de una comunidad global de jueces y la noción de un sistema de tribunales, son ideas que todavía pueden generar reticencias y parecer idealistas, pero el fenómeno está ahí (Slaughter, Anne Marie, 2010). Hoy día, los jueces y tribunales del mundo conversan, se reúnen, se leen, se citan entre sí, y gracias a ello, se van convirtiendo paulatinamente en piezas de un mismo sistema, en elementos del “sistema transnacional de protección judicial de los derechos humanos”.

*Mara Gómez*

### 933. SOBERANÍA PARLAMENTARIA (REINO UNIDO)

A pesar de tener diferentes antecedentes —como el caso del *Earl of Shaftesbury* en 1689—, fue el gran constitucionalista inglés del siglo XIX Albert Venn Dicey quien, en su obra *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), expuso de forma más completa la doctrina de la soberanía parlamentaria en el Reino Unido.

De acuerdo con Dicey, este principio es la verdadera piedra angular de la Constitución británica, definiéndola de la siguiente manera: “el Parlamento así entendido tiene, bajo la Constitución inglesa, el derecho a hacer o deshacer cualquier ley; y, además, ninguna persona o corporación tiene reconocido

el derecho, por las leyes de Inglaterra, a anular o rechazar la legislación del Parlamento<sup>7</sup>. Ahora bien, el Parlamento está integrado por tres elementos: Corona, Cámara de los Lores y Cámara de los Comunes.

Conceptualizada de esa forma, Dicey analiza la soberanía parlamentaria a partir de tres dimensiones:

*Primera, legislativa.* El derecho a hacer o deshacer cualquier ley, lo que quiere decir que el Parlamento puede legislar sin límites (esta y la tercera ofrecen una visión muy parecida a las asambleas atenienses en la época de la democracia griega clásica). En tal sentido, los actos parlamentarios tienen supremacía sobre cualquier otro y está atribuida específicamente al Parlamento de Westminster con exclusión del de Gales o Irlanda del Norte.

*Segunda, orgánica.* Esta subraya la inexistencia de una autoridad —aparte del Parlamento— que pueda dejar de lado o desaplicar los estatutos parlamentarios.

*Tercera, generacional.* Se refiere a la imposibilidad de que ninguna generación del Parlamento, pasada o futura, puede obligar a otra.

En resumen, para Dicey, la soberanía parlamentaria significa que los estatutos de Westminster son supremos y por esto hay que entender tres cosas: 1) Parlamento es el de Westminster y la unión entre comunes, lores y la Corona; 2) ninguna otra autoridad del Reino Unido puede desafiarlos, y 3) ninguna generación parlamentaria puede atar a otra.

Puede resultar paradójico que este principio no esté contenido en ningún estatuto parlamentario, pues su reconocimiento y fuerza proviene de la naturaleza misma del sistema jurídico al que pertenece el Reino Unido (el *common law*), lo que significa que su esencia y existencia están determinadas en la labor de los jueces, quienes, como indica la segunda dimensión, tampoco pueden desafiar las decisiones parlamentarias.

La anterior es la definición clásica de la soberanía parlamentaria ofrecida por su más importante expositor (Dicey); sin embargo, el tránsito del tiempo ha ido modificando o retando su composición o desenvolvimiento. Observemos cuatro fenómenos relacionados con ello.

*Primero, los Parliament Acts 1911 y 1949.* Previo a estos actos parlamentarios, el procedimiento legislativo requería de tres lecturas en cada Cámara y el consentimiento real para que un estatuto entrara en vigor. Sin embargo, el *Parliament Act 1911* transformó el veto de la Cámara de los Lores por una suspensión del procedimiento legislativo que permite, después de un número de rechazos —específicamente dados en el periodo de tres sesiones en dos años—, la aprobación de una iniciativa de los comunes, con excepción de las materias de extensión de la vida de un Parlamento y los *Money Bills*. Bajo la aplicación de este acto de 1911 se aprobaron tres leyes: *Government of Ireland Act 1914*, *Welsh Church Act 1914* y *Parliament Act 1949*. Este último acto reducía el tiempo de la Cámara de los Lores indicado en el *Parliament Act 1911* para retrasar el proceso legislativo (a dos sesiones en un año), lo cual fue demandado, dando paso al caso *R. (Jackson) vs. Attorney-General*, reclamándose que este acto de 1949, al no haberse dado bajo los extremos del de 1911, debía ser declarado inválido. Finalmente se determinó válido, porque sí se había dado respetando dichos supuestos. La lectura relacionada con el principio de soberanía parlamentaria se dio de la siguiente manera: las cortes decidieron que, al ser un acto parlamentario, no podía ser derogado, además de que

implicaba el sometimiento de un Parlamento a otro, afectando la tercera dimensión de Dicey.

*Segundo, Devolution.* El Reino Unido es una Corona multinacional donde conviven Escocia, Gales, Irlanda del Norte. Para atender a esta doble identidad de británicos con una nacionalidad específica, se ha determinado un arreglo institucional denominado *Devolution*, un proceso que establece relaciones político-jurídicas entre el Reino Unido y, en el caso que queremos resaltar, Escocia. Bajo el *Scotland Act 1988* se “devolvieron” facultades a Escocia por parte del Parlamento de Westminster, lo que significa poder tener un Parlamento por sí misma, amplias facultades legislativas y autoridades administrativas propias. Lo anterior significa que el Parlamento de Westminster pactó renunciar a determinadas materias a favor de Escocia y su Parlamento. ¿Cómo afecta esto a la soberanía parlamentaria? Por la inhibición de legislar con relación a determinados supuestos. Por ejemplo, aunque Westminster conserva la facultad de modificar el *Scotland Act 1988* para legislar en ciertas materias, se necesita el consentimiento del Parlamento de Edimburgo; esto es llamado *Sewel convention* y, a su vez, este Parlamento puede legislar en materias que no están reservadas a Westminster, como educación, servicios sociales, justicia penal, medioambiente, agricultura, etcétera.

*Tercero. Human Rights Act 1998.* Este acto parlamentario introdujo al sistema constitucional británico el Convenio Europeo de Derechos Humanos, permitiendo a cualquier nacional promover un juicio ante las cortes nacionales, de acuerdo con los estándares de libertades de dicho Convenio y permitiendo hacer un juicio de valor de los actos parlamentarios bajo sus ojos. Concretamente conforme a los dictados del Convenio, los jueces, ante un acto parlamentario violatorio de derechos convencionales, pueden hacer una declaratoria de incompatibilidad —no de desaplicación— después de tratar de interpretarlo conforme y no lograrlo. No hay que omitir que sí se ha discutido la posibilidad de ingresar la facultad de *abstract review* para las cortes, pero estudios en la Cámara de los Lores han declarado que puede comprometer la imparcialidad de los jueces y no garantiza cambios exitosos en las funciones ministeriales.

*Cuarto. Unión Europea.* Esta Unión supranacional, a la que aún pertenece el Reino Unido, ha impuesto determinaciones importantes que afectan el sistema jurídico interior de los Estados miembros. Por ejemplo, una de esas determinaciones se refiere a los requisitos de acceso a la Unión, que exigen a los países candidatos adecuarse a los estándares europeos, muchas veces requiriendo cambios en sus normas fundamentales. Otro ejemplo es la calidad de “fundamental” de la legislación comunitaria, lo que quiere decir que, en las materias propias de la Unión, las decisiones deben aplicarse de manera directa en los Estados miembros, inclusive si tienen legislación interna que la contradiga. De ahí podemos hacer lecturas, por ejemplo, la labor de los jueces si se encontraran frente a una aporía de tal naturaleza. Se ve con claridad la afectación al principio de soberanía parlamentaria. Pero el caso más significativo en el presente es el llamado *Brexit*, del cual podemos hacer, por lo menos, dos lecturas. La primera es la existencia misma del procedimiento que partió del referéndum, esto es, la gran desconfianza que existe en relación con las autoridades de la Unión y su déficit democrático. Ello quiere decir que se toman decisiones que afectan a las personas, pero sin tener ellas una repre-

sentación real en dicha toma de decisiones, lo que ha llevado a dicho déficit y al *Brexit* como una consecuencia real de tal crítica, y que, podemos concluir, es una vulneración a la soberanía parlamentaria, ya que se toman decisiones fuera de su jurisdicción que le afectan, como institución y a las personas bajo su jurisdicción. Por otro lado, el procedimiento iniciado una vez decidida la separación de la Unión Europea ha llevado a un diálogo entre el Parlamento británico, la sociedad británica y las autoridades europeas, y ha puesto en crisis al Parlamento, poniendo en evidencia que sus decisiones deben ser absolutamente ponderadas mirando a instituciones y autoridades fuera de él.

*Victor Manuel Colli Ek*

#### 934. SOBORNO TRANSNACIONAL

Con el desarrollo del derecho internacional y la voluntad de lucha contra la corrupción se han tipificado ciertos delitos que caracterizan este fenómeno y que, sin duda alguna, están hoy considerados como actos de corrupción.

De manera general, el soborno está definido por Transparencia Internacional como el “acto de ofrecer, prometer, dar, aceptar o solicitar una ventaja como una inducción a realizar una acción ilegal, en contra de la ética o que contraviene a la confianza que esta otorga al agente”.

En el derecho internacional, este delito está específicamente definido tanto en la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), en el marco de la OEA (art. VIII), como en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, art. 1).

Ambas convenciones obligan a los Estados parte a tipificar penalmente el soborno transnacional en sus respectivos órdenes jurídicos. Hay que precisar que la convención de la OCDE exige que el soborno tenga efectos al nivel de los negocios internacionales.

A partir de la lectura de dichos convenios, podemos destacar tres elementos constitutivos del soborno: *i) un elemento orgánico*: la persona que acepta el soborno es un agente público del Estado; *ii) un elemento material*: consistente en el acto de soborno, es decir, ofrecer cualquier ventaja indebida a cambio de la realización de cualquier acto indebido por parte del agente público, y que tenga influencia económica o comercial, y *iii) un elemento externo (o internacional)*: quien soborna y quien acepta el soborno son de nacionalidades diferentes.

El soborno, denominado técnicamente cohecho, impone la sanción de ambas personas involucradas en el acto de su realización.

En la mayoría de países latinoamericanos, el sistema penal hace una distinción entre dos tipos de cohecho, sancionando a los funcionarios o servidores públicos cuando condicionan el cumplimiento de su función, o su violación, a la obtención de una ventaja (cohecho pasivo); y también a las personas privadas que proponen o aceptan conceder una ventaja al funcionario o servidor público a cambio de que realice u omite actos propios de su cargo o en violación de su deber (cohecho activo).

Es evidente que los actos de soborno, al interferir en el desempeño de las funciones del servidor público a través de ventajas indebidas, afectan la calidad y eficiencia de la Administración pública en cuanto proveedora de servicios esenciales propios del buen funcionamiento del Estado.

La globalización de las sociedades y la apertura de los Estados a los mercados internacionales, sin duda, han tenido un impacto en el fenómeno del soborno. Según el Fondo Monetario Internacional, se estima que al año se paga aproximadamente un millón de millones de dólares por concepto de sobornos en el mundo.

Como señala el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, “la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías”, lo que demanda una adaptación de los ordenamientos internos para enfrentarlo con eficiencia, pero también, un esfuerzo de cooperación entre los Estados involucrados en su ejecución.

En este sentido, es necesario que la persecución del soborno abarque también los delitos de cohecho cometidos por personas jurídicas. Por ello, en tiempos recientes se ha generado una tendencia a incorporar la responsabilidad penal de las empresas en los sistemas penales del mundo, ya que la mayoría de ellos, atendiendo a diversas razones de la tradicional dogmática penal, solo reconocían la responsabilidad penal de las personas físicas. En efecto, hasta hace muy poco, la corriente mayoritaria consideraba que, siendo ficciones legales, las empresas “carecen de capacidad intelectual para generar los elementos subjetivos de dolo y negligencia y, por otro lado, no tienen la capacidad de resocializarse, por lo que no se cumpliría en su caso el fin perseguido por la pena” (Ugaz Sánchez-Moreno y Ugaz Heudebert, 2017, p. 112).

La OCDE ha jugado un papel primordial en la promoción de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la región latinoamericana, planteándola como una condición para poder ingresar a ella. En la mayoría de los casos, esta responsabilidad se reconoce, entre otros delitos, para el delito de soborno transnacional, política consistente con lo establecido en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales que dicha organización promueve.

Es pertinente resaltar que mediante el Compromiso de Lima “Gobernabilidad Democrática frente a la Corrupción”, adoptado en el contexto de la reciente VIII Cumbre de las Américas celebrada en la ciudad de Lima en abril de 2018, los Estados americanos se comprometieron a “Adoptar un marco legal para responsabilizar a las personas jurídicas por actos de corrupción, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, incluidos el cohecho interno e internacional, cuando no esté previsto en la legislación nacional” (compromiso 35).

*José Ugaz*

### 935. *STARE DECISIS*

La expresión *stare decisis* es la abreviación de una locución latina un poco más extensa que dice así: “*stare decisis et non quieta movere*”. Su traducción aproximada al castellano sería “estar a lo decidido, no mover lo ya establecido” y se refiere a una doctrina tradicional de origen anglosajón, sobre la fuerza y permanencia del precedente judicial, es decir, la expresión “estar a lo decidido” se refiere estar a lo dicho por el juez.

Por tanto, se trata de la cuestión sobre el papel y los alcances que tiene la obligatoriedad del precedente judicial en el conjunto del sistema jurídico y del propio Estado de derecho, cuestiones que ameritan una digresión sobre los sistemas jurídicos principales, en lo general, y sobre los modelos judiciales, en particular.

Para los países de tradición romano-germano-canónica, la expresión *stare decisis* estaría dentro de los marcos de la llamada jurisprudencia, pues ella implica —más allá del arte de lo bueno y justo de Celso—, los criterios que emiten los tribunales al resolver los casos concretos, el derecho fijado en ellos. Y por eso es que ahí se contienen las reglas para establecer la obligatoriedad del precedente, de la jurisprudencia. De igual manera, para los países del *common law*, como se ha dicho, se trata del derecho público que se fija por los jueces al resolver un caso concreto y establecer con ello un precedente obligatorio. En ambos casos, pues, se trata de *la facultad y poder del juez no solo para interpretar la ley al resolver los casos bajo su jurisdicción, sino para crear auténticamente reglas de derecho*, que sirvan de precedentes para casos futuros. La doctrina del *stare decisis* parte, por tanto, de considerar y aceptar que los criterios judiciales son una fuente de derecho y no una mera reproducción o interpretación del mismo. Pero existe una diferencia importante. Para los países que usan derecho anglosajón, como lo son Inglaterra —de donde es originaria la doctrina del *stare decisis*— o Estados Unidos, basta con un solo caso para que lo resuelto en él se vuelva precedente obligatorio. En cambio, para los países pertenecientes al otro sistema —al romano-germánico—, se requiere la repetición del criterio más de una vez, como el caso de México, en donde —entre otras formas de hacer jurisprudencia— se necesita que lo sustentado en el caso se reitere cinco veces.

Vale la pena una puntualización. Que “lo sustentado” en el caso se repita varias veces permite analizar con mayor detalle qué elementos abarcan “lo” sustentado, pues no todos los argumentos que componen la sentencia son propiamente jurisprudencia, ni todo lo dicho en la sentencia son argumentos con fuerza obligatoria para “estar a lo decidido por el juez”.

Más allá de la explicación etimológica de la función jurisdiccional como aquella referida simplemente a la “dicción del juez” o a “decir el derecho”, en una sentencia se pueden encontrar dos componentes: la *ratio decidendi*, o razón de la decisión, y el *obiter dictum*, o dicho sea de paso. El primero de ellos es el relevante para la doctrina del *stare decisis*, pues se debe estar a lo decidido por el juez, atendiendo a las razones que soportaron la decisión, las razones empleadas por el juzgador para validar y pronunciar, sentenciar, el caso sometido a su consideración; no los argumentos que usó de paso, o que no son centrales, esenciales, en la decisión.

De esta manera. y pasando a los modelos judiciales, la doctrina del *stare decisis* se encuentra muy lejos de la consideración del juez como el “ser inanimado que pronuncia las palabras de la ley” (Montesquieu), pues la fuerza del precedente contenida en la función judicial no es más una función mecánica del sistema jurídico, como pudo pensar el positivismo del siglo XIX, sino un auténtico contrapeso, con el poder incluso de anular la ley, que “poco a poco, y con los golpes redoblados de la jurisprudencia llega a sucumbir al fin” (Toqueville).

En razón de lo anterior, se desprende que no tiene la misma fuerza un precedente que anula una ley, que aquel que solamente la interpreta, sea a

título de normas generales aplicables a casos futuros, como cuando se fija el alcance de una norma y cómo deberá ser entendida en lo posterior; o bien, a título de normas directrices que guíen asimismo la interpretación de otras normas, como son las que se refieren a la manera en que debe interpretarse el principio pro persona.

Por tales motivos, se podría clasificar “lo decidido por el juez” en, al menos, dos modalidades. Un *stare decisis de fondo* o sustancial, referido a que debe estarse a lo decidido por el juez cuando fija el alcance de una norma o la anula por virtud de su inconstitucionalidad; y un *stare decisis procedimental o formal*, referido a que debe estarse a lo decidido por el juez cuando en sus criterios se encuentran pautas para interpretar otras normas. Este último tipo parece ser el que más cambios puede sufrir con el tiempo, ya que con todo y que la doctrina del *stare decisis* busca dar firmeza y estabilidad al derecho público, no puede evitarse su constante adaptación a las circunstancias y su constante evolución por los cambios registrados en la misma sociedad.

En conclusión, la doctrina del *stare decisis* busca dar seguridad jurídica al sistema judicial y, con ello, a los destinatarios de las normas, pues la regla de derecho aplicada a un caso debe ser aplicada a otro con características iguales o, por lo menos, similares. No obstante, y dada la advertencia que se hace por Tomás de Aquino en su *Tratado de la ley*, respecto de que los principios de la razón práctica no cambian en lo general (lo decidido por el juez es una función de la “razón práctica”, al estar orientada a la conducta y actos humanos) pero en los casos particulares sí, al decir “aunque en sus principios comunes todavía se encuentra cierta estabilidad, cuanto más se desciende a lo particular tanto más excepciones ocurren” (Sum. Theol., I, II, c. 94 a.4), deberá pensarse en un sistema *stare decisis* ciertamente flexible.

Como dijera Gustavo Zagrebelsky en su obra clásica, un “derecho dúctil”, del que se trae aquí la expresión para referir un *stare decisis dúctil*, moderado, que pueda encontrar el difícil equilibrio entre la estabilidad, necesaria en cualquier sistema jurídico, y la flexibilidad, igualmente necesaria en cualquier sociedad moderna sujeta a la velocidad cambiante de esta época.

**César Enrique Olmedo Piña**

### 936. SUBSUNCIÓN

La subsunción es una forma de razonamiento que se utiliza para aplicar normas generales a casos individuales. Su estructura es similar a la forma del *modus ponens* en el contexto de la lógica deductiva, aunque cuenta con la característica específica de contener, por lo menos, una proposición normativa, tanto en el ámbito de sus premisas como en su conclusión. Es por ello que algunos entienden a la subsunción como un *modus ponens deóntico*. La representación más aceptada de este esquema inferencial es aquella explicada por Robert Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*:

- (1) (x) (Tx → ORx)
- (2) Ta
- (3) ORa      (1) y (2)

El (1) es una premisa normativa. Allí, “x” representa a una variable de individuo, “T” a un predicado que expresa el supuesto de hecho de la nor-

ma, “ $\rightarrow$ ” al conector condicional o implicación material, “O” al operador deóntico del mandato y “R” un predicado que enuncia una acción calificada deónticamente. El (2) es una premisa fáctica. En dicho ámbito, “a” representa a una constante de individuo que cumple con el supuesto de hecho “T”. Por último, el (3) es la consecuencia normativa que expresa una obligación “O” en cabeza de “a” de hacer “R” en razón de (1) y (2). Un ejemplo sería el siguiente:

- (1) El soldado debe decir la verdad cuando se encuentra en servicio.
- (2) El señor M es un soldado.
- (3) El señor M debe decir la verdad cuando se encuentra en servicio.

Por supuesto, lo anterior constituye un modelo extremadamente simple de la subsunción, pues la cantidad de premisas puede ser expandida según existan indeterminaciones en las normas, por tanto, esa estructura simple puede complejizarse de la siguiente manera:

- (1)  $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
- (2)  $(x) (x \rightarrow Tx)$
- (3)  $(x) (x \rightarrow x)$
- ....
- (4)  $(x) (Sx \rightarrow x)$
- (5) Sa
- (6) ORa      (1) - (5)

Ahora bien, hay quienes objetan que la subsunción aporte algo a la explicación de la toma de decisiones jurídicas. Así, en primer lugar, suele cuestionarse que los jueces no toman sus decisiones motivados por este esquema formal, sino que, por el contrario, suelen optar por una decisión primero, y posteriormente la racionalizan o justifican. Sin embargo, esta objeción no toma en cuenta la distinción entre dos contextos diversos a partir de los cuales pueden ser analizadas las decisiones jurídicas: los *contextos de descubrimiento* y *de justificación*. La subsunción no pretende explicar la toma de decisiones desde el punto de vista del contexto de descubrimiento, es decir, no busca explicar o comprender los motivos empíricos que condujeron a un juez a decidir en un determinado sentido, sino que pretende brindar una elucidación desde el punto de vista del contexto de justificación, esto es, trata de reconstruir cuáles son las condiciones que deben darse para calificar de justificada una determinada decisión. En segundo lugar, suele objetarse que la subsunción es trivial por ser un esquema puramente formal que no condiciona materialmente la toma de decisiones. En definitiva, el resultado de la decisión dependerá de cuál sea el contenido que se le asigne a las premisas; sin embargo, esta objeción representa un desmedido desprecio del poder racional de las estructuras formales. La subsunción explicita cuáles son las premisas que deben ser fundamentadas y cómo deben estar ordenadas o relacionadas. Esto, por supuesto, no alcanza para considerar aceptable o justificada a una decisión. Pero, decididamente, sí aumenta la posibilidad de reconocer y criticar errores en la justificación.

*Federico De Fazio*

937. **SUPRACONSTITUCIONALIDAD DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (COSTA RICA)**

En términos generales, el propósito de estas notas es desarrollar el carácter supraconstitucional que la Sala Constitucional de Costa Rica, en una línea jurisprudencial expansiva y progresiva desde su implementación, ha otorgado a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. En este orden de ideas, la Sala ha sostenido que, en materia de derechos humanos, dichos instrumentos no tienen un valor supralegal (en términos del art. 7 del texto fundamental), como los demás tratados internacionales en otras materias, sino que se aplica el artículo 48 de la Constitución Política, de tal modo que prevalecen incluso por sobre la norma fundamental, si confieren mayores garantías o mayor ámbito de cobertura y aplicación que los derechos previstos en la Constitución.

En este orden de ideas, tras 27 años de funcionamiento de la Sala Constitucional, es posible identificar una serie de sentencias emblemáticas, todas tendentes a potenciar el carácter supraconstitucional de dichos instrumentos. Se trata, en suma, del conocido proceso de constitucionalización de los derechos humanos, lo cual es bien comprendido en el contexto latinoamericano, donde es posible encontrar diversas sentencias de salas, tribunales y cortes supremas encaminadas a dar a dichos instrumentos ese carácter.

Así, la Sala Constitucional de Costa Rica, en materia de derechos humanos, ha destacado su valor normativo como parte integrante del derecho de la Constitución, así como en lo que atañe a la aplicación del control de convencionalidad que ha impulsado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su jurisprudencia, en cuya razón todos los órganos estatales tienen la obligación de interpretar y armonizar todo el ordenamiento jurídico interno respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y los criterios existentes sobre esta, todo en el marco de las competencias procesales y legales. Cabe señalar, al analizar la línea jurisprudencial que se pone de manifiesto en esta contribución, que resulta ser expansiva y progresiva, siempre dispuesta a fortalecer el pleno goce y disfrute de los derechos humanos. No obstante, es preciso mencionar que, en los últimos años, no se ha tratado de un criterio unánime, con lo que podríamos enfrentar, a futuro, una tendencia regresiva en cuanto al reconocimiento de estos derechos. Tales sentencias son:

1) La sentencia 1147-90, de 21 de septiembre, en la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para reconocer a un funcionario judicial sentenciado su derecho a la jubilación. En este pronunciamiento se expresó que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos “tienen, no solo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma (reformado por ley N. 7128 de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28 y 30 —así corregidos los que se invocan en la acción— del Convenio sobre la Seguridad Social, N. 102 de la OIT”. Así, en esta sentencia la Sala resalta que el derecho a los derechos humanos, tanto interno como internacional, prohíbe cualquier tipo o clase de

discriminación en el reconocimiento y garantía de los derechos de los delinquentes, imputados o condenados y, para ello, utiliza como normas aplicables no solo el artículo 33 de la Constitución Política, sino también el Preámbulo y el artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH); los artículos 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); el Preámbulo y los artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); el Preámbulo y el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y otros textos internacionales, entre ellos el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

2) La sentencia 3435-92 y su aclaración 5759-93, pronunciamientos en los que la Sala reconoció el derecho del extranjero casado con mujer costarricense a naturalizarse, tras haber interpretado el artículo 14, inciso 5, de la Constitución Política, de acuerdo con los artículos 2.1, 3 y 26 de la DUDH; los artículos 1.1, 2, 17, 24, 51, 52 de la CADH; y el artículo 23.1.4 del PIDCP. Esta decisión tiene como antecedente la opinión consultiva (OC) emitida por la Corte IDH con respecto a la propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica en materia de naturalización. En efecto, en ese pronunciamiento, OC-4/84, de 19 de enero de 1984, la Corte IDH señaló “que sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges”.

3) La sentencia 2313-95 de 9 de mayo: en que se resolvió la acción de inconstitucionalidad planteada por Róger Ajún Blanco contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la CADH. En este pronunciamiento, la Sala Constitucional declaró inconstitucional la norma impugnada, teniendo en consideración lo resuelto por la Corte IDH sobre la colegiatura obligatoria de los periodistas en la OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, en el sentido de “que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Ahora bien, con respecto a la obligación del país de acatar lo resuelto por la Corte IDH con motivo de su función consultiva, no solo la contenciosa, la propia Sala Constitucional dispuso: “Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo que esta Sala tiene ahora para resolver, debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido. Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que las normas no escritas —como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho— servirán para interpretar, integrar y delimitar el cam-

po de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan (artículo 7.1.). En los propios antecedentes de este asunto, está claro que fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia torna inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mantenerse una colegiatura —obligatoria— para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. En otras palabras, la tesis de “la fuerza moral de la opinión consultiva”, si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente respecto de otros países —Estados— que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta. Pero aplicada al propio Estado consultante, la tesis suena un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta —Opinión Consultiva— la puede archivar aquél lisa y llanamente. Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley N° 4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.

4) La sentencia 2000-09685, de 1 de noviembre, en que se conoció la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley de aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En esta decisión, la Sala Constitucional refirió la eficacia de que se dota, en el sistema de justicia constitucional costarricense, a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que formalmente no han sido suscritos o aprobados conforme al trámite constitucional.

5) La sentencia 2014-12703, de 1 de agosto, en la cual la Sala Constitucional afirma el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, con sustento en la siguiente argumentación: “III.- CARÁCTER VINCULANTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. El control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de las sentencias en los casos *Almonacid Arellano* y otros vs. Chile de 26 de septiembre de 2006, *Trabajadores Cesados del Congreso* vs. Perú de 24 de noviembre de 2006, *Cabrera García y Montiel Flores* vs. México de 26 de noviembre de 2010 y *Gelman c/. Uruguay* de 24 de febrero de 2011) es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas”. Dicho criterio, que no es compartido por todos los magistrados titulares que actualmente integran la Sala Constitucional, ha servido de base para afirmar el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, sobre todo en aquellos

casos en que la República de Costa Rica no es parte. Así, en el caso concreto, la Sala Constitucional se valió de los alcances de la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso *Atala Riffó y niñas vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, en cuanto a la prohibición de discriminar en razón de la orientación sexual, y se obligó al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica a extender a la pareja del recurrente el carnet para el ingreso y uso de las instalaciones de esa corporación profesional y, en caso de presentar las gestiones concretas, tramitar lo correspondiente para que pueda incluirlo como beneficiario de la póliza de vida y asegurado en las pólizas de los seguros voluntarios.

**Víctor Orozco Solano**

### 938. SUPRACONSTITUCIONALIDAD E HIPERCONSTITUCIONALIDAD

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, el prefijo *supra* significa “arriba” o “encima de”, por lo que *supraconstitucionalidad* debe entenderse como aquellos ámbitos o materias de las que carece de jurisdicción cualquier parlamento o autoridad constituida, ya que así como la Constitución está sobre la ley, la *supraconstitucionalidad* está sobre la Constitución.

Por su parte, el prefijo *hiper* significa “exceso”, por lo que debemos entender la *hiperconstitucionalidad* como la característica de aquellas normas constitucionales que son continente de una carga axiológica o ideológica muy importante y significativa.

Siguiendo al profesor Eduardo García de Enterría a través de su obra *La Constitución como norma jurídica*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha reconocido que “... la Constitución responde a valores sociales que el constituyente los consideró primordiales y básicos para toda la vida colectiva, y que las normas constitucionales deben adaptarse a ellos por ser la base del ordenamiento. Se trata de valores que no son programáticos, que tienen valor normativo y aplicación, y que presiden la interpretación y aplicación de las leyes. Ante la posibilidad de que normas constitucionales colidan con esos valores, ‘normas constitucionales inconstitucionales’... y ante la imposibilidad de demandar la nulidad por inconstitucionalidad del propio texto fundamental, la única vía para controlar estas anomalías es acudir a la interpretación constitucional, a la confrontación del texto con los principios que gobiernan la Constitución, de manera que el contenido y alcance de los principios constitucionales se haga vinculante, y evite los efectos indeseables de la anomalía... Luego, cuando normas constitucionales chocan con los principios y valores jerárquicamente superiores, es la interpretación, mediante la acción para ello, la vía principal para resolver la contradicción...” (Acción de Interpretación Constitucional, Exp. núm. 00-2908, resuelto el 3 de septiembre de 2001).

En razón del problema antes descrito, es que autores como Néstor Pedro Sagüés señalen que una de las recetas que pudieran servir para solucionar las controversias internas, ideológicas y normativas de la Constitución, es la denominada “tesis del orden jerárquico de las normas constitucionales”, según la cual, no todas las normas constitucionales tienen la misma jerarquía (afirmación explícitamente reconocida por la Sala Constitucional venezolana), ya que las hay superiores e inferiores, por lo que en caso de que haya oposición entre ellas, deberán prevalecer las primeras.

Dicha tesis debe ser objeto de un miramiento profundo y sosegado, sobre todo cuando en el derecho comparado ya existen, tanto precedentes que la aplican, como textos que han reconocido explícitamente la superioridad de algunas normas constitucionales sobre otras (*normas supraconstitucionales*), o bien, aquellas que sin contar con tal reconocimiento explícito, implícitamente poseen —como dijera Sánchez Agesta— una superfundamentalidad, es decir, una especial constitucionalidad (*normas hiperconstitucionales*).

En esta lógica, la diferencia conceptual existente entre la *hiperconstitucionalidad* y la *supraconstitucionalidad*, consiste en que la primera es la característica implícita que poseen aquellas normas constitucionales que son continente de una carga ideológica o axiológica fundamental, y la segunda es la característica que poseen algunos preceptos constitucionales a los que el propio Poder Constituyente (originario o constituido), en lo concreto o en lo abstracto, les ha otorgado explícitamente una jerarquía superior en relación con las demás cláusulas constitucionales. Así, también debemos afirmar que la relación ideal que deben guardar tales conceptos consiste en que no deben existir normas *hiperconstitucionales* a las que no se les reconozca una *supraconstitucionalidad*, como tampoco sería conveniente que existieran normas *supraconstitucionales* sin que sean *hiperconstitucionales*.

De esta forma, consideramos que dentro de ese nivel jerárquico superior de normas constitucionales puede hacerse la siguiente dicotomía: *i*) aquellas normas que son *supraconstitucionales* debido a que explícitamente —en lo concreto o en lo abstracto— se les ha dotado de una especial jerarquía, y *ii*) aquellas normas que son *hiperconstitucionales* debido a que implícitamente se les ha reconocido su especial carga axiológica o ideológica.

Como ejemplos de normas de las nomenclaturas antes referidas podemos citar los siguientes: *i*) *supraconstitucionalidad concreta*: artículo 44 de la Constitución de Colombia de 1991, a través del cual, el constituyente de aquel país adoptó la decisión de que los derechos de los niños deberán prevalecer sobre cualquier otro derecho, con lo cual, si se actualizara un caso de contradicción normativa entre normas, y una de estas normas tutelara algún derecho de los niños, deberá preferirse esta, debido a que le fue reconocida explícitamente una prevalencia o jerarquía superior respecto de cualquier otra, aun cuando el choque normativo o antinomia se actualice a nivel constitucional; *ii*) *supraconstitucionalidad abstracta*: son las denominadas “cláusulas de intangibilidad” que se configuran en una supraconstitucionalidad abstracta, debido a que el Poder constituyente originario determinó que sus contenidos deberían permanecer como límites materiales inalterables al Poder revisor de la Constitución (*v. gr.* art. 139 de la Constitución italiana de 1947 al señalar: “No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana”); *iii*) *hiperconstitucionalidad*: cláusulas constitucionales que establecen diferentes procedimientos de reforma, unos más agradados que otros, atendiendo precisamente a los contenidos que pretenden ser alterados. A la luz de la teoría constitucional podemos decir que este tipo de cláusulas establecen límites relativos que se imponen al Poder revisor, “...porque una vez que se ha cumplido con el procedimiento exigido —afirma Mijangos Borja— la reforma llega a ser válidamente parte de la Constitución, a diferencia de las cláusulas de intangibilidad que establecen límites absolutos al poder revisor, respecto de ciertos principios constitucionales”.

*Francisco Vázquez Gómez Bisogno*

939. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
(FACULTAD DE ATRACCIÓN)

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

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

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

*Formal.* La facultad de atracción está contemplada en el art. 107 de la Constitución, fracción V, último párrafo, y fracción VIII, inciso b), primer párrafo; asimismo, tiene una regulación legal prevista dentro de las reglas de competencia, en los arts. 40 y 85, ambos de la Ley de Amparo. Recordemos que la mecánica de dicha figura procesal se traduce en el conocimiento de asuntos respecto de los cuales no se tiene competencia para conocer. Así, resulta indispensable determinar, en primer término, cuál es la competencia inicial u originaria que otorgan los preceptos legales y constitucionales, de lo cual se concluye que los tribunales colegiados de circuito conocerán de los amparos directos promovidos en contra de sentencias definitivas y la Suprema

Corte de Justicia conoce de los recursos interpuestos en contra las sentencias dictadas en amparo indirecto, siempre y cuando se hubieran impugnado normas generales y subsista en el recurso el problema de constitucionalidad, o cuando se trate de las relativas a los denominados amparo-soberanía. De esa forma, *a contrario sensu*, se desprende que la Suprema Corte de Justicia no tiene facultad originaria para conocer de amparos directos ni de los recursos de revisión previstos en el art. 81, frac. I, de la Ley de Amparo (con excepción del promovido en contra de la sentencia en la que se involucre una cuestión de inconstitucionalidad); por tanto, es en estos casos en donde la figura procesal encuentra cabida.

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

Por otro lado, debe precisarse que tanto los preceptos constitucionales como legales que regulan la facultad solo prevén la posibilidad de atraer amparos directos y recursos de revisión en amparo indirecto; sin embargo, jurisprudencialmente se ha extendido a otro tipo de asuntos, como son algunos recursos de reclamación y recursos de queja. Para determinar su procedencia se realizó una interpretación teleológica, con la finalidad de entender

la figura como una facultad genérica tendiente a salvaguardar la seguridad jurídica, mediante la cual se autoriza a la Suprema Corte a pronunciarse respecto de aquellos casos que revistan interés y trascendencia. (Según las tesis: 1a. CLXXIX/2012 (10a.) Facultad de atracción prevista en el artículo 107, fracción VIII, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación puede ejercerla para conocer de los recursos de reclamación. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época; tomo 1; septiembre de 2012; Pág. 507 y tesis: 2a. CXLIV/2008. Facultad de atracción prevista en el artículo 107, fracción VIII, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación puede ejercerla para conocer de los recursos de queja. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época; tomo XXVIII; octubre de 2008; pág. 457).

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

**Jorge Mario Pardo Rebolledo**  
**Alejandro Castañón Ramírez**  
**Ricardo Antonio Silva Díaz**

#### 940. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (FACULTAD DE INVESTIGACIÓN)

La expresión “facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación” tiene diversas significaciones. Por un lado, puede entenderse como un mecanismo de control de la constitucionalidad porque vigila que los actos de autoridad se ajusten al texto constitucional; formalmente es judicial ya que los conflictos que se dirimen son resueltos por un órgano calificado para realizarlo, con las características de imparcialidad, objetividad e independencia, es decir, por un órgano judicial y jurisdiccional. De la misma forma, puede entenderse como un procedimiento administrativo porque el resultado no cul-

mina en una resolución judicial, sino en un mero informe con “peso moral especial”. Las resoluciones judiciales forman parte de los actos de los órganos jurisdiccionales y deben diferenciarse de los actos de ejecución y de los actos de administración que resuelven de manera definitiva una controversia, y que pueden ser estimatorios cuando le otorgan la razón al demandante, ya sea un particular o una autoridad, es decir, la pretensión se estima y con ello se validan las peticiones que se solicitan, y desestimatorias o absolutorias, en el supuesto de que se consideren infundadas las pretensiones que hace valer el actor o la autoridad, pero también pueden ser mixtas, en donde se reconocen parcialmente las pretensiones de ambas partes.

En este procedimiento, el desarrollo y la culminación de la investigación no se concluye con una resolución judicial en los términos vertidos, sino que se integra un informe con todas las actuaciones realizadas, pero a manera de recomendación, es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en este proceso solo se limitaba a pronunciarse sobre la suficiencia de la investigación; determinar si existieron violaciones graves a las garantías individuales; señalar a las autoridades involucradas en dichas violaciones, y determinar los órganos y autoridades competentes para actuar en el caso, así como los demás elementos que el ministro o ministros dictaminadores consideraran necesarios.

La facultad investigatoria se estableció como un procedimiento de naturaleza extraordinaria, por virtud del cual se otorgaban competencias a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y cuyo objetivo era determinar la existencia de una violación “grave” a las garantías individuales o al voto público, entendido este último como un verdadero derecho fundamental y no con aquella imprecisión que la propia historia constitucional otorgaba al concepto de “garantías individuales” al entender que su referencia correspondía a los derechos humanos, en su caso, derechos fundamentales.

El antecedente más remoto de la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia se registró el 24 de junio de 1879, cuando algunos marinos del barco *Libertad* se sublevaron en Veracruz contra el gobierno de la República. Luis Mier y Terán, entonces gobernador de la entidad y teniendo conocimiento de dicho pronunciamiento, avisó a Porfirio Díaz, quien era presidente de la República, para informarle lo sucedido, y en respuesta recibió la orden de matar a los insurrectos. El gobernador comenzó las ejecuciones la madrugada del 25 de junio; ante esto, el juez de distrito local, Rafael de Zayas Enríquez, se trasladó a las instalaciones del Batallón 23, donde encontró que nueve de los doce detenidos ya habían sido fusilados. Después de aquel acontecimiento, el juez declaró que los restantes se encontrarían bajo la protección y amparo de la justicia federal.

Los anteriores acontecimientos generaron un escándalo público, y con ello la posibilidad de que sin que mediara procedimiento alguno se generaría un procedimiento extraordinario que permitiera la protección por parte de la justicia federal de las personas que hubieran sufrido alguna violación grave a sus derechos humanos.

La facultad de investigación se incluyó en el texto constitucional de 1917 y, a decir de diversos especialistas en la materia, de manera imprevista, fue presentado por Carranza el proyecto constitucional. A través de dicho procedimiento se otorgaban atribuciones indagatorias, destinadas a garantizar no solo la vigencia eficaz de los derechos fundamentales del gobernado en

general, sino además los derechos político-electorales de los ciudadanos en particular, con lo cual se garantizaba el Estado de derecho, pues contemplaba la posibilidad de su procedencia por violaciones graves a los derechos fundamentales que pudieran verse lesionados por una autoridad, en este procedimiento, se contemplaba una investigación documental que, a la postre, llegaría a producir “una opinión autorizada con un peso moral especial”, por tratarse de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien emitía dicho dictamen, aunque carecía de algún tipo de coerción.

Al proclamarse la Constitución federal de 1917, en el tercer párrafo del art. 97 se estableció por primera vez la facultad de investigación, señalando que la Suprema Corte podía nombrar a alguno o algunos de sus miembros, o algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designar a uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgara conveniente o lo pidiera al Ejecutivo Federal, o alguna de las cámaras de la Unión, o el gobernador de algún Estado, únicamente para que averiguara la conducta de algún juez o magistrado federal, o algún hecho o hechos que constituyeran violación de alguna garantía individual, o la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la ley federal.

En 1977 se eliminó del texto constitucional lo referente a la violación del voto público y se creó uno especial para regularlo, es decir, la reforma de ese año dividió el artículo en dos partes, para formar dos párrafos, el segundo y el tercero; estableciendo de manera inmediata violaciones a las garantías individuales, en el segundo y cambiando de lugar su intervención respecto a la violación del voto público, que se incluyó en el tercer párrafo, indicando que la Suprema Corte de Justicia estaba facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyeran la violación del voto público, pero solo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión. Los resultados de la investigación se tendrían que hacer llegar oportunamente a los órganos competentes. En virtud de la evolución jurídica y política de la materia electoral y con la creación del Tribunal Electoral como un órgano especializado e independiente y su inclusión al Poder Judicial de la Federación, hoy los asuntos de esta naturaleza son resueltos por un órgano cualificado para ello, como única y última instancia.

La facultad de investigación permitía que los comisionados que realizaban dicha actividad fueran nombrados por el Pleno de la Corte en un procedimiento que tenía eficacia inmediata, por lo que la Suprema Corte estimó que no existía la necesidad de que se detallara en una ley o reglamento y, en ausencia de disposición normativa emitida por el órgano legislativo, expidió un acuerdo que indicaba cuál sería el procedimiento para la tramitación de los asuntos sometidos a su competencia.

Este procedimiento no tiene carácter jurisdiccional, ya que toda investigación se limitaba exclusivamente a los hechos consumados determinados por el Pleno en la resolución en la que se acordara el ejercicio de la facultad de investigación. Las investigaciones podrían durar hasta seis meses, correspondiendo al Pleno decidir si dicho plazo podría ser ampliado cuando la investigación así lo requiriera, asimismo, solicitar la colaboración de las personas físicas o morales que resultara necesaria para la investigación, a fin de que manifestaran los hechos o datos que les constaran. Dentro de los quince días siguientes a la

designación de la Comisión investigadora, esta debía elaborar el protocolo de investigación, y lo haría del conocimiento del Pleno, el cual tenía las facultades de modificarlo en cualquier momento.

El ejercicio de la atribución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para investigar este tipo de violaciones solo podía originarse en dos supuestos: *a)* por solicitud del presidente de la República, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o el gobernador de algún estado y *b)* cuando la Suprema Corte lo juzgara conveniente. La distinción con los sujetos anteriores, que pueden solicitar su ejercicio, radica principalmente en que al surtir la primera hipótesis, la actuación es obligatoria, mientras que en el segundo supuesto constituía una facultad discrecional.

En noviembre de 2007, después diversas críticas a la disposición contemplada en el art. 97 constitucional correspondiente a las violaciones graves del voto público, se suprimió el párrafo tercero, dejando sin esa facultad a la Corte. En 2011, con la reforma constitucional en derechos humanos del 10 de junio, la facultad que aún se contemplaba por violaciones graves a los derechos humanos, y con la finalidad de fortalecer el sistema de tutela no jurisdiccional de los derechos humanos, se trasladó a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, dejando sin esta atribución al tribunal constitucional.

*Fabiola Martínez Ramírez*

#### 941. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (MÉXICO)

Es el máximo tribunal del país y cabeza del Poder Judicial de la Federación. Está integrada por once ministros y funciona en Pleno o en salas. Sus sesiones son públicas, y por excepción secretas en los casos que así lo exijan la moral o el interés público. El ministro presidente, que también lo es del Consejo de la Judicatura Federal, no integra ninguna de las salas, es elegido por votación de los once ministros y dura en el cargo cuatro años sin posibilidad de reelección para un periodo inmediato posterior.

El Pleno funciona con un quórum de siete ministros, salvo en los casos que requieren votación de calificada de ocho votos, a saber: *a)* las controversias constitucionales que versen sobre disposiciones generales, respecto de las cuales sea posible declarar la invalidez con efectos generales en términos del artículo 105, fracción I, último párrafo constitucional; *b)* las acciones de inconstitucionalidad; *c)* las declaratorias generales de inconstitucionalidad; *d)* la revocación de los acuerdos generales emitidos por el Consejo de la Judicatura Federal. Salvo en los casos mencionados, sus resoluciones se toman por unanimidad o por mayoría de votos. Las salas requieren la presencia de cuatro ministros para funcionar y sus resoluciones se toman por unanimidad o mayoría de votos de los ministros presentes.

Para el nombramiento de los ministros, el presidente de la República somete al Senado una terna de candidatos a fin de que dicho órgano en el plazo de 30 días, previa comparecencia de las personas propuestas, haga la designación mediante el voto de las dos terceras partes de los senadores presentes. En caso de no hacerse la designación en ese plazo, el presidente de la República elegirá al ministro dentro de esa terna. Si el Senado rechaza la terna propuesta, el presidente de la República puede enviar una segunda

terna y, en caso de que el Senado la rechace, el presidente elegirá al ministro que deba cubrir la vacante. Los ministros duran en su cargo 15 años y no pueden ser reelectos, salvo que hayan ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y ejerce, entre otras, las siguientes atribuciones: conoce en exclusiva de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad; es la instancia definitiva en materia de control de la constitucionalidad de normas generales a través del juicio de amparo, competente para emitir en ese ámbito declaratorias generales de inconstitucionalidad; como máximo intérprete de la Constitución ejerce una función unificadora al resolver sobre las contradicciones de tesis suscitadas tanto en el ámbito del juicio de amparo como en materia electoral, y como garante del federalismo, resuelve las controversias sobre límites territoriales que se susciten entre las entidades federativas y conoce de los juicios de anulación de la declaratoria de exclusión de los estados del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal y de los juicios sobre cumplimiento de coordinación fiscal.

En su carácter de cabeza del Poder Judicial federal, puede expedir acuerdos generales para la distribución de los asuntos entre las salas y su remisión a los tribunales colegiados de circuito, revisar las resoluciones del Consejo de la Judicatura Federal que versen sobre designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, solicitar al Consejo que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal, así como revisar y, en su caso, revocar los acuerdos generales que el Consejo apruebe.

A partir de 2011, se han ido incorporando a la Constitución atribuciones novedosas, tales como conocer del recurso de revisión interpuesto por el Consejo Jurídico del Gobierno contra las resoluciones del organismo garante del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales, en los casos en que dichas resoluciones puedan poner en peligro la seguridad nacional; revisar de oficio e inmediatamente los Decretos expedidos por el Ejecutivo Federal en caso de la suspensión o restricción de garantías a que se refiere el artículo 29 constitucional, y resolver sobre la constitucionalidad de la materia de las consultas populares que sean convocadas por el Congreso de la Unión, previo a la emisión de la convocatoria respectiva.

A lo largo de su historia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha consolidado como un tribunal constitucional; ello principalmente a partir de las reformas constitucionales de 1994 y 2011, las cuales la han configurado como órgano encargado de la defensa del orden constitucional, tanto en el plano de los conflictos entre poderes como en el de la protección a los derechos fundamentales.

Hasta antes de la reforma constitucional de 1994, la Corte no ejercía funciones de control constitucional relevantes. El régimen autoritario que marcó la mayor parte del siglo XX y que permeó a todas las esferas de la vida pública, se tradujo en la prevalencia de un constitucionalismo nominal, en el que la Constitución no era concebida como auténtica norma jurídica vinculante, sino como instrumento legitimador del poder. En ese contexto la función de la Corte se limitaba a la de órgano revisor de la legalidad y protector limitado de los derechos fundamentales clásicos, a través del juicio de amparo. Ante ese escenario, la reforma de 1994 reestructuró a la Corte y la dotó de mejores

instrumentos de control de constitucionalidad mediante el fortalecimiento de las controversias constitucionales y el establecimiento de las acciones de inconstitucionalidad, al tiempo que creó al Consejo de la Judicatura Federal con el fin de reducir la carga derivada de las funciones de administración y vigilancia del Poder Judicial de la Federación que la Corte ejercía. A raíz de dicha reforma, acompañada del proceso de democratización del sistema político, la Corte consolidó su autonomía e independencia y transitó a una concepción de la Constitución en sentido normativo; sin embargo, en ausencia de una reforma en materia de amparo, su función se centró en resolver conflictos entre órganos de poder a través de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, sin que existiera un avance en la protección y desarrollo de los derechos fundamentales.

Las reformas constitucionales de 2011 en materia de amparo y derechos fundamentales vinieron a rectificar la situación. El reconocimiento de los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales como parámetro de validez de la totalidad del orden normativo y las herramientas interpretativas contenidas en el artículo 1o. son el eje de un nuevo paradigma constitucional, en el que los mecanismos de control constitucional se enfocan a la eficaz protección de los derechos fundamentales, lo que ha empezado a traducirse en el fortalecimiento de la Corte como tribunal constitucional en la vertiente de encargado del desarrollo y protección de los derechos fundamentales.

*Arturo Zaldívar Lelo de Larrea*

#### 942. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA)

I. Una transición democrática implica un proceso de disolución de un régimen autoritario, y el establecimiento de alguna alternativa participativa al mismo; es decir que da lugar a la creación de un nuevo sistema político.

II. Si bien la Constitución de 1917 tuvo en su origen y teleología un sentido democrático, en tanto que consagró la división de poderes e intentó establecer un juego de pesos y contrapesos, así como un sistema federal, lo anterior no dejó de ser una mera formalidad, ya que en los hechos se estableció un sistema vertical centralizado en el predominio del presidente, quien contaba con amplias facultades constitucionales y extraconstitucionales, convirtiéndose en la clave de todo el sistema político.

En este contexto, la Suprema Corte se desempeñaba con autonomía aunque atendiendo a consideraciones de carácter político, en asuntos de tal índole, independientemente de que estos la mayoría de las veces no pasaban por los circuitos judiciales, ya que el árbitro que tenía la última palabra, era el titular del Ejecutivo, y las pocas cuestiones que pudieran resultar sensibles para el sistema, se resolvían atendiendo a las características de institucionalidad que caracterizaban a todos los actores del mismo, lo que se tradujo en una escasa relevancia política de la Corte, que se circunscribió a realizar una limitada protección de las garantías individuales.

El sistema gozó de un largo periodo de estabilidad hasta 1968, cuando por primera vez se cuestionó su legitimidad desde la clase media ilustrada representada por los estudiantes universitarios, quienes eran uno de los sectores destinado a formar parte de los beneficiarios del mismo.

Al movimiento estudiantil le siguió un fenómeno de guerrilla rural y urbana que, al margen de la ofensiva que se desató en su contra, generó una reacción del régimen que produjo la reforma política de 1977, que inició un proceso de liberalización que permitió abrir cauces institucionales de participación política a fuerzas antes excluidas.

En 1988 surgió la denominada *corriente democrática* dentro del partido oficial, que se tradujo en una crisis de legitimidad sistémica de tal magnitud, que obligó operar una serie de reformas legales que serían irreversibles para lograr el tránsito democrático.

Todo lo anterior fue gestando una cultura política democrática, surgiendo la participación ciudadana dirigida a promover y crear mecanismos que permitieran la vigilancia y colaboración de los individuos en las tareas del Estado, lo que originó que los márgenes de maniobra orgánicos se fueron estrechando paulatinamente hasta que la transición fue inevitable en 2000.

III. La transición mexicana, no solo no cuestionó la Constitución vigente, sino que la utilizó como uno de sus ejes, adecuándola a la realidad a través de una serie de reformas. Así, en 1987, ante el hecho de que la Corte se había convertido prácticamente en un tribunal de casación, en detrimento de su atribución esencial de máximo intérprete de la Constitución, se buscó dotarla de las herramientas necesarias para que se ocupara de los problemas estrictamente constitucionales, encomendando la problemática de legalidad a los Tribunales Colegiados de Circuito.

En 1994 se modificó la composición orgánica de la Corte, volviendo a la integración de once ministros prevista en el texto constitucional original; se estableció un sistema de control constitucional, integrado en lo fundamental por el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, y se creó al Consejo de la Judicatura Federal como órgano de administración y vigilancia del Poder Judicial, permitiéndole al máximo tribunal dedicarse a sus labores sustantivas.

En 1996 se convirtió a la acción de inconstitucionalidad en la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución, otorgando a los partidos políticos legitimación activa para interponerla.

En 1999 se amplió la facultad de la Corte para que a través de acuerdos generales, decida cuáles asuntos conocerá y cuáles serán remitidos a los Tribunales Colegiados, por haberse establecido jurisprudencia o porque los mismos no implicaran la fijación de un criterio de importancia y trascendencia.

En 2006 se otorgó a organismos protectores de derechos humanos, la posibilidad de interponer acción de inconstitucionalidad.

En 2011 se operaron dos reformas complementarias entre sí; la primera de ellas, modifica sustancialmente el juicio de amparo al ampliar su objeto de tutela integrando a su ámbito de protección los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano; introduce la figura del interés legítimo que permite que se constituya como quejoso quien resulte afectado por un acto no jurisdiccional que violenta un derecho reconocido por el orden jurídico o al que se le afecte una situación de derecho derivada del propio ordenamiento; altera el principio de relatividad de las sentencias introduciendo un sistema atenuado de efectos generales en el que al establecerse jurisprudencia por reiteración respecto de la inconstitucionalidad de una norma general, si la autoridad legislativa no lo subsana, la Corte

puede hacer la declaratoria respectiva, salvo en materia tributaria. La segunda, establece un nuevo medio de control respecto de los decretos expedidos por el Ejecutivo, en caso de suspensión de derechos humanos y sus garantías, mismos que serán revisados de oficio por la Suprema Corte para pronunciarse respecto de su constitucionalidad.

En 2012 se modifica el esquema de la controversia constitucional, para que a través de ella se resuelvan conflictos de límites que surjan entre las entidades federativas.

Finalmente en 2013 se le otorga legitimación activa a los órganos constitucionales autónomos para que interpongan controversias constitucionales.

La anteriores reformas han convertido a la Corte en un tribunal constitucional, generando un medio civilizado y racional para la solución de conflictos entre entes públicos, con lo que ha asumido el rol de órgano de control jurídico de los conflictos políticos que se presentan dentro de una constelación de poderes constitucionales y fácticos, siendo el garante de la observancia de la Constitución para evitar el ejercicio abusivo del poder; lo que fomenta y protege la calidad democrática del Estado, con lo cual es ya un actor pleno de la política nacional, desempeñando así uno de los papeles fundamentales de la transición democrática mexicana.

*Roberto Ávila Ornelas*

#### 943. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY

Desde la Constitución de 1830 (primera Constitución rígida, y sin perjuicio del sistema intermedio que rigió desde la independencia hasta su aprobación), el Estado uruguayo se ha constituido, entre otros, sobre la base del principio de separación de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial).

Al poder judicial le corresponde el ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional (salvo unas pocas excepciones constitucionales expresas: justicia electoral, que se atribuye a la Corte Electoral, la declaración de nulidad de los actos administrativos, que corresponde al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el juicio político, competencia de la Cámara de Senadores, etc.), y su órgano jerarca, la Suprema Corte de Justicia, tiene competencias originarias, establecidas directamente por la Constitución, y otras por ley, en general vinculadas al recurso de casación.

La Suprema Corte se compone por cinco miembros, designados por la Asamblea General (reunión de las dos cámaras legislativas: senadores y representantes), por dos tercios de votos de sus integrantes (art. 236 constitucional). Estas mayorías han conducido a que ningún partido político pueda, por sí solo, designar a miembro alguno de la Corte, sino que se requiere de acuerdos políticos importantes, que tienden a dejar las designaciones a salvo de consideraciones y lealtades políticas. Sin perjuicio de esto, para los casos en que no se logre el acuerdo político amplio, el mismo artículo prevé que, transcurridos 90 días desde la vacancia sin designación del nuevo miembro, asume dicho cargo el miembro de los tribunales de apelaciones con mayor antigüedad en funciones y, en caso de igualdad, el que tenga más años en la Judicatura o en el Ministerio Público.

Los miembros de la Corte tienen un mandato de 10 años y no pueden ser reelectos, salvo que transcurran cinco años entre su cese y la nueva designación. También cesan al cumplir 70 años de edad. Asimismo, solo pueden ser

separados del cargo mediante juicio político, por las causales de violación de la Constitución u otro delito grave, con acusación de la Cámara de Representantes y sentencia de la Cámara de Senadores.

La remuneración de los miembros de la Corte es fijada por el legislativo, que también tiene competencia para establecer el presupuesto del poder judicial. La cuestión salarial ha sido, en parte, objeto de leyes que han establecido equiparaciones, por ejemplo, los miembros de la Corte deben tener igual remuneración que los ministros de Estado. Incluso dentro del poder judicial hay un esquema de porcentajes, conforme al cual la remuneración de los miembros de los tribunales de apelaciones es un porcentaje de la de los miembros de la Corte y con criterios similares se va bajando dentro del Poder Judicial y del Ministerio Público.

Como órgano jerarca del poder judicial, sobre la Corte recae toda la competencia administrativa y presupuestal para el funcionamiento del primero, además de las competencias típicas de casación y las originarias, establecidas en los artículos 239, 256 y siguientes.

Desde el punto de vista institucional, la competencia principal de la Corte refiere a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y su inaplicabilidad para un caso concreto. El sistema de control constitucional uruguayo es atípico. Por un lado, y solo para las leyes formales (expedidas por el legislativo y promulgadas por el ejecutivo) y para los decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción, la competencia jurisdiccional para su control de regularidad constitucional está concentrado en la Corte, que oficia, en parte, como Tribunal Constitucional. Sin embargo, apartándose de lo habitual, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley tienen efectos solo para los casos concretos en que se dictan.

Lo anterior, cuando se declara una disposición legal inconstitucional, conduce a que se presenten muchas demandas en similar sentido. Sin perjuicio de algún caso en que se haya verificado un cambio de jurisprudencia, la Corte tiende a resolver las siguientes demandas mediante el procedimiento abreviado de “decisión anticipada”, remitiendo a los fundamentos de las sentencias cuyo fallo comparte. Asimismo, en muchos casos, ante el elevado número de demandas, el poder legislativo ha optado por derogar la disposición inconstitucional, aceptando el fallo y dando solución similar para todos los casos.

Históricamente, la Corte ha sido muy prudente a la hora de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y, en general, las críticas que ha recibido no pueden ser en el sentido de un activismo excesivo ni por ingresar en el control de decisiones políticas, sino más bien lo contrario.

En los últimos tiempos ha aparecido un enfrentamiento muy marcado entre el poder judicial (entiéndase la Corte, en cuanto órgano jerarca) y el poder ejecutivo. Estos enfrentamientos, con reclamos salariales de jueces y funcionarios técnicos y no técnicos del poder judicial, han venido presentando problemas como nunca se había visto en la historia del país. En los últimos tiempos, la negociación de la Corte con el Ejecutivo ha sido penosa, y se ha visto en la necesidad de tener que petitionar recursos mínimos para el funcionamiento del sistema y para el establecimiento, por ejemplo, del nuevo proceso penal. Esta relación tan especial ha sido en general mal percibida por

la opinión pública, que ha visto a un poder judicial de segundo nivel en una lucha por recursos económicos desgastante con el Ejecutivo y las mayorías legislativas.

Esta realidad de los últimos tiempos pone de manifiesto la necesidad de arbitrar alguna solución fija para el régimen presupuestal del poder judicial.

En general, en el funcionamiento de la Corte se ha advertido que sus miembros actúan con independencia, imparcialidad (son inamovibles) y que sus sentencias son técnicas, previsibles y prudentes. La crítica podría ser que en temas constitucionales son aún muy conservadores, pero se aprecia una evolución lenta pero sostenida en la materia.

*Martín Risso Ferrand*

#### 944. SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS

Es el tribunal superior de Estados Unidos, su sede es la ciudad de Washington, D.C., y es un Tribunal Constitucional paradigmático. Está presidida por el *Chief Justice* y la integran además ocho jueces asociados (*associate justices*). La Suprema Corte de los Estados Unidos (SC) puede conocer cualquier asunto que le sea sometido por un tribunal federal inferior y cualquier otro asunto que le sea sometido por un tribunal estatal, si se trata de la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos y de las leyes; sin embargo, no todos los asuntos que se pretenden someter a su jurisdicción son resueltos. Cada año, los integrantes del Tribunal hacen una selección de los asuntos que consideran deben resolverse para fijar los precedentes que orienten la política judicial y la debida interpretación constitucional.

Su presidente es nombrado por el presidente de Estados Unidos con la aprobación del Senado, al igual que los jueces asociados que integran el Tribunal. Estos funcionarios son designados de por vida, siempre que observen buena conducta. Los miembros del poder judicial, incluyendo a los jueces asociados y al presidente de la SC, pueden ser removidos de sus cargos si se les encuentra culpables de traición, cohecho u otros delitos. No existen requisitos de edad, nacionalidad o profesión, si bien se trata, particularmente en los últimos tiempos, de expertos juristas que han sobresalido en la función judicial o en la academia.

La Constitución de Estados Unidos señala que el poder judicial se deposita en una SC y en tribunales de menor jerarquía, según lo establezca el Congreso. En 1789, el Congreso fijó la estructura y organización de la SC, misma que ha variado con el tiempo conforme a diversas reformas. La Ley Judicial de 1925 (*Judiciary Act*) la facultó para determinar su propia agenda al seleccionar los casos que discrecionalmente debería conocer. La SC escoge alrededor de 80 casos para resolver anualmente de entre 8 mil causas que se le presentan. Al reducir tan drásticamente los asuntos en apelación, la función de la SC, además de resolver la controversia concreta, ha sido la de elaborar instrumentos de política judicial en una función que algunos consideran cuasilegislativa. A partir de entonces, la SC dejó de ser un cuerpo judicial encargado de enmendar los errores cometidos por los tribunales inferiores en litigios privados de carácter ordinario, para convertirse en un Tribunal Constitucional (control difuso) a cargo de políticas públicas de trascendencia nacional y, eventualmente, de repercusión internacional. Esta ley fue promovida por el presidente William Howard Taft, quien fue

el presidente número 27 de Estados Unidos (1909-1913). Fijó la separación entre el Congreso y los tribunales federales, incrementó las facultades de los tribunales de apelación, que resuelven 98% de las apelaciones, y afianzó la supremacía judicial.

El punto de quiebre histórico en el devenir de la SC es la decisión contenida en la sentencia *Marbury vs. Madison*, que otorgó al poder judicial el carácter constitucional de ser una de las tres ramas de la división de poderes. Los esfuerzos del juez John Marshall en esta sentencia le confrieron a la SC la facultad y responsabilidad de definir la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso. Al establecer que la Ley del Congreso resultaba inválida, la SC asumió el poder de revisar la constitucionalidad de los actos del Congreso. Adicionalmente, a partir de esta sentencia, la SC tiene a su cargo la interpretación de la Constitución cuando se encuentre en conflicto con actos de las legislaturas estatales, de los jueces estatales o de los funcionarios administrativos.

La SC inicia su periodo anual de sesiones el primer lunes de octubre. El periodo dura hasta que, alrededor de julio, da a conocer sus resoluciones en los asuntos que ha seleccionado y en los que ha escuchado los argumentos. Durante dos semanas, atiende presencialmente los argumentos orales y celebra reuniones privadas para discutir los asuntos, llega a decisiones y prepara las opiniones y los votos particulares. La mayoría de las decisiones, las opiniones y los votos disidentes son dados a conocer al final de la primavera y principios del verano.

La SC desarrolla la función de declarar el derecho y no tiene ninguna injerencia con la administración, disciplina o vigilancia del Poder Judicial Federal. La SC está liberada de toda responsabilidad administrativa de la rama judicial federal, con excepción de la aprobación de las reglas de procedimiento propuestas por la Conferencia Judicial de los Estados Unidos.

No obstante, el presidente de la SC tiene responsabilidades tanto jurisdiccionales como administrativas. Este es “primero entre iguales”, pero tiene a su cargo por disposición legal, un número importante de responsabilidades administrativas. Integra la Conferencia Judicial de los Estados Unidos, creada en 1922, que es un cuerpo integrado por 26 jueces federales. Es la cabeza administrativa de la política judicial federal y está encabezada por el presidente de la SC. La Conferencia incorpora a los presidentes de los tribunales de apelación, un juez de distrito electo por otros jueces de distrito, por los tribunales de apelación de cada circuito y por el presidente de la Corte de Comercio Internacional de los Estados Unidos. La Conferencia tiene autoridad para aprobar y recomendar cambios en las reglas de procedimiento en los tribunales federales y someten tales recomendaciones para consideración de la SC.

Las resoluciones más emblemáticas de la SC a lo largo de la historia, además de la primera *Marbury vs. Madison*, son: *Gibbons vs. Ogden* (amplitud de la cláusula de comercio); *Dred Scott vs. Sandford* (niega derechos ciudadanos a los negros); *Plessy vs. Ferguson* (razas separadas pero iguales); *Lochner vs. New York* (inicia criterios contrarios a leyes laborales progresistas); *Standard Oil Co. vs. United States* (competencia económica); *Korematsu vs. United States* (aprueba la internación de japoneses en campos de concentración en la Segunda Guerra Mundial); *Brown vs. Board of Education* (cancela la segregación racial); *Baker vs.*

*Carr* (entra al debate sobre distritos electorales); *Engel vs. Vitale* (los rezos en las escuelas públicas violan la separación de la Iglesia y el Estado); *Gideon vs. Wainwright* (los acusados tienen derecho a un abogado, aun cuando no puedan pagarlo); *New York Times Co. vs. Sullivan* (protección de la Primera Enmienda); *Miranda vs. Arizona* (los derechos Miranda); *Loving vs. Virginia* (cancelación de la prohibición de matrimonios interraciales); *Lemon vs. Kutzman* (el test Lemon para decidir casos de separación entre Iglesia y Estado); *Roe vs. Wade* (las mujeres tienen derecho a terminar su embarazo); *United States vs. Nixon* (negación del privilegio del ejecutivo para liberar las cintas de *Watergate*); *Gregg vs. Georgia* (validez de la pena de muerte); *Texas vs. Johnson* (la quema de banderas es parte de la libre expresión); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey* (las mujeres tienen derecho a interrumpir su embarazo, pero el Gobierno puede establecer restricciones a tal derecho); *Reno vs. ACLU* (Internet tiene la máxima protección de la Primera Enmienda); *Bush vs. Gore* (permitió a George W. Bush acceder a la presidencia); *Lawrence vs. Texas* (cancelación de la prohibición de actos sexuales consentidos entre adultos); *District of Columbia vs. Heller* (garantiza el derecho a poseer armas, al menos en los domicilios); *Citizens United vs. Federal Election Commission* (la cancelación de límites a las aportaciones empresariales a las campañas políticas).

El primer presidente de la SC fue John Jay (1789-1795), uno de los autores —con Alexander Hamilton y James Madison— de *El Federalista*. El presidente actual es John Roberts. Los jueces asociados, en orden de antigüedad en funciones, son: Clarence Thomas, Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Samuel Alito, Sonia Sotomayor, Elena Kagan, Neil M. Gorsuch y Breth M. Kavanaugh.

*Mario Melgar Adalid*

#### 945. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La expresión “supremacía constitucional” hace referencia a una cualidad fundamental que debe poseer cualquier Constitución política que pretenda regir el orden jurídico de un país: la superioridad de esta respecto a otras normas jurídicas. Este rasgo cualitativo es inherente a todo texto constitucional, ya que el hecho de que sea suprema, es precisamente lo que la hace ser una Constitución verdadera.

Otra de las acepciones de la “supremacía constitucional”, es la de ser conceptualizada como un principio fundamental, pues es la base, origen y razón de existencia para cualquier Estado. Por ende, la supremacía constitucional es un principio condicionante para la existencia de cualquier sistema jurídico. El principio de supremacía surge a la par de la consolidación de la Constitución como norma rectora única, aunque desde la antigüedad se concebía la idea de un orden supremo, que regulaba la vida de la comunidad. La función primigenia que tuvieron las primeras Constituciones del Estado moderno, fue limitar el poder político ante cualquier exceso que pudiese suscitarse. Posteriormente, se fueron insertando de forma paulatina en los marcos constitucionales catálogos más amplios de derechos humanos, así como mecanismos para su adecuada tutela. Una vez que la Constitución se erigió como la única fuente de creación y validación del derecho, el principio de supremacía se convirtió en el factor determinante para garantizar la efectividad y permanencia de todo sistema jurídico.

Uno de los distintos significados del concepto supremacía constitucional concierne a su condición de ente creador del sistema jurídico, en otras palabras, la Constitución es la fuente de origen y vida de toda norma jurídica vigente en un Estado determinado. Es en el texto constitucional donde se encuentra el procedimiento que debe seguir la autoridad competente, para emitir una ley. Estas pautas deben cumplirse, pues de lo contrario la norma jurídica carecerá de validez, y por ende de exigibilidad. Esta dimensión de la supremacía constitucional es de índole formal, y demuestra que toda construcción legal debe ceñirse conforme a las disposiciones constitucionales.

Además de ser el soporte de la estructura jurídica, la Constitución evidencia su carácter de norma fundamental al establecer las pautas de validación para cualquier acto o norma emitida dentro del Estado. Esto significa que la expresión “supremacía constitucional” evoca la noción de que la Constitución es el parámetro único de legitimación y validez en todo sistema jurídico. Las actuaciones que no se adecuen, o bien, contraríen lo dispuesto por la norma constitucional, se entenderán como inválidas o nulas.

La rigidez constitucional es una característica que poseen la mayoría de las Constituciones. Dicha característica surge cuando el Poder Constituyente le confiere a la Constitución un valor formalmente superior al del resto de las normas existentes y vigentes dentro de un sistema jurídico. Esta superioridad explica el hecho por el cual, las constitucionales (escritas) poseen un procedimiento expreso para su reforma, distinto del previsto para crear o modificar las leyes ordinarias. En atención a la supremacía constitucional, dicho procedimiento no puede ser tratado por un poder público ordinario, sino por un órgano cuya única y principal función sea la de reformar o adicionar el texto constitucional. Este órgano recibe el nombre de poder revisor, poder modificador o Constituyente permanente, cuyos límites formales se circunscriben a la facultad de reformar el orden constitucional. Además de este límite natural, existen otros de índole material —explícitos o implícitos— en el texto constitucional, que no pueden ser trasgredidos por el poder revisor, ya que se erigen como aspectos sustanciales y prevalentes dentro del sistema jurídico.

Otra connotación de la locución “supremacía constitucional” es la que hace referencia a la Constitución como ley jerárquicamente suprema. Las normas jurídicas vigentes en un sistema jurídico se encuentran inmersas en una relación de jerarquía y prelación entre sí. La Constitución se erige como norma primigenia, puesto que posibilita la existencia del sistema jurídico, estableciendo las pautas para la vigencia y validez de cualquier norma, razón que la ubica en la cúspide de la estructura normativa.

Se considera que las normas constitucionales son jerárquicamente superiores bajo dos perspectivas: lógica y axiológica. Bajo una perspectiva lógica, la Constitución se entiende como ley jerárquicamente suprema, cuando existe un reconocimiento expreso de la primacía que posee dentro de la estructura normativa de un Estado, teniendo como consecuencia lógica que todo acto jurídico se adecue a su contenido. En cambio, una Constitución será jerárquicamente suprema desde una vertiente axiológica, cuando se asume como depositaria de los principios fundamentales y derechos humanos de las personas.

Otra acepción trascendental del término “supremacía constitucional”, es la que hace referencia a su superioridad como norma, por reconocer, y en su

caso maximizar los efectos de los principios fundamentales y los derechos humanos, esto implica advertir la idea de supremacía bajo una óptica material. Después de la Segunda Guerra Mundial se generó una conciencia colectiva internacional, en torno a la necesidad de que se sustrajera de los Estados la facultad discrecional de regular y proteger a los derechos humanos. Esto trajo como efecto, la supranacionalización de los derechos humanos, los cuales vinieron a dotar de fuerza legitimadora a los textos constitucionales, fungiendo como auténticas coordenadas para el desarrollo de los Estados. Por ello no es posible concebir la existencia de un modelo constitucional, sin que se contenga una dimensión de índole sustancial o axiológica.

Como consecuencia de la expansión y ubicación de los derechos humanos como factores rectores de la actuación estatal, en diversos sistemas jurídicos se han diseñado bloques de derechos humanos o de constitucionalidad, conformados por normas de carácter supremo, las cuales guardan un mismo nivel jerárquico. En tal sentido, la Constitución ya no se erige como el único parámetro de validación del sistema, sino que comparte esa función y posición con los tratados internacionales, jurisprudencia internacional, y en su caso, con las leyes ordinarias que reconocen derechos humanos. Los bloques de constitucionalidad resaltan la supremacía material de la Constitución, conformada por los derechos de la persona y los principios fundamentales, que dan soporte y legitimación a la actuación estatal. Se puede decir que en la actualidad, la acepción de “supremacía constitucional” se basa en la noción, de que el texto constitucional es el receptor de derechos humanos, y que sus respectivas garantías propician la intangibilidad de la dignidad de la persona.

Bajo esta perspectiva, el principio de supremacía no se ha reducido o mermado, sino que ha evolucionado en cuanto a su contenido. El ensanchamiento material garantiza de una mejor forma el ejercicio y tutela de los derechos humanos, fortaleciendo el estado constitucional y democrático de derecho, ubicando a la persona como razón única de ser de cualquier sistema jurídico.

*Marcos Francisco del Rosario Rodríguez*

#### 946. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL

El Supremo Tribunal Federal (STF) es el órgano máximo del Poder Judicial brasileño. Está integrado por once ministros, nombrados por el presidente de la República, una vez aprobados por mayoría absoluta en el Senado federal, entre ciudadanos de gran competencia y plena integridad, mayores de 35 y menores de 65 años de edad (art. 101 de la Constitución Federal). Son órganos del STF el Pleno, las Salas (*Turmas*) y el presidente. Las Salas tienen iguales competencias y están constituidas, cada una, por cinco ministros; el presidente del Tribunal no integra Sala.

Es competencia originaria del STF juzgar sobre: a) la acción directa de inconstitucionalidad contra leyes y actos normativos federales o estatales, así como la acción declarativa de constitucionalidad de las leyes y actos normativos federales; b) en las infracciones penales comunes, el presidente de la República, el vicepresidente, los miembros del Congreso Nacional, sus propios ministros y el procurador general de la República; c) en las infracciones penales comunes y los delitos de responsabilidad oficial, los ministros de Estado y los comandantes de la marina, del ejército y de la fuerza aérea, excepción hecha de lo dispuesto en el art. 52 I, los miembros de los tribunales superiores,

los del Tribunal de Cuentas de la Unión y los jefes de misión diplomática de carácter permanente; d) el *habeas corpus*, cuando lo interponga cualquiera de las personas mencionadas en los incisos anteriores; el “mandamiento de protección” (*mandado de segurança*) y el *habeas data*, contra actos del presidente de la República, de las Mesas de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, del Tribunal de Cuentas de la Unión, del procurador general de la República y del propio Supremo Tribunal Federal; e) los juicios entre un Estado extranjero o un organismo internacional y la Unión, un estado, el distrito federal o un territorio; f) las causas y los conflictos entre la Unión y los estados, la Unión y el distrito federal, o entre unos y otros, incluyendo las respectivas entidades de administración indirecta; g) la extradición solicitada por un Estado extranjero; i) el *habeas corpus*, cuando el demandado sea el Tribunal Superior o cuando el demandado o el demandante sea una autoridad o un funcionario, cuyos actos estén directamente sujetos a la competencia del Supremo Tribunal Federal, o se trate de un delito sujeto a la misma competencia en instancia única; j) la revisión penal y la acción rescisoria de sus propias sentencias; l) la reclamación para la conservación de su competencia y la garantía de la autoridad de sus resoluciones; m) la ejecución de sentencias en las causas de su competencia originaria, facultada para la delegación de atribuciones para la práctica de actos procesales; n) la acción en que todos los miembros de la magistratura estén directa o indirectamente interesados, y aquella en la que más de la mitad de los miembros del tribunal de origen estén impedidos o estén directa o indirectamente interesados; o) los conflictos de competencia entre el Tribunal Superior de Justicia y cualesquiera tribunales, entre tribunales superiores, o entre estos y cualquier otro tribunal; p) la petición de medida cautelar en las acciones directas de inconstitucionalidad; q) el mandamiento de obligación (*mandado de injunção*), cuando la elaboración de la norma reglamentaria sea atribución del presidente de la República, del Congreso Nacional de la Cámara de Diputados, del Senado Federal, de las Mesas de alguna de estas cámaras legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de alguno de los tribunales superiores o del propio Supremo Tribunal Federal, y r) las acciones contra el Consejo Nacional de Justicia y contra el Consejo Nacional del Ministerio Público (art. 102, I, Constitución Federal).

Mediante recurso ordinario, el STF tiene competencia para resolver sobre: a) el *habeas corpus*, el mandamiento de protección, el *habeas data* y el mandamiento de obligación, resueltos en única instancia por los tribunales superiores en caso de que la resolución sea denegatoria, y b) delitos políticos (art. 102, II, Constitución Federal). El STF también tiene competencia para resolver, en recurso extraordinario, los asuntos resueltos en única o última instancia, cuando la resolución recurrida: a) sea contraria a una disposición de la Constitución Federal; b) declare la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal; c) juzgue válidos una ley o acto del gobierno local impugnado en relación con la Constitución Federal, y d) juzgue válida una ley local impugnada en relación con una ley federal (art. 102, III, Constitución Federal).

La Constitución Federal de 1988 amplió de manera significativa el sistema de control concentrado de la constitucionalidad. Se estableció el control abstracto de la omisión inconstitucional, al disponer el art. 103, §2o. de la Constitución, que “declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida para hacer efectiva la norma constitucional, se notificará al Poder

competente para la adopción de las providencias necesarias, y, tratándose de un órgano administrativo, se le dará un plazo de treinta días”. También se previó el examen del incumplimiento de un precepto fundamental (arguição de descumprimento de preceito fundamental, art. 102, § 1o.). La enmienda constitucional num. 3, del 18 de marzo de 1993, creó la acción declarativa de constitucionalidad, que puede ser interpuesta ante el STF por los mismos sujetos legitimados para interponer la acción directa de inconstitucionalidad.

Así, el STF tiene competencia originaria sobre la acción directa de inconstitucionalidad, la acción declarativa de constitucionalidad, la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, el mandamiento de obligación y el examen del incumplimiento de un precepto fundamental. Además, ejerce el control de constitucionalidad mediante el recurso extraordinario, hoy sujeto a la prueba de “repercusión general de las cuestiones constitucionales examinadas en el asunto” (art. 102, §2º, Constitución Federal). A fin de definir la repercusión general y hacer viable así el conocimiento del recurso extraordinario, el Código Procesal Civil utiliza una fórmula que conjuga relevancia más trascendencia (repercusión general = relevancia + trascendencia). La cuestión debatida tiene que ser relevante desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, además de trascender el interés subjetivo de las partes en el asunto (art. 543-A, §1o. CPC).

El STF puede, de oficio o a petición de parte, mediante resolución de dos terceras partes de sus miembros, después de dictar resoluciones reiteradas en materia constitucional, aprobar una tesis (súmula) que, a partir de su publicación en la prensa oficial, tenga efecto vinculante en relación con los demás órganos del Poder Judicial y la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal, así como proceder a su revisión o cancelación en la forma que disponga la ley (art. 103-A, Constitución Federal). Se trata de la llamada “tesis obligatoria”, que tiene “por objetivo la validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas, acerca de las cuales haya controversia efectiva entre órganos judiciales, o entre estos y la administración pública, que acarree grave inseguridad jurídica y una considerable multiplicación de los procesos sobre la misma cuestión” (art. 103, §1o., Constitución Federal). No obstante la previsión de tesis obligatoria, actualmente se debate en el STF sobre la eficacia vinculante de los considerandos que sustentan los fallos en el control concentrado de constitucionalidad y en el recurso extraordinario (STF, Reclamação 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004; STF, Reclamação 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes).

**Luiz Guilherme Marinoni**  
*(traducción de Héctor Fix-Fierro)*

#### 947. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL (COMPOSICIÓN Y ATRIBUCIONES)

El Supremo Tribunal Federal de la República Federativa de Brasil es el órgano de mayor jerarquía en la estructura del poder judicial del país, ejerciendo atribuciones de Corte Constitucional, por tanto, guardián de la Constitución y Tribunal de última instancia o corte de superposición de la jurisdicción común.

Su conformación está diseñada por el artículo 101 de la Constitución de 1988; sus principales atribuciones se encuentran en los artículos 102, 103,

segundo párrafo, y 103-A, este último introducido por la Enmienda Constitucional 45 de 2004, que le atribuyó la posibilidad de aprobar *súmulas* con carácter vinculante en el orden jurídico.

La Corte está formada por 11 jueces, llamados ministros, escogidos entre ciudadanos mayores de 35 años y menores de 75, que deben poseer notable saber jurídico y reputación inmaculada e inatacable. Los ministros son nombrados por el presidente de la República después de la realización de sesión del Senado (sabatina) que deberá aprobar el candidato por la mayoría absoluta de sus miembros.

Como se puede observar, la indicación de los miembros de la Corte atiende a criterios políticos y jurídicos, puesto que se trata de un nombramiento presidencial, limitado jurídicamente por dos requisitos subjetivos —saber jurídico y reputación—.

La principal competencia de la Corte es ser guardián de la Constitución, que consiste en ejercer la jurisdicción constitucional, controlando el ejercicio arbitrario del poder, protegiendo la democracia y constituyéndose en baluarte para la protección de los derechos fundamentales. Por tanto, debe decidir para la efectividad del texto normativo constitucional, inclusive aplicando criterios contramayoritarios, de protección de las minorías y afirmación de la dignidad humana.

Esas competencias están consignadas, a partir del artículo 102 del texto constitucional, en tres niveles: originaria, en grado de recurso y extraordinaria. La primera, prevista en el inciso I del artículo, cuida de los asuntos que deben ser conducidos directamente a la Corte. Destaca en este plano la atribución de decidir las acciones directas de inconstitucionalidad (ADi) contra actos normativos federales y de los estados miembros de la federación, así como decidir la acción declaratoria de constitucionalidad (ADECO) cuando el atacado sea un acto normativo federal. También, teniendo en cuenta el párrafo primero del mismo artículo, la Corte decide en las llamadas acciones de argumentación de violación a precepto fundamental (ADPF). En estos casos, la decisión de la Corte adquiere fuerza *erga omnes* y vinculante.

La competencia en grado de recurso funciona para los casos en que cortes superiores, pero de menor jerarquía, sean las primeras en realizar el ejercicio judicial. Se trata del recurso ordinario y es el caso, por ejemplo, de las ordenes de amparo y tutela (mandamientos de seguridad) y los *habeas corpus*, cuando negados por el Superior Tribunal de Justicia. En este grado, la atribución del Supremo Tribunal consiste en la posibilidad de revisar la decisión de la instancia inferior.

La competencia extraordinaria consiste en el examen de los recursos interpuestos cuando se argumenta, en el caso de procesos decididos por instancias inferiores, que existe lesión al texto normativo constitucional. El párrafo tercero del artículo 102 establece, en este caso, la necesidad de que el autor del recurso demuestre la repercusión que la decisión del Supremo tendría en la sociedad (repercusión general de la causa) teniendo en cuenta las cuestiones constitucionales discutidas en el caso.

Conviene notar otras competencias originarias, como la de decidir sobre las acusaciones por práctica de crimen común dirigidas al presidente de la República (art. 102, I, b) y la de decidir los casos en que estén comprometidos Estado extranjero, organización internacional y la Unión, los estados, el Dis-

trito Federal y los territorios nacionales (102, I, e). Asimismo, el resguardo de la autonomía de los Estados y del Distrito Federal como unidades federativas (102, I, f).

Una consecuencia directa de ser el guardián de la Constitución es que el Supremo Tribunal Federal decide originariamente en caso de omisiones inconstitucionales. Así, el artículo 103, párrafo segundo, determina su competencia para declarar la omisión del órgano que tiene el deber constitucional de crear o practicar el acto; igualmente, el artículo 102, i, q posibilita a la Corte tomar decisiones que efectivicen el texto constitucional, decidiendo las acciones denominadas *mandamientos de injunción*, en el supuesto de que la omisión ocasione una lesión o amenace lesionar derechos fundamentales.

El Supremo Tribunal también tiene la atribución de, oficiosamente o por provocación, mediante decisión de dos tercios de sus miembros, aprobar *súmulas* vinculantes. En ese caso, la Corte debe tomar en cuenta si se trate de caso en el cual ya existen precedentes, es decir, decisiones reiteradas sobre materia constitucional. En ese caso, la decisión tiene efectos vinculantes sobre todos los demás órganos del poder judicial, e incluso, sobre toda la Administración pública del país.

*Luiz Alberto David Araujo  
Pietro de Jesús Lora Alarcón*

#### 948. SUSPENSIÓN (EFECTOS RESTITUTORIOS)

La naturaleza jurídica de la suspensión, como de cualquier otra institución jurídica, se identifica a partir de la definición de dos elementos, por un lado, la caracterización de aquello que la hace ser ella y no otra cosa —su esencia, en términos clásicos— y, por el otro, atendiendo al fin para el cual sirve —el qué y el para qué de ella—.

En el primer rasgo —el qué de la suspensión—, se tiene a la misma como una institución de naturaleza cautelar (del latín “*cautela*”), que significa precaución, cuidado, atención. Así, la suspensión, al tener una naturaleza cautelar, participa del género de las medidas cautelares y tiene, por tanto, todas las características que le son propias, como la temporalidad, la revocabilidad y el ser un accesorio del proceso principal.

Por otro lado, en el para qué de la suspensión, se sigue recurriendo a las finalidades que tienen las medidas cautelares en general, a saber: evitar que durante la pendencia del proceso se lleven a cabo actos de difícil o imposible reparación y que, efectivamente, se garantice un acceso a la justicia por parte del solicitante, salvaguardando la materia o los bienes que están en juego en el litigio; ejemplarmente en el juicio de amparo, donde dicha medida cautelar tiene un papel definitivo, en ocasiones hasta más relevante que el propio juicio.

Queda así asentado que, entonces, la suspensión en los procesos constitucionales es una medida cautelar solicitada ante el órgano jurisdiccional y tramitada de manera incidental, sujeta al tiempo que dure el juicio principal, y admisiblemente revocable, cuya finalidad es mantener las cosas en el estado en que se encuentran, preservando la materia del juicio. Esta es la conceptualización clásica; sin embargo, conviene detenerse en esa característica según la cual la finalidad es “mantener las cosas en el estado en que se encuentran”. Nada más gráfico para la palabra “suspensión” que, justamente, paralizar los efectos y consecuencias de un acto cualquiera (sea proveniente de una

autoridad formal y materialmente constituida, sea que el acto provenga de un particular), logrando que todo se quede tal como está. Pero aquí es donde hay que detenerse. Existen casos en que el acto contra el cual se pide la suspensión ya se ha llevado a cabo y ya ha desplegado sus consecuencias jurídicas; tal es el caso en que una autoridad ordena la separación del cargo de un funcionario, derivado de la posible participación de este en hechos ilícitos. Si tal funcionario solicita la suspensión, no puede hacerlo con la formulación clásica de “dejar las cosas como están”, puesto que el estado que guardan es, precisamente, separado del cargo.

Por tal motivo, la doctrina tradicional de la suspensión dio un paso adelante para conceder sus efectos contra actos que, si bien ya se habían consumado, habían producido efectos jurídicos que aún no cesaban en su totalidad, es decir, la suspensión con efectos restitutorios tiene que ver con el tiempo en que la medida cautelar puede operar, pues pudiera pensarse que solo funciona contra actos presentes o futuros. Pero, dado que el nexo de la suspensión con el tipo de acto que se pretende suspender es inseparable, *los efectos restitutorios* de la medida son más visibles en los actos de “tracto sucesivo”, cuyos efectos se actualizan cada día. En este sentido, son esos efectos, prolongados en el tiempo, la materia de la suspensión; lo que puede efectivamente suspenderse.

La cuestión debatible es que, al concederse una suspensión de este tipo, el solicitante vuelve a tener en su esfera jurídica el derecho que había sido violentado, pues al suspenderse los efectos del acto que le privó de derechos, estos regresan a él, lo que inicialmente tendría que ser el efecto de la sentencia al resolverse el fondo del juicio. De ahí que se diga que esta suspensión *restituye provisionalmente al quejoso en sus bienes y derechos*. Por eso es tan relevante para este análisis la llamada “apariencia del buen derecho”, como esa calificación previa que hará el juzgador al “asomarse superficialmente” al expediente y encontrar elementos que hagan presumible que el derecho en cuestión —del que se pide se suspenda el acto contrario a él—, efectivamente lo tenga el solicitante, y no sea la propia suspensión una manera disfrazada de constituir o crear el derecho debatido.

Por ejemplo, piense el lector que Pemex, 3 una empresa productiva del Estado mexicano, desde finales de 2013 emite un oficio en el que ordena que las embarcaciones que prestan sus servicios para actividades de exploración y producción, no podrán hacerlo más si rebasan los 15 años de antigüedad. Aquí se tendrían las siguientes situaciones: 1) si hay una embarcación mayor de 15 años prestando los servicios al momento de aplicación del oficio, la suspensión puede solicitarse para que el mismo no se aplique, porque el estado de cosas es que la embarcación está actualmente prestando los servicios, siempre que tenga un contrato vigente. Ahí la suspensión tiene efectos ordinarios, *de conservación* de la situación de hecho y de derecho; 2) si hay una embarcación mayor de 15 años igualmente prestando los servicios al momento que tenga aplicación el oficio, pero la misma es detenida por la autoridad marítima e inmovilizada para continuar navegando, la suspensión, de pedirse en su expresión ordinaria de “mantener las cosas en el estado en que se encuentran”, no puede ser eficaz, dado que el estado de cosas es la pasividad de la embarcación. En este caso, la suspensión logra tener *efectos restitutorios*, pues aún y cuando el acto ya se ha dado (la detención e inmovilización de la embarcación), sus efectos se prolongan en el tiempo, al continuar cada día de-

tenida la embarcación. Al darse la suspensión se retrotraen los efectos del acto reclamado (el oficio y la política de antigüedad), pero siempre que el contrato siga vigente, porque de lo contrario se estaría constituyendo un derecho y ello no es admisible, es decir, si la embarcación estaba prestando servicios, pero su contrato terminó, necesitaría renovarlo para poder solicitar la suspensión, pues en ese caso “la apariencia del buen derecho” —referida anteriormente— (el derecho a navegar derivado del contrato) está inactivo y la suspensión no podría servir como “permiso” para poder continuar prestando servicios de navegación. Aquí el derecho no se tiene y, por tanto, no se puede ni preservar, ni restituir, ni mucho menos constituir a través de la medida cautelar.

Así, la suspensión presenta entonces todas estas modalidades, siendo una institución importante en demasía, justamente porque evita daños futuros que muy difícilmente —o incluso de manera imposible en ciertos casos— podrían ser reparados, agregándose además que la mayoría de las veces los procesos judiciales son lentos, y solo gracias a esta salvaguarda cautelar de los derechos o bienes en conflicto, pueden resistir el paso del tiempo.

*César Enrique Olmedo Piña*

#### 949. SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece limitaciones a la potestad de los Estados para suspender el ejercicio de ciertos derechos consagrados en ella. Esas limitaciones responden a la condición de que, aun bajo circunstancias de grave inestabilidad política o institucional, subsistan medios idóneos para el control de las medidas adoptadas. Lo que se persigue es que estas se adecuen razonable y proporcionalmente a las estrictas necesidades de la situación de urgencia.

En el caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, la Corte Interamericana recordó que es obligación de los Estados precisar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar el estado de emergencia. Corresponde a estas autoridades ejercer el “adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. Eventualmente, corresponde a los órganos del Sistema Interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria.

En ese caso, las autoridades ecuatorianas emitieron un decreto en el que consideraban que existía “un grave estado de conmoción interna en el territorio nacional y, especialmente en las ciudades de Quito y Guayaquil” como consecuencia de “hechos de vandalismo, atentados contra la integridad física de las personas y considerables perjuicios a la propiedad pública y privada”. El decreto no había definido un límite espacial para la aplicación de las medidas, sino que dispuso la intervención de las fuerzas armadas en todo el territorio nacional.

Tampoco se había determinado un límite temporal para la intervención militar, que permitiera saber con precisión la duración de la misma, ni estableció los derechos que serían suspendidos, esto es, el alcance material de la suspensión. Los límites exigidos tampoco se desprendían de la ley de seguridad nacional del país en la cual se pretendían fundamentar las medidas.

Una intervención militar de tan extendidos alcances, y en función de objetivos tan amplios y difusos, excedió la facultad reconocida a los Estados por la Convención e ilegítimamente se constituyó como un medio para enfrentar la criminalidad común.

En cuanto se refiere a los derechos que pueden ser objeto de suspensión, el artículo 27.2 no la autoriza sobre los contenidos en los siguientes preceptos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad), y 23 (derechos políticos), así como las garantías judiciales indispensables para la protección de todos estos derechos.

En la jurisprudencia interamericana, la construcción de límites a la potestad suspensoria de los Estados en materia de “garantías judiciales indispensables” es especialmente relevante. En la opinión consultiva (OC) 8/87 (El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías), se planteaba si el recurso de *habeas corpus*, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención, era susceptible de suspensión. La Corte refirió que el *habeas corpus* es un medio para controlar el respeto a derechos tan esenciales como la vida y la integridad de las personas. Este procedimiento busca impedir la desaparición, o la indeterminación del lugar de la detención, y protege contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por ello, autorizar su suspensión sería tanto como permitir la suspensión de derechos que expresamente se encuentran en el núcleo inderogable de la Convención.

Que las garantías deban ser “judiciales” significa que de este carácter deben ser los medios idóneos para proteger los derechos. Por tanto, estos medios deben estar a cargo de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones bajo el estado de excepción. De esta manera, no solo el *habeas corpus*, sino también el amparo, consagrado en el artículo 25.1, son “garantías judiciales indispensables” para la protección de los derechos cuya suspensión está prohibida y, en esa medida, son también derechos “insuspendibles”.

La situación de emergencia no debe llevar a una ineficacia *de facto* del instrumento procesal en perjuicio de las presuntas víctimas. Esta situación fue la que aconteció en el caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*, donde el control y jurisdicción de las Fuerzas Armadas se tradujo en una suspensión implícita de la acción de *habeas corpus* como consecuencia de la aplicación de los decretos de emergencia y de la zona militar restringida. En consecuencia, Perú violó tanto el derecho de *habeas corpus* como el artículo 27.2 de la Convención.

Ante semejante lógica, en el citado caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, la Corte estimó vulnerado este último precepto, en relación con el 2 de la Convención, aun cuando el decreto de emergencia no suspendía expresamente los derechos que se veían afectados. El decreto en cuestión no dispuso la suspensión del derecho a la vida ni la de las garantías judiciales indispensables para la protección de derechos, a su vez, “insuspendibles”. Sin embargo, el decreto de emergencia fue emitido en el marco de una ley de seguridad nacional cuyas normas ordenaban que, mientras durara la emergencia, ciertos hechos delictivos de determinada gravedad quedarían bajo la jurisdicción penal militar.

Esas normas resultaban contrarias al derecho al juez natural de las personas que hubieren incidido en presuntos hechos delictivos durante el estado de excepción, de quienes se hubieren visto afectados por tales hechos, o de sus familiares.

Por otro lado, la Corte Interamericana ha establecido que otros derechos no expresamente enumerados en el artículo 27.2 como “insuspendibles” encuentran un mínimo de protección judicial en situaciones de emergencia. En el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* determinó que, si bien es cierto que la libertad personal no está incluida expresamente entre tales derechos, volvió a llamar la atención sobre el hecho de que el *habeas corpus* sí es una garantía judicial “insuspendible”. Por ello, si una persona no puede promover las acciones de garantía para salvaguardar su libertad o para cuestionar la legalidad de su detención, el Estado viola sus derechos a la libertad personal y a la protección judicial, reconocidos, respectivamente, en los artículos 7 y 25 de la Convención.

Finalmente, cabe destacar la OC-9/87 Garantías judiciales en estados de emergencia), en la que la Corte es incluso más precisa al interpretar el artículo 25.1. Este precepto obliga a los Estados a ofrecer a todas las personas un recurso judicial efectivo contra violaciones de sus derechos. La garantía ahí consagrada se aplica no solo respecto de derechos contenidos en la Convención, sino también respecto de los reconocidos en la Constitución o en la ley. La Corte concluyó que, además del *habeas corpus*, cualquier recurso efectivo ante jueces y tribunales competentes, destinado a garantizar el respeto de derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada en situación de emergencia, es una “garantía judicial indispensable” a efectos del artículo 27.2 de la Convención.

*Alfonso Herrera García*

#### 950. SUSPENSIÓN PONDERATIVA

Entre las modificaciones que produjo la reforma al juicio de amparo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011 se encuentra la del art. 107, frac. X, de la Constitución, relativa a la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo. Dicho cambio consistió en disponer que para resolver sobre esta medida cautelarse “deberá realizar un *análisis ponderado* de la apariencia del buen derecho y del interés social” (cursivas añadidas).

El término “ponderar” en este precepto constitucional parece tener simplemente el sentido de imponer la mera “consideración” a los conceptos que refiere. Pero ninguna de las acepciones de este vocablo que brinda la Real Academia Española tiene esa orientación sencilla, sino que establecen otros significados; el más parecido a aquel sentido lleva a pensar que la “ponderación” de dichos conceptos debe consistir en examinarlos “con cuidado”, lo que denota algo más que una simple “atención” a ellos. Otras acepciones del verbo “ponderar” lo explican como la acción por la que se determina “el peso de algo”, o se “contrapesan” o “equilibran” dos objetos diferentes.

El origen de esta reforma, que incluyó la “apariencia de buen derecho” como *elemento constitucional* de la suspensión en el juicio de amparo, se remonta a la jurisprudencia 15/96 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivada de la resolución de la contradicción de tesis 3/95 (IUS 1012382); se trata de una recepción más de la doctrina judicial en el nuevo ré-

gimen de este proceso. El alto tribunal sostuvo ahí que al analizarse la procedencia de suspender el acto reclamado, la naturaleza de la violación alegada y su correspondiente “apariencia de buen derecho” “deberá[n] *sopesarse* con los otros elementos requeridos [...], porque si el perjuicio al interés social o al orden público es *mayor* a los daños y perjuicios de difícil reparación que pueda sufrir el quejoso, deberá *negarse* la suspensión solicitada” (cursivas añadidas). *A contrario*, deberá otorgarse la medida cautelar, si el daño que la ejecución del acto reclamado produjera al quejoso fuera mayor que el perjuicio ocasionado por la suspensión al interés social o al orden público (cfr. IUS 1012482, 1012552, 1012550 y 2003167).

El estudio que requiere la consideración de la apariencia de buen derecho siempre será, con mayor o menor grado, muy complejo. En él es necesario determinar distintos extremos, y su dificultad radica no solo en la argumentación probatoria que exige su realización, sino también en los criterios necesarios para concluir si el interés del quejoso debería ceder, o habría de hacerlo, el interés público que se supone tras el acto de autoridad impugnado. El instrumento para establecer los justos alcances de ambos extremos es el principio de proporcionalidad *lato sensu*, y el examen de sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, más conocida como “ponderación” (véase “principio de proporcionalidad” en este diccionario).

La materia de esta medida cautelar, como la de cualquier otra, se cifra en la oposición entre la *tutela judicial efectiva* del posible derecho del quejoso —o aun el de otros sujetos—; para apreciar la intensidad con que se afectaría este derecho fundamental es relevante el grado de la “apariencia” de su “bondad”; y por el otro, la satisfacción del *interés público* que persigue la ejecución del acto reclamado. El resultado de este examen de proporcionalidad *lato sensu* arrojará cuál es la posición jurídica con el mayor peso en el caso concreto, la cual por lo mismo deberá prevalecer. Esto también puede decirse respecto de cualquier otra medida cautelar que haya de tomarse en el juicio de amparo u otros procesos.

Las disposiciones de la Ley de Amparo de 1936 regularon la suspensión en términos generales con base en la subsunción, el modelo de aplicación jurídica imperante en su tiempo. El art. 124 de dicha ley estableció requisitos cuya actualización determinaba otorgar esta medida cautelar. Particularmente, de la frac. II de este numeral se desprendía que la suspensión no se otorgaría cuando con ella “se sig[uiera] perjuicio al interés social, [o] se contrav[inieran] disposiciones de orden público”. La interpretación literal de este precepto conducía a que cualquier atisbo de “interés social” u “orden público” bastara para negar la suspensión.

En cambio, la “ponderación” de la “apariencia de buen derecho” exige, con base en el principio de proporcionalidad, sopesar el interés público del acto reclamado frente al del quejoso y los posibles méritos de su pretensión, para establecer cuál amerita protección cautelar en el caso particular. Esta operación “ponderativa” no dará siempre como resultado la prevalencia del interés público, aun cuando sea claro que el acto reclamado lo promueve, pues a este no le basta perseguir un fin legítimo para superar el interés suspensivo del quejoso y los beneficios que la medida cautelar reportaría a la tutela judicial efectiva de la posición que el derecho aparentemente le otorga (véase IUS 2003294).

Aunque esta ponderación, como se indicó, fue avalada por la jurisprudencia de la Suprema Corte, no fue sino hasta la reforma del 6 de junio de 2011 cuando adquirió fundamento textual en la Constitución. Ella también encuentra apoyo en los arts. 129, último párrafo, y 138 de la Ley de Amparo, publicada el 2 de abril de 2013.

La suspensión ponderativa en el juicio de amparo asemeja esta medida cautelar a la dispuesta para la controversia constitucional por el art. 18 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 Constitucional, que prescribe considerar “las circunstancias y características particulares del caso” (véase IUS 1000511). Con esta asimilación se sistematiza (y moderniza) el derecho procesal constitucional mexicano.

*Rubén Sánchez Gil*

#### 951. SISTRACCIÓN INTERNACIONAL PARENTAL DE MENORES

La sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores —sustracción internacional parental de menores— tiene su marco jurídico en dos convenciones internacionales, una de ámbito universal, a saber, el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y otra de ámbito regional, es decir, la Convención Interamericana de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores. De ambas convenciones destacamos su contenido *cuasi* idéntico por lo cual, por cuestiones de espacio y para el desarrollo de la presente voz, haremos referencia a la primera de ella en el tiempo, es decir, la Convención de La Haya de 1980.

Como punto de partida, en la Convención de La Haya de 1980 tenemos un traslado ilícito o retención ilícita de un menor o menores de dieciséis años por parte, generalmente, de uno de sus progenitores (progenitor sustractor) quebrantando los derechos de guarda y custodia detentados por uno de ellos (progenitor perjudicado) o quebrantado el derecho de visitas.

De esta manera, el artículo 3o. de la Convención de La Haya de 1980 establece que: “... el traslado o la retención se considera ilícito: 1. cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente con arreglo al derecho vigente del Estado de la última residencia habitual del menor antes de su traslado o retención; y 2. cuando este derecho se ejercía de forma efectiva en el momento de traslado o la retención ilícita o se habría ejercido de no haberse producido el traslado o retención”.

Asimismo, el artículo 8o. de la Convención de La Haya de 1980 expresa que: “Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor”.

Tenemos, entonces, que el progenitor perjudicado puede dirigirse a su Autoridad Central o dirigirse directamente a la Autoridad Central del Estado donde tenga conocimiento de que el menor se encuentra retenido ilícitamente. Este mismo artículo establece el catálogo de documentos, información y motivos que debe incluir la solicitud, así como los complementos que se pueden anexar.

Por lo que se refiere al contenido específico, la Convención de La Haya de 1980 establece un sistema de cooperación entre autoridades para la rápida restitución de los menores en su interés superior.

En este sentido, destacamos dos artículos de la propia Convención; así el artículo 7o. menciona que las Autoridades Centrales deben colaborar entre sí, adoptando ya sea directamente o a través de intermediarios aquellas medidas que permitan: 1) localizar al menor; 2) prevenir que sufra mayores daños; 3) garantizar la restitución voluntaria; 4) buscar resolución amigable; 5) intercambiar información relativa a la situación social del menor; 6) facilitar información general sobre la legislación estatal relativa a la aplicación de este Convenio; 7) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso, permitir la regulación o ejercicio efectivo del derecho de visita; 8) conceder o facilitar la asistencia judicial y jurídica; 9) garantizar la restitución del menor sin peligro, y 10) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del Convenio, eliminando sus obstáculos.

Por su parte, el artículo 10 convencional redundante en dicho principio de cooperación, tornándolo imprescindible y así estipula: “La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor”.

Aprovechamos la oportunidad de este planteamiento para reforzar que es importante distinguir entre mediación y retorno voluntario o amigable resolución, si bien el mecanismo de retorno o restitución es considerado como el núcleo o la base de dicha Convención, sin embargo no es ni la única ni la principal solución ofrecida por dicha normativa convencional, subrayando, de esta manera, el papel de la mediación como medio alternativo de solución de controversias, una cuestión total que se hace patente a través de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en la Sexta reunión de la comisión especial para la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 realizadas en junio de 2011 y enero de 2012 y su Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación.

Siguiendo con la función y contenido de cooperación de la Convención de La Haya de 1980, el artículo 9o. expresa que, en aras de incrementar la agilidad, entre las Autoridades Centrales, la recepción de una solicitud por una Autoridad Central, la cual estime que el menor se encuentre en otro Estado, se transmitirá directamente y sin demora, potenciando el multimencionado principio de cooperación entre Autoridades Centrales.

En otro orden de ideas, expresar que la persona que haya cometido el ilícito de trasladar o retener a un menor de 16 años, solo podrá hacer valer las excepciones contenidas, fundamentalmente, en los mencionados artículos 12 y 13 de la Convención de La Haya de 1980 (arts. 11 y 12 de la Convención Interamericana de 1989) y que se enumeran a continuación: *a*) que hubiere transcurrido más de un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícita; *b*) que la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo de la persona del menor, no haya ejercido de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; *c*) el consentimiento o aceptación del traslado o retención por parte de quien en el momento de

producirse estaba al cuidado del niño; *d*) cuando exista grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un peligro físico o psíquico o que de cualquier manera lo ponga en una situación intolerable; *e*) cuando el menor tenga una edad y grado de madurez que le permita tomar en cuenta su opinión y este se oponga a su restitución; *f*) también se puede denegar la restitución cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de libertades fundamentales (art. 20 de la Convención de La Haya de 1980), y *g*) se puede hacer valer una excepción cuando quede demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio (art. 12, segundo párrafo, Convenio de La Haya de 1980).

Por otra parte, es importante hacer notar, de acuerdo al art. 17 de la Convención de La Haya de 1980 que: “El hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido no justificará la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el capítulo no limitará las facultades de una autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento”.

Por último, destacamos dos aspectos puntuales para el buen manejo y entendimiento de esta voz que se asemeja, quizá, más a un recorrido por el ABC de la sustracción internacional de menores, nos referimos a que:

a) En ningún caso el juez ante el que se tramita o solicita la restitución decide sobre cuestiones de fondo en torno a los derechos de custodia o guarda y así se estipula en el art. 16 de la Convención de La Haya de 1980, al expresar que: “... después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente convenio para la restitución del menor o que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este convenio”.

El juez sí decide, en cambio, en torno, una vez emitida la resolución, al derecho de visitas, art. 5o., inciso *b*) y artículo 21 de la Convención de La Haya de 1980.

b) El término que tienen las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes es de seis semanas (45 días) a partir de la fecha de inicio del procedimiento (artículo 11 Convención de La Haya de 1980), dada la connotación de expedito que conllevan los casos de sustracción internacional de menores.

*Nuria González Martín*

Díaz · José María Sobrera Diez · Otto Flores  
David Tarello Leal · Cristina Blanco Vizarrreta · Ju  
Corado · María del Carmen Alanís Figueroa · Mireya  
Ramírez · Eduardo de Jesús Castellanos Hernández · J  
uis · Ariel Dulitzky · Camilo Ernesto Castillo Sánchez ·  
Chacón Corado · Cynthia Chanut Echeverón · José Mar  
anchilla Sandí · Natalia Chudyk Rumyantseva · David Cienf  
h Euán · Mauricio I. del Toro Huerfano · Pedro R. Tor  
vantes · Víctor Bazán · Enrique Uribe Arzate · María  
quez · Héctor Fix-Zamudio · Francisco Vázquez Góm  
quez-Mellado García · Ricardo Alonso García · Sofía  
az Ábrego · José Fernando Franco González Salas · D  
abeza de Vaca Hernández · Daniel Cerqueira · Eloisa  
o Zúñiga Urbina · Gabriela Villafuerte Coello · Daniel  
ana Ramos · Manuel Eduardo Góngora-Mera · José Ju  
el Madero Estrada · Leticia Bonifaz Alfonzo · Luis R. S  
Dropeza · Matteo Nicolini · Jaime Arturo Verdín Pére  
nesto Villanueva · Arne Marjan Mavčič · Pablo Abreu  
zoza · Armin von Bogdandy · Carlos Ayala Corao · Fra  
e · Yasmín Esquivel Mossa · Catalina Botero · Aguilar I  
ánchez · Carmen Morte Gómez · José Carlos Álvarez  
Óscar Parra Vera · Domingo García Belaunde · Susa  
cio Pegoraro · Pablo Pérez Tremps · Virdzhiniya Petro  
e · Miguel Revenga Sánchez · Sofía Sagüés · Daniel Ál  
Enrique Anaya · José F. Palomino Manchego · Enrico  
o · Luis María Aguilar Morales · Walter Arellano Hol  
e · Marisol Anglés Hernández · Guillaume Tusseau · E  
Jesús Ávalos Vázquez · Lucio Pegoraro · Armando A  
z Silva · Karina Ansolabehere · Christina Binder · Ulis  
rdalí Salamanca · Sabrina Ragone · Joaquín Brage Ca  
anzos · Virdzhiniya Petrova Georgieva · Caterina Drig  
ue Cáceres Nieto · Arturo Bárcena Zubieta · Jean Ca



## 952. TEORÍA CONSTITUCIONAL

Etimológicamente el vocablo “teoría” se integra con la raíz griega que significa *divinidad*, dioses o Dios, y es equivalente a la voz latina “Deo” o a la azteca “Teo” —teocalli, *lugar consagrado a los dioses*—. Al paso del tiempo, el vocablo fue transformándose hasta significar el conocimiento de algo que, entrelazado, conduce a todo un sistema de abstracción que se aplica en la realidad práctica. De ahí que la “teoría” denote un conjunto de ideas previas y, al mismo tiempo, se convierta en un sistema de respuestas a interrogantes fundamentales sobre la organización institucional y la convivencia social.

A su vez, el vocablo “constitucional”, si bien dotado de significados plurales que fundamentan al régimen de gobierno según una Constitución, deviene de considerar a esta como un conjunto de normas propias de la organización estatal humana que identifican y armonizan a todo el ordenamiento jurídico del país, y a su estudio —el derecho constitucional— como aquella rama del derecho público que comprende las reglas relativas a la organización del Estado, el funcionamiento de sus órganos y los derechos y libertades de los ciudadanos.

En consecuencia, la teoría constitucional es el ámbito de conocimiento de aquellos conceptos y categorías jurídicas y políticas que componen el sistema constitucional fundamental del Estado. La naturaleza fundamental se sostiene en la generalización metodológica de los grandes ámbitos universales de estudio que utiliza el derecho constitucional para encontrar reflexiones acerca del concepto y elementos de la Constitución, sobre las relaciones entre las normas constitucionales y las leyes ordinarias o reglamentarias, en las fuentes del derecho y las normas sobre producción jurídica, los derechos fundamentales y sus garantías, la reforma constitucional y su rigidez, así como en los principios constitucionales y la interpretación de la norma suprema, por señalar algunos que están lejos de considerarse un diálogo concluido.

Se trata, por así decirlo, de un conjunto de principios, normas y técnicas político-jurídicas que, con sujeción al fenómeno constitucional, determinan a partir de la teoría analítica y con validez universal el concepto, características, contenido y finalidad de la Constitución del Estado.

Así las cosas, la teoría constitucional no versa sobre el análisis y evaluación de la ley suprema de un Estado en particular, pues su objeto de estudio es de alcance general. Dicha teoría se funda y desarrolla dentro de los parámetros del *constitucionalismo*, de un movimiento que propugna por la promoción y defensa de la dignidad y los derechos esenciales de la persona humana, sobre la base de servir de equilibrio y limitación al ejercicio al poder político.

Sin embargo, los temas centrales de la teoría constitucional contemporánea tienen que atemperarse a las nuevas realidades y desafíos de este siglo, cuestionando los referentes dominantes de la Constitución que han sido tratados amplia y profundamente desde la antigüedad clásica y la Edad Media hasta nuestros días, como es el caso de la soberanía y la forma en cuanto al texto escrito y codificado, por lo que la simple manifestación jurídica de la *lex fundamentalis* es objeto de constante reflexión, sobre todo en materia de derechos humanos, democracia, soberanía y jurisdicción constitucional.

En efecto, era común considerar que bajo el rubro de teoría constitucional quedaban comprendidas diferentes materias, como definir qué es una Constitución, decidir cuáles son sus elementos, qué es la soberanía, el poder

constituyente, la forma de Estado y de gobierno, la supremacía constitucional, la jerarquía de leyes y la división de poderes, entre otros temas sacramentales no exentos de contradicciones.

Esa teoría tuvo su origen en elaboraciones doctrinarias de Francia y Estados Unidos de América concentradas en el estudio del Estado y del poder político. De ahí que revisarla o reconstruirla atendiendo a los imperativos de la democracia constitucional de nuestro tiempo y enriquecerla con otros temas, es una tarea pendiente.

Más allá de esto, se advierte mayor consenso acerca de la necesidad de fortalecer el campo teórico de las garantías tutelares de los derechos humanos y de los medios de control jurisdiccional donde se incluya la revisión de las decisiones discrecionales del legislador, lo cual permite —en palabras de Riccardo Guastini (Fontamara, 2001)— que un Estado sea considerado *Estado constitucional* al contar con instituciones democráticas más eficaces, para hacer valer los derechos ya sean jurisdiccionales, otros de carácter político y otros sociales en sentido amplio, incluyendo también a la transparencia, fiscalización y rendición de cuentas de la administración pública y el respeto a los derechos de las minorías.

Otro aspecto a considerar es la internacionalización de órganos y procedimientos derivados de tratados, pactos o convenciones que vincula al derecho interno, de tal suerte que se ha venido generando, a la vista de todos los países, un nuevo fenómeno conocido como la *constitucionalización del derecho internacional* o, si se quiere, la *internacionalización del derecho constitucional*, por lo que la teoría constitucional tiene que responder más profundamente a esa nueva realidad regional, interdependiente y globalizada. Lo mismo puede decirse de la incorporación a los textos constitucionales de derechos de la tercera generación vinculados al desarrollo de los pueblos, a la preservación del medio ambiente y la defensa de los recursos naturales o al mantenimiento de la paz y acrecentamiento del desarrollo económico y social.

De lo expuesto fluyen necesariamente nuevos significados teóricos que perciben a la Constitución como un sistema de valores que representa los ideales de una comunidad política y no solo en meras proclamaciones del constituyente.

Tres grandes transformaciones modificaron e irradian el plano teórico del derecho constitucional: el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución; la expansión de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de la interpretación constitucional (Luis Romero Barroso, UNAM, 2008).

En razón de ese conjunto de factores, las nuevas ideas teóricas del constitucionalismo están siendo vistas desde la perspectiva del proceso de constitucionalización del sistema jurídico, con un bloque de constitucionalidad que arroja el control de la regularidad de la ley, incluyendo a los actos administrativos y a las sentencias judiciales, de manera que la Constitución, al poseer tal fuerza normativa propia, no puede estar subordinada a la ley ni suspender su aplicación cuando sus preceptos legales y principios no lleguen a concretarse en la práctica. Por lo que el derecho constitucional y la idea misma de Constitución se han venido transformando profundamente al grado de impactar necesariamente en su investigación teórica, fenómeno que no es del exclusivo interés de la clase política o la academia, sino también de amplios grupos

sociales al conocer y entrar en defensa de los derechos y garantías que ella establece, llegando a la judicatura constitucional en el mundo democrático.

**José Miguel Madero Estrada**

### 953. TERTIUM COMPARATIONIS

La comparación de dos objetos consiste en ponerlos en relación. En el plano intelectual, esta operación presupone la subsunción de cada uno de ellos dentro de un modelo de referencia común. Se define “*tertium comparationis*” (el tercer elemento de la comparación) aquella característica compartida de los elementos comparados (*comparatum* y *comparandum*), sin la cual no podría subsistir una relación entre los mismos. Por ejemplo, las cortes constitucionales italiana y austriaca no podrían ser comparadas sin utilizar el concepto único de “corte constitucional”. Además, en el caso de que el ejercicio comparativo conduzca a la constatación de divergencias considerables, esta implica, para que pueda realizarse, un cotejo entre objetos que no puede tener lugar sin valerse de un “*tertium comparationis*”.

Algunos autores consideran que el *tertium comparationis* es un elemento preexistente respecto al trabajo del comparatista, por lo que tenerlo en cuenta es inexorable, ya que representa una forma de “derecho natural” que se cierne sobre los objetos comparados al extremo de encontrarse “inscrito” en ellos.

La cualidad de corte constitucional, en este sentido, estaría naturalmente presente en las jurisdicciones italiana y austriaca. Contrario a lo anterior, otros consideran al *tertium comparationis* como un elemento elegido por quien realiza la comparación en función de sus perspectivas e intereses de investigación, pudiendo encontrar, por tanto, diversas posibilidades a fin de confrontar los distintos elementos de derecho positivo: la función social, la finalidad, el resultado práctico, etc., en particular, por lo que concierne a la comparación de diversas jurisdicciones constitucionales, elementos como el nombramiento de los jueces, las normas de referencia del control de constitucionalidad, los potenciales sujetos legitimados, etc., pueden constituir los *tertium comparationis* que permiten cotejar las experiencias existentes en diversos Estados.

**Guillaume Tusseau**

(traducción de Luis Amezcua y César Astudillo)

### 954. TRÁFICO DE MIGRANTES

El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional, define en su artículo 3 al “tráfico ilícito de migrantes” como la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte. Dada la naturaleza transnacional de este delito, las fronteras de los países son su principal escenario.

En principio, los elementos de este delito transnacional consisten en: a) *la acción*: la facilitación de la entrada ilegal a un Estado a través del uso de documentos falsos o rutas clandestinas o no autorizadas; b) *el sujeto activo*: el traficante o grupos delictivos sean o no organizados que facilitan el traspaso de fronteras; c) *el sujeto pasivo*: el Estado receptor; d) *el objeto del delito*: la persona o grupos de personas no nacionales que buscan ingresar de manera clandestina hacia otro Estado, y e) *el bien jurídico protegido*: la soberanía del Estado receptor ejercida a través del control migratorio para ingresar a su territorio.

Ahora bien, se debe señalar que el citado Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes reconoce circunstancias agravantes como poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes, y que estos hayan sido víctimas de tratos inhumanos o degradantes (art. 6), bajo las cuales la persona migrante será también sujeto pasivo del delito y el bien jurídico protegido será, además su vida, integridad y libertad.

Las personas migrantes están en un mayor riesgo y peligro de ser víctimas de tráfico de migrantes debido a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, la cual se agrava con el hecho de que, a menudo, suelen enfrentar formas interrelacionadas de discriminación, en razón de otros factores como edad, género, orientación sexual, identidad de género, situación de pobreza o pobreza extrema, entre otras (CIDH, Derechos humanos de los migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 9).

Adicionalmente, la falta de canales legales, regulares y seguros para migrar y las políticas restrictivas en materia de asilo y migración hacen que los migrantes paguen por los servicios de los traficantes conocidos como “coyotes” o “enganchadores”, quienes, en la mayoría de los casos, los someten a graves riesgos. Frecuentemente, son víctimas de delitos por parte de los traficantes, tales como robos, extorsiones, secuestro, violencia física, psicológica y sexual, o son obligados a realizar actividades delictivas como el trasiego de drogas (CIDH, Derechos Humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, 2013, párr. 87).

Cualquier persona en situación de movilidad puede ser objeto del delito de tráfico de migrantes, lo que incluye a personas con necesidades de protección internacional, como refugiados, solicitantes de asilo, apátridas y otros. Lo anterior implica necesariamente que, aun cuando una persona haya entrado de manera irregular a un Estado, debe poder acceder a los procedimientos adecuados y efectivos para la determinación de los distintos marcos normativos de protección internacional. Además, las personas objeto de tráfico, incluso cuando hayan prestado su consentimiento, no pueden ser penalizadas por tal hecho y tal consentimiento no las convierte en copartícipes (art. 5 del Protocolo).

En cuanto a las obligaciones de los Estados, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes establece las siguientes: *i*) la tipificación y penalización del tráfico ilícito de migrantes, *ii*) la prevención, *iii*) requisitos en materia de cooperación y asistencia internacional, y *iv*) el otorgamiento de asistencia y protección a personas que son objeto de tráfico de migrantes y que, en el trayecto, se han convertido en víctimas. Las tres últimas deberán recibir especial atención a través de mecanismos de cooperación internacional.

Finalmente, es importante destacar que en contextos masivos de migración existe una relación estrecha entre el problema creciente del tráfico de migrantes y los grupos criminales organizados dedicados al traslado y facilitación de acceso a un país, con las políticas migratorias de los Estados receptores que tienden a criminalizar la migración, reducir los espacios de protección internacional, externalizar el control migratorio y asegurar las fronteras.

*Daniela Salazar Marín*

## 955. TRATA DE PERSONAS

El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo de Palermo), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, estableció la primera definición internacional vinculante de “trata de personas”, entendida con base en tres elementos (art. 3): *a) el acto*: la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; *b) los medios comisivos*: a través de la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, y *c) el objetivo o los fines ulteriores*: con fines de explotación, que incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

En lo que respecta a la trata de niñas, niños y adolescentes, el Protocolo de Palermo establece que esta se considerará como “trata de personas”, incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios comisivos enunciados.

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la trata de personas y las prácticas análogas a la esclavitud representan una violación de carácter múltiple o continuado, la cual se mantiene hasta que la víctima se encuentre en libertad. Además, la CIDH ha advertido que, en razón de los medios utilizados para perpetrar la trata de personas, se producen otras violaciones conexas como la vulneración del derecho a la vida, a la integridad personal, la prohibición contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la libertad y seguridad personal, entre otros (Derechos humanos de los migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 223).

A diferencia del tráfico ilícito de migrantes, el sujeto pasivo de este delito siempre serán las personas y el bien jurídico variará según cada caso. Otros elementos para diferenciar al tráfico ilícito de la trata de personas consisten en: *i) el consentimiento*: las víctimas de la trata no han prestado su consentimiento, y si lo hicieron en un inicio, dicho consentimiento pierde todo su valor por la coacción, el fraude, engaño o el abuso de poder (art. 3.b. Protocolo de Palermo); *ii) la explotación*: el tráfico ilícito de migrantes concluye con la llegada de las y los migrantes al Estado receptor, mientras que la trata tiene un fin de explotación, y *iii) la transnacionalidad*: el tráfico ilícito tiene carácter transnacional, mientras que la trata de personas puede ser tanto de carácter internacional como nacional.

En el contexto de movilidad humana, las víctimas de trata de personas conforman otro grupo en situación de extrema vulnerabilidad. La violencia y discriminación con base en el género explica el impacto desproporcionado que tiene la trata de personas en la victimización, particularmente de niñas y mujeres. La CIDH, en su informe sobre Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México (párr. 138), ha sostenido que las mujeres migrantes, en especial las niñas y las adolescentes, se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad de ser víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual o prostitución forzada. Aho-

ra bien, los hombres también suelen ser víctimas de diversas formas de trata de personas, por ejemplo, son forzados a trabajar para grupos de delincuencia organizada, realizar actividades delictivas como sicario, trasiego de drogas o como vigías de dichas organizaciones en el caso de niños y adolescentes.

En cuanto a las obligaciones de los Estados parte, el Protocolo de Palermo (art. 4) establece que los Estados: *i*) deben contar con un marco legislativo y administrativo para prohibir y sancionar la trata de personas; *ii*) deben adoptar medidas para proteger a las víctimas o víctimas potenciales de la trata cuando las circunstancias den lugar a una sospecha creíble de trata, y *iii*) tienen la obligación procesal de investigar las situaciones de trata potencial.

Respecto a la obligación de investigación, tanto la CIDH (Derechos humanos de los migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 167) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Rantsev vs. Chipre y Rusia*, sentencia de 7 de enero de 2010, núm. 25965/04, párr. 289) han señalado que, en consideración a que la trata de personas es un problema que a menudo no se limita al ámbito doméstico, los Estados tienen la obligación de cooperar eficazmente con las autoridades competentes de otros países interesados en la investigación de los hechos ocurridos fuera de sus territorios, particularmente cuando uno o más de los eventos en la cadena de la trata de personas han ocurrido en su territorio o a sus nacionales.

A las obligaciones referidas debe agregarse que los Estados deben analizar las necesidades específicas de las víctimas de trata de personas y abordar las mismas bajo un enfoque diferenciado, principalmente desde la perspectiva de género y los derechos de las personas migrantes.

Finalmente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) menciona que las víctimas de trata de personas pueden presentar necesidades de protección internacional, como consecuencia de esta situación o por otros motivos basados en el género, la opinión política, la pertenencia a un determinado grupo social, entre otros (La protección de las personas tratadas en las Américas: perspectiva del derecho de los refugiados, 2010). De ahí que las víctimas estén protegidas también por el derecho a la no devolución y los Estados estén obligados a evaluar estas necesidades de protección y otorgar a las víctimas de trata que no puedan volver a sus países de origen algún tipo de protección subsidiaria o protección internacional.

**Daniela Salazar Marín**

## 956. TRATADO INTERNACIONAL

*Concepto.* De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por México el 25 de septiembre de 1974, se trata de un “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Una definición más completa, no obstante, podría ser la siguiente: “acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos de derecho internacional, destinado a producir efectos jurídicos entre las partes y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denomi-

nación particular”. El tratado es, ante todo, un acuerdo de voluntades concordantes, la manifestación de dos o más sujetos de derecho internacional, lo que lo distingue de los actos unilaterales, en los que el efecto obligatorio se produce por el consentimiento de uno solo, sin necesidad de la conducta concurrente de otro u otros.

Por otra parte, si bien ese acuerdo de voluntades se materializa por escrito, el valor jurídico de los acuerdos o compromisos verbales hay que dejarlo a salvo. Así lo advierte la propia Convención de Viena de 1969 (art. 3). Se cita como ejemplo de ello una declaración verbal del ministro de Asuntos Exteriores noruego hecha en nombre de su Gobierno y en un asunto de su competencia, en respuesta a una petición del representante diplomático de Dinamarca, que la Corte Permanente de Justicia Internacional (asunto del *Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental*, sentencia de 5 de abril de 1933) estimó que obligaba a Noruega, en particular, a no impugnar la soberanía danesa sobre el conjunto de Groenlandia. Para algún sector de la doctrina, los acuerdos verbales, incluso tácitos, producto de una manifestación oral o de una conjugación de actos, comportamientos y, en su caso, omisiones, imputables a sujetos de derecho internacional, pueden producir efectos jurídicos, pero no son tratados.

La Convención de Viena de 1969, que se aplica a los tratados celebrados entre Estados, también reserva expresamente el valor jurídico de los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional o entre esos otros sujetos (art. 3). Los Estados, por tanto, no son las únicas entidades que pueden celebrar tratados internacionales.

Así lo pone igualmente de relieve la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados Celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (ratificada por México el 10 de marzo de 1988, pero que aún no entra en vigor, pues no se han alcanzado las 35 ratificaciones requeridas para tal efecto), aunque debe advertirse una diferencia fundamental. Mientras que para la convención de Viena de 1969 (art. 6) “todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados”, para la Convención de Viena de 1986 (art. 6) “la capacidad de una organización internacional para celebrar tratados se rige por las reglas de la organización”. Como sabemos, las organizaciones internacionales gozan de competencias de atribución, no de competencias generales u originarias, cuyos límites dependen de los intereses comunes que los Estados que las crean les encomiendan promover. Ahora bien, y al margen de la capacidad general de los Estados para celebrar tratados, eventualmente las entidades que conforman un Estado de estructura compleja (particularmente Estados federales como el mexicano) podrían llegar a tener capacidad para celebrar tratados en virtud del derecho internacional. Ello dependerá, en todo caso, de los sistemas constitucionales de dichos Estados y de los límites que se establezcan en ellos, que, en la práctica, ofrecen soluciones muy diversas.

Sin perjuicio del *ius ad tractatum* que pueda predicarse de los insurgentes en los conflictos armados internos y de los movimientos de liberación nacional, los acuerdos en los que participan, en calidad de partes, otros sujetos no son, al menos en la evolución actual del derecho internacional, tratados. En particular, los acuerdos (contratos) que en el campo de las relaciones económicas concluyen particulares, personas físicas o jurídicas, con Estados, no son tratados, como se desprende claramente de la sentencia de la Corte Internacional

de Justicia dictada en 1952, en el asunto de la *Anglo-iranian Oil Co.* Regidos por un determinado ordenamiento estatal, hoy, en materia de inversiones, se abre, no obstante, la posibilidad de hacer valer en el plano internacional los derechos derivados de un contrato celebrado con un Estado. Los tratados, por tanto, están regidos por el derecho internacional y no, en particular, por las reglas de un determinado ordenamiento estatal.

En derecho internacional, los tratados llevan a cabo, simultáneamente, las funciones que en los ordenamientos jurídicos estatales corresponden a dos instituciones jurídicas: los contratos, por una parte, y la ley, por otra. De ahí que en derecho internacional puedan ser estudiados como actos y como procedimientos de positivización de normas jurídicas internacionales, esto es, como fuentes formales del mismo.

*Tipología.* Los tratados pueden ser clasificados en función de muy diversos factores, tales como el número de parte; la materia objeto del tratado; su función respecto de la creación de obligaciones y derechos; la mayor o menor precisión de las obligaciones que establezcan para las partes, pues si bien a veces dichas obligaciones quedan especificadas con exactitud, puede ocurrir también que la norma convencional sea más un tratado-marco que un detallado conjunto de disposiciones jurídicas; la posibilidad de que la norma internacional sea aplicada directamente en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte o que, por el contrario, precise de normas internas de aplicación, distinguiéndose entonces entre tratados *self-executing* y tratados que no son autoejecutable; la naturaleza de los sujetos de derecho internacional que participen en el tratado; la duración del tratado; su forma de conclusión, etc. De entre todos estos criterios de clasificación, queremos destacar, por su relevancia y significado jurídico, al de las funciones de los tratados en el derecho internacional contemporáneo. En razón de este criterio, distinguimos entre tratados bilaterales y multilaterales, por un lado, y entre tratados normativos y tratados contratos, por el otro. Los tratados multilaterales (celebrados entre dos o más sujetos) constituyen un excelente cauce para la positivización de normas jurídicas, mientras que los tratados bilaterales (celebrado entre dos sujetos) son un excelente medio para los negocios jurídicos entre sujetos de derecho internacional. Los tratados-contratos prevén un intercambio de prestaciones entre las partes, mientras que los tratados-normativos (tratados-leyes) aspiran a establecer una normativa general y de ahí su mayor grado de abstracción y su mayor vocación de universalidad.

*Régimen jurídico.* El régimen jurídico convencional de los tratados internacionales está contenido, como hemos señalado, en las convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (Estado-Estado) y 1986 (Estado-organización internacional-organización internacional). No obstante, una parte muy importante de dicho régimen jurídico es de naturaleza consuetudinaria, de ahí que ambas convenciones señalen específicamente en el último párrafo de sus respectivos preámbulos que “las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas convencionalmente”. En este caso, debemos hacer referencia a que, precisamente, todo el derecho de los tratados se rige por tres principios básicos: *pacta sunt servanda*, *ex consensu advenit vinculum* y *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, los cuales forman parte del derecho internacional consuetudinario.

*César Villegas Delgado*

**957. TRATADO INTERNACIONAL (DENUNCIA)**

Se trata de una opción legal (convencional y consuetudinaria) para que los sujetos del derecho internacional, considerados como altas partes signatarias de una convención o acuerdo, retiren su consentimiento de pertenencia al tratado, lo que trae como consecuencia jurídica la extinción de los deberes contraídos y, por tanto, de los derechos subjetivos y privilegios que, con motivo de dicha relación, les asistían al interior de las alianzas bilaterales o multilaterales de las que eran parte.

La doctrina, como fuente jurídica formal auxiliar, nos instruye al respecto acerca de considerar el acto de denuncia de un tratado como uno de los sistemas que nos permiten dar por concluido el vínculo obligatorio que se habría generado a través del proceso de celebración.

Debemos recordar en este concepto la trascendencia de la voluntad de las partes que, como un elemento de existencia de todo acto jurídico, pueden en determinados momentos ejercer los integrantes de una convención internacional, ya sean Estados-nación u organizaciones internacionales, debido a que son sujetos poseedores de personalidad jurídica dentro de la comunidad internacional y, por ello, cuentan con la capacidad para retirarse o desvincularse de la relación, siempre que exista anuencia previa y manifiesta de los demás firmantes, lo que frecuentemente llevan a cabo, por así considerarlo pertinente y benéfico, al resguardo de sus intereses o realización de sus fines. La excepción al ejercicio de esta prerrogativa, denominada retiro o denuncia de una convención internacional, sería la prohibición expresa considerada en el texto del mismo tratado.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, así como la de 1986, que incluyó con posterioridad a las organizaciones internacionales como entes con personalidad y capacidad para suscribir tratados, consideran como una forma para concluir con una convención internacional al acto jurídico denominado como denuncia, cuyos requisitos de procedencia forman parte del artículo 56.

Es relevante distinguir el tipo de tratado al que se denuncia, pues tratándose de uno bilateral se da por terminada la relación de derecho entre las partes y, por tanto, también finaliza por completo la existencia del acuerdo internacional. En cambio, si se trata de un tratado plurilateral, en el que participan más de dos integrantes, la relación de los no denunciantes subsiste tanto como el tratado, pero el o los denunciantes dejan de ser parte. Esto es algo que ocurre principalmente con las denuncias a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, en los que algunos integrantes deciden dejar de ser miembros del organismo en cuestión.

Ambas convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados han resuelto objetivamente una problemática común sobre los retiros o denuncias, la cual consiste en el procedimiento y formalidades a seguir para efectuarlas, cuando estas no están previstas o expresas en el texto del tratado que habrá de denunciarse. La interpretación literal del artículo 56 nos ilustra sobre la tópica en cuestión, pues nos indica que, aun cuando las denuncias no sean expresas en el texto de una convención, estas pueden inferirse a partir de la intención de las partes, respecto de admitir dicha posibilidad, o bien, porque una denuncia o retiro se deben a la naturaleza misma del tratado. Además de lo anterior, las denuncias o retiros deberán efectuarse en estos

casos con una anticipación de 12 meses anteriores a la extinción definitiva de la relación.

Estamos unánimemente de acuerdo en que no todos los tratados se han celebrado para dejar al libre arbitrio de sus integrantes el momento de dar por terminada su relación a través de una denuncia, como es el caso de aquellos cuya finalidad es preservar la paz y la seguridad internacional, o los que resultan en instrumentos eficaces para delimitar entre Estados-nación sus diversas fronteras. Sin embargo, existen otros cuyo principal objetivo es la reducción o supresión de las barreras arancelarias, en los cuales los Estados se dan un tratamiento de socios, conservando así su igualdad contractual, situación que mantiene siempre vigente la posibilidad de la denuncia para concluir el acuerdo internacional.

Por último, es menester indicar que resulta frecuente utilizar el término retiro como sinónimo de denuncia; sin embargo, guardan entre sí una sutil diferencia semántica, pues la expresión “retiro” resulta correcta cuando los miembros de un tratado internacional pretenden finiquitar su situación de pertenencia a una organización internacional, mientras que la expresión “denuncia” es propia cuando hacemos puntual referencia a los tratados que son celebrados para la realización de fines diversos, a las membresías de un organismo internacional.

*Alina Gabriela Díaz Ábrego  
Sandra Gómora Juárez*

## 958. TRATADO INTERNACIONAL (INTERPRETACIÓN)

I. CONCEPTO. La interpretación de los tratados, con el fin de determinar el consenso expresado por las partes, precisa el objeto, contenido, sentido y alcance de sus disposiciones convencionales y esclarece las condiciones para su aplicación práctica. Hermenéuticamente esa operación colma vacíos, introduce correcciones, complementa textos e, incluso, previene arbitrariedad. Existen tres grandes métodos para la interpretación de los tratados, los que a su vez determinan el procedimiento a seguir: 1) teleológico: enfatiza la finalidad del tratado con independencia del texto e intención de las partes; 2) subjetivo: busca esclarecer la intención común manifestada por las partes, y 3) textual: persigue fijar el sentido corriente, natural, ordinario o usual del: *i*) texto dentro del contexto en que se utiliza; *ii*) del contexto del tratado en su conjunto, y *iii*) del objeto y fin del tratado. Al respecto, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI), sostuvo tempranamente la preeminencia del principio del consentimiento expresado en el texto: “El punto de partida y el objeto de la interpretación es elucidar el sentido del texto, no investigar *ab initio* la intención de las partes” (A/CN.4/SER.A/1964/Add.1, pg. 54).

II. NORMATIVIDAD. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención), en vigor desde el 27 de enero de 1980, es el instrumento que regula esa clase de actos jurídicos y que contiene las reglas universalmente aceptadas para su interpretación (véase arts. 31, 32 y 33). Estas normas, parte del sistema jurídico internacional, se configuran como verdaderas disposiciones de cumplimiento obligatorio y no como meras indicaciones o recomendaciones, si bien admiten la aplicación de principios distintos a los que incorporan, por lo que no configuran un marco regulatorio totalmente

rígido. La CDI buscó darles ese carácter deliberadamente a partir de las prácticas consuetudinarias en la materia. Actualmente: 1) tratados, convenciones y acuerdos internacionales remiten usualmente a dichas reglas; 2) Estados, aun sin ser partes de la Convención: *a)* las consideran para adecuar su ordenamiento interno y celebrar tratados; *b)* se encuentran sujetos a ellas al consistir tanto derecho consuetudinario como la codificación de este, y 3) tribunales, cortes y órganos creados o reconocidos por tratados las utilizan como parte de su actividad para su control, ya sea por norma o por autoridad. Esta aceptación general se debe a que esas reglas se basan en el consenso objetivo de voluntades con independencia de la naturaleza de las partes. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisó: “Para la interpretación del artículo 64... la Corte utilizará los métodos tradicionales de derecho internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, como en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los mismos han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención...” (OC. 1/82, n. 33). Por su relevancia esas normas de interpretación se reprodujeron por la CDI, sin ninguna modificación, en la aún no vigente Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

III. REGLAS CONVENCIONALES. 1. *General de interpretación*. Un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos, considerando su objeto y fin. La CDI estimó que esos elementos interpretativos tienen carácter auténtico y obligatorio por sí mismos, por lo que debían incluirse en el art. 31 de la Convención como regla general única, separada y distinta de los medios complementarios o subsidiarios contenidos en el diverso art. 32. Dichos medios auténticos constituyen, en todas sus partes siguientes, una sola operación o unidad combinada, por lo que no se trata de un conjunto de reglas independientes: *A) contenido*: la citada regla general contiene estos principios fundamentales: *i)* buena fe: precepto básico que debe aplicarse durante el proceso de interpretación, en tratados definitivos y provisionales, a fin de cumplir la norma *pacta sunt servanda*, así como el “efecto útil” que persigue concretar la función práctica para la que fue concebido el tratado; *ii)* primacía del texto: como expresión objetiva de la voluntad de las partes; *iii)* contexto: la expresión “en el contexto de estos” quiere significar el tratado en su totalidad, y *iv)* objeto y fin: unidad objetiva del sentido del tratado (art. 31.1); *B) contexto*: para la Convención el sentido atribuido a los términos del tratado debe tener un “efecto conforme” al considerarlo como un todo, precisamente al vincular: *i)* artículos; *ii)* preámbulo; *iii)* anexos; *iv)* todo acuerdo sobre el tratado concertado entre todas las partes con motivo de su celebración (*v. gr.* protocolos y canjes de notas), y *v)* todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado (*v. gr.* declaraciones interpretativas). En principio, el preámbulo facilita la interpretación como parte del contexto del tratado pero no como elemento autónomo. Luego, el título del tratado, los títulos de las partes, los capítulos y las secciones también forman parte integrante del tratado (art. 31.2); *C) interpretación auténtica*: juntamente, es decir, armónicamente con el texto y contexto, debe tomarse en cuenta: *i)* todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación

del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; *ii*) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado, y *iii*) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, escrita o consuetudinaria, de naturaleza convencional o judicial. Estos tres elementos tienen carácter obligatorio y no se considera que por su naturaleza sean normas de interpretación de rango inferior al texto y a su contexto. No obstante, su fuerza probatoria variará según el acuerdo común de las partes sobre el sentido de los términos que la práctica uniforme y universal ponga de manifiesto (art. 31.3); *D) sentido especial*: se otorga este a un término si consta que tal fue la intención de las partes. La parte que lo invoca debe demostrarlo (art. 31.4).

2. *Medios de interpretación complementarios*. Siempre de manera ajustada a la regla general se puede recurrir a estos medios, en particular pero no solo a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, con el objeto de: A) confirmar el sentido resultante al aplicar la regla general, y B) determinar el sentido cuando esa regla general deja ambiguo u oscuro el sentido o conduce a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (art. 32).

3. *Interpretación de tratado autenticado en dos o más idiomas*. La autenticación es el procedimiento que establece el texto definitivo del tratado (art. 10). En principio se presume que sus términos tienen en cada texto autenticado igual sentido (art. 33.3). En este supuesto hacen igualmente fe en cada idioma a menos que el tratado disponga o las partes convengan que, en caso de discrepancia, debe prevalecer uno de los textos (art. 33.1). Luego, la versión del tratado en idioma distinto de aquel en que fue autenticado el texto, se considera como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen (art. 33.2). Finalmente, salvo en el caso en que prevalezca un determinado texto por tratado o por acuerdo, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de la regla general y los medios de interpretación complementarios, se adoptará el sentido que mejor concilia esos textos, habida cuenta el objeto y el fin del tratado (art. 33.4).

***Daniel Francisco Cabeza de Vaca Hernández***

## 959. TRATADO INTERNACIONAL (RATIFICACIÓN)

Es una forma convencional y consuetudinaria que poseen los Estados u organismos en el ámbito internacional para manifestar su consentimiento o aceptación validando lo dispuesto en un tratado. La ratificación de un acuerdo internacional reafirma el compromiso establecido con antelación en las dos etapas anteriores del proceso de celebración, es decir, la adopción del texto y la autenticación mediante firma *ad referendum*.

La raíz etimológica del término ratificar proviene del latín *ratus*, que significa validar. Por ello, en nuestros días esta expresión es empleada en el especializado mundo del derecho de los tratados, los cuales, al ser una expresión internacional de actos jurídicos, requieren satisfacer a cabalidad los elementos de existencia y validez que le dan formal origen.

La acción misma de ratificar un tratado internacional tiene como consecuencia la formalización del compromiso establecido entre los signatarios del convenio de que se trate y, por tanto, también se configura el surgimiento de derechos subjetivos y deberes jurídicos entre las partes.

Convencionalmente, la ratificación es una figura propia del derecho de los tratados, que se plasma en el artículo 14 de las convenciones de Viena de 1969 y de 1986, reguladoras de dicha materia.

Además de la ratificación, las organizaciones internacionales y las naciones signatarias de un tratado cuentan con otros sistemas para manifestar su consentimiento y confirmar la validez de este acto jurídico internacional de suma trascendencia. Entre ellos están la firma, la aceptación, la aprobación o la adhesión, cada uno de los cuales cuenta con particularidades que los distinguen de un acto de ratificación. Por tanto, consideramos que resulta interesante destacar en esta voz jurídica las características que hacen única a la ratificación.

Nos encontramos en presencia de una ratificación de convenciones internacionales por disposición del artículo 14 del llamado “tratado de tratados” cuando: *a)* así queda establecido en el texto del acuerdo internacional que se habrá de ratificar; *b)* si existe constancia de que los miembros negociadores de un tratado han previsto como exigencia el método de la ratificación; *c)* si el representante de una de las organizaciones o Estados emitió una firma a reserva de posterior ratificación y, por último, *d)* cuando la idea de validar el texto del tratado, en este sentido de ratificar, se desprende de lo dispuesto en el documento crediticio de su representante.

*Alina Gabriela Díaz Ábrego  
Sandra Gómora Juárez*

#### 960. TRATADO INTERNACIONAL (RECEPCIÓN)

Nos encontramos ante un escenario que ha ampliado y diversificado las relaciones internacionales, en buena medida, a causa de la globalización. Esta circunstancia resulta en una red de ricas y complejas relaciones en el ámbito internacional que requieren ser reguladas para una convivencia pacífica. Los tratados internacionales son el instrumento central del derecho internacional para regular dichas relaciones.

Podemos decir que, en principio, una vez suscrito un tratado internacional, cada Estado tiene la facultad de establecer el andamiaje jurídico necesario para llevar a cabo la recepción de dicho instrumento en su orden interno: no obstante, hay una serie de cuestiones que se plantean para la adecuada recepción de tratados internacionales, tales como determinar los organismos encargados de contraer compromisos internacionales, los procedimientos establecidos para tal efecto, los requisitos de validez, su interrelación con el derecho interno, la jerarquía de fuentes, entre otras.

Tradicionalmente, y tomando como referencia el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ), la doctrina ha clasificado como fuentes del derecho internacional a los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales del derecho y ha dado tratamiento de fuentes subsidiarias a la doctrina, a las decisiones jurisprudenciales y a la equidad, de ahí su membresía.

Dado que las formas o expresiones del derecho internacional deben encontrar la manera de instrumentarse al interior de los órdenes internos, es en ese marco de referencia en donde se sitúa la discusión sobre las relaciones del derecho interno con el derecho internacional. Un primer elemento en la comprensión de dicha instrumentación es el artículo 27 de la Convención de Vie-

na sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que prohíbe a los Estados invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para incumplir un tratado, ya que textualmente establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, de modo que el derecho internacional habría de prevalecer en caso de conflicto. Un segundo elemento es el principio *pacta sunt servanda*—central en el derecho internacional—, según el cual, todas las obligaciones y normas internacionales deben cumplirse de buena fe.

Ahora bien, el punto central para referirse a la recepción de los tratados internacionales pasa por la discusión teórica tradicional planteada entre las teorías dualistas o monistas acerca de la relación entre el sistema jurídico interno y el sistema jurídico internacional que coexisten y se relacionan entre sí. Por un lado, la teoría dualista señala que el derecho interno e internacional son distintos e independientes, en cuanto a sus fuentes, las relaciones que regulan y la sustancia o materia. Al ser dos órdenes normativos independientes, se presume, cuentan con su propia norma fundante y validez independiente. Con base en esta teoría dualista, se dice que para que una norma de derecho internacional tenga validez en el orden jurídico interno, es necesario que previo a su aplicación se transforme en una norma de derecho interno que pase por el tamiz de la norma fundante de derecho interno sin caer en contradicción.

Por su parte, la teoría monista mantiene que tanto el derecho interno como el internacional integran un solo concepto de derecho, dado que, si hay solo una norma fundamental que da validez a todo el orden jurídico, entonces, derecho interno e internacional están unidos al recaer la validez de ambos en la misma norma y, en todo caso, media entre los órdenes una relación jerárquica que los mantiene unidos.

Ahora bien, según la doctrina, hay dos sistemas de recepción de tratados internacionales: el de incorporación y de transformación. En el sistema de incorporación, la norma jurídica internacional se aplica en el derecho interno, entrando en vigor simultáneamente en ambos ámbitos, para lo cual, en el orden jurídico interno, el legislativo y el ejecutivo tienen la obligación de proveer la normatividad necesaria para su ejecución. Por su parte, el sistema de transformación requiere reemplazar las normas jurídicas del tratado en algún nivel de la jerarquía normativa interna.

La incorporación implica una forma de articulación de las normas de derecho internacional con las normas de derecho interno, lo cual conduce a la necesidad de determinar en el ámbito interno la jerarquía normativa y la relación de las normas incorporadas con las fuentes del derecho. En ese sentido, la articulación de las normas internacionales incorporadas al ordenamiento jurídico interno puede variar jerárquicamente, según se les otorgue rango supraconstitucional, constitucional, supralegal, legal o infralegal.

En el caso mexicano, el núcleo de la regulación en torno a la recepción de tratados internacionales se encuentra contenida en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que, no obstante, deja un amplio margen de interpretación jurídica, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido ejerciendo. Dicho artículo señala textualmente: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se

celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

De la lectura del citado artículo se desprende que la Constitución reconoce expresamente como derecho el contenido de los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella. Si bien la Constitución no indica una jerarquía específica para los tratados internacionales, se ha interpretado que estos se ubican debajo de esta y encima del resto de las leyes y normatividad nacional, aunque algunos sostienen que las normas internacionales, al quedar comprendidas en la propia Constitución, adquieren su misma jerarquía. De este modo, el rango que tienen en el orden jurídico interno es un problema complejo y debatido en la doctrina mexicana.

El tratamiento de los tratados sobre derechos humanos en el orden jurídico mexicano tiene especial relevancia, en virtud de las consecuencias que las reformas constitucionales de 2011 trajeron en la materia. Por una parte, la reforma constitucional en materia de amparo (6 de junio de 2011) incorporó los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano como nuevo parámetro de validez de los actos de autoridad.

Por otra parte, la reforma constitucional (10 de junio de 2011) al artículo primero constitucional reconoció los derechos humanos contemplados en los tratados internacionales de los que México es parte; estableció la interpretación conforme a la Constitución y los propios tratados de las normas jurídicas relativas a derechos humanos, favoreciendo siempre la protección más amplia de las personas, y señaló la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Dichas reformas comenzaron a precisarse en sede judicial con el expediente varios 912/2010, conocido como caso *Radilla*, en el que la Suprema Corte se pronunció acerca de la sentencia condenatoria respectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todo lo cual inició un periodo de gran trascendencia que permitió la aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos en el ámbito interno.

En ese sentido, al hacerse cargo del caso *Radilla*, la Suprema Corte emitió diversos criterios interpretativos que enriquecieron y revolucionaron la forma de recepción de los tratados en materia de derechos humanos, tal como el referente al control de convencionalidad *ex officio*, que consiste en la obligación permanente de todas las autoridades del país de velar por los derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, así como el reconocimiento del carácter vinculante de las sentencias de un tribunal internacional como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

*Alina Gabriela Díaz Ábrego*  
*Sandra Gómora Juárez*

#### 961. TRATADO INTERNACIONAL (RESERVA)

*Concepto y función.* De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2.1.d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por

México el 25 de septiembre de 1974, se entiende por reserva “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. Ahora bien, como es sabido, los Estados no son los únicos sujetos de derecho internacional que pueden celebrar tratados internacionales y, por consiguiente, formular reservas. Dicha posibilidad existe igualmente para las organizaciones internacionales, tal como dispone el artículo 2.1.d) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986 (ratificada por México el 10 de marzo de 1988, pero que aún no entra en vigor, pues no se han alcanzado las 35 ratificaciones requeridas para tal efecto).

La institución de las reservas se fundamenta en la naturaleza colectiva del medio en que los tratados multilaterales se elaboran, una conferencia diplomática o una organización internacional, así como en el hecho de que en dicho medio colectivo o institucionalizado multilateral los proyectos se adoptan por mayoría. Como decía la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, comentando su Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados en su Informe de 1966, “las reservas a los tratados bilaterales no plantean problema alguno, porque equivalen a una nueva propuesta que hace que se reanuden las negociaciones entre dos Estados acerca de las estipulaciones del tratado. Si llegan a un acuerdo, aceptando o rechazando la reserva, se celebrará el tratado; de lo contrario, no se celebrará. Los problemas se plantean cuando hay más de dos Estados interesados, ya que es posible que un Estado esté dispuesto a aceptar la reserva y en cambio otro se oponga a ella; y en el caso de los tratados multilaterales negociados por muchos Estados, esos problemas llegan a ser muy complejos”. La práctica de los Estados en esta materia plantea dos cuestiones arduas: en primer lugar, si la manifestación unilateral de voluntad, que toda reserva supone, va a quedar sometida o no al control de los demás Estados participantes; en segundo lugar, si no obstante lo anterior, existen límites objetivos en torno a la libertad de formular reservas a las disposiciones de un tratado. Ambas cuestiones apuntan hacia lo que habría que considerar como la grandeza y la miseria del funcionamiento de las reservas.

En efecto, si, por un lado, el mecanismo de reservas permite que sea parte en un tratado un Estado que solo encuentra dificultades en disposiciones concretas e incluso tangenciales del tratado y, por el otro, la generosidad en el ejercicio del derecho a formular reservas podría implicar una excesiva particularización de un tratado multilateral o, incluso, un atentado a la finalidad última del mismo mediante la formulación de reservas que lo desprovean de sentido, objeto y finalidad.

En todo caso, tanto la Convención de Viena de 1969 como la de 1986 establecen en su artículo 19 (común) que la facultad de formular reservas estará limitada por los siguientes supuestos: *a)* que la reserva esté prohibida por el tratado; *b)* que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate, o *c)* que en los casos no previstos en los apartados *a)* y *b)*, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Estas restricciones resultan particularmente relevantes cuando hablamos de aquellas reservas formuladas a tratados normativos generales y, más concretamente, a tratados internacionales sobre derechos humanos, toda vez que los Estados tienden a formular reservas abusivas (piénsese, p. ej., en la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979, de una aceptación muy general pero, a la vez, muy frágil, en la medida en que muchos Estados han declarado que sus disposiciones se interpretarán de conformidad con las normas de la *sharía* islámica). En su opinión consultiva 2/82, de 24 de septiembre de 1982, relativa al efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), la Corte Interamericana determinó que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. El carácter particular de los tratados internacionales de derechos humanos afecta, de igual forma, al régimen general de las reservas estipulado por las convenciones de Viena de 1969 y 1986, en la medida en que, como señaló la Corte Interamericana en dicha opinión consultiva, una reserva general expresamente autorizada por la Convención Americana (art. 75) no requiere un tratamiento diferente al de las específicas igualmente autorizadas y, por tanto, no necesita de la previa aceptación de los demás Estados parte para surtir efectos legales: basta con que dicha reserva sea compatible con el objeto y fin de la Convención. Más importante aún resulta, desde nuestro punto de vista, el hecho de que en los tratados internacionales en materia de derechos humanos existe un núcleo irreductible de disposiciones que deben ser preservadas frente a cualquier derogación, no siendo, por tanto, susceptibles de reserva alguna. Hablamos, en este sentido, del artículo 3 común a las convenciones de Ginebra de 1949 de derecho internacional humanitario, pero de indudable relevancia en derechos humanos; los artículos 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

*Efecto.* Salvo las disposiciones establecidas en los párrafos 1 a 3 del artículo 20, el párrafo 4 estipula que: “a) la aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para esos Estados; b) la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva, a menos que el autor de la objeción manifieste inequívocamente la intención contraria.” Ni siquiera la objeción a una reserva impide la entrada en vigor del tratado entre reservante y objetante, a no ser que el autor de la objeción así lo manifieste expresamente. De esta forma, la formulación de una reserva establece un complicado haz

de relaciones o ausencia de las mismas entre el Estado que la ha formulado y, primero, el Estado que la objeta expresando su intención de no considerar el tratado en vigor; segundo, el Estado de objeta la reserva pero que considera el tratado en vigor entre ambos; tercero, el Estado que acepta la reserva y, cuarto, los Estados que la objetan o la aceptan, entre sí. En el primer supuesto, nos encontramos con una absoluta ausencia de relación convencional en cuestión entre el Estado reservante y el objetante que ha manifestado inequívocamente que no considera en vigor el tratado entre ambos. En el segundo supuesto, esto es, en las relaciones con el Estado que objeta la reserva, pero sin negarse a que el tratado en su conjunto entre en vigor entre ambos, el artículo 21.3 de la Convención de Viena de 1969 dispone que las disposiciones a que se refiere la reserva no se aplicará entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva, siendo aplicables, en todo caso, las normas de derecho internacional existentes. En el tercer supuesto, esto es, en las relaciones entre el Estado que la formula y el que la acepta, el artículo 21.1 de la Convención de Viena de 1969 establece que dicha reserva modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma, y viceversa. Finalmente, en el cuarto supuesto, es decir, en las relaciones recíprocas entre los demás Estados, hayan aceptado u objetado las reservas, el artículo 21.2 de la misma Convención dispone que la reserva no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes en el tratado en sus relaciones *inter se*.

**César Villegas Delgado**

## 962. TRATADO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (INTERPRETACIÓN)

I. *Naturalaleza*. La interpretación de tratados internacionales de derechos humanos (en lo sucesivo TIDH) considera no solo el interés de sus Estados partes sino también el orden público que subyace en su efectiva aplicación: “A diferencia de los tratados de clase ordinaria, la Convención comprende más que meros compromisos recíprocos entre los Estados partes. Esta crea, sobre y más allá de esa red de recíprocos deberes, obligaciones objetivas que, en palabras del Preámbulo, se benefician del *cumplimiento colectivo*” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en lo sucesivo TEDH—, *Irlanda v. RU*, 1978). Con esta doctrina de interpretación *sui generis*, el “derecho internacional de los derechos humanos”: 1. Asume el carácter especial de los TIDH al distinguirlos de los que solo norman intereses recíprocos; 2. Avala métodos de interpretación y mecanismos de supervisión particulares; 3. Establece valores comunes superiores centrados en la protección del ser humano; 4. Garantiza la concreción sustantiva, real y práctica de los derechos humanos, y 5. Reconoce el interés general colectivo al establecer obligaciones internacionales de carácter objetivo. Por ello, la intención original de las partes sobre el sentido específico de un término guarda, en la interpretación de los TIDH, un papel limitado (véase Corte Interamericana de Derechos Humanos —en lo sucesivo CIDH—, *Masacre de Mapiripán v. Colombia*, 2005).

II. *Regulación*. El hecho que los TIDH tengan carácter especial no significa que se interpreten de forma diferente no coherente con la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (en lo sucesivo Convención). Efectivamente, si bien

únicamente los Estados partes son miembros de la Convención, los tribunales, comisiones y órganos de vigilancia a cargo de interpretar los TIDH, ya sean ordinarios o especiales e internacionales o regionales, están compelidos a utilizar su *Regla general de interpretación* y *Medios de interpretación complementarios* debido a que: 1. Estos son derecho consuetudinario codificado que obliga a los Estados partes a respetar los derechos humanos; 2. Esas instancias cubren con su función espacios que originalmente corresponden a esos Estados partes obligados a su observancia; 3. La interpretación especial que realizan refleja la práctica ulterior de los Estados partes en el sentido que lo establece la propia Convención (art. 31.3); 4. Esa tarea interpretativa garantiza que los derechos humanos sean aplicados tanto por los órganos nacionales como internacionales de acuerdo con su objeto y fin; 5. Ese marco regulatorio común asegura que la interpretación especializada de los TIDH sea uniforme, comprensiva, racional, predecible, legítima, reproducible y confiable; y 6. Los TIDH no contienen usualmente disposiciones para su interpretación (véase TEDH, *Golder v. RU*, 1975; *Rantsev v. Chipre y Rusia*, 2010; CIDH, *Masacre...*, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Casos 9777 y 9718 —Argentina—*, 1988).

III. *Métodos especiales.* A la luz de la Convención, la interpretación de los TIDH considera su texto y contexto pero, ante todo, el cumplimiento de su objeto y fin: la protección efectiva de los derechos humanos. Por esta naturaleza especial, los tribunales, comités y órganos de vigilancia desarrollan, a través de técnicas particulares que no guardan prelación, conceptos autónomos que contienen definiciones y sentidos independientes a los que comprende el derecho interno de los países obligados (véase TEDH, *Pellegrin v. Francia*, 1999 y CIDH, *Masacre...*). Para ese fin toman en cuenta, con diferentes grados de aceptación y en diversos ámbitos de aplicación, los principios siguientes: 1. Texto, contexto, objeto y fin: la interpretación de los TIDH obliga a que estos sean leídos de manera holística (véase TEDH, *Soering v. RU*, 1989), por lo que considera: la buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos junto con su objeto y fin, premisa esta que se traduce en mandatos y estándares en favor de los derechos humanos (por ejemplo, la CIDH señaló que por buena fe los Estados deben “realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana” (*Loayza-Tamayo v. Perú*, 1997)). 2. Instrumento vivo: este asume la interpretación dinámica de los derechos humanos al tomar en cuenta *juntamente* con el contexto: a) todo acuerdo ulterior entre las partes sobre la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones, y b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación. Este principio extiende el contenido de derechos humanos e indica que el sentido de sus términos no es estático. Por ejemplo, el TEDH subrayó: el “Convenio es un instrumento vivo que... debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales” (*Tyrer v. RU*, 1978); mientras que la CIDH indicó que la interpretación de los TIDH: “tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (*Masacre...*). 3. Efecto útil: la protección efectiva de los derechos humanos no debe hacer depender la interpretación de los TIDH de la intención original de los Estados partes, ni tampoco a requisitos técnicos sustantivos y procesales limitativos, lo que conlleva a que sus disposiciones sean interpretadas para

que su salvaguarda resulte efectiva y práctica (véase TEDH, *Papamichalopoulos y otros v. Grecia*, 1993; CIDH, *Ricardo Canese v. Paraguay*, 2004, y Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, *Scanlen y Holderness v. Zimbabue*, 2009). 4. Universalidad: la interpretación de un TIDH debe considerar toda norma pertinente del “derecho internacional de los derechos humanos” aplicable a las relaciones entre los Estados partes (art. 31.3); máxime que esos derechos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. Con ello se reconoce la existencia un sistema jurídico universal y convergente que abarca lo local, regional y global. Por tanto, el sentido de un TIDH debe guardar no solo coherencia interna sino también con el derecho internacional, indicativo y jurisprudencial, distinto al propio del intérprete (véase TEDH, *Cruz Varas y otros v. Suecia*, 2005). Así, por ejemplo, si un TIDH tiene una disposición clara que puede ayudar a interpretar una disposición de un tratado regional, ella se debe tener en cuenta (véase TEDH, *Soering...*). No es necesario que un Estado haya ratificado el tratado internacional que se utiliza para asistir en la interpretación de otro (TEDH, *Demir y Baykara v. Turquía*, 2008). 5. *Pro homine*: al interpretar los TIDH debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos por ellos protegidos según “el principio de la norma más favorable para el ser humano” (CIDH, *Masacre...*).

IV. *Interpretación restrictiva y margen de apreciación*. Un TIDH no debe ser interpretado en forma acotada sino que debe apoyarse “tanto en el texto literal... como en su espíritu” (CIDH, *Blake v. Guatemala*, 1998). Luego, la no aplicación de un derecho humano no puede ser presumida, sino que debe ser justificada como parte del propio orden internacional. Además: “las excepciones a un regla general... no pueden recibir una interpretación extensiva” (TEDH, *Litwa v. Polonia*, 2000). La falta de consenso sobre el alcance de un derecho humano configura un “margen de apreciación” para el Estado parte y su límite lo configura el umbral que permite la restricción, todo lo que determina la acción a seguir.

V. *Intérpretes especializados*. Las instancias de supervisión de derechos humanos de Naciones Unidas realizan una importante función interpretativa al: 1. Examinar informes de cumplimiento; 2. Conocer denuncias por violaciones, y 3. Emitir observaciones y recomendaciones. Estos últimos instrumentos pueden expresar “consenso emergente” a modo de “práctica ulterior”, con lo que la *opinio juris* y la *práctica verbal* que reflejan de los Estados partes puede manifestar derecho consuetudinario. Finalmente, la jurisprudencia de tribunales también puede expresar “práctica ulterior” en relación con tratados para cuya vigilancia fueron creados (véase TEDH, *Soering...* y *Cruz Varas...*).

**Daniel Francisco Cabeza de Vaca Hernández**

### 963. TRIBUNAL

Los tribunales son órganos centrales del sistema jurídico, encargados de resolver las controversias jurídicas que les plantean los ciudadanos y las autoridades públicas, así como de dar una interpretación definitiva a la Constitución, las leyes y las demás normas del ordenamiento jurídico.

Desde un punto de vista idiomático, se trata de un nombre genérico que comprende otras denominaciones como las de “corte” (*court*) —usual en nuestra tradición jurídica para referirse solo a los órganos jurisdiccionales superiores o de máxima jerarquía (Suprema Corte, Corte Constitucional, Corte

de Apelaciones)— y de “juzgado”, que se aplica regularmente a los órganos jurisdiccionales de carácter unitario y menor jerarquía. Si bien los tribunales en sentido estricto tienden a ser *órganos colegiados*, compuestos por varios juzgadores o por varias salas (unitarias o colegiadas), también puede hablarse de tribunales unitarios (por ejemplo, los Tribunales Unitarios de Circuito del Poder Judicial de la Federación).

Los tribunales pueden ser estudiados como *institución* y como *organización*. La dimensión institucional de los tribunales se refiere a las *funciones sociales* que desempeñan. Tales funciones pueden ser muy diversas, pero siguiendo a Vincenzo Ferrari (*Funciones del derecho*, 1989) podemos hablar de tres funciones últimas: orientación de la conducta, tratamiento de los conflictos declarados y legitimación del poder.

Tratándose de los tribunales, tiene prioridad lógica el *tratamiento de los conflictos declarados*. Ferrari no habla de “solución” de los conflictos, porque en muchas ocasiones la intervención judicial no los resuelve, sino que pueden persistir e incluso agudizarse. Por otro lado, una proporción importante de los asuntos que llegan a tribunales no son conflictos en un sentido real, es decir, que una de las partes no controvierte u opone resistencia a las pretensiones de la otra. En muchos casos, los tribunales cumplen, por tanto, funciones que podríamos denominar “administrativas” o “notariales”. Sin embargo, aún en esos casos, el tribunal solo puede procesar el asunto si se plantea como *controversia jurídica* entre dos partes. Podríamos decir, entonces, que los tribunales resuelven o procesan controversias jurídicas o litigios, aunque no necesariamente se trate de conflictos sociales genuinos.

La *orientación de la conducta* es una función general del derecho y particular de los tribunales. Por un lado, a través de sus resoluciones los tribunales fijan el comportamiento que deben observar las partes de la controversia a partir de la resolución. Por otra parte, envían señales a los terceros sobre la resolución que dictarían en casos iguales o similares, lo que puede influir de manera indirecta en su comportamiento. En 1979, Robert Mnookin y Lewis Kornhauser publicaron un estudio ya clásico bajo el título “Negociando bajo la sombra de la ley: el caso del divorcio”. Con la expresión “sombra de la ley” hacían referencia al hecho de que los términos en que negociaban entre sí las parejas en proceso de divorcio se veían afectados por los pronunciamientos de los tribunales en anteriores juicios contenciosos. Al seguir el principio fundamental de “igual trato a los asuntos iguales”, los tribunales crean *seguridad jurídica*, es decir, certeza de orientación para quienes no han sido parte en un litigio. Por la misma razón, casi todos los sistemas judiciales cuentan con mecanismos para resolver de manera definitiva las contradicciones en que pueden incurrir entre sí los órganos jurisdiccionales.

Los tribunales *legitiman el poder*, primero, en la medida en que se trata de una vía institucional prevista en el orden jurídico vigente y que excluye la “justicia por propia mano”; segundo, porque sus resoluciones cuentan, en principio, con respaldo y consenso sociales; tercero, en cuanto dan *forma y permanencia* a los actos del poder.

Los tribunales son también *organizaciones*. Una organización consiste en un conjunto de *funciones o roles especializados* que se articulan o interrelacionan en vista de un objetivo común. De acuerdo con esta definición, un tribunal está compuesto por un conjunto de roles especializados (jueces, secretarios, actua-

rios, oficiales judiciales, etcétera) que se articulan para producir resoluciones jurisdiccionales a través de un procedimiento jurídicamente regulado. A la pregunta de por qué la resolución de controversias jurídicas asume una *forma organizada*, Niklas Luhmann (*El derecho de la sociedad*, 2002) responde que de esa manera se garantiza el cumplimiento de las obligaciones de los jueces, reguladas por un estatuto especial, la primera de las cuales es la *prohibición de denegación de justicia*. Mientras otros órganos jurídicos no tienen obligación de crear derecho —los legisladores no están obligados a legislar ni los particulares a celebrar contratos—, los tribunales *deben* dar respuesta jurídica a toda demanda que se les plantee bajo pena de incurrir en responsabilidad.

Si bien cada tribunal es en sí mismo una organización, los tribunales tienden a formar parte de una organización más amplia, compuesta por órganos jurisdiccionales de diverso tipo y nivel, a la que se denomina Poder Judicial o Rama Judicial. En el mundo contemporáneo existen varios modelos o tipos de organización judicial. Se puede hablar así de organizaciones judiciales *unitarias, bifurcadas o segmentadas*.

Una organización judicial es unitaria si incorpora en una misma jerarquía a todos los tribunales y órganos jurisdiccionales que forman parte del mismo ordenamiento. Esto puede ocurrir inclusive si estos órganos son autónomos o pertenecen formalmente a otro poder, pero se encuentran sometidos a la autoridad de un solo tribunal máximo, como sucede en México con el Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia, a los cuales están sometidos los demás órganos jurisdiccionales a través del juicio de amparo.

Son bifurcadas las organizaciones judiciales que siguen el modelo francés de separación entre la justicia ordinaria y la justicia administrativa. La primera es encabezada por la Corte de Casación y la segunda por el Consejo de Estado. Se trata de dos ramas jurisdiccionales completas e independientes entre sí.

Podemos hablar de organizaciones judiciales segmentadas como en el caso de la República Federal de Alemania, que cuenta con *cinco* ramas jurisdiccionales ordinarias, cada una con una jerarquía completa de tribunales y un órgano máximo de carácter federal: civil y penal, laboral, administrativa, social y financiera. Cuenta además con otros tribunales especializados, como la jurisdicción constitucional y la de marcas y patentes.

Desde el punto de vista de la jerarquía, lo habitual es que una organización judicial nacional esté compuesta de tres a cuatro niveles: juzgados menores (por ejemplo, “juzgados de paz”, “juzgados municipales”), juzgados o tribunales de primera instancia, tribunales de apelación y tribunales supremos (con funciones de casación o revisión).

En una organización judicial no solo se dan relaciones de distinto tipo entre los órganos jurisdiccionales que la componen, sino también con otras organizaciones, como los Consejos de la Judicatura (formen o no parte del Poder Judicial), los ministerios y las procuradurías de Justicia, las defensorías públicas y los colegios de abogados. Debido a la complejidad de estas relaciones, los tribunales no tienen control pleno sobre los procedimientos que tienen responsables de llevar, sino que su desempeño depende en buena medida del funcionamiento de las relaciones interorganizacionales.

**Héctor Fix-Fierro**

#### 964. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (AMPLIACIÓN DE COMPETENCIAS)

Es un hecho corroborado por la práctica del derecho positivo que, en las últimas décadas, los tribunales constitucionales han ampliado el elenco competencial de su titularidad. De esta forma, hoy en día ostentan unas competencias que podrían considerarse adicionales o suplementarias a las prototípicas y características de la jurisdicción constitucional. Sería posible también hablar de funciones ulteriores, como se hace en otra voz de este diccionario.

El concepto de tribunal constitucional (y de la propia jurisdicción constitucional) incluye un elemento material que consiste en el ejercicio de determinadas competencias, que se materializan en ciertos procesos. De este modo, encontramos unos procesos característicos que se configuraron a lo largo de la evolución de estos órganos: el control de constitucionalidad de la ley, la garantía de la distribución del poder y la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales. Sin embargo, como estamos diciendo, los órganos de jurisdicción constitucional también presentan otras atribuciones que van mucho más allá de lo previsto en teóricos modelos originarios, especialmente en el de Kelsen. Desde un punto de vista diacrónico, se detecta una evolución de los tribunales constituciones, en la que fueron asumiendo nuevas tareas, lo cual se percibe especialmente en los tribunales constitucionales que aparecieron en lo que hemos denominado “cuarta ola”, los del antiguo Bloque del Este (desde la caída del Muro de Berlín, en 1989, con el precedente de Polonia, en 1985).

Así las cosas, además de los tres procesos constitucionales típicos ya citados, el derecho comparado también recoge, en el elenco competencial de los tribunales constitucionales, casos de procesos constitucionales atípicos, procesos no constitucionales y competencias no contenciosas. A ellos nos referimos en otras voces de este diccionario, a las que remitimos ahora, donde recogemos muchos ejemplos de derecho comparado que ahora no reproducimos.

Resulta complejo explicar las causas de este fenómeno de ampliación competencial, sobre todo a nivel general. Añadir funciones periféricas o suplementarias a los órganos de jurisdicción constitucional parece producto de una visión amplia de la misma, cuya vocación semeja la garantía por extenso del orden constitucional respectivo. No obstante, en algún supuesto vemos cierta irreflexión, aunque también otras motivaciones más aceptables —aunque erróneas—, como el prestigio del que se quiere dotar al órgano, o la necesidad de renovar y actualizar el sistema público. En todo caso, habría que examinar el concreto contexto de cada país o grupo de países para efectuar un análisis más preciso. Por ejemplo, en Europa central y oriental —en el ya citado antiguo Bloque del Este— esta ampliación competencial se puede explicar en términos de reacción frente al autoritarismo anterior: fortalecer sobremanera al recién creado tribunal constitucional es una declaración de intenciones de compromiso democrático (aunque, añadimos, por sí solo insuficiente).

El problema teórico de relevancia que plantea la ampliación excesiva de las competencias de un tribunal constitucional es el riesgo para la credibilidad del mismo, un riesgo que no hay que pasar por alto. Aunque lo determinante sea conocer los contenciosos constitucionales, y no la posesión de competencias añadidas, un exceso de atribuciones suplementarias hacer surgir la duda acerca de la verdadera naturaleza del órgano. Además, este órgano, con competencias suplementarias, puede verse abocado a un riesgo adicional de politización.

Así las cosas, es criticable que un órgano de jurisdicción constitucional ostente competencias que oscurezcan su naturaleza y que confundan lo constitucional con lo legal. En los sistemas concentrados y mixtos ello resulta evidente. Así, son criticables en manos del tribunal constitucional los procesos relativos a partidos políticos, al jefe de Estado, a la reforma constitucional o una competencia específica de interpretación obligatoria de la Constitución, que como tal no debería existir. En efecto, un órgano jurisdiccional interpreta las normas de referencia (en nuestro caso, la Constitución) cuando sustancia los procesos que le corresponden, pero no debe tener como objeto de una de sus atribuciones competenciales la interpretación misma. De igual modo, tampoco es procedente la función referida a la reforma constitucional. La apertura del mecanismo de reforma constitucional activa el poder constituyente constituido, que permanece latente desde la aprobación de la carta magna. Ello es una manifestación de soberanía, trasunto de la que se produjo en el periodo constituyente y que ha objetivado la propia norma básica. Por ello, el tribunal constitucional no debe entrar.

Tampoco deben pertenecer al tribunal constitucional los procesos no constitucionales, es decir, aquellos que no afectan a una cuestión básica del poder público (y que, por tanto, no se encuentra en las dimensiones materiales que tiene que presentar una carta magna). Ostentar competencia sobre tales procesos acerca la actividad propia de un tribunal constitucional a la característica función de los jueces ordinarios, con el riesgo aquel de extralimitarse, y ser criticado por ello.

Por tanto, cuando existe un órgano especializado en lo contencioso constitucional, este debería limitarse a dicha materia y no caer en las ampliaciones competenciales indicadas. Por el contrario, en sistemas difusos y mixtos donde el juez de lo constitucional también es juez de lo meramente legal, el solapamiento entre lo constitucional y lo legal resulta inevitable, lo que complica el análisis por el riesgo de confusión que existe entre ambos órdenes (sobre todo cuando lo constitucional entra en escena por vía incidental a través de una excepción en el marco de un proceso ordinario). Sin embargo, estos casos en los que el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional también es el máximo órgano judicial ordinario, la confusión *per se* de las competencias es cuando menos disfuncional, sobre todo para el buen ejercicio de las funciones específicas de un tribunal constitucional.

Acercar el órgano de jurisdicción constitucional a uno de justicia ordinaria debilita su posición al levantar brumas en sus perfiles. Si esto es así en el derecho positivo, la concreta labor del juez constitucional se vuelve esencial para soslayar estos peligros, consecuencia de la ampliación competencial que hemos vivido.

En fin, ante los efectos negativos de la ampliación competencial que ha llegado a muchos tribunales constitucionales, la mejor solución será efectuar una reforma normativa que acabe con la desmesura en las atribuciones y mejore la delimitación entre lo constitucional y lo legal. De todos modos, la presencia de modelos mixtos, como el mexicano, y de tribunales reflejo de tales modelos, que quieren ser constitucionales sin dejar de ser supremos, supone un obstáculo de peso para llevar a la práctica esta necesidad de clarificación competencial.

*José Julio Fernández Rodríguez*

## 965. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (FUNCIONES ULTERIORES)

Desde siempre, los tribunales constitucionales han sido considerados órganos dotados de especiales competencias técnicas e imparcialidad, y sus funciones han ido aumentando a lo largo de las décadas, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial. Si la función primigenia de estos tribunales fue de carácter arbitral y consistió en la resolución de conflictos entre distintos niveles territoriales, con particular referencia a los sistemas federales (como Alemania o Austria), pero también regionales o autonómicos (Italia o España), sus tareas relacionadas con los derechos fundamentales han ido asumiendo cada vez mayor peso en términos numéricos y sustanciales. Al lado de los recursos individuales en casos de lesión de derechos fundamentales (recurso de amparo y *Verfassungsbeschwerde*), existe la competencia del Tribunal Constitucional Federal alemán para declarar la pérdida de los derechos fundamentales de un sujeto que haya abusado de ellos para contrastar el ordenamiento. Además, existen varios países en los que estos tribunales deciden los conflictos entre los órganos o poderes del Estado (como en Italia, España, Bolivia, Costa Rica, Chipre, etc.), es decir, los conflictos entre entes —o intersubjetivos— y los conflictos entre poderes del Estado —o interorgánicos—. Hay una serie de funciones que tienen como objetivo la continuidad del ordenamiento democrático, a través de la averiguación de impedimento, temporal o permanente, de los sujetos titulares de determinados cargos, en particular, los jefes de Estado. En efecto, en muchos casos se involucra a los tribunales constitucionales en los procesos de *impeachment* de presidentes, ministros u otros órganos constitucionales, a veces con funciones consultivas y otras decisorias. Asimismo, en la protección de los sistemas democráticos, y especialmente en las “democracias protegidas”, se otorga a los tribunales la ilegalización de los partidos “antisistema” que, por sus objetivos y acciones, ponen en riesgo la supervivencia del ordenamiento. En el ámbito electoral, los tribunales constitucionales pueden ser llamados a comprobar la regularidad de las votaciones (presidenciales, parlamentarias y/o locales), a convalidar los resultados o a resolver los conflictos que surjan. Un caso especial es Italia, donde la Corte Constitucional decide sobre la admisibilidad de las preguntas de los referéndums de tipo abrogativo. Finalmente, algunos tribunales constitucionales se involucran en los procedimientos de reforma constitucional: en estos casos se les atribuye la iniciativa, una función consultiva o el control de constitucionalidad, preventivo o posterior (Bolivia, Colombia, Chile, Moldavia, Ucrania, etc.). Esta función, que ha sido desempeñada también en Alemania o reivindicada en Italia, donde no se encuentra regulada en la Constitución, se puede distinguir del control sobre las leyes ordinarias por varios elementos, en particular, el objeto y el parámetro, tal y como el papel que asume el tribunal correspondiente respecto al poder legislativo.

*Sabrina Ragone*

## 966. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (LÍMITES)

La relevancia adquirida por gran parte de los tribunales constitucionales representa la consecuencia del ejercicio de los poderes a ellos conferidos o poco a poco conquistados. Por otro lado, semejantes poderes son frenados —y es lógico que así sea en los sistemas liberal-democráticos— por una serie de límites de variada índole, predispuestos en el ordenamiento o autodeterminados

por los mismos tribunales, a fin de prevenir conflictos irreparables con otros órganos supremos del Estado, constitucionales o de relevancia constitucional. Tales límites son de diversa naturaleza: lingüística, jurídico-institucional y política.

Ante todo, los tribunales deben enfrentarse a los límites dados por las estructuras lingüísticas, es decir, a los condicionamientos de los textos y de los contextos lingüísticos y extralingüísticos en que operan. Ellos no elaboran la Constitución, ni normalmente escriben enunciados normativos inmediatamente subordinados a ella, que derivan de una *tabula rasa*. A veces “reelaboran” los enunciados de la ley y/o asignan nuevos significados a los enunciados de la Constitución o de la ley.

Tal actividad no es libre, sino condicionada por el uso que el metalenguaje de los juristas, en el lenguaje especializado y en el común, se hace de varios fragmentos lingüísticos (de la Constitución o de la ley). Puede el Tribunal, a través de interpretaciones sistemáticas o de otra naturaleza y, sobre todo, cuando se trata de “ponderación”, extender o circunscribir una libertad, o declarar inconstitucional un impuesto o una tasa, pero no puede crear de la nada —al revés que el poder constituye y, en menor medida, el poder legislativo— enunciados normativos (aunque a veces lo intenta y a menudo lo consigue).

Si el legislador y —antes— el poder constituyente pretenden circunscribir el amplísimo margen de interpretación que tienen los tribunales, no deben hacer otra cosa (pagando, no obstante, el precio de una mayor rigidez de los textos) que escribir enunciados claros o más viables, no susceptibles de interpretaciones indeseadas.

Además de tales condicionamientos, los tribunales están sujetos, en cuanto a su composición y a las modalidades de funcionamiento, a los límites jurídico-institucionales establecidos en las disposiciones de la Constitución y de la legislación secundaria, las que, junto con las garantías, establecen qué límites no son franqueables. La distribución entre las diversas fuentes de las disposiciones sobre los tribunales varía de un ordenamiento a otro, con consecuencias significativas. Por ejemplo, la Constitución estadounidense no establece el número de integrantes de la Corte Suprema: lo hace la ley que, por consiguiente, puede modificarlo a su antojo. Frente a la hostilidad de un Tribunal determinado a la política legislativa, presidente y Congreso pueden amenazarla con “enhornar” nuevos jueces de orientación más favorable, que es lo que sucedió cuando el presidente Franklin D. Roosevelt se encontró con la encarnizada resistencia de la Corte Suprema a las medidas del *New Deal*. En tales circunstancias, el episodio concluyó con la “rendición” de la Corte.

Hay que recordar algunas restricciones jurídicas al lado de las relacionadas con el principio del precedente judicial, que también condiciona la jurisprudencia de los tribunales del *civil law*. En primer lugar, las garantías de independencia —no siempre adecuadas del todo—; después, las representadas por los sistemas de acceso a los tribunales constitucionales (cuanto más accidentado sea el procedimiento para llegar a un juicio y menos numerosas sean las cuestiones sometidas a su examen, más improbable es que un tribunal pueda hacer “política” de gran alcance); todavía se señala el límite, no menos incisivo, constituido por la amplitud del parámetro (o *bloc de constitutionnalité*) y del objeto, cuya extensión influye en gran medida en la jurisprudencia consti-

tucional y en el crecimiento del peso político-institucional de un tribunal (basta pensar en el caso francés); por último, la eficacia de las sentencias, también casi siempre bastante amplia, encuentra a su vez algunas barreras.

Por lo que corresponde a los límites de naturaleza política, rara vez —y siempre a nivel individual, nunca de colegio— están representados los frenos o límites de índole política a la penetración de los tribunales constitucionales en las esferas del legislativo y del ejecutivo, donde ello sea posible, por las expectativas de gratitud por parte de otros poderes, al término del mandato; como también por el vínculo ideológico que a veces une al artífice del nombramiento con el juez electo. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, el ordenamiento suministra mecanismos idóneos para atenuar tal tipo de vínculo y eliminar, así, la dependencia de los jueces respecto a la política. Menos lábiles aparecen otros obstáculos a la explicación de un papel político, que manifiestan los mismos tribunales invocando los enunciados constitucionales o legislativos o ejercitando su plena autonomía: el *self-restraint* que, sea cíclicamente o con infinitas variantes, caracteriza a la jurisprudencia constitucional, se justifica cada vez y a varios niveles con la misma cultura jurídica de los jueces y el mito de su posición de tercero; con el temor de penetrar en el campo del legislador, obteniendo una gratificación en el caso concreto, pero provocando sucesivas contramedidas; con la voluntad de no someterse a las críticas de la opinión pública y de los otros poderes, connaturales a la asunción de decisiones políticas, etcétera.

En general, los tribunales se autolimitan espontáneamente (al *self-restraint*, sin embargo, a menudo le siguen periodos cíclicos de activismo, excepto cuando la deferencia por el legislador nacional está muy arraigada, como en Japón y en el Norte de Europa). Por ejemplo, la Corte Suprema estadounidense, además de rechazar desde el inicio de su actividad dar *advisory opinions*, o sea, consejos a otros órganos, ha declarado no justiciables todos los casos en que el Tribunal no pueda decidir independientemente sin invadir el campo reservado a otros órganos a los cuales la ley delega la materia o que no pueden ser juzgados sin una inicial decisión de naturaleza política sobre materia no reservada evidentemente a la jurisdicción (*Marbury vs. Madison*); y ha aclarado que para ser sometida a juicio una solicitud, debe “presentar una real y sustancial controversia que de modo inequívoco reclame un juicio sobre los derechos afirmados” (*Poe vs. Ulmann*, 367 US, 1961). La doctrina de las *political questions* ha sido luego invocada en controversias sobre las que ya se pronunciaron de manera diversa otros órganos y, por ello, a la Corte se le impide manifestar su propia opinión. En particular, ha rehusado establecer qué es un gobierno estatal legítimo (*Luther vs. Borden*, 7 How, 48 US, 1, 1849; *Pacific States Tel. & Tel. Co. vs. Oregon*, 223 US 118, 1912), ni ha querido al principio controlar la discutible estructuración de los distritos electorales (la llamada *malapportionment*), aunque después se lo pensó mejor (*Cologrove vs. Green*, 328 US 549, 1946, y *Baker vs. Carr*, 369 US 186, 1962). La doctrina de las *political questions* se ha evocado también al tratar el procedimiento de enmienda de la Constitución (*Coleman vs. Miller*, 328 US 549, 1939) y la *due process clause* (*Gilligan vs. Morgan*, 413 US 1, 10, 1973).

Se puede afirmar; sin embargo, que el recurso a las *political questions* esconde una precisa elección política de los tribunales, que pueden decidir no pronunciarse y “salvar” la opción del legislador, o viceversa, analizar el fondo

de la cuestión y anular la ley. Que sean ellos los que pueden elegir si deciden o no (y cambiar de idea al respecto, como en *Baker vs Carr*, entre miles de casos más) “*political questions*” no significa solo respetar la voluntad política del poder legislativo, sino incluso hacer una elección política acerca de respetar tal voluntad o imponer la propia.

Otros tribunales constitucionales han madurado jurisprudencia análoga: muchos, por ejemplo, rechazan controlar la discrecionalidad del legislador que no haya sido ejercitada con arbitrio o con irracionalidad, o que suponga la adopción de sentencias aditivas que impliquen elecciones ampliamente discrecionales que excedan los poderes de la Corte. Al mismo tiempo; sin embargo, en el conocimiento de que los límites declarados son autolímites, elaboran nuevas tipologías de sentencias, a fin de hacer que su visión pueda, no inmediatamente sino en el futuro, prevalecer sobre la de otros órganos supremos del ordenamiento.

**Lucio Pegoraro**  
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

### 967. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA

El Tribunal Constitucional de Austria está establecido como “guardián de la Constitución”, encargado de garantizar la prevalencia de la Constitución dentro del funcionamiento del Estado. Es sobre todo su competencia de controlar la constitucionalidad de leyes (art. 140 *Bundesverfassung, B-VG*), la posible eliminación de ordenanzas ilegales (*Verordnungen*, art. 139 *B-VG*) y el control de resoluciones administrativas de última instancia (desde el 1o. de enero de 2014: de decisiones de tribunales administrativos de primer instancia) dirigidas contra particulares por vía de amparo (art. 144 *B-VG*) lo que otorga al Tribunal Constitucional un papel primordial en la defensa de la Constitución y en la protección de derechos fundamentales.

El precursor histórico del Tribunal Constitucional de Austria es el “Reichsgericht”, que fue establecido por el Staatsgrundgesetz de 1867. Ya el Reichsgericht tenía la tarea de proteger los derechos fundamentales incorporados en el Staatsgrundgesetz. No obstante, las competencias del Reichsgericht eran más modestas que las del Tribunal Constitucional actual. El Reichsgericht no tenía la competencia de examinar leyes en cuanto a su conformidad con la Constitución. También en lo que concierne a supuestas violaciones de derechos fundamentales por acto administrativo (*Verwaltungsakt*), el Reichsgericht solo podía constatar la violación pero no podía anular el acto en cuestión.

Así que el establecimiento del Tribunal Constitucional en 1920, con la competencia de controlar la constitucionalidad de leyes fue una novedad —a nivel nacional como internacional—. Como consecuencia de esto fue tomado como modelo en otros Estados (“*österreichischer Weg der Verfassungsgerichtsbarkeit*”). Uno puede considerar a Hans Kelsen como el “padre” del Tribunal Constitucional de Austria. Para Kelsen, el Tribunal era el garante del orden democrático de la Constitución y su “niño más amado”.

Desempeñando un control concentrado, el Tribunal Constitucional asegura que ninguna norma general esté en desacuerdo con la Constitución, que está situada en la cúspide de la pirámide jurídica (*Stufenbau der Rechtsordnung*). Eso principalmente gracias a su competencia de controlar la constitu-

cionalidad de leyes (art. 140 B-VG) y de controlar la legalidad de ordenanzas del poder administrativo (*Verordnungen*; art. 139 B-VG). De importancia esencial en ese contexto es además su competencia de controlar las resoluciones administrativas dirigidas contra particulares por vía de amparo (“*Beschreibeschwerde*”, art. 144 B-VG) cuando un individuo reclama una violación de sus derechos constitucionales o una violación de sus derechos por aplicación de una norma general inconstitucional con ocasión de una resolución administrativa de última instancia (desde el 1o. enero 2014: de una decisión de un tribunal administrativo de primer instancia).

El Tribunal Constitucional desempeña también un papel importante en la solución de conflictos entre supremas instituciones constitucionales o “conflictos de competencia” (art. 138 B-VG). Como árbitro de conflictos de competencia (*Kompetenzgerichtshof*) el Tribunal Constitucional es la institución que resuelve conflictos de competencia entre distintos tribunales; entre tribunales y órganos administrativos; así como entre autoridades públicas o instancias gubernamentales (*Behörden*) de la federación y de los *Länder* (art. 138 B-VG). También, el Tribunal Constitucional es competente de decidir casos en lo tocante a órganos supremos del Estado (el presidente, miembros del gobierno federal y de los *Länder*), cuando estos son acusados de un comportamiento ilegal (*Staatsgerichtshof*, art. 142 B-VG). Otras competencias incluyen el control de tratados internacionales en cuanto a su conformidad con la Constitución (art. 140a B-VG) y cierto control en el ámbito electoral (sobre todo casos de contestación de las elecciones; art. 141 B-VG).

El Tribunal Constitucional está compuesto por un presidente, un vicepresidente y doce magistrados. A esos se juntan seis magistrados suplentes en casos de presentarse algún impedimento por parte de los miembros del Tribunal. Los magistrados ejercen su función —como profesión secundaria— hasta que cumplen 70 años. En cuanto a su nombramiento, el gobierno federal tiene el derecho de nombrar al presidente, al vicepresidente, a seis magistrados y a tres suplentes; la Cámara Baja del Parlamento (*Nationrat*) elige por su parte a tres magistrados y a dos suplentes, y la Cámara con representantes de los *Länder* (*Bundesrat*) nombra a tres magistrados y a un suplente. Así que el modo de nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional establece un estrecho vínculo entre el Tribunal Constitucional y los otros poderes (Ejecutivo y Legislativo) del Estado.

Esto parece especialmente importante dado que el Tribunal Constitucional representa el principio del Estado de derecho (*Rechtsstaatlichkeit*) y en su defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales, entra en conflicto con el Parlamento. Sobre todo su competencia de controlar la constitucionalidad de leyes pone límites a la soberanía parlamentaria. Eso se muestra en particular en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional en el ámbito de derechos fundamentales. De hecho, hay una evolución importante en la postura del Tribunal al respecto. Hasta los inicios de los años 1980, el Tribunal adoptó una postura de autorrestricción o *judicial self restraint*: demostró mucha deferencia hacia el Poder Legislativo (*Gesetzgeber*) y no se consideró competente para decidir sobre preguntas de gran implicación político-jurídica. En las últimas tres décadas, por el contrario, el Tribunal Constitucional adoptó una actitud más activista (*judicial activism*), sometiendo los actos del legislador a un control siempre más exigente. Lo que parece importante desde

la perspectiva de una protección efectiva de derechos fundamentales, pero que ha provocado algunos conflictos con el parlamento.

Un posible límite a la protección efectiva de derechos fundamentales es que el Tribunal Constitucional no es competente para controlar las decisiones de tribunales civiles y criminales de última instancia. Es así como, si esas decisiones violan derechos fundamentales o se basan en leyes inconstitucionales, no hay posible recurso jurídico para oponerse a ellas, no obstante, que según recién reforma (BGBl I 2013/114) individuos que consideran sus derechos violados en una decisión de un tribunal de primer instancia por la aplicación de una ley inconstitucional pueden iniciar un control de la ley respectiva a partir del 1.º de enero de 2015 (*Gesetzesbeschwerde*). Eso al menos mejora la protección de sus derechos fundamentales. A pesar de ese vacío, criticado por algunos comentaristas, en suma, el Tribunal Constitucional de Austria se muestra como guardián largamente competente y eficaz de la Constitución y defensor de los derechos fundamentales incorporados en la misma de manera eficiente.

*Christina Binder*

#### 968. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE AUSTRIA (COMPOSICIÓN Y ATRIBUCIONES)

Conforme se ha expuesto en la doctrina procesal constitucional, el modelo austríaco o kelseniano es el punto de arranque para la configuración y expansión mundial de los tribunales constitucionales, plasmado en la Constitución Federal de Austria, de 1 de octubre de 1920, en actual vigencia, con las reformas correspondientes (cap. VI, arts. 137-148 y Ley Federal del Tribunal Constitucional [*Verfassungsgerichtshofsgesetz*, abreviada *VergGG*] de 1953 y posteriores reformas [BGBl, 1953-1985] que desarrollan la organización y funciones del Tribunal Constitucional). Todo ello, sin obviar al Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) que se estableció en la Constitución de 1867 —producto del *Ausgleich* o *Compromiso*—, y que era competente para controlar los actos administrativos con base en recursos individuales que alegaban la violación de los derechos políticos.

Añádase aun lo que sigue, el Tribunal o Corte Constitucional de Austria (*Verfassungsgerichtshof*, abreviado *VfGH*) —que goza de prestigio indiscutible en el mundo jurídico— conforme iba adquiriendo experiencia, ampliaba su ámbito competencial, de manera tal que hoy en día tiene facultades para dirimir varios asuntos, tal como veremos. Debe señalarse que los tribunales ordinarios austríacos no tienen competencia para dirimir la validez de las leyes, decretos y tratados internacionales promulgados conforme a ley (Constitución, art. 89,1). Más bien, están facultados para interponer la súplica ante el Tribunal Constitucional cuando existan objeciones por razón de ilegalidad contra la aplicación de un decreto. De igual forma, estatuye la Constitución que si el Tribunal Supremo o algún tribunal competente para pronunciarse en segunda instancia tuviese reparos contra la aplicación de una ley por razones de inconstitucionalidad, deberá interponer ante el Tribunal Constitucional “recurso de anulación” de dicha ley (art. 89,2). Si el decreto que el Tribunal Supremo (Corte Suprema) tenía que aplicar ya no estuviese en vigor, en el recurso que interpusiera ante el Tribunal Constitucional debía solicitar que este dictara resolución en el sentido de que la norma legal era ilegal o inconstitu-

cional (art. 89,3). Se infiere, en consecuencia, que el Tribunal Constitucional era el único órgano encargado de ver las cuestiones de constitucionalidad de las leyes.

De ahí su notoria diferencia con lo que sucede en el mundo cultural anglosajón a través del sistema o modelo americano (*judicial review*) en donde la función de control constitucional recae en los tribunales ordinarios (poder judicial), y las consecuencias, por tanto, tienen efectos *inter partes*. Para nuestros propósitos es válido significar, siguiendo a Roberto Blanco Valdés, que con independencia de la corrección jurídica de algunas de las afirmaciones de Marshall y de la coherencia de su pronunciamiento con otros previos de la Corte Suprema Federal, lo relevante es que su forma de razonar va a situarlo ante la necesidad inaplazable de justificar constitucionalmente la exigencia de inaplicar aquellas normas que fuesen incompatibles con la Constitución y, lo que es más importante, la paralela obligación de los tribunales para optar por tal inaplicación en los casos en que apreciases aquella incompatibilidad.

*Composición, número y elección.* Bástenos consignar aquí que, en el cuadro del ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional, con sede en Viena, estará compuesto por un presidente (*Präsident*), un vicepresidente (*Vizepräsident*), de otros doce miembros y de seis suplentes (*Ersatzmitglieder*), así lo establece el artículo 147,1 de la Constitución. Todos ellos magistrados, funcionarios administrativos y catedráticos de las facultades de Derecho y Ciencia Política (art. 147,2). Una parte son elegidos por el Gobierno federal (presidente, vicepresidente y seis miembros más) y la otra es elegida por el Parlamento federal, de forma paritaria entre cada una de las cámaras (tres miembros de cada Cámara). Los miembros del Tribunal Constitucional jurarán (*geloben*), antes de tomar posesión del cargo, observar inquebrantablemente la Constitución y las demás leyes de la república, así como el cumplimiento escrupuloso de su deber (*Ley del Tribunal Constitucional*, art. 8). El estatus de los magistrados constitucionales se expresa en su independencia funcional, orgánica y reglamentaria.

*Naturaleza de las atribuciones.* Entre las vías operativas de la jurisdicción constitucional se atribuye y confía competencia al Tribunal Constitucional para conocer:

a) *Acciones (pretensiones) de carácter patrimonial.* En efecto, el Tribunal Constitucional tiene legitimación para conocer de las acciones de carácter patrimonial (*Vermögensrechtliche Ansprüche*) contra la federación, los estados, los distritos, los municipios y las agrupaciones de municipios que no puedan sustanciarse mediante el procedimiento judicial ordinario (*im ordentlichen Rechtsweg*) ni por resolución de una autoridad administrativa (*Constitución*, art. 137). Ello quiere decir que las acciones de carácter patrimonial —excepcional— tienen que sustanciarse necesariamente mediante el procedimiento constitucional. Su contenido tiene que ser de derecho público y no de derecho privado, siendo en el fondo una jurisdicción contencioso-administrativa.

b) *Tribunal de Conflictos de competencia administrativa.* En rigor, la figura del Tribunal de Conflictos lo encontramos en el *Proyecto Kremser* de 1848, que no llegó a entrar en vigor, y que daba nacimiento a un Tribunal Supremo del Imperio (*oberste Reichsgericht*). Este recordado órgano tenía competencia para resolver los conflictos de atribución entre la Administración y los tribunales de justicia. Por su parte, tras las reformas constitucionales de 1925 y 1974, la

Constitución austriaca de 1920 otorga al Tribunal Constitucional la facultad de actuar como Tribunal de Conflictos, inspirándose en cierto grado en el modelo francés, en las cuestiones de su competencia (*Kompetenzkonflikte*): *i*) entre los tribunales y autoridades administrativas; *ii*) entre el Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*) y los demás tribunales, en especial entre el Tribunal Administrativo y el Tribunal Constitucional mismo (juez y parte), así como entre los tribunales ordinarios y otros tribunales, y *iii*) entre los Estados o entre un Estado (*Länder*) y la federación (*Bundesländer*), conforme lo establece el artículo 138,1 de la Constitución. Tales atribuciones son propias en un Estado federal como lo es Austria (Constitución, art. 2,1). De lo dicho se infiere claramente que al Tribunal Constitucional no solo le alcanza competencia de índole administrativa, sino también judicial. Más todavía, el Tribunal Constitucional declara, a instancia del Gobierno federal o de un gobierno regional, si un acto del poder legislativo o del poder ejecutivo recae en la esfera de competencia de la federación o en la de los estados (art. 138,2). Naturalmente, bastante ha influido en ello el hecho de que Austria, desde 1920, se erige en un típico Estado federal, integrado por nueve *Länder*, en donde se deja notar una autonomía constitucional relativa, con la existencia de órganos comunes e instituciones simétricas.

*c) Ilegalidad de decretos y ordenanzas.* A la par, yendo a otros espacios, observamos que se le atribuye al Tribunal Constitucional conocer de la ilegalidad (*Gesetzwidrigkeit*) de los decretos emanados de autoridades federales o regionales, así como de las órdenes de órganos de tutela de los municipios, dictadas al amparo del artículo 119, a, párrafo 6 de la Constitución. Actúa, de igual forma, para resolver la ilegalidad, a instancia de cualquier tribunal, Gobierno federal o regional (de parte); también lo hace de oficio cuando el decreto en cuestión debe constituir el presupuesto para una decisión del propio Tribunal Constitucional (art. 139,1). Se pronuncia también sobre la ilicitud de cualquier ordenanza a instancia de toda persona que alegue haber sido lesionada en sus derechos de modo directo por dicha ilicitud, cuando la ordenanza haya cobrado fuerza ejecutiva para la persona afectada.

Y yendo al fondo de la cuestión, es dable significar la actuación que asume el Tribunal Constitucional cuando se tiene que aplicar una ordenanza determinada, y la parte afectada o demandante “desestime” la reclamación. Al respecto, la actitud que toma en este caso es continuar las actuaciones procesales iniciadas para examinar la legalidad de la ordenanza en cuestión (art. 139,2).

Por consiguiente, para anular la ordenanza por razón de ilegalidad, el Tribunal Constitucional solo podrá hacerlo si se ha solicitado explícitamente la anulación, o el propio Tribunal estuviera obligado a aplicarla al litigio pendiente ante él. Sin embargo, si el propio Tribunal Constitucional llega a la convicción de que la ordenanza entera carece de fundamento legal, o ha sido dictada por un órgano incompetente o ha sido promulgada en forma ilegal, deberá anular la ordenanza entera por ilegal (*gesetzwidrig*), siempre y cuando no atente contra los intereses jurídicos de la parte que ha interpuesto la demanda, conforme al último inciso del párrafo 1 del artículo 139 de la Constitución; así lo señala el artículo 139,3 de dicha norma fundamental.

Sobre este punto, una vez emitido el fallo del Tribunal Constitucional, la autoridad suprema competente de la federación o del estado regional está obligada a aplicar de inmediato la anulación. Se aplicará por analogía en los

pronunciamientos que se dicten en los supuestos del párrafo 4 del artículo 139 de la Constitución. La anulación entra en vigor el mismo día que se publica, en caso de que el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración, y este no podrá exceder de seis meses, o bien, de un año (art. 139,5).

d) *Inconstitucionalidad de las leyes*. Bastante mayor interés tiene esta atribución. En dicho marco de análisis, como recuerda con acierto evidente Fernández Rodríguez, el control de constitucionalidad de las leyes es una competencia muy extendida, como es lógico, al tratarse de la atribución primigenia de la jurisdicción constitucional. Al menos, desde un punto de vista teórico. El carácter normativo y supremo de la Constitución exige la presencia de un mecanismo de fiscalización de este tipo para que no se vean seriamente dañadas esas notas de normatividad y superioridad. Esta función característica de la jurisdicción constitucional fue la que diseñó Hans Kelsen, y que trasunta en la actividad que despliega el Tribunal Constitucional austríaco desde la Constitución de 1920. Y, para ser más concreto, desde la primera elección de los jueces constitucionales, llevada a cabo del 15 al 20 de julio de 1921, y en donde quedó constituido de la siguiente manera: presidente Vittorelli (1851-1932); vicepresidente Adolf Menzel (1857-1938); Friedrich Austerlitz (1862-1931); Hans Kelsen (1881-1973); Robert Neumann-Ettenreich (1857-1926); Julius Ofner (1845-1924); Rudolf Ramek (1881-1941); Julius Sylvester (1854-1944); Friedrich Engel (1867-1941); Alois Klee (1876-1944); Gustav Harpner (1864-1924); Karl Hartl (1878-1941); Michael Mayr (1864-1922), y Karl Pawelka (1867-1945).

En efecto, ante la vulneración de la supremacía constitucional y/o jerarquía normativa, se acude al Tribunal Constitucional mediante vía de impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes (*Normenkontrolle*) consagrada en el artículo 140 de la Constitución. El proceso constitucional a seguir ante el Tribunal austríaco es característico del modelo kelseniano y ha tenido notoria influencia para aplicarlo en otros países que tienen Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (constitucionalidad).

Como quiera que sea, lo cierto es que, a instancia del Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtshof*), del Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) o de cualquier tribunal llamado a resolver en segunda instancia, el Tribunal Constitucional entenderá de la posible inconstitucionalidad de una ley federal o regional; inclusive, puede conocer de oficio el propio Tribunal Constitucional cuando tenga que aplicar la ley a un litigio pendiente (art. 140,1). Se atribuye también al Tribunal Constitucional dirimir sobre la posible inconstitucionalidad de las leyes regionales, a instancia del Gobierno federal; o un tercio de los componentes de la Asamblea Regional, siempre y cuando estos últimos componentes estén autorizados por ley constitucional regional (*Landesversammlungsgesetz*); y de las leyes federales presumiblemente inconstitucionales, a instancia de un gobierno regional o de un tercio de los miembros del Consejo Nacional.

Asimismo, puede acudir ante el Tribunal Constitucional para objetar una ley inconstitucional cualquier persona que afirme haber sido directamente perjudicada en sus derechos cuando la ley haya cobrado fuerza vinculante para dicha persona, sin necesidad de haberse dictado decisión judicial ni reso-

lución administrativa individual (art. 140, 1 *in fine*). Si la ley no está en vigor, se deberá solicitar al Tribunal Constitucional que dicte resolución en el sentido de que la ley objetada era ilegal o inconstitucional.

Como es fácil de ver, en su análisis lógico-jurídico, el Tribunal o Corte Constitucional austriaco puede anular una ley inconstitucional (*ein Gesetz als Verfassungswidrig aufheben*) solamente cuando se haya pedido expresamente su anulación o el propio Tribunal Constitucional tuviera que aplicarla en el litigio pendiente ante él. Sin embargo, puede darse el caso de que el Tribunal Constitucional vea que toda la ley ha sido dictada por un órgano legislativo no competente o promulgada de modo inconstitucional, entonces, por mandato constitucional, deberá derogar la ley en su totalidad declarándola inconstitucional (art. 14,3).

Pero eso no es todo. También deberá tener en cuenta el Tribunal Constitucional, al momento de emitir sentencia, que si la ley objetada ya no está en vigencia y el procedimiento constitucional hubiere sido incoado de oficio o se hubiese interpuesto recurso de algún tribunal o por persona que haya sido perjudicada en sus derechos por la inconstitucionalidad de la ley, el Tribunal Constitucional deberá decidir si la ley es o no inconstitucional (art. 140,4).

Tras lo antes dicho, es importante señalar que el Tribunal Constitucional necesariamente tiene que pronunciarse aunque la ley ya no esté en vigencia. Se trata, de esta forma, evitar *a posteriori* violaciones de derechos consagrados en la Constitución. Advierte el Tribunal Constitucional que, al emitir sentencia estimatoria por la cual anula la ley inconstitucional, obliga en el acto al canciller federal o al gobernador regional competente a publicar la derogación. La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Conforme lo dispone la Constitución, el plazo no podrá exceder de un año (art. 140,5).

Aunado a lo anterior, es también de interés resaltar que el Tribunal Constitucional austriaco prevé los efectos de la sentencia que pronuncia para no dar origen a futuras confusiones. En efecto, al anular la ley inconstitucional, entrará en vigor el mismo día en que surta efecto la derogación, a no ser que disponga otra cosa, las disposiciones legales que hubiesen sido derogadas por la ley que el Tribunal Constitucional haya declarado inconstitucional. Para ello deberá especificarse en la publicación relativa a la anulación de la ley, si alguna disposición legal vuelve a entrar en vigor y, en caso afirmativo, cuáles son (art. 140,6).

En consecuencia, se colige que en la esfera procesal la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional no tiene efectos retroactivos; las leyes impugnadas por inconstitucionales se plantean directamente ante el Tribunal Constitucional, no existe vía previa; la cuestión o litigio resuelto por el Tribunal Constitucional mediante sentencia tiene efectos *erga omnes*, no *inter partes*, o sea, como afirma Vanossi: “para todos y para siempre”. Ahí radica la característica más notable de los tribunales constitucionales, especialmente del austriaco, que en rigor de verdad, es un organismo de naturaleza especial, separado e independiente de la magistratura ordinaria.

Sin mengua alguna, la idea de supremacía de la Constitución es el corazón de la teoría constitucional de Kelsen y, por tanto, permite al Tribunal Constitucional derogar leyes que tienen vicio de inconstitucionalidad con

efectos *erga omnes*. Para esto, el pensamiento kelseniano se funda en tres dimensiones o planos: 1) el sistema jurídico está ordenado jerárquicamente, es decir, tiene una estructura jerárquica (*Stufenbau*); 2) la Constitución, por lo general, determina el contenido de la legislación, y 3) la Constitución tiene un cierto grado de rigidez, o lo que es igual, ella no puede ser modificada mediante legislación ordinaria.

e) *Inconstitucionalidad o ilegalidad de los tratados internacionales e infracciones al derecho internacional*. Ahora bien, teniendo en cuenta que dentro del ordenamiento jurídico nacional la Constitución es el máximo grado escalonado, los tratados internacionales estarán subordinados a ella, aunque tampoco puede desconocerse la hipótesis, teóricamente hablando, de que los tratados estén dentro del orden jurídico internacional y, como tal, encima de la Constitución. Sin embargo, seguirán subordinados a la norma constitucional; no se puede, por tanto, desconocer la preeminencia de la Constitución, que es tajante. A tal fin: “Los tratados internacionales —afirma Kelsen— deben ser interpretados de modo que sostengan con la Constitución exactamente la misma relación que la Constitución guarda con las leyes. Ellos pueden, así, ser inmediatamente inconstitucionales, ya sea formalmente, en razón de su confección, ya sea materialmente, en razón de su contenido. Poco importa, por último, que el tratado tenga un carácter general o individual”.

Más adelante, sustentando su posición sobre la atribución del Tribunal Constitucional para someter a su competencia los tratados internacionales, expresa Kelsen que: “ellos tienen normalmente el carácter de normas generales. Si se considera que debe instituirse un control de su regularidad, puede pensarse seriamente en confiarlo a la jurisdicción constitucional. Jurídicamente, nada se opone a que la Constitución de un Estado le atribuya esta competencia con el poder de anular los tratados que juzgue inconstitucionales [...] siendo una fuente de derecho equivalente a la ley, el tratado internacional podría derogar leyes; es pues, del más alto interés político que el tratado internacional este conforme a la Constitución y respete, particularmente, aquellas reglas, que determinan el contenido de las leyes y de los tratados”.

Es de valorar también que, mediante reforma de 4 de marzo que entró en vigor el 7 de abril de 1964, se atribuyó al Tribunal Constitucional competencia para pronunciarse sobre la ilicitud (*Rechtswidrigkeit*) de los tratados internacionales cuando estos infrinjan un derecho constitucional (art. 140, a, 1). De resultas de todo ello, el Tribunal Constitucional, al declarar ilegales o inconstitucionales los tratados internacionales, estos no podrán ser aplicados desde el día mismo que se haga público el fallo, por los órganos llamados a su ejecución, a menos que el Tribunal Constitucional fije un plazo dentro del cual el tratado en cuestión haya de seguir aplicándose. Si son tratados internacionales de índole política (*politische Staatsverträge*), el plazo no podrá exceder de dos años; ni de un año para los demás tratados internacionales.

Con todo, al momento en que el Tribunal declara la ilegalidad o inconstitucionalidad de un tratado internacional que se cumple mediante promulgación de leyes o de decretos, dejará de surtir efecto toda resolución adoptada conforme al párrafo 2 del artículo 5 u ordenanza dictada al amparo del párrafo 1 del artículo 65 de la Constitución; así lo establece claramente el artículo 140, a, 2. Se puede dar el caso de que se presenten infracciones al derecho internacional (*Verletzungen des Völkerrechts*). Como es evidente, siguiendo la línea

directriz constitucional, corresponderá por tanto al Tribunal Constitucional conocer estos asuntos (art. 145).

f) *Recurso, reclamación o queja constitucional.* Otra vía que se emplea para acudir al Tribunal Constitucional cuando se afectan los derechos fundamentales es el recurso, reclamación o queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) establecido en el artículo 144 de la Constitución y reglamentado por los artículos 82 a 88 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshofgesetz*) de 1952. Sus antecedentes los encontramos en la Constitución del emperador de Austria, rey de Hungría y Bohemia, Francisco José I (1830-1916) de 21 de diciembre de 1867 (*Dezemberverfassung*), que encomendaba la competencia al Tribunal Supremo (*Reichsgericht*). Cabe señalar que la queja constitucional austriaca, desde sus inicios (1920-1929) hasta la fecha ha tenido variantes de poca importancia sin perder su contenido y eficacia de medio impugnatorio.

Atendiendo a este fin, el actor o accionante del recurso de queja (*der Beschwerdeführer*) que se estime lesionado por una resolución en un derecho garantizado por ley constitucional o perjudicado por la aplicación de un decreto ilegal, de una ley inconstitucional o de un tratado internacional contrario al derecho, tiene la vía expedita para hacer conocer al Tribunal Constitucional de los recursos contra las resoluciones (decisiones o providencias) de las autoridades administrativas. Bajo los mismos supuestos, conoce también el Tribunal Constitucional de las reclamaciones contra el ejercicio de una potestad administrativa inmediata de mando y coerción contra una persona determinada, la que se interpondrá solamente después de agotada la vía administrativa cuando esta proceda (art. 144,1).

Del mismo modo, si el Tribunal Constitucional, al momento de resolver estima que la resolución impugnada del órgano administrativo, o el ejercicio de la potestad administrativa directa de mando y coerción no ha lesionado derecho alguno en el sentido del párrafo 1 del artículo 144 de la Constitución y no se trate de un caso excluido por el artículo 133 de la competencia del Tribunal Administrativo, deberá conjuntamente con la sentencia desestimatoria, si así lo instare el recurrente, trasladar al propio Tribunal Administrativo la reclamación, para que resuelva si el recurrente ha sido lesionado en alguna otra clase de derecho por la decisión de referencia o por el ejercicio de una potestad administrativa inmediata de mando y de coerción (art. 144, 2).

Conforme se desprende de lo expuesto, el Tribunal Constitucional austriaco es muy celoso en cautelar los derechos fundamentales (derechos constitucionales) garantizados constitucionalmente; si no actúa en casación cuando sea requerido, obliga en el acto al Tribunal Administrativo para que se pronuncie sobre la cuestión en litigio, actuando de esta forma como un verdadero guardián de la Constitución. El autor del recurso, reclamación o queja constitucional puede ser persona física o jurídica de derecho privado, incluso de nacionalidad distinta. Consiguientemente, al Tribunal Constitucional, para actuar, le interesa que el reclamante se sienta lesionado de sus derechos. El plazo para plantear el recurso es de seis semanas contadas a partir de la notificación del acto administrativo inconstitucional. El proceso constitucional se inicia al momento de interponer el recurso, debiendo entregarse copia a la autoridad administrativa, que hasta entonces se presume que haya violado un derecho, para que dentro de un plazo que la ley señala pueda dar contestación (*Gegenschrift*).

Con la previsión debida, Mauro Cappelletti (1927-2004) no titubea en apuntar que el procedimiento se divide en dos etapas: *i*) la primera, de carácter preparatorio (*Vorverfahren*), prevalentemente escrita, que se desarrolla a través de un intercambio de escritos entre el recurrente y la autoridad que eventualmente haya intervenido en la causa, y *ii*) si el Tribunal Constitucional no ha rechazado *a limine* el recurso impugnatorio, la causa, después de haber sido instruida por un “juez relator”, pasa al debate final —que tiene carácter oral— y el Tribunal Constitucional actúa en sesión plena, siendo esta la última etapa.

En este orden de cosas, en el procedimiento de control ante el Tribunal Constitucional austriaco encontramos algunos rasgos característicos: las audiencias son de carácter oral, se sigue el principio de la publicidad garantizándose de esta manera el litigio o proceso constitucional que en rigor de verdad tiene un carácter netamente jurídico sin desconocer la influencia política en menor grado; la anulación de la norma cuestionada entra en vigor una vez publicado en el *Bulletin Officiel*; el veto judicial que se le atribuye al Tribunal Constitucional al momento de actuar es también característica notoria.

*g) Impugnaciones o acciones electorales (control del procedimiento electoral).* Es de notar que, en la esfera de atribuciones que le otorga la Constitución, el Tribunal Constitucional también actúa como Tribunal Electoral para conocer de las impugnaciones del presidente federal, contra las elecciones a las asambleas de representación popular y a los órganos deliberantes de los colegios profesionales legalmente establecidos (art. 141, 1, a); de las impugnaciones contra elecciones de gobiernos regionales y de los órganos municipales encargados de las funciones ejecutivas (art. 141, 1, b); de las peticiones de las asambleas de representación popular de que sea privado de su mandato alguno de sus miembros (art. 141, 1, c); de las peticiones de los órganos deliberantes (asambleas representativas) de los colegios profesionales legalmente establecidos de que sea privado de su mandato alguno de los miembros del órgano en cuestión (art. 141, 1, d); y cuando en las leyes federales o regionales reguladoras de las elecciones esté prevista la declaración de privación del acta de diputado por decisión de un órgano administrativo, sobre la impugnación de las decisiones por las que se haya declarado la pérdida del mandato de miembro de una asamblea de representación popular, en algún órgano municipal encargado de la función ejecutiva o en un órgano deliberante de un Colegio Profesional legalmente establecido, una vez agotada la vía jerárquica (art. 141, 1, e).

Podemos colegir, por consiguiente, que basta la “presunta ilegalidad” del procedimiento electoral para que proceda la impugnación o acción ante el Tribunal Constitucional. Mediante sentencia, el Tribunal Constitucional definirá la impugnación electoral, si es que ha existido presunta ilegalidad del procedimiento electoral y si ha influido sobremanera en el resultado de las elecciones.

*h) Responsabilidad constitucional y penal de altos funcionarios públicos.* Atribución importante del Tribunal Constitucional es conocer las acusaciones por las que se exija a los órganos supremos de la federación o de los estados “responsabilidad constitucional” por las infracciones de ley cometidas, mediante culpa, en el ejercicio de sus cargos (art. 142, 1). Están comprendidos el presidente federal por violar la Constitución, los miembros del Gobierno federal y órganos de igual jerarquía cuando infringen la ley, miembros del gobierno

regional, gobernador regional, órganos de la capital federal Viena, presidente o presidente en funciones del Consejo Académico Regional. El Tribunal Constitucional, al expedir sentencia condenatoria (*das verurteilendes Erkenntnis*), dispondrá la pérdida del cargo, así como, al apreciarse circunstancias especialmente agravantes, la pérdida temporal de los derechos políticos. Si se trata de infracciones mínimas, se limitará el Tribunal Constitucional a declarar que solamente se ha cometido una “infracción legal”.

También es atribución propia del Tribunal Constitucional la facultad de acusación (*Anklage/impeachment*) contra los altos funcionarios que se ha mencionado, por causa de acciones perseguibles en la jurisdicción penal que guarden relación con la actuación oficial del imputado (art. 143). Está fuera de toda duda que las sanciones son las mismas que se aplican a los que tienen responsabilidad constitucional. Según nuestro entender, se puede deducir de lo expuesto que el juicio político austriaco es la acusación que realiza el cuerpo legislativo ante el Tribunal Constitucional, diferenciándose del llamado juicio político estadounidense, donde la facultad de juzgamiento de altos funcionarios públicos corresponde a la Cámara de Representantes (diputados) que los acusa ante el Senado. De esta manera, el Tribunal Constitucional austriaco adquiere una función netamente jurídico-política, limitándose a frenar las pasiones de los detentadores del poder, a su vez, evitando las jurisdicciones especiales y sometiendo a los altos funcionarios a un control jurídico independiente e imparcial.

i) *Competencia para los conflictos de los convenios entre la federación y los estatutos, y entre los estados.* Una última atribución del Tribunal Constitucional austriaco que reconoce la Constitución es la de declarar, a instancias del Gobierno federal o del gobierno regional afectado, si existe un convenio en el sentido del artículo 15, párrafo 1 y si se ha cumplido o no las obligaciones derivadas del mismo, siempre que no se trate de acciones —pretensiones— de contenido patrimonial (art. 138, a, 1). Cuando se prevea así también los convenios de los estados entre sí, corresponde al Tribunal Constitucional determinar, a instancia del gobierno regional afectado, si existe el convenio en cuestión y si se han cumplido las obligaciones derivadas de él, siempre que no se trate de acciones de contenido patrimonial (art. 138, a, 2).

***José F. Palomino Manchego***

## 969. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

En Chile, el control de constitucionalidad opera en tres planos imbricados en los controles y garantías del Estado de derecho: control social, control político y control jurídico; conceptos que, no admitiendo una definición común, sí poseen una finalidad: la limitación y equilibrio de poder; generando eventualmente sanciones o nulidades por una parte y responsabilidades por otra. Circunscribiremos esta exposición al control de constitucionalidad jurisdiccional, la variante más relevante de control jurídico de los actos de poder, en una visión sinóptica del actual Tribunal Constitucional chileno y una visión prospectiva en estrecha conexión con la jurisprudencia de la última década, especialmente en atención a la reforma constitucional de 2005 y la “refundación” de este.

En relación con la composición, atribuciones y funcionamiento del Tribunal Constitucional antes y después de la reforma, en sus dos primeras etapas

(1970-1973, 1981-2005), a pesar de que esta Judicatura actuó con débil imparcialidad, por sus mayorías “en bloque” y fue impotente ante los conflictos constitucionales planteados en un momento crítico para las instituciones políticas de 1970 a 1973, lo cierto es que el constituyente autoritario repone un Tribunal con una competencia similar de control abstracto de normas, agregando el control preventivo de leyes interpretativas de la Constitución Política de la República de Chile (CPR) y de leyes orgánicas constitucionales; y con una análoga funcionalidad en relación con el reparto de potestades normativas.

En efecto, con anterioridad a la reforma constitucional de 2005, la competencia de Tribunal Constitucional estaba limitada, siguiendo más bien el modelo del Consejo Constitucional francés de control preventivo, por lo que su carga de trabajo consistía básicamente, hasta 1990 (después de ese año proliferan los conflictos de constitucionalidad llevados al Tribunal por la minoría parlamentaria), en el control preventivo de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales.

De esta forma, si se considera que, desde su instalación, en 1981, hasta la entrada en vigor de las recientes reformas, el Tribunal Constitucional dictó un total de 463 sentencias sobre igual número de asuntos, puede decirse que despachó de 19 a 20 causas al año, y de marzo de 2006 a diciembre de 2017 se han producido más de 3500 ingresos.

También hasta la reforma constitucional de 2005, el Tribunal estaba integrado solo por siete ministros, a quienes no se exigía dedicación exclusiva. Tres de ellos eran, a la vez, ministros de la Corte Suprema (“jueces burócratas”), en la que tenían su despacho y actividad principales, y los cuatro restantes eran prestigiosos abogados a quienes la Constitución no imponía prohibiciones ni limitaciones significativas y podían tener otra actividad remunerada o ejercer la profesión legal, lo que, por lo general, hacían activa y exitosamente, en sus propios bufetes o en la actividad empresarial o universitaria, que comúnmente constituían también su actividad principal.

La situación descrita explica que este Tribunal Constitucional, que funcionaba únicamente como órgano plenario, pudiera siempre cumplir a cabalidad con sus responsabilidades celebrando sesiones ordinarias solo una vez por semana; que lo hiciera con comodidad dentro de las limitaciones de su actual sede, que le bastara con el apoyo de unos pocos funcionarios.

Desde la entrada en vigor de la reforma constitucional (el 26 de febrero de 2006 en lo que se refiere al capítulo VIII de la Constitución), la situación del Tribunal Constitucional ha cambiado sustancialmente, aumentando un 400% sus ingresos en un periodo de poco más de diez años, básicamente por vía de recursos de inaplicabilidad (control concreto de constitucionalidad). Hemos dicho en otras ocasiones que el Tribunal Constitucional deviene en “un tribunal de estrados y mesón”, para designar no solo la ampliación de su competencia sino también la vía directa de impugnación que ofrece la acción de inaplicabilidad y la importancia que adquiere esta acción en el ejercicio cotidiano de los abogados del foro. En efecto, la competencia del Tribunal se amplió de forma considerable, incluyendo ahora la acción de inaplicabilidad de preceptos legales, los conflictos de constitucionalidad sobre autos acordados y “contendias de competencia”, entre otras; sus integrantes se han elevado de siete a diez, y sus ministros deben dedicarse exclusivamente a la Judicatura,

pues la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC) les prohíbe ejercer la profesión de abogado y les impone, además, las mismas prohibiciones que a los parlamentarios y los jueces, todo lo cual les imposibilita tener otra actividad remunerada, excepto una limitada actividad docente.

El Tribunal Constitucional debe funcionar, ahora, tanto en pleno como en dos salas, lo que hace ordinaria y periódicamente cada semana, siendo sus tablas u órdenes del día básicamente causas de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales. Ello significa que, en poco más de diez años, el Tribunal supera con creces la carga de trabajo que tenía en los 15 años de la etapa anterior a la reforma (1981-2006), a lo que cabe agregar que en el trámite de pleno de las causas de inaplicabilidad se oyen alegatos, lo que antes hizo en forma excepcional.

Todo ello explica que, junto con la nueva legislación orgánica del Tribunal Constitucional, acorde a la reforma de 2005 a la carta política, se requiera reforzar el funcionariado de apoyo a sus labores e incrementar sus recursos materiales y financieros, para cumplir con eficiencia y decoro su rol institucional.

Es menester puntualizar que el Tribunal Constitucional, aun sin la modificación a su legislación orgánica de adecuación a la reforma constitucional, ejerció en plenitud su nueva competencia a partir del 26 de febrero de 2006, en especial la sustanciación de las acciones de inaplicabilidad, confiriendo “fuerza normativa” a las normas iusfundamentales del capítulo VIII (CPR arts. 92-94) y al principio de inexcusabilidad propio de la función jurisdiccional, aplicando en lo pertinente las normas de su ley orgánica vigente relativa a procesos y conflictos constitucionales (en especial, su cap. II, tít. I y II), sin incurrir en desvaríos normativos vía autos acordados, más aún si se pondera que los procedimientos ante esta Judicatura han quedado sometidos al dominio del legislador orgánico (CPR art. 92, inciso final).

Por otro lado, resulta necesario en esta presentación del “nuevo” Tribunal Constitucional hacer una sumaria referencia a su competencia ampliada y que modifica el sistema de jurisdicción constitucional, ya que este es uno de los contenidos torales de la reforma constitucional.

En cuanto a la competencia del Tribunal, esta es reforzada en el campo del control abstracto, preventivo, facultativo o preceptivo de normas (tratados internacionales, proyectos de ley, reglamentos de ejecución y autónomos) y ampliada al control de constitucionalidad “abstracto-concreto”, represivo y facultativo de autos acordados de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones; heterocomposición de “contiendas de competencia” o conflictos de jurisdicción entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia que no correspondan al Senado y también a un formidable control concreto de constitucionalidad, represivo y facultativo incoado mediante la acción de inaplicabilidad y el control abstracto en sede de cuestión de inconstitucionalidad, más su tradicional competencia miscelánea (art. 93 nuevo).

Para concluir, es necesario establecer que el porvenir del Tribunal Constitucional y, por ende, la visión crítica y prospectiva del sistema de jurisdicción constitucional en calidad de institución contramayoritaria, pero necesaria en nuestra democracia constitucional, estará determinada por su inserción ins-

titucional en el régimen político como órgano jurisdiccional de decisión de conflictos de poder, y por su jurisprudencia y doctrina relativa a la guarda de la Constitución en cuanto subsistema normativo básico y fuente de todo el ordenamiento jurídico, ya que esta jurisprudencia y doctrina es el sostén último de su precaria legitimidad democrática.

*Francisco Zúñiga Urbina*

#### 970. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESLOVENIA

La Corte Constitucional es autónoma e independiente respecto a otras autoridades del Estado (art. 1.2 de la ley de la Corte Constitucional [*Diario Oficial RS*, núms. 15/94, 64/07, 109/12]). La Corte Constitucional regula la organización y las reglas de procedimiento, además de otros actos en general (art. 2.2, ley de la Corte). De acuerdo con el artículo 165.1 constitucional (*Diario Oficial RS*, núms. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13, 75/16), la Corte está integrada por nueve miembros (incluyendo su presidente). Según el artículo 163.1 y 163.2 de la Constitución y los artículos 9 a 14 de la ley de la Corte Constitucional, todos los jueces son electos por la Asamblea Nacional después de la nominación del presidente de la República. El presidente de la Corte es electo por los propios jueces por un periodo de tres años (arts. 163.3 constitucional y 10.1 de la ley de la Corte). Los jueces de la Corte Constitucional son electos al encargo por nueve años y no pueden reelegirse (art. 165.1 constitucional).

El artículo 162.3 constitucional enuncia que la Corte normalmente toma decisiones por el voto de la mayoría de los jueces —las excepciones a ello se contemplan en el artículo 41 de la ley de la Corte—. Como regla, la Corte decide casos en sesión plenaria, pero puede someterlos a tres jueces para la audiencia de las quejas constitucionales (arts. 162.3 constitucional y 41-54 de la ley de la Corte).

Los poderes son determinados por la Constitución (*Diario Oficial RS*, núms. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13, 75/16) o por la ley de la Corte Constitucional (*Diario Oficial RS*, núms. 15/94, 64/07, 109/12).

*Normas de revisión a priori*: en el proceso de ratificación de tratados, la Corte Constitucional se pronuncia respecto a la conformidad de los mismos con la Constitución (arts. 160.2 constitucional, y 21.2 y 70 de la ley de la Corte). La Asamblea Nacional está obligada por dicha opinión. *Normas de revisión a posteriori*: la Corte Constitucional (art. 160.1 constitucional; arts. 22-49 de la ley de la Corte) decide sobre lo siguiente: que las leyes sean acordes a la Constitución; que las leyes y otras disposiciones sean congruentes con el tratado ratificado y con los principios generales de derecho internacional; que las regulaciones se apeguen a la Constitución y sus leyes; que la regulación de un gobierno local sea acorde a la Constitución y las leyes, y que los actos generales para el ejercicio de poderes públicos sean conformes a la Constitución, leyes y reglamentos, tratados ratificados y los principios generales de derecho internacional. En estos aspectos, la Corte Constitucional también decide respecto a la constitucionalidad y legalidad de los procedimientos mediante los cuales estas leyes fueron adoptadas (art. 21.3, ley de la Corte).

Los artículos 160.1 constitucional y 21.1 de la ley de la Corte Constitucional establecen su jurisdicción, la que incluye: adjudicación de quejas constitucionales de violaciones a los derechos humanos o a las libertades funda-

mentales por actos individuales (art. 160.1, punto 6 constitucional; arts. 50-60 de la ley de la Corte); adjudicación de problemas jurisdiccionales entre la Asamblea Nacional y el presidente de la República y el Gobierno, el Estado y las comunidades locales, entre comunidades locales entre ellas mismas y entre cortes y órganos del Estado (art. 160.1, del punto 6 al 9 de la Constitución; arts. 61 y 62 de la ley de la Corte); adjudicación de actos inconstitucionales y actividades de partidos políticos (art. 160.1, punto diez constitucional; art. 68 de la ley de la Corte, y art. 17 de la ley de partidos políticos); adjudicación de una denuncia contra el presidente de la República y su posible destitución (art. 109 constitucional; arts. 63-67 de la ley de la Corte; art. 23 de la ley para ocupar el cargo de presidente de la República); adjudicación de una denuncia contra el primer ministro o cualquier ministro donde sea posible su destitución (art. 119 constitucional; arts. 63-67 de la ley de la Corte); adjudicación de apelaciones contra decisiones de la Asamblea Nacional en la confirmación de la elección de diputados (art. 82.3 constitucional; art. 69 de la ley de la Corte; art. 8.1 de la ley de diputados); adjudicación de apelaciones contra el Consejo Nacional respecto a la confirmación de sus miembros a su mandato (art. 50, ley del Consejo Nacional); adjudicación de apelación en contra de la Asamblea Nacional por decisiones respecto ciudadanos de Eslovenia al Parlamento Europeo (art. 23.1, ley de elección de ciudadanos de Eslovenia al Parlamento Europeo); revisar la constitucionalidad y legalidad de las decisiones de la Asamblea Nacional para encontrar condiciones para el establecimiento de un municipio o el cambio de una parte de su territorio que no se haya cumplido (art. 14.a, ley de gobierno local); peticiones de municipios o regiones para revisar la constitucionalidad y legalidad de actos que violan la posición constitucional respecto los derechos en las comunidades (art. 91, ley de autogobierno; art. 23.1, 9 ley de la Corte); decide respecto la admisibilidad de una decisión por la Asamblea Nacional para no llamar a un referendo en la confirmación de enmiendas constitucionales (art. 5, ley de referendo e iniciativa del pueblo); decide peticiones de la Asamblea Nacional para revisar las consecuencias constitucionales que pudiesen ocurrir al suspender la implementación de una ley (art. 21, ley de referendo e iniciativa del pueblo); decide peticiones del Consejo Municipal para revisar la legalidad y constitucionalidad para un referendo (art. 47.a.2, ley de autogobierno); revisa la constitucionalidad de la Asamblea Nacional para disolver un Consejo Municipal o un alcalde (art. 90 c.4, ley de autogobierno).

Los siguientes promoventes pueden iniciar una revisión constitucional en ciertos casos: *revisión abstracta*, cualquier persona (arts. 162.2 constitucional y 24 de la ley de la Corte). *Revisión abstracta*: la Asamblea Nacional y una tercera parte de sus diputados, el Consejo Nacional, el Gobierno (art. 23 a.1, ley de la Corte). *Revisión concreta* (respecto procedimientos incidentales): las cortes (art. 23, ley de la Corte); el ombudsman para los derechos humanos puede investigar si considera que una regulación o un acto general expedido por poder público interfiere con los derechos humanos o libertades fundamentales; el comisionado de información, la auditoría del Banco de Eslovenia, el procurador general, puede cuestionar la constitucionalidad que esté ligada a la oficina del procurador; órganos de comunidades locales en el supuesto de que la posición de derechos constitucionales interfieren con asociaciones de las comunidades, si sus derechos están siendo amenazados; el representante

nacional de sindicatos para actividades individuales o profesión cuando los derechos del trabajador estén amenazados (art. 23 a.1, ley de la Corte). *Revisión preventiva de tratados*: el presidente de la República, el Gobierno y una tercera parte de los diputados de la Asamblea Nacional (arts. 160.2 constitucional y 70 de la ley de la Corte). *Queja constitucional*: cualquier persona (o persona moral), el ombudsman (arts. 160-162 constitucionales y 50 de la ley de la Corte). *Problemas de poderes*: autoridades agraviadas (art. 61.1.2, ley de la Corte), cualquier persona (art. 61.3, ley de la Corte). *Destitución*: Asamblea Nacional (arts. 109 y 119 constitucionales y 63.1 de la ley de la Corte). *Actos inconstitucionales y actividades de partidos políticos*: cualquier persona a través de la queja popular (*actio popularis*) o legitimidad para la revisión abstracta —temas legítimos bajo el artículo 23.a de la ley de la Corte— (art. 68.1, ley de la Corte). *Confirmación de diputados al encargo*: candidatos perjudicados o representantes en la lista de candidatos (arts. 69.1 de la ley de la Corte y 9.1 de la ley de diputados [*Diario Oficial RS*, núm. 48/92]). *Confirmación del encargo de los miembros del Consejo Nacional*: candidatos afectados (art. 50.3, ley de Consejo Nacional [*Diario Oficial RS*, núm. 44/92]). *Queja de autogobierno respecto a posiciones constitucionales y derechos de comunidades locales* (art. 91, ley de autogobierno, núms. 72/93 con enmiendas). *Condiciones para el establecimiento de un municipio o cambio de su territorio*: el Gobierno, cualquier diputado y, al menos, 5000 votantes, el Consejo Municipal (art. 14.a.3, ley de autogobierno). *Disolución de un Consejo Municipal-destitución de un alcalde*: consejero municipal (art. 90.c.4, ley de autogobierno). *Constitucionalidad y legalidad para la petición de un referendo*: Consejo Municipal (art. 47.a.2, ley de autogobierno). *Revisión de la constitucionalidad y consecuencias por la suspensión de implementar una ley*: Asamblea Nacional (art. 21, ley de referendo y de la iniciativa popular). *Decisión para no hacer un referendo*: al menos 30 diputados (art. 5, ley de referendo y de la iniciativa popular). *Confirmación de ciudadanos eslovenos al Parlamento Europeo*: candidatos afectados (art. 23.1, ley de elección de ciudadanos eslovenos al Parlamento Europeo).

**Arne Marjan Mavčič**  
(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor  
y Francisco Xavier Bosch y Gutiérrez)

## 971. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

*El sistema español de justicia constitucional*. Como instrumento básico para afirmar la eficacia de la Constitución (CE), esta creó un Tribunal Constitucional (TC) regulado en su título IX y desarrollado en la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (LOTC).

Aunque existía en España el precedente del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República, el constituyente de 1978 siguió muy de cerca los sistemas europeos de justicia constitucional de la posguerra: Tribunal Constitucional Federal alemán y Corte Constitucional italiana.

Los rasgos más importantes del sistema español de justicia constitucional son los siguientes: *a*) en primer lugar, el TC encarna una auténtica jurisdicción, aunque por su naturaleza y funciones no se incardine en el seno del poder judicial. El carácter jurisdiccional de su función implica que el TC es un órgano independiente y sometido exclusivamente a la CE y a su Ley Orgánica (art. 1 *in fine*); *b*) el TC es un órgano constitucional, esto es, está configurado

directamente por la norma fundamental y goza de una amplia autonomía; *c)* la tercera característica es su naturaleza concentrada, acorde con el modelo de derecho comparado en el que se inspira. Solo el TC puede declarar la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley; *d)* aunque el TC sea el único órgano legitimado para declarar la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley, y aunque sea el intérprete supremo de la CE, el TC no es el único órgano que debe aplicar e interpretar la norma fundamental. La CE, en cuanto norma jurídica, vincula a todos los poderes públicos y a los ciudadanos (art. 9.1 CE). Ello supone, por una parte, que han de ser todos los órganos jurisdiccionales, de cualquier orden, los que en su actuación diaria apliquen e interpreten la CE; El TC es el órgano encargado de unificar esa interpretación dado su carácter supremo en el orden constitucional (arts. 123.1 CE y 1 LOTC). Artículo 5.1 LOPJ: los jueces y tribunales “interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”, y *e)* la quinta característica del modelo de justicia constitucional español es el de la amplitud de competencias con que cuenta el TC. En efecto, la función de interpretar la Constitución que le corresponde al TC la desarrolla a través de distintos procedimientos, que posteriormente se reseñan.

*El TC: composición.* El artículo 159 CE dispone que el TC se compone de 12 miembros. Para su designación, la norma fundamental ha previsto la participación de los tres poderes del Estado, dando una especial preponderancia al legislativo, emanación directa de la voluntad popular. En efecto, los 12 magistrados son nombrados por el rey a propuesta de los siguientes órganos: 1) cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, previa comparecencia ante este (art. 16.2 LOTC); 2) cuatro a propuesta del Senado, previa comparecencia ante aquel (art. 16.2 LOTC); 3) dos a propuesta del Gobierno, y 4) dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

Los ocho magistrados propuestos por las Cortes han de serlo con una amplia mayoría cualificada: tres quintos de los miembros de la respectiva Cámara. En el caso de los procedentes del Senado, además, este debe elegir de entre candidatos presentados por las Asambleas de las Comunidades Autónomas, como cámara de representación territorial que es (art. 16.1 LOTC). Por otra parte, el mandato de los magistrados del TC es de nueve años; ello supone que su elección no coincida con las legislaturas, de manera que no cabe establecer una relación automática entre mayoría parlamentaria y composición del TC. Un tercer correctivo introducido por la CE en aras de la independencia de la jurisdicción constitucional: el TC no se renueva de manera global. Aunque el mandato de todos los magistrados es de nueve años, el órgano se renueva por terceras partes; dicho de otra manera, cada tres años cuatro miembros del Tribunal deberían ser renovados, buscando así además la continuidad en el trabajo de la institución. A estos efectos se considera que los magistrados designados por el Congreso forman un tercio, los cuatro designados por el Senado otro tercio, y los dos designados por el Gobierno, junto con los dos propuestos por el Consejo General del Poder Judicial, constituyen el último tercio. Sin embargo, resulta ya habitual que las renovaciones que corresponde realizar al Congreso y al Senado se retrasen en exceso, lo que desfigura el modelo constitucional de renovación periódica por tercios.

La CE, además de intentar garantizar la independencia del TC mediante el sistema de designación de sus magistrados, y reforzando esa finalidad, no deja absoluta libertad a los órganos constitucionales. Acorde con la naturaleza de su función, la CE exige para ser magistrado del TC el cumplimiento de tres requisitos: *i*) una calificación profesional, ser jurista. La CE formula un elenco de las categorías básicas dentro de las cuales ha de escogerse a los miembros del TC (magistrados, fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados); *ii*) se exige un mínimo de 15 años de ejercicio profesional, y *iii*) se exige “reconocida competencia”. A pesar del margen de apreciación que esta exigencia deja, no por ello es inútil, actuando al menos como elemento persuasivo para quienes deben designar a los magistrados.

La independencia de los órganos jurisdiccionales y de sus miembros, en general, y la de los magistrados del TC, en particular, no depende solo, ni siquiera fundamentalmente, de la manera en que son designados, sino sobre todo, de cómo se configura su estatuto. A este respecto, la CE y la LOTC se han esforzado en garantizar la posición de independencia de los magistrados del TC mediante un conjunto de reglas muy similar al que establece el estatuto de los miembros del poder judicial. Este conjunto de reglas puede resumirse como sigue.

En primer lugar, los magistrados del TC están sujetos a los principios de independencia e inamovilidad (art. 159.5 CE). Ello supone la imposibilidad de que sean cesados de su cargo hasta el cumplimiento del mandato de nueve años. Las excepciones a estos principios son tasadas: incompatibilidad, incapacidad, o como consecuencia de la exigencia de determinada responsabilidad civil o penal (art. 23 LOTC), excepciones que, en todo caso, debe controlar el Pleno del Tribunal (art. 10.1.1 LOTC).

En segundo lugar, los magistrados del TC se encuentran sometidos a un rígido sistema de incompatibilidades (art. 159.4 CE). Este sistema se traduce en la prohibición para los magistrados de desarrollar cualquier otra actividad política, profesional, administrativa o mercantil durante el ejercicio de sus funciones, para permitir, así, su exclusiva dedicación a las tareas del Tribunal. Una excepción hay que señalar en el estatuto de los magistrados del TC en relación con el de los miembros del poder judicial; la militancia en partidos políticos o sindicatos, para los magistrados del TC no se excluye, aunque sí el ocupar cargos directivos o empleos en dichas organizaciones.

Como tercera medida para asegurar la independencia, la LOTC ha excluido la posibilidad de reelección inmediata de los magistrados, de forma que, una vez terminado el plazo de nueve años, no pueden ser designados de nuevo, y de forma inmediata, para el cargo.

En cuarto y último lugar, los magistrados del TC, como corolario de su independencia, no pueden ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones.

*Competencias del TC.* Como se señaló, el TC cuenta con un amplio elenco de competencias que puede resumirse así: control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, a través de los recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad y control previo de tratados internacionales (arts. 161.1.a, 163 y 95 CE) y de Estatutos de Autonomía (art. 70 LOTC); protección de derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 30 CE mediante el recurso de amparo (art. 161.1.b CE); garantía de la distribución

territorial del poder a través de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o las de estas entre sí (art. 161.1.c CE); control de constitucionalidad de disposiciones y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas, mediante las impugnaciones previstas por el artículo 161.2 CE; control del reparto de competencias entre los distintos poderes del Estado a través de los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales (art. 59.1.c LOTC); garantía de la autonomía local a través de los conflictos que al efecto pueden plantearse contra normas con fuerza de ley (art. 59.2 LOTC); defensa de la jurisdicción del propio Tribunal (art. 4.3 LOTC), y control de las normas forales fiscales de los Territorios Históricos que configuran el País Vasco (disp. adc. 5ª LOTC). Este es el elenco de las competencias jurisdiccionales del TC, que, en todo caso, puede ampliarse legalmente, ya que el art. 161.1.d) CE deja abierta esta puerta, a través de la cual se introdujeron las últimas competencias señaladas. Por otra parte, la LO 15/2015 ha otorgado al Tribunal nuevas y amplias competencias en los incidentes que puedan surgir en la ejecución de sus resoluciones (art. 92 LOTC), pero con ello no se está dando una nueva competencia jurisdiccional al TC, sino solo reformando sus potestades en la supervisión de la ejecución de todas sus resoluciones, sea cual sea el procedimiento en el que puedan plantearse las incidencias.

Pero, además de estas competencias jurisdiccionales, y dado el carácter de órgano constitucional e independiente que posee el Tribunal, este cuenta con un amplio margen de autonomía organizativa, lo que le otorga competencias de gobierno interno. Por destacar solo las más significativas, el Tribunal elabora y aprueba su reglamento de funcionamiento interno (art. 10.1.m LOTC), prepara su presupuesto, que debe ser aprobado por las Cortes en el seno de los presupuestos generales del Estado (art. 10.3 LOTC), y posee gran discrecionalidad en su organización interna.

*Organización del TC.* Está compuesto por 12 miembros y está presidido por uno de los magistrados, que, dada la autonomía del órgano, es elegido por los magistrados de entre ellos, cada tres años, y nombrado por el rey, siendo posible la reelección mientras sea magistrado del TC. Para la elección del presidente del TC se exige la mayoría absoluta de los votos de los magistrados, en una primera votación, bastando la mayoría simple en la segunda (art. 9.2 LOTC). Al presidente le corresponden las tareas propias del cargo: convoca y ordena las sesiones del Pleno, dirige el trabajo del Tribunal, ejerce su representación, ostenta la jefatura administrativa, etcétera.

Existe, además, por previsión de la LOTC, un vicepresidente, designado de la misma forma que el presidente (art. 9.4). Al vicepresidente le corresponde sustituir al presidente en caso de vacante, ausencia u otro motivo legal, además de presidir una Sala del Tribunal.

Para el ejercicio de sus competencias, el TC actúa de tres formas: en secciones, en salas o en Pleno. A este último le corresponde resolver todos los asuntos que son competencia del Tribunal, con excepción de los recursos de amparo. No obstante, incluso estos pueden ser resueltos por el Pleno, que tiene la posibilidad de recabar para su conocimiento asuntos de las salas, bien a iniciativa propia o de estas (art. 10.1.n LOTC).

Las salas resuelven los recursos de amparo y las cuestiones de inconstitucionalidad que no reserve para sí el Pleno. Existen dos salas, compuestas cada una por seis magistrados. La Sala Primera la preside el presidente del Tribu-

nal; la Segunda lo hace el vicepresidente. No existe especialización de las salas por razón de la materia, sino simple reparto alternativo de asuntos. Hay, por fin, cuatro secciones, cada una compuesta por tres magistrados, cuya función es básicamente la decisión sobre la admisibilidad de los asuntos. Además de la posibilidad de avocación de asuntos de las secciones a las salas y de estas al Pleno, también es posible el fenómeno contrario de deferir determinados asuntos del Pleno a las salas y de estas a las secciones; esto sucede con aquellos asuntos que puedan resolverse mediante aplicación de doctrina ya consolidada.

Para la adopción de acuerdos en cada uno de los órganos del Tribunal se exige la presencia de, al menos, las dos terceras partes de sus miembros. Las decisiones se adoptan, a partir de la propuesta del magistrado ponente, por mayoría, contando el presidente con voto de calidad en caso de empate (art. 90.1 LOTC). Los magistrados pueden, si lo estiman conveniente, manifestar sus discrepancias con la mayoría mediante la formulación de un voto particular.

El TC, para el desarrollo de sus funciones, cuenta con la siguiente infraestructura material y personal: posee secretarías de justicia —en el Pleno y en las dos salas—; los magistrados disponen del apoyo de letrados que les asisten en su trabajo, bajo la jefatura del secretario general, que dirige, asimismo, los distintos servicios del Tribunal.

*Pablo Pérez Tremps*

## 972. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ

La creación de un Tribunal especializado en materia constitucional se remonta en el caso peruano, a la Constitución Política de 1979, cuyo texto reconoció la existencia de un Tribunal de Garantías Constitucionales.

Su promotor en el ámbito legislativo fue el jurista y político peruano Javier Valle-Riestra Gonzáles, como consta de los debates realizados durante la Asamblea Constituyente 1978-1979. Por entonces, fue concebido como un órgano autónomo compuesto por nueve miembros (provenientes de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) siendo sus funciones la de órgano de casación en los casos de hábeas corpus y amparos denegados en la vía judicial y de conocimiento, en el caso del proceso de inconstitucionalidad de las leyes.

Al margen de la buena intención con la que fue perfilado en aquellos años, el Tribunal no pudo funcionar como se esperaba debido a diversas deficiencias en su configuración constitucional y legal, quedando virtualmente desactivado tras la ruptura constitucional de 1992. Su producción jurisprudencial por lo mismo fue bastante reducida y salvo casos muy específicos, notoriamente discreta.

Aprobada una nueva Constitución en 1993, volvió a reconocerse un nuevo órgano especializado en materia constitucional al que esta vez se le confirió el nombre mucho más omnicompreensivo de Tribunal Constitucional. Su función, al igual que en el modelo constitucional precedente, es la de órgano de control de la Constitución (art. 201, primer párrafo) asumiendo un estatus autónomo e independiente, es decir, totalmente separado del Poder Judicial como en general, del resto de órganos constitucionales.

Su entrada en funciones se produjo el 12 de julio de 1996 y salvo algunas incidencias que lo afectaron parcialmente durante algún tiempo (la destitución a tres de sus miembros entre los años 1997-2000), ha tenido actividad jurisdiccional continua.

Su regulación legal actualmente se encuentra dispensada mediante la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional núm. 28301 del 23 de julio de 2004 y desarrollada mucho más específicamente mediante Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional aprobado por Resolución Administrativa núm. 095-2004-P/TC del 2 de octubre de 2004.

El actual Tribunal Constitucional, a diferencia de su predecesor, tiene funciones notoriamente incrementadas. Ya no es simplemente un órgano de casación, sino que ahora tiene facultades de pronunciamiento en instancia definitiva y especializada en relación con los procesos hábeas corpus, hábeas data, amparo y de cumplimiento que hayan sido denegados en la vía judicial (art. 202, inciso 2), para cuyo efecto habrá de promoverse el llamado recurso de agravio constitucional como mecanismo procesal de acceso.

Asimismo tiene competencias para conocer y resolver de forma directa y en instancia única tanto del proceso de inconstitucionalidad de las leyes (art. 202, inciso 1), como del llamado proceso competencial (art. 201, inciso 3).

Cabe añadir que cada uno de los procesos constitucionales que son materia de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional, al igual que algún otro, que solo es competencia el Poder Judicial, son objeto de regulación específica mediante el Código Procesal Constitucional o Ley núm. 28237 del 31 de mayo de 2004.

La Constitución, por otra parte, otorga al Tribunal una conformación de siete magistrados electos directamente por el Parlamento mediante un procedimiento de votación calificada traducido en la exigencia de dos tercios del número legal de sus miembros. El periodo del cargo es formalmente de cinco años (art. 201, primer y tercer párrafos) no admitiéndose la reelección en el mismo.

Los requisitos que se exigen para ser magistrado constitucional, son en rigor, los mismos que para ser vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República (ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cuarenta y cinco años, haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años) gozando por otra parte y una vez ya electos, de la inmunidad y prerrogativas que le asisten a los Congresistas de la República (art. 201, segundo párrafo).

Aunque el procedimiento de elección aquí descrito pareciera no ofrecer mayores dificultades, en la práctica se ha tornado polémico en más de una oportunidad. Esto último como consecuencia de diversos factores, pero principalmente, de la excesiva fragmentación de la representación parlamentaria a la que le ha costado enormes esfuerzos generar consenso en la designación de los candidatos a magistrado y por otro lado, del intento, poco disimulado en algunos casos, de querer politizar al Tribunal eligiendo, no precisamente a cuadros a partir de un perfil profesional óptimo, sino a razón exclusiva de intereses ideológicos o partidarios. Ello ha originado que en más de una ocasión, la designación de magistrados se haya dilatado más de lo debido dando lugar a que el periodo de quienes todavía ostentan el cargo, se haya tenido que prolongar por encima de los cinco años, al tener que verse obligados a permanecer en sus mandatos hasta el momento que se elija a sus reemplazantes (conforme lo dispone el art. 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Como resultado de estas y otras dificultades que ha presentado el modelo de designación, más de un analista, se ha inclinado en postular un futuro cam-

bio en las reglas del juego a fin de concretizar de manera realmente eficiente y menos polémica, el proceso de elección de magistrados constitucionales.

Conviene puntualizar que en el Perú el ejercicio de la jurisdicción constitucional no solo recae en el Tribunal Constitucional, sino también en el Poder Judicial. Ello debido al modelo dual o paralelo que nos caracteriza.

Desde la perspectiva descrita los procesos constitucionales pueden ser exclusivos y compartidos. Los exclusivos son aquellos en cuyo conocimiento, trámite y resolución participa solo el Tribunal Constitucional o solo el Poder Judicial. De este modo son procesos exclusivos del Tribunal Constitucional, el proceso de inconstitucionalidad de las leyes y el proceso competencial, mientras que es un proceso constitucional exclusivo del Poder Judicial, el proceso de acción popular.

A su turno, son procesos constitucionales compartidos, los mecanismos procesales en cuyo conocimiento, trámite y resolución participan tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, aunque en distintas etapas procesales. En este escenario se encuentran los procesos de hábeas corpus, hábeas data, amparo y de cumplimiento cuyo trámite inicialmente recae en el Poder Judicial, concluyendo allí cuando la sentencia es estimatoria. Por el contrario, cuando la sentencia resulta desestimatoria, se tendrá la posibilidad de acceder al Tribunal Constitucional, quien será en definitiva y por lo que respecta a la sede interna, el que tendrá la última palabra.

El modelo así configurado, ofrece un interesante reparto de funciones que permite que tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, puedan tener su propio espacio de actuación. Y aunque se han dado casos de fricciones o enfrentamiento entre dichos organismos, tal vez generados como consecuencia del protagonismo que suele reivindicar para sí el Tribunal Constitucional y a una cierta parquedad del Poder Judicial al momento de pronunciarse sobre temas estrictamente constitucionales, los mismos no han sido frecuentes sino escasos, lo que refleja la utilidad del esquema en la forma en que ha sido concebido.

El Tribunal Constitucional peruano por lo demás, ha producido una frondosa jurisprudencia desde su entrada en funciones en 1996. Naturalmente ha experimentado etapas en que la misma ha sido mucho más discreta o restrictiva y en otras en cambio, más agresiva o dinámica. Ello ha sido producto no solo de los contextos institucionales por lo que ha tenido que atravesar, sino a su vez, por el enfoque jurídico perfilado por las diversas composiciones de los plenos que lo han venido conformando.

El balance general sin embargo, nos muestra un Tribunal con una cierta propensión al activismo en el que se aprecian creaciones que incluso van más allá de lo previsto por la Constitución y por la propia legislación procesal constitucional. Si esto en algunos casos resultó positivo o en otros, más bien polémico o negativo, depende del análisis de cada pronunciamiento y de las inevitables consecuencias generadas a la luz de los mismos.

*Luis R. Sáenz Dávalos*

### 973. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS ORDENAMIENTOS POLICÉNTRICOS (SELECCIÓN DE JUECES)

Es menester preguntarse no solo en qué modo los ordenamientos aseguran la alteridad de los jueces constitucionales respecto de los otros poderes del

Estado, sino también si en los ordenamientos descentralizados, tanto federales como regionales, la exigencia de asegurar la independencia de juicio de los órganos encargados de regular las competencias entre centro y periferia se persigue asegurando una equilibrada composición del órgano, garantizando la presencia tanto de la federación, o Estado central, como de las entidades territoriales menores. Además, si tal composición condiciona las políticas judiciales de los órganos de justicia constitucional en pro de los entes periféricos.

Lo que el análisis del derecho positivo pone claramente de manifiesto es que los modelos seguidos son antitéticos: en algunos ordenamientos descentralizados, los ordenamientos periféricos contribuyen, normalmente a través de la Cámara Alta, a veces a través de designaciones, a integrar el colegio; en otros, el centro provee directamente, o mediante designación por parte del ejecutivo, o con una de las muchas modalidades expuestas en las respectivas voces de este diccionario.

Emblemático del primer esquema es el ordenamiento alemán, donde el Tribunal Constitucional se compone de 16 jueces, ocho de ellos elegidos por el *Bundestag* y otros ocho por el *Bundesrat*, Cámara representativa de los *Länder*. También en Austria, la Cámara representativa de las provincias participa directamente del nombramiento de los jueces del *Verfassungsgericht*, y en Suiza, el nombramiento se confía a la Asamblea Federal con las cámaras reunidas (con la participación, pues, de los representantes de los cantones).

El sistema opuesto, que deja fuera del procedimiento de nombramiento a los entes periféricos, es el forjado en Estados Unidos, seguido, con modificaciones, por los ordenamientos federales de *common law*, y adoptado también —naturalmente con las profundas diferencias arriba indicadas— en países descentralizados como Italia y Rusia, y con una ligera apertura en España, donde el Senado no es órgano representativo de las Comunidades Autónomas, pero donde se han introducido correcciones para darles alguna forma de participación: a tenor del artículo 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), núm. 2/1979, reformado por la Ley Orgánica núm. 6/2007. De hecho, “Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara”. Los magistrados designados por el Senado son ahora elegidos entre una lista de candidatos presentados por las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. El artículo 184.7 del Reglamento del Senado precisa que cada asamblea legislativa puede indicar al Senado hasta dos candidatos.

Un caso aparte, al menos parcialmente, se da en Bélgica: los 12 jueces, nombrados con cargo vitalicio por el rey sobre listas presentadas alternativamente por el Senado y por el Congreso, por mayoría de dos tercios de los presentes, por respeto al principio de paridad lingüística, son mitad “políticos”, mitad juristas. La exigencia de un equilibrio entre comunidades étnico-lingüísticas es todavía notable en Chipre, cuya Constitución de 1972 instituye un Tribunal Constitucional Supremo compuesto por solo tres miembros: uno nombrado por el presidente y otro por el vicepresidente, respectivamente, en representación de la componente griega y turca, y un tercero “neutral”, que desempeña el cargo de presidente, el cual —caso verdaderamente singular— no puede ser ciudadano de la República, ni griego, ni turco, ni súbdito del Reino Unido o de sus colonias.

Cabría esperar que, en los ordenamientos donde la Corte o el Tribunal Constitucional se componen con la participación de los entes periféricos, tuviese lugar una mayor defensa de las autonomías.

Por el contrario, el estudio de los *trends* jurisprudenciales de muchos países demuestra que en el proceso de federalización se perciben oscilaciones incluso significativas en la jurisprudencia constitucional, en favor, algunas veces, del centro y otras de las autonomías, tanto en los ordenamientos en los cuales la composición de los tribunales es controlada por los ejecutivos o depende de los otros poderes del Estado, como en los ordenamientos en los que la Cámara representativa de los Estados miembros, sea cual fuere su denominación, participa del nombramiento de los jueces (Bagni).

Las razones que inclinan los platillos de la balanza hacia uno u otro extremo responden a razones diferentes de las estructurales, pudiendo ser re-conducidas, por tanto, a otras de tipo social, económico o internacional; pues incluso pudiendo la designación del juez por la Cámara Alta representar un elemento de influencia en las políticas de una Corte hacia la autonomía, la presencia de otras variables y situaciones coyunturales a menudo neutraliza el efecto.

**Lucio Pegoraro**  
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

#### 974. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPECIALIZADO (SELECCIÓN DE JUECES)

Las soluciones escogidas para asegurar la autonomía y la independencia de los tribunales constitucionales especializados son varias y numerosas.

Generalmente, las constituciones requieren que los candidatos demuestren una adecuada preparación jurídica y que integren los tribunales constitucionales solo juristas de clara fama, que sean profesores universitarios, abogados, jueces o licenciados en materias jurídicas, con una adecuada experiencia en la profesión legal. La relevante excepción a esto lo constituye Bélgica: los 12 jueces, nombrados de por vida por el rey a partir de listas presentadas alternativamente por el Senado y por la Cámara Baja —listas adoptadas por mayoría de dos tercios de los presentes, en respeto al principio de paridad lingüística— son, de hecho, la mitad políticos y solo la mitad juristas.

La exigencia de equilibrio entre las comunidades étnico-lingüísticas es aún más marcada en Chipre, cuya Constitución de 1972 instituye un Tribunal Constitucional Supremo compuesto por solo tres miembros: uno nombrado por el presidente y uno por el vicepresidente, respectivamente, en representación de las comunidades griega y turca, y un tercero “neutral”, que actúa como presidente, el cual no puede ser ciudadano de la República, ni griego, ni turco, ni súbdito del Reino Unido o de sus colonias. La costumbre de los jueces constitucionales al *reasoning* jurídico, en lugar de las argumentaciones de los políticos, es idónea para asegurar, aunque de un modo precario, una cierta separación del poder político; sin embargo, más significativos son los factores representados por las modalidades de selección de los jueces, por la duración de su mandato y por la prohibición de su reelección.

En Italia, la Asamblea Constituyente se orientó a favor de la creación de un órgano *ad hoc*, conectado con el Parlamento y con el presidente de la República, llamados a elegir o nombrar dos terceras partes de los integrantes,

mientras que el tercio restante lo eligen las supremas magistraturas ordinaria y administrativa, para un total de 15 jueces con mandato de nueve años. La mayoría requerida en el Parlamento en sesión conjunta es de dos tercios de la asamblea en los primeros tres escrutinios, después, la mayoría exigida es de tres quintas partes. La duración del mandato de cada juez (nueve años) y la prohibición de la reelección se combinan para garantizar su independencia, junto con las garantías del órgano y de sus componentes, y los requisitos técnicos y profesionales previstos. El modelo italiano ha sido imitado en muchos países.

Un mecanismo análogo al italiano, aunque no idéntico, se ha adoptado también en España, donde el Tribunal Constitucional está compuesto de manera que asegura una equilibrada presencia de miembros de nombramiento parlamentario, gubernativo y judicial, mientras varios mecanismos garantizan su independencia, pero con mayor desequilibrio a favor del binomio mayoría-ejecutivo, en perjuicio de la magistratura, y una limitada participación de las Comunidades Autónomas (de los 12 integrantes, todos formalmente nombrados por el rey, cuatro lo son de hecho a propuesta de la Cámara Baja —el Congreso— y cuatro a propuesta del Senado. En ambas cámaras, por mayoría de las tres quintas partes; dos miembros son señalados por el Gobierno, y dos son designados por el Consejo General del Poder Judicial).

La calificación técnica está asegurada por requisitos que se exigen para el nombramiento: las categorías de las que se extraen los jueces constitucionales son las de magistrados, profesores universitarios, funcionarios públicos y abogados con al menos 15 años de ejercicio. Una ulterior garantía de independencia del poder político está determinada —más allá de las incompatibilidades indicadas en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional— por la larga duración del mandato y la prohibición de reelección para el mandato inmediatamente sucesivo. Organizado en salas y secciones, además de en sesión plenaria, el Tribunal Constitucional está presidido por un juez constitucional nombrado por el rey a propuesta del mismo Tribunal, para un mandato de tres años renovable una sola vez.

El mismo modelo es adoptado —además de en España— en Bulgaria, cuyo Tribunal se compone de 12 jueces, tres de ellos elegidos por la Asamblea Nacional, tres por el presidente de la República, tres por la asamblea de los magistrados del Tribunal Supremo y tres por el Tribunal Superior Administrativo. De forma similar, en Lituania, Malí y otras antiguas colonias francesas (con más variedad en Togo —así como en Guatemala—, donde incluso la Universidad puede elegir un juez).

En algunos países, la conexión con las cámaras parlamentarias aparece más estrecha, por lo general a causa de un difuso *metus* respecto al poder judicial y, en general, a los jueces (incluidos los constitucionales): desconfianza que está particularmente viva en algunas nuevas democracias de Europa centro-oriental, en la que el equilibrio de poderes deja fuera al judicial, como en la República Eslovaca, donde a los 16 jueces constitucionales los designa el presidente de la República, que los elige de una lista de 20 realizada por el Consejo Nacional; o en Rumania, donde los nombramientos de los nueve jueces proceden de la Cámara de Diputados, del Senado y del presidente de la República (del mismo modo, se ven los casos de Albania, donde los nombra el presidente con el consentimiento del Parlamento, y/o Bielorrusia, donde seis

jueces son elegidos por el presidente y seis por el Parlamento). En Hungría, a los 15 miembros del Tribunal Constitucional los elige el Parlamento por mayoría de dos terceras partes, y en Polonia, los 15 jueces también son elegidos por él. En la Federación Rusa, así como en Azerbaiyán, los jueces (respectivamente 19 y nueve) son elegidos por el Consejo Federal, pero a propuesta del presidente de la federación. El ejemplo no se sigue en todas las repúblicas de la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Fuera del Este europeo, la Constitución portuguesa encomienda a la Asamblea de la República designar a 10 de los 13 jueces constitucionales (los otros tres son cooptados). En Perú, los integrantes del Tribunal Constitucional son todos nombrados por el Congreso Nacional, con el voto de dos tercios de los presentes. En Colombia, el nombramiento por parte del Senado está vinculado a las listas presentadas por el presidente de la República, la Corte Suprema y el Consejo de Estado.

En algunos casos, los criterios para el nombramiento están condicionados por la necesidad de representar, en condiciones de igualdad, tanto el centro como la periferia (véase la voz “Tribunal Constitucional en los ordenamientos policéntricos”). Así, el Tribunal Constitucional alemán se compone de 16 jueces, ocho de los cuales son elegidos por el *Bundestag* y los otros ocho por el *Bundesrat*. La separación del poder político está asegurada por la larga duración en el cargo (12 años), por la prohibición de la reelección y por la incompatibilidad con cargos parlamentarios y gubernativos. La participación de las Comunidades Autónomas en el nombramiento de los jueces parlamentarios se contempla también en España.

Tailandia, aunque con un Tribunal *ad hoc*, se basa en el modelo estadounidense (nombramiento por el rey, con consentimiento del Senado y selección formal y preventiva de un órgano restringido político/técnico).

Un parcial cambio de camino se registra en algunos países latinoamericanos: en Bolivia, la Constitución afirma que los jueces del Tribunal Supremo y de la Corte Constitucional Plurinacional “serán elegidas y elegidos por el sufragio universal”. Así, la Asamblea Legislativa Plurinacional selecciona con un *quorum* de dos tercios las candidaturas de los magistrados y las envía al órgano electoral. La votación se produce sobre la base de una preselección llevada a cabo en la Comisión parlamentaria mixta, con una valoración de mérito y una *hearing* pública. Los candidatos no pueden hacer campaña electoral y no pueden pertenecer, o haber pertenecido durante el año anterior a la candidatura, a ninguna organización política.

Formas más atenuadas de participación popular en la elección de las cortes (o salas) llamadas a desarrollar el control de constitucionalidad se introducen en Argentina, Ecuador y Venezuela, donde la participación popular a su nombramiento es solo indirecta, es decir, no se produce trámite de elecciones, sino con la implicación en el procedimiento de preelecciones de órganos constituidos por la sociedad civil, por ejemplo, los diferentes *Comité de Postulaciones* (Ecuador y Venezuela) o procesos de consulta popular (Argentina). Ello refleja el anhelo de legitimación de los jueces y de “democratización” de la justicia, no ausente en el debate originario estadounidense, del cual es característica la elección directa de los mismos en algunos estados (Bagni).

Con algunas relevantes excepciones —Austria y Bélgica, por ejemplo—, generalmente la duración del mandato no es vitalicia, aunque es más larga

que la prevista para cualquier otro órgano constitucional. Esto contribuye a favorecer un desfase temporal entre juez individual y órgano que lo ha elegido, de modo que se eliminan o se limitan eventuales vínculos de vasallaje. Algún ordenamiento prevé la renovación parcial del Tribunal trascurrido cierto plazo (como sucede en España, Rumania, Bulgaria, Lituania, Albania, Senegal, entre otros). A su vez, en Italia, la Corte se configura como colegio continuo, cuya plantilla se completa cada vez que queda vacante un puesto por una de las razones previstas (muerte, jubilación, fin de mandato, por mencionar algunos). Una ulterior garantía de independencia se asegura por la prohibición de reelección, dispuesta a nivel constitucional, por ejemplo, en Italia, Francia, Eslovenia, Polonia, Bulgaria Rumania, Ucrania, Colombia: ordenamientos todos que prevén un mandato particularmente largo.

La independencia de los órganos de justicia constitucional —además de los sistemas de nombramiento, de la atribución de autonomía financiera, de la tutela de la sede, de la regulación de la inmunidad y del conjunto de garantías— está asegurada regularmente por la propia Constitución mediante un acordado poder de autorregulación.

Varias constituciones, así como leyes de desarrollo constitucional, establecen modalidades de nombramiento del presidente del Tribunal Constitucional según dos esquemas antitéticos: o puede ser elegido por el mismo Tribunal (por ejemplo, Italia, Portugal, Rumania, Bulgaria, Eslovenia, Albania —con el consentimiento del Parlamento—, Ucrania, Bolivia, Malí) o, desde fuera, la mayor parte de las veces por el presidente de la República, desde dentro o fuera del seno del Colegio (Francia, República Eslovaca, Kazakstán, Bielorrusia).

*Lucio Pegoraro*

*(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)*

## 975. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA

La expresión Tribunal Constitucional Plurinacional es empleada, en el sistema constitucional boliviano, para denominar al máximo y supremo intérprete de la Constitución; vale decir, al órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad, el mismo que realiza esta labor sobre el sistema jurídico del Estado y sobre los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

En la denominación asignada al órgano contralor de constitucionalidad, la expresión “Plurinacional” tiene su fundamento en lo siguiente.

De un lado, en el nuevo modelo de organización adoptado por Bolivia que, dada su estructura social y cultural heterogénea, adopta la cualidad de Estado plurinacional, lo que significa que el Estado se organiza política, social y jurídicamente sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originario campesinos bajo una misma Constitución y gobierno estatal, pero con el reconocimiento a esas naciones y pueblos indígenas originarios de su propio territorio, su régimen económico, su idioma, su sistema jurídico y el derecho de autogobernarse, con competencias administrativas, económicas y culturales.

En consecuencia, la expresión “Plurinacional”, más allá de una mera y formal denominación, significa que el Tribunal Constitucional, en su estructura institucional y orgánica refleja la pluralidad social, étnica, cultural, política, económica y jurídica del Estado boliviano.

De otro, por mandato del art. 1o. de la Constitución, Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico. En el plano jurídico, el pluralismo significa la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos; vale decir, el sistema jurídico del Estado y los diferentes sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena, originario campesinas; en ese contexto el Estado reconoce y garantiza la jurisdicción indígena originaria campesina, ejercida por las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, otorgándole una jerarquía igual a la jurisdicción ordinaria; pero, por mandato del art. 190. II de la Constitución, el ejercicio de esa jurisdicción tiene su límite en la Ley Fundamental del Estado y los derechos humanos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerce el control de constitucionalidad sobre el sistema jurídico del Estado y sobre los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos; vale decir, sobre su derecho consuetudinario y sobre la impartición de justicia que realiza la jurisdicción indígena. En ese cometido, el Tribunal Constitucional Plurinacional conocerá y resolverá, entre otras, las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la constitucionalidad de su derecho consuetudinario aplicable a un caso concreto; así como los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

En coherencia con esa cualidad descrita, el Tribunal Constitucional Plurinacional, por previsión de los arts. 197.I y 198 de la Constitución y 13 de la Ley núm. 027, estará integrado por siete magistradas o magistrados titulares y siete magistrados suplentes, todos ellos elegidos por voto directo con sufragio universal con criterios de plurinacionalidad, representación del sistema jurídico ordinario y del sistema jurídico indígena originario campesino. Para la realización de las elecciones de magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional Plurinacional, por previsión del art. 199.II de la Constitución, habrá dos fuentes de postulación de los candidatos, la de la Asamblea Legislativa Plurinacional, aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes, y la de las organizaciones de la sociedad civil, y de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos.

Según las normas previstas por el art. 199.I, concordante con el art. 234 de la Constitución, y el art. 17 de la Ley núm. 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional, para ser elegido magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional se requiere cumplir con los siguientes requisitos: *a*) contar con nacionalidad boliviana; *b*) haber cumplido treinta y cinco años de edad; *c*) haber cumplido con los deberes militares en el caso de los varones; *d*) no tener pliego de cargo ejecutoriado ni sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal pendiente de cumplimiento; *e*) no estar comprendido en los casos de prohibición, inelegibilidad ni incompatibilidad previstos por la Constitución y la ley; *f*) estar inscrito en el padrón electoral; *g*) hablar al menos dos idiomas oficiales del Estado; *h*) poseer título de abogado con título en provisión nacional; *i*) tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos, y *j*) no haber sido destituido por el Consejo de la Magistratura. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

Por previsión del art. 200, concordante con el art. 183.I de la Constitución y el art. 14 de la Ley núm. 027, los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional tienen un periodo de mandato personal por seis años sin derecho a la reelección, y cesarán en sus funciones por las siguientes causales: *a)* por cumplimiento del periodo de funciones o de su mandato; *b)* incapacidad absoluta y permanente declarada judicialmente; *c)* renuncia; *d)* sentencia penal ejecutoriada; *e)* pliego de cargo ejecutoriado; *f)* incurrir en alguna prohibición o causa de incompatibilidad, y *g)* otras establecidas por ley.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, según las normas previstas por los arts. 26, 27, 31, 32, y 34 de la Ley núm. 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional, internamente se organiza de la siguiente manera: *a)* la Sala Plena, que es la reunión de los siete magistrados titulares que la integran, para ejercer las competencias y atribuciones asignadas por la Constitución y la ley; *b)* la Presidencia, ejercida por un presidente o presidenta elegido o elegida en Sala Plena mediante voto de los magistrados; *c)* tres salas especializadas, conformadas por dos magistrados titulares; el presidente o la presidenta no integra las salas especializadas; una de ellas conocerá adicional y exclusivamente las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto, y *d)* la Comisión de Admisión, que estará integrada por tres magistrados que desempeñarán sus funciones en forma rotativa y obligatoria.

Por disposición del art. 196 de la Constitución, el Tribunal Constitucional Plurinacional tiene la misión de velar por la supremacía de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad, y precautelando el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales. Es independiente con relación a los órganos del poder constituido.

Conforme a las competencias atribuidas por el art. 202 de la Constitución y art. 12 de Ley núm. 027, el Tribunal Constitucional Plurinacional ejerce el control de constitucionalidad en los siguientes ámbitos:

*Control de constitucionalidad sobre las normas.* Ejerce control sobre la constitucionalidad de las leyes, estatutos autonómicos y cartas orgánicas de las entidades territoriales autónomas, derecho consuetudinario de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, y los reglamentos o resoluciones no judiciales de carácter normativo. Este control lo realiza de manera preventiva y correctiva.

*a)* El control preventivo o *a priori*. Este control lo ejerce a través de los siguientes procesos constitucionales: *a)* la absolución de las consultas que puedan efectuar las autoridades legitimadas sobre la constitucionalidad de proyectos de ley; *b)* absolviendo las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto; *c)* absolviendo las consultas previas que planteen las autoridades con legitimación activa sobre la constitucionalidad de tratados o convenciones o convenios internacionales; *d)* absolviendo las consultas sobre la constitucionalidad de las preguntas del referendo; *e)* absolviendo las consultas sobre la constitucionalidad de los estatutos orgánicos o cartas orgánicas de las entidades territoriales autónomas, y *f)* absolviendo la consulta sobre la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.

*b)* El control de constitucionalidad correctivo o *a posteriori*. Este control lo ejerce a través del conocimiento y resolución de los siguientes procesos cons-

titucionales: *a*) la Acción de Inconstitucionalidad Abstracta; *b*) la Acción de Inconstitucionalidad Concreta, y *c*) el recurso contra tributos, sean impuestos, tasas, patentes o contribuciones.

*c*) Control de constitucionalidad sobre el ejercicio del poder político. Ejerce este control conociendo y resolviendo los siguientes procesos constitucionales: *a*) las acciones de conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público; esto es, entre los órganos del poder central; *b*) las acciones de conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional y las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre estas; *c*) las acciones de conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y/o agroambiental, y *d*) el recurso directo de nulidad.

*d*) Control de constitucionalidad tutelar. Este control lo ejercen en única instancia los jueces y tribunales de garantías constitucionales, y correspondiendo al Tribunal Constitucional Plurinacional conocer y resolver los siguientes procesos constitucionales: *a*) el recurso contra resoluciones legislativas, y *b*) en grado de revisión, las resoluciones dictadas en las acciones tutelares, como ser acción de libertad (hábeas corpus), acción de amparo constitucional, acción de protección de la privacidad (hábeas data), acción de cumplimiento, y acción popular.

*José Antonio Rivera Santiváñez*

#### 976. TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE ECUADOR DE 1945

*Introducción.* Con relación al tema, la Constitución de Ecuador, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente (1944-1945) el 6 de mayo de 1945, estableció en sus artículos 159 a 162 el Tribunal de Garantías Constitucionales, denominación con notoria influencia del que se instauró en España en 1931, aunque actuaba como organismo jurisdiccional en el campo de la justicia administrativa, pudiendo solamente suspender una ley que estuviere inconstitucional, correspondiendo al Congreso declarar si una ley, reglamento, acuerdo, orden, disposición, pacto o tratado es o no inconstitucional.

El Tribunal de Garantías estaba integrado (número impar) de la siguiente manera: *a*) tres diputados elegidos por el Congreso, *b*) el presidente de la Corte Suprema, *c*) un representante del presidente de la República, *d*) el procurador general de la nación, *e*) un representante de los trabajadores, elegidos conforme a ley, y *f*) dos ciudadanos elegidos por el Congreso.

El artículo 160 de la Constitución establecía las siguientes atribuciones al Tribunal de Garantías Constitucionales: *a*) velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes; *b*) formular observaciones acerca de los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones que, a su juicio, se hubieren dictado con violación de la Constitución o de las leyes; *c*) dictaminar acerca de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley o decreto, según el artículo 41 (control preventivo); *d*) suspender la vigencia de una ley o precepto legal considerados inconstitucionales; *e*) conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución o de las leyes; y preparar la acusación contra los funcionarios responsables; *f*) examinar las acusaciones propuestas ante el Congreso contra los altos funcionarios, en el caso del numeral 30 del artículo 34 de la Constitución; *g*) conceder, en cesa-

ción de la legislatura y de acuerdo con el artículo 68, facultades extraordinarias al presidente de la República, y *h*) ejercer jurisdicción en lo contencioso-administrativo.

Sin embargo, pese a no funcionar de manera prolongada (en realidad un año), el Tribunal de Garantías, con las atribuciones que se le concedieron, a lo sumo, cumplió una función docente básicamente relacionada con lo contencioso-administrativo, ya que la Constitución de 31 de diciembre de 1946 instauró un Consejo de Estado, con influjo del poder legislativo, en reemplazo del referido Tribunal de Garantías Constitucionales. Y las atribuciones que le tocó desempeñar fueron las mismas, dejando en manos del Congreso la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley, lo cual parece un contrasentido.

Y, como me ha manifestado en carta reciente el actual magistrado del Tribunal Constitucional del Ecuador, Hernán Salgado Pesantes: “Una vez que la Asamblea Constituyente dictó la Constitución de 1945, que fue muy avanzada para la época, vino una etapa de efervescencia política en la que José María Velasco Ibarra (que estuvo encargado del Poder) hizo severas críticas a la recién dictada Constitución, señalando que traía normas que no podrían ser cumplidas —refiriéndose a los derechos— y tampoco estuvo de acuerdo con la creación del nuevo Tribunal de Garantías, por lo que convocó a una nueva Asamblea Constituyente para que —en menos de un año— se dictará una nueva Constitución, lo que se dio en 1946. Esta carta de 1946 suprimió al recién creado Tribunal de Garantías Constitucionales, y volvió a establecer al antiguo Consejo de Estado, que se encargaría, como fue antes, del control de constitucionalidad y del control de legalidad, además de otras funciones. De este modo, no hubo tiempo para organizar al Tribunal hasta que en la nueva Constitución de 1967 volvería a instituirse al Tribunal de Garantías Constitucionales, quedando desde entonces vigente”.

*El Tribunal de Garantías de Ecuador de 1967: composición y atribuciones.* Al expedirse la Constitución de 1967, los magistrados que integraban el Tribunal de Garantías Constitucionales fueron nombrados bajo la misma modalidad, como sucedió con el texto fundamental de 1945. De tal forma que la composición no alteró el funcionamiento. La Constitución de 1967 restablece el Tribunal de Garantías Constitucionales, y sus atribuciones y deberes estaban consagradas en el artículo 6 de su Ley Orgánica: *a*) conocer, en última instancia, de los recursos que se interpusieron respecto de las resoluciones que, sobre excusas y calificaciones, dictaren los consejos provinciales y los consejos cantonales, o instituciones públicas o semipúblicas (inc. 1); *b*) llamar a los consejeros y concejales suplentes al desempeño de sus cargos, cuando por inhabilidad o excusa de sus miembros faltare el quórum legal para el funcionamiento del Consejo Provincial o del Consejo Cantonal (inc. 2); *c*) conocer, en apelación, de las resoluciones de los consejos cantonales que negaren la creación de una parroquia urbana o rural (inc. 3); *d*) resolver, en última instancia, sobre el recurso que interpongan los prefectos provinciales, alcaldes o municipales y presidentes de consejos cantonales respecto de su remoción (inc. 4); *e*) autorizar el receso del Congreso, la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles fiscales (inc. 5); *f*) autorizar la creación de monumentos (inc. 6); *g*) dictar anualmente su presupuesto, así como las normas para su expedición y cumplimiento (inc. 7), y *h*) dictar el reglamento y sus reformas, los cuales serán aprobados en dos discusiones, en distintos días (inc. 8).

Se desprende de lo expuesto que las atribuciones del Tribunal de Garantías Constitucionales no se referían ni al control de la constitucionalidad, ni mucho menos a la protección procesal de los derechos fundamentales. Por último, con la experiencia a cuestas, la Constitución aprobada en referéndum el 15 de enero de 1978 estableció, en sus artículos 140 y siguientes, el Tribunal Constitucional con atribuciones totalmente distintas a las de sus dos antecesores de 1945 y 1967. Se complementa con la Ley de Control Constitucional de 2 de julio de 1997, calificada con jerarquía y carácter de Ley Orgánica, dado por Resolución Legislativa 22-058, publicada en Registro Oficial 280, de 8 de marzo del 2001.

Una vez más, en la opinión de Salgado Pesantes, el órgano de control que debía seguir el modelo concentrado kelseniano surgió con muchas deficiencias que, poco a poco, fueron corrigiéndose. La Constitución de 1978-1979 lo recogió con algunas variaciones respecto a 1967 y luego de reajustes menores que se dieron por reformas constitucionales. Aquellas reformas de 1995-1996 reestructuraron adecuadamente y quedó con el nombre de Tribunal Constitucional. La actual Constitución codificada —para no decir nueva— en 1998 mantuvo a esta institución y aumentó sus facultades. De lo expuesto se colige que la práctica adquirida a partir de 1945, en cada una de las constituciones, ha dado como resultado positivo, paradójicamente, una solución constitucional al tema.

*José F. Palomino Manchego*

## 977. TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE ESPAÑA DE 1931

*Introducción.* Con el derrocamiento del general y gobernante Miguel Primo de Rivera y Orbaneja (1870-1930), que se había mantenido en el poder durante el periodo dictatorial de 1923 a 1930, se inició un nuevo cambio de régimen, conocido con el nombre de Segunda República española, proclamada oficialmente el 14 de abril de 1931. Para ello se contó con el propulsor apoyo de las fuerzas republicanas, el partido socialista y los movimientos autónomos. Ante tales vicisitudes, se dio nacimiento a la nueva Carta Republicana, aprobada el 9 de diciembre de 1931 luego de varios debates encendidos y que, inspirada en la Constitución de Austria de 1920, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) en el título IX, artículos 121 a 124, habiéndose instalado mediante sesión de 20 de octubre de 1933. Como antecedente, en mayo de 1931, el Gobierno Provisional creó una Comisión Jurídica Asesora presidida por Angel Ossorio y Gallardo (1873-1946), encargada de redactar un anteproyecto de Constitución que, inexplicablemente, no presentó a las Cortes Constituyentes; lo cual no fue óbice para que en su seno fuera visto con simpatía. Ahí se denominaba Tribunal de Justicia Constitucional al órgano de control. Será a partir del proyecto de la Comisión Constitucional de las Cortes Constituyentes, presentado en agosto de 1931, que empieza a denominarse Tribunal de Garantías Constitucionales.

Con anterioridad, es decir, en el siglo XIX, la historia política y constitucional de España se desarrolló a través de las cartas de 1812, 1834, 1837, 1845, 1869 y 1876. Y por lo que respecta al control constitucional, el antecedente lo encontramos en los artículos 70 y siguientes del proyecto de Constitución Federal de la República de 1873.

*Naturaleza y composición.* Conforme lo establecía el artículo 122 de la Constitución, el TGC estaba compuesto por: *a)* el presidente, designado por el Parlamento, fuese o no diputado; *b)* el presidente del Alto Cuerpo consultivo de la república a que se refiere el artículo 93; *c)* el presidente del Tribunal de Cuentas de la República; *d)* dos diputados libremente elegidos por las Cortes; *e)* un representante por cada una de las regiones españolas; *f)* dos miembros nombrados efectivamente por todos los colegios de abogados de la república, y *g)* cuatro profesores de la Facultad de Derecho. En total, su estructura se componía por, sorprendentemente, 26 miembros (número par), muchos de ellos ajenos a la magistratura y, por ende, extraños a la realidad jurídica, que es justamente de lo que más se preocupó Hans Kelsen (1881-1973) cuando diseñó el Tribunal Constitucional de Austria.

El autor de la *Teoría Pura del Derecho* trató de apartar a los magistrados constitucionales de la política —*strictu sensu*—, que inevitablemente hacen, pero, como subraya Fix-Zamudio, mediante una “política técnica”. Se desprende de lo expuesto que la misma composición que tenía el TGC no garantizaba un funcionamiento eficaz e independiente, ya que, como se aprecia, existían miembros que podían actuar como juez y parte, por ejemplo, los diputados.

*Ámbito de competencia.* Siguiendo a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985), se atribuía al TGC las siguientes funciones:

*a) recurso de inconstitucionalidad de las leyes (art. 121 constitucional, a).* Con este instrumento procesal se trataba de proteger la defensa de la Constitución interponiendo impugnación respecto de aquellas normas que iban contra la Constitución, mecanismo que recién se aplicaba en España. Se promovía ante el pleno del TGC (Ley Orgánica, art. 22.1) y “comprendía tanto la consulta de los tribunales para establecer si una ley aplicable a un caso determinado era contraria a la Constitución, o bien las instancias propiamente dichas, tanto por vía incidental —mal calificada como de excepción— y la Acción, las que podían ser interpuestas por el Ministerio Público, los tribunales y los particulares interesados, de acuerdo con el artículo 27, inciso a) del mismo ordenamiento”. El artículo 42 de la Ley Orgánica del TGC hacía un distingo de lo que en doctrina se conoce como inconstitucionalidad formal y material y, como señala Cruz Villalón, alcanzaría bastante importancia. En efecto, por lo que respecta a la primera, decía el artículo 42.1: “Las sentencias que declaren que una ley no fue votada o promulgada en la forma prescrita por la Constitución o por el Estatuto Regional respectivo, producirán la total anulación de aquélla, pero no afectarán a las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia”. O sea, surtía efectos *erga omnes*, característica típica del modelo austriaco o kelseniano. En cuanto se refiere a la segunda, el artículo 42.2 apuntaba: “Las que resuelvan sobre inconstitucionalidad material producirán efecto en el caso concreto del recurso o consulta”, es decir, se refería exclusivamente al caso concreto, particular, *inter partes*, característica saltante del modelo americano o de revisión judicial (*judicial review*). Haciendo un balance, el TGC conoció en total siete recursos de inconstitucionalidad, para lo cual “hubo de soportar la onerosa carga de la discrepancia de opiniones sobre su verdadera función y de la presión de los políticos que se resistían a poner la protección de la Constitución en manos de un tribunal”. Es más, “tuvo la mala fortuna de verse inmerso, desde la primera de sus sentencias, en la vorágine de las confrontaciones políticas de la época”;

*b) conflictos o cuestiones de competencia legislativa y cuantos otros surjan entre el Estado y las Regiones Autónomas y los de estas entre sí (art. 121 constitucional, c).* Al TGC, inspirado en cierto grado en el Tribunal de Conflictos francés de la Segunda República de 1849, le incumbía conocer la competencia legislativa entre el Estado y las Regiones Autónomas, así como entre dos regiones. La práctica demostró que era difícil que se presentara el segundo caso, por cuanto se trataba de dos órganos de igual jerarquía, lo cual no sucede entre el Estado y las regiones, conflicto que se daba con mayor frecuencia por la personalidad misma y las actividades que desempeñaba el primero sobre el segundo. El TGC dictó dos sentencias sobre esta materia. Asimismo, otro conflicto que podía darse dentro de los alcances que comentamos, era el de la atribución que afectaba el ejercicio de las actividades administrativas “y, además, que pueden ser lo mismo positivos (cuando las autoridades del Estado y de las Regiones Autónomas se crean con derecho a actuar en un asunto) que negativos (cuando se consideran incompetentes para intervenir en la materia de que se trate)”. Si la ley inconstitucional es una ley estatal, quedará sin efecto para la región reclamante desde el día de su promulgación. Si la ley es regional, a tenor del artículo 50 de la Ley Orgánica del TGC, surtirá efectos de nulidad, al igual que todos los actos de ejecución. También podía surgir otro conflicto que debía ser resuelto por el TGC, entre el Estado o las Regiones Autónomas y el órgano llamado Tribunal de Cuentas, acorde al artículo 120, *in fine* de la Constitución de 1931. Fue precisamente mediante sentencia de 8 de junio de 1934 que el TGC inició su actividad, resolviendo una cuestión de competencia legislativa sobre la regulación de los contratos de cultivo, promovida por el Gobierno de la República a la Ley del Parlamento de Cataluña, del 11 de abril de 1934;

*c) recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades (art. 121 constitucional, b).* Sin desconocer la influencia del juicio de amparo mexicano, la Segunda República española introduce en la Constitución de 1931 la antañona institución en los artículos 105 y 121, *b*, regulado por el título IV, artículos 44 a 53 de la Ley Orgánica del TGC, así como por el título VII, artículos 76 a 82 de su reglamento. Hubo un antecedente en 1928, durante la dictadura de Primo de Rivera, donde se presentó un proyecto referido a la instalación de los tribunales de amparo ciudadano, también inspirados en la legislación mexicana. El artículo 105 de la Constitución de 1931 expresaba: “La ley organizará Tribunales de Urgencia para hacer efectivo el Derecho de Amparo de las garantías individuales”. Se colige de lo dicho que, tanto el TGC (art. 121 constitucional, *b*) como los Tribunales de Urgencia, tenían competencia para conocer el recurso de amparo.

Refiriéndose a esta divergencia, el procesalista Alcalá-Zamora y Castillo razona: “Nada más añade la Constitución, y es lástima que no se haya preocupado lo más mínimo de deslindar bien la órbita de acción de los Tribunales de Urgencia y del de Garantías en materia de Amparo, porque una de dos: o los Tribunales de Urgencia, desde el momento en que se les asigna competencia sobre lo mismo al de Garantías, no sirven para nada, y en este caso no se debió redactar el artículo 105, o por el contrario, sirven para algo, y entonces se debió acotar con precisión el área en que hayan de moverse, para que al Tribunal de Garantías no vayan sino determinados Recursos de Amparo o

bien las apelaciones fuertemente condicionadas, procedentes de los Tribunales de Urgencia”.

A la postre, los Tribunales de Urgencia no llegaron a funcionar ni se expidió Ley Orgánica alguna que los reglamentasen; antes bien, la tramitación del recurso de amparo se hizo conforme lo establecía la Ley Orgánica del TGC en su segunda disposición transitoria: “Mientras no estén constituidos los Tribunales de Urgencia a que se refiere el artículo 105 de la Constitución, no podrá interponerse el Recurso de Amparo ante el Tribunal de Garantías sin el requisito previo de que haya resultado ineficaz la reclamación ante la autoridad competente. Se entenderá por autoridad competente, a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el superior jerárquico inmediato del agente o autoridad que haya causado el agravio. La reclamación se formulará en el plazo de cinco días, y el superior jerárquico deberá resolver dentro de los cinco días siguientes, transcurridos los cuales, sin resolución, se considerará denegada”.

El artículo 44 de la Ley Orgánica del TGC destacó que procedía entablar el recurso de amparo cuando se violan los derechos individuales consagrados en los artículos 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 38 y 39 de la Constitución. Y para que proceda el recurso de amparo el artículo 45 de la Ley Orgánica pedía que se cumplieran los siguientes requisitos: “a) Que existiera acto concreto de autoridades gubernativa, judicial o de cualquier otro orden que, con respecto a un individuo determinado hubiese infringido alguno de los derechos fundamentales protegidos por este medio de impugnación. b) Que no hubiese sido admitida o no hubiese sido resuelta la petición de Amparo dentro del plazo legal por el Tribunal de Urgencia previsto por el artículo 105 de la Constitución o que dicho Tribunal hubiese dictado resolución denegatoria”. En consecuencia, el TGC actuaba en última instancia para resolver los recursos de amparo, aunque, recalamos, los Tribunales de Urgencia no llegaron a operar y, como tal, el único que conocía el recurso de amparo en la práctica era el TGC. El artículo 123. 5 de la Constitución y 47 de la Ley Orgánica del TGC facultaban a la persona que se consideraba agraviada, así como a cualquier ciudadano o persona jurídica, para interponer el recurso de amparo;

d) *examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que, justamente con las Cortes, eligen al presidente de la República (jurisdicción electoral) (art. 121 constitucional, d)*. El TGC dirimía este conflicto teniendo en cuenta los antecedentes que predominaban, es decir, lo político sobre lo jurisdiccional. Con ello se trataba de quitar la presión política que tenían las cámaras, creándose así un órgano independiente que resolviera tal competencia —si cabría la expresión—, un tanto “política”. Ampliando su campo de acción, es preciso señalar que el TGC estaba facultado para conocer la validez de la elección, cuando se tratara de las actas de los compromisarios convocados por el Parlamento para destituir al jefe de Estado, al tenor del artículo 82 de la Constitución, aun cuando no lo dijera de manera implícita;

e) *responsabilidad criminal del jefe de Estado, del presidente del Consejo y de los ministros (art. 121 constitucional, e)*. Actuando como jurisdicción política, el TGC tenía competencia para conocer el juzgamiento de los funcionarios públicos en mención. Se nota, al igual que en las otras atribuciones, que —en cierta medida— el TGC estaba inspirado en la Constitución austriaca de 1920. Los actos individuales, como decía Kelsen, por razones de prestigio deben

ser encuadrados dentro de la jurisdicción constitucional, en la inteligencia de que deben ser sometidos a un control jurídico. Así lo estimaron conveniente las Cortes Constituyentes de 1931-1933 al atribuir tal competencia al TGC. Y con ello se acabó el mito de que el presidente ya no es un monarca, según la tradición que se conocía, sino que, a partir de la Constitución de 1931, “era criminalmente responsable de la infracción delictiva de sus obligaciones constitucionales” y, como tal, sometido al fuero penal del TGC. Era el Congreso, por acuerdo de las tres quintas partes de la totalidad de sus miembros, quien decidía si procedía acusar al presidente ante el TGC. Se entiende que procedía el juzgamiento por parte del TGC cuando el delito que se cometió por parte de los funcionarios (p. ej., los ministros) era “en el ejercicio de sus cargos”, caso contrario, estaban expeditos los tribunales ordinarios. Por lo que respecta al presidente del Consejo y los ministros, “son, también individualmente responsables, en el orden civil y en el criminal, por las infracciones de la Constitución y de las leyes. En caso de delito, el Congreso ejercerá la acusación ante el TGC en la forma que la ley determine”, tal como estipulaba el artículo 92 de la Constitución, y

*f) responsabilidad criminal del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del fiscal de la república (Constitución, arts. 99, in fine, y 121, f).* Con anterioridad, fueron las leyes de organización judicial y de enjuiciamiento criminal las que se encargaban de juzgarlos. Por lo que se refiere a la responsabilidad civil y criminal de los jueces y fiscales de menor jerarquía, el Tribunal Supremo asumía competencia con intervención de un jurado especial, conforme lo preceptuaba el artículo 99 de la Constitución.

**José F. Palomino Manchego**

**978. TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PERÚ DE 1979**

*Antecedentes, naturaleza jurídica y base legal.* La historia política y constitucional de Perú ha sido muy convulsionada, como lo reafirman los diversos códigos políticos que ha tenido desde el siglo XIX: *a)* Constitución Política de la República Peruana, aprobada por el Congreso Constituyente y promulgada por el presidente gran mariscal José Bernardo Tagle. Rigió del 12 de noviembre de 1823 al 9 de diciembre de 1826; *b)* Constitución para la República Peruana, diseñada por el libertador Simón Bolívar y promulgada por el Consejo de Gobierno presidido por el gran mariscal Andrés de Santa Cruz, el 30 de noviembre de 1826 y jurada el 9 de diciembre del mismo año. Conocida como Constitución Vitalicia o Bolivariana, rigió del 9 de diciembre de 1826 al 16 de junio de 1827; *c)* Constitución Política de la República peruana, dada por el Congreso Constituyente el 18 de marzo de 1828 y promulgada el mismo día por el general José de la Mar, presidente de la República, rigió del 18 de marzo de 1828 al 10 de junio de 1834; *d)* Constitución Política de la República Peruana, aprobada por la Convención Nacional el 10 de junio de 1834 y promulgada el mismo día por el mariscal Luis José de Orbegoso, presidente provisional de la República. Rigió del 10 de junio de 1834 al 6 de agosto de 1836; *e)* Constitución Política del Estado Sud-Peruano, dada por la Asamblea reunida en Sicuani, del 17 de marzo de 1836 al 10 de noviembre de 1839. Los estados Sud-Peruano y Nor-Peruano, con la República de Bolivia, formaron la Confederación Perú-Boliviana, que fue establecida por el gran mariscal

Santa-Cruz, protector supremo de los tres Estados, por decreto dado en Lima el 28 de octubre de 1836; *f*) Constitución Política del Estado Nor-Peruano, votada por la Asamblea reunida en Huarur, rigió del 6 de agosto de 1836 al 10 de noviembre de 1839; *g*) Constitución Política de la República Peruana, dada por el Congreso General reunido en Huancayo, el 10 de noviembre de 1839 y promulgada el mismo día, por el gran mariscal Agustín Gamarra, presidente provisional de la república. Conocida como Constitución de Huancayo, rigió del 10 de noviembre de 1839 al 27 de julio de 1855; *h*) Constitución Política del Perú, aprobada el 13 de octubre de 1856, y promulgada el 16 del mismo mes, por el presidente provisional, mariscal Ramón Castilla, estuvo vigente del 19 de octubre de 1856 al 13 de noviembre de 1860; *i*) Constitución Política del Perú, dada por el Congreso de la República el 10 de noviembre de 1860, reformando la de 1856, y promulgada por el mariscal Castilla el 13 del mismo mes y año. Rigió del 13 de noviembre de 1860 al 29 de agosto de 1867; *j*) Constitución Política del Perú, aprobada por el Congreso Constituyente el 29 de agosto de 1867 y promulgada por el presidente coronel Mariano Ignacio Prado el mismo día, permaneció vigente del 29 de agosto de 1867 al 6 de enero de 1868. Por otro lado, en el siglo xx se dieron las siguientes cartas: *k*) Constitución para la República del Perú, aprobada el 27 de diciembre de 1919 por la Asamblea Nacional convocada plebiscitariamente por Augusto B. Leguía, presidente provisorio de la república y promulgada por él mismo el 18 de enero de 1920, ya como presidente constitucional. Rigió del 18 de enero de 1920 al 9 de abril de 1933; *l*) Constitución Política del Perú, dada por el Congreso Constituyente en 1931 y promulgada el 9 de abril de 1933. Rigió del 9 de abril de 1933 al 28 de julio de 1980; *m*) Constitución Política del Perú, sancionada por la Asamblea Constituyente el 12 de julio de 1979, entró en vigor el 28 de julio de 1980 por el presidente de la República, Fernando Belaunde Terry, y estuvo vigente del 28 de julio de 1980 hasta 1993, y *n*) Constitución Política del Perú de 1993, ratificada en el referéndum del 31 de octubre del mismo año.

Por cuanto ve al Tribunal de Garantías Constitucionales, este se consagró en el título V (Garantías Constitucionales), artículos 295 a 305 de la Constitución de 1979. Así también, mediante Ley núm. 23385 se promulgó la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO) con clara influencia de la legislación constitucional española que, con el tiempo, tuvo que ser admitida. En menor grado (supletoriamente) se aplicaron el Código de Procedimientos Civiles y la LO (art. 57). Por lo que se refiere a las garantías constitucionales, debe mencionarse la Ley núm. 23506 de Hábeas Corpus y Amparo.

Con razón decía Alcalá-Zamora y Castillo que: “por esencia y función, un Tribunal de Justicia Constitucional requiere ineludiblemente: *a*) una auténtica Constitución, opuesta por el vértice a una carta otorgada por el Ejecutivo; *b*) un genuino Estado de Derecho, con un legislativo (unicameral o bicameral) no mediatizado por el Gobierno; *c*) ambiente de libertad total y de plena igualdad entre los ciudadanos, sin discriminaciones ideológicas de ninguna especie; *d*) ausencia de poderes y de magistraturas irresponsables, excepción hecha de la inviolabilidad parlamentaria, y aun ella, severamente encuadrada para evitar abusos; *e*) desempeño de tal jurisdicción por personas que gocen de la más absoluta independencia y del máximo prestigio jurídico y moral, y *f*) respeto irrestricto de todos (gobernantes y gobernados) hacia las

decisiones que pronuncie, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir quienes ejerzan”. En efecto, le asistía sobrada razón al eminente procesalista español.

Ahora bien, amoldando este pensamiento a nuestra realidad, el Tribunal de Garantías era el órgano de control de la Constitución, conforme al artículo 296. En otras palabras, se le encomendó cuidar celosamente el ordenamiento jurídico peruano y asegurar la primacía de la Constitución, teniendo como misión inmediata mantener y preservar el orden constitucional muchas veces vulnerado por los gobiernos *de facto*.

Javier Valle-Riestra afirmaba que el Tribunal de Garantías “fue concebido por los constituyentes como una entidad diferente al Poder Judicial por considerar que la producción negativa de normas (Kelsen), el reconocer que un Poder del Estado, ayuntamiento o región ha usurpado el Poder Constituyente al legislar contra la Constitución es una tarea en la que el juez profesional —el Poder Judicial es el único órgano del Estado a cargo de profesionales, porque no existe el oficio de ser parlamentario o ser Jefe de Estado— asume una difícil función superior a su formación: enfrentarse a los poderes, con los riesgos políticos que comporta”.

En ese orden de ideas, el Tribunal de Garantías, luego de una ardua discusión y polémicas, instaló su sede en la ciudad de Arequipa, aunque sagazmente y de manera excepcional “y con acuerdo de la mayoría de sus miembros (podía) sesionar en cualquier otro lugar de la República”. Se instaló en la ciudad del Sur de manera solemne el 19 de noviembre de 1982.

De cualquier modo, no puede escapar a este análisis lo relacionado con el *nomen iuris* que se dio al Tribunal. Desde que se iniciaron los debates en la Asamblea Constituyente, se trabajó con el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales, que en ese entonces empleaba el proyecto de Constitución de España de 1977. A pesar de las críticas, sugerencias y opiniones para cambiar la denominación —es decir, en su acepción moderna: Tribunal Constitucional— que se venía utilizando, los representantes en la constituyente descuidaron en absoluto esta parte del encabezamiento de una institución tan importante como lo era el Tribunal de Garantías Constitucionales. Con el tiempo, el error fue enmendado en la Constitución de 1993.

*Composición: los magistrados constitucionales.* Al respecto, nueve (número impar) fueron los magistrados que se encargaron de velar la supremacía de la Constitución: tres designados por el Congreso, tres por el poder ejecutivo, y tres por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el artículo 296 de la Constitución. Se esperaba de ellos una entera independencia y sometimiento nada más que a la Constitución. El Tribunal de Garantías tenía que estar por encima de los clásicos poderes del Estado. La única forma de lograr tal objetivo era mediante la personalidad y conocimiento de los jueces al momento de realizar la interpretación constitucional.

¿Qué más podemos decir de los magistrados constitucionales? Es lógico pensar que son sujetos de la interpretación constitucional y, como tal, *vox legis*. En sus manos está la jurisdicción (*iurisdictio*) constitucional a la que acudirán quienes vean transgredidos sus derechos y cuando se vulnere la Constitución.

Los jueces constitucionales, como integrantes de una magistratura especial, tienen que ser especialistas en derecho público, principalmente en derecho constitucional, conocedores de los problemas que plantee la interpre-

tación constitucional, de darles solución, tener experiencia preliminar en el proceso civil, penal, administrativo y laboral para entrar de lleno al delicado y poco conocido proceso constitucional, y poseer probada ejecutoria democrática en defensa de los derechos humanos (LO art. 12). La *opinio iuris* que dan al momento de emitir sus fallos sentará jurisprudencia constitucional que servirá, sin dudar, para los futuros magistrados constitucionales, como una guía y ejemplo de fidelidad a la Constitución y al cargo tan honroso que se les confiere.

Importa expresar que es inevitable separar lo jurídico de lo político. Ambos vocablos se conjugan coordinadamente dentro de cualquier ordenamiento jurídico; sin embargo, cuando existen frenos y contrapesos, la política se tiene que alinear al derecho. Es aquí donde se produce lo que Karl Larenz denomina la “falsificación del Estado Constitucional”.

Los magistrados constitucionales, como todo ser humano, son susceptibles de tentación por parte de otros órganos del Estado que ven afectados sus intereses. Su independencia debe emanar *in actu*, y su fiel sometimiento a la Constitución, por cuanto no están sujetos a mandato imperativo, a tenor del artículo 297 de la Constitución de 1979. La labor que realizan está supeditada a la idea del Estado de derecho, a la preeminencia de lo jurídico sobre lo político y al reflejo de la sociedad. Como afirma Fix-Zamudio: “los jueces constitucionales —entendidos en un sentido amplio— realizan una función de política técnica, cuya intensidad solo establece una distinción de grado, pero no de esencia”.

Por otro lado, se afirma que los jueces constitucionales tienen mucho poder, que son legisladores constitucionales, que el Tribunal está integrado y funcionando bajo una dictadura investida por los magistrados constitucionales, llegando *in extremis* a decir que hay una politización de la justicia, un gobierno de los jueces. Sin embargo, estos argumentos se desvanecen en la práctica constitucional, por cuanto los jueces de la Constitución adquieren un conocimiento progresivo, y la autoridad y prestigio que tienen se ve cimentada al fluir de la experiencia. Por eso se insiste en que deben ser juristas de profesión, como los ha llamado Kelsen, ya que las potestades constitucionales que poseen conllevan a que hagan *iurisdictio*.

A mayor abundamiento, los magistrados constitucionales no solo practican la defensa del derecho, sino que también crean derecho a través de la denominada doctrina jurisprudencial. En ese sentido, se colige que los jueces constitucionales no hacen política, pues esta ya viene inmiscuida en la Constitución. Por otro lado, los jueces realizan un auxilio jurisdiccional, o sea, entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria: poder judicial u otros poderes públicos, en tanto que los últimos están obligados a cumplir lo que el Tribunal de Garantías decida en definitiva.

*Atribuciones.* Al respecto, el Tribunal de Garantías, mediante la acción de inconstitucionalidad, garantizaba la primacía de la Constitución. A su turno, declaraba si eran o no constitucionales, por la forma o por el fondo, las siguientes normas: a) leyes; b) decretos legislativos; c) normas regionales de carácter general, y d) las ordenanzas municipales (LO art. 19). Estas normas se consideraban inconstitucionales en la totalidad o en parte de sus disposiciones cuando se infringía la Constitución (inconstitucionalidad en sentido material) y cuando no habían sido aprobadas o promulgadas o publicadas en la forma

prescrita por la Constitución —inconstitucionalidad en sentido formal— (LO art. 20). La acción de inconstitucionalidad era una garantía nueva en el ordenamiento constitucional peruano. La influencia foránea (modelo europeo) se dejó sentir claramente.

¿Quiénes estaban legitimados para accionar?: *a)* el presidente de la República; *b)* 20 senadores; *c)* 60 diputados; *d)* la Corte Suprema de Justicia; *e)* el fiscal de la nación, y *f)* 50 mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones (LO art. 24). Es difícil pensar que las normas cuestionadas sean declaradas inconstitucionales a pedido de quienes las han elaborado (ejecutivo o legislativo). Por eso, la Ley Orgánica también permitió accionar a otras partes ante el Tribunal Constitucional. De esta forma se aseguraba que la norma en cuestión fuera derogada a pedido de una parte que no tuviera interés y presión política. El plazo para interponer la acción de inconstitucionalidad era dentro de seis años contados a partir de su publicación, por lo que, una vez vencido, la acción caducaba.

En cuanto concierne al presidente de la República, previo voto aprobatorio del Consejo de Ministros, designaba a un ministro para que planteara la acción y lo representara en el proceso (LO art. 26, párr. 1). Por lo que respecta a los senadores y diputados, debían nombrar apoderado para que planteara la acción respectiva (párr. 2).

La Corte Suprema de Justicia, previo acuerdo de Sala Plena, lo hacía por intermedio de uno de sus miembros (párr. 3). El fiscal de la nación estaba legitimado para entablar la acción de inconstitucionalidad (jurisdicción constitucional orgánica) de manera directa (párr. 4). Los ciudadanos debían actuar con el asesoramiento de un abogado delegando la respectiva representación a uno solo (párr. 5). El Tribunal, en los casos de inconstitucionalidad o inadmisibilidad de la acción, requería seis votos conformes, en los demás acuerdos cinco votos conformes (LO art. 8).

Una vez interpuesta la demanda, el Tribunal de Garantías resolvía sobre la admisión dentro de un plazo que no podía exceder de 10 días (LO art. 30). A su turno, admitida a trámite, corría traslado de la demanda, de acuerdo con el órgano del que provenía la norma cuestionada. El apersonamiento y alegato respectivo se efectuaba dentro del plazo de 30 días improrrogables (LO art. 31), al término del cual el Tribunal señalaba día y hora para la vista de la causa en la que las partes podían hacer uso del derecho de informar oralmente (LO art. 32). Una vez producida la visita de la causa, el Tribunal dictaba sentencia en el plazo de 30 días (LO art. 33).

Los efectos de la sentencia recaída en este tipo de proceso producían cosa juzgada, o sea que no se podía revivir. En tal sentido, debemos señalar que por lo que concierne a una sentencia denegatoria de inconstitucionalidad, esta impedía la interposición de una nueva acción, fundada en idéntico precepto constitucional (LO art. 34). De igual manera, las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permitían revivir procesos fenecidos en los que se hubiera hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales (LO art. 41).

Si se trataba de leyes o decretos legislativos, el Tribunal de Garantías comunicaba al presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad, quien, en mérito del fallo, aprobaba una ley que derogaba la norma inconstitucional. Transcurridos 45 días naturales sin que se hubiere promulgado la

norma derogatoria, la norma inconstitucional se consideraba derogada (LO art. 35). La publicación se hacía en el *Diario Oficial El Peruano*.

Si el Tribunal de Garantías declaraba inconstitucional las normas regionales o municipales, ordenaba la publicación en el *Diario Oficial* y en el diario donde se publicaran avisos judiciales. La sentencia surtía efecto al día siguiente de la publicación. O sea que, en este caso, el Tribunal actuaba de manera breve, tal vez por la poca importancia y el rango inferior que tienen este tipo de normas (LO art. 36). La sentencia que declaraba en todo o en parte la inconstitucionalidad de una norma no tenía efecto retroactivo, es decir que no obra para el pasado (LO art. 38), para el pretérito, sino para el futuro (*ex nunc*).

La misma actividad que realizó el Tribunal de Garantías hace ver que las leyes (normas) inconstitucionales se someten a él, o sea que están incluidas en su dominio. Con esta función, el Tribunal de Garantías controlaba en la práctica al Parlamento (legislativo) y al Gobierno (ejecutivo). El Tribunal funcionaba de oficio cuando disponía la acumulación de procesos conexos (LO art. 48). Así también, actuaba de oficio o a instancia de parte cuando lo estimaba necesario en relación con la actuación de la prueba (LO art. 52).

Otra actividad que realizaba el Tribunal de Garantías era la de conocer en casación (revisión) las resoluciones denegatorias de las acciones de *habeas corpus* y amparo, una vez agotada la vía judicial, y mediante recurso extraordinario interpuesto por la parte o el Ministerio Público —jurisdicción constitucional de la libertad— (LO art. 42).

Las partes tenían 15 días para interponer el recurso a partir de la notificación de la resolución denegatoria de la Corte Suprema. Una vez interpuesto, el presidente de la respectiva Sala de la Corte Suprema enviaba los autos al Tribunal dentro del plazo máximo de cinco días, bajo responsabilidad. De esta forma se aseguraba la celeridad (sumarísima) con que debían verse las acciones de *habeas corpus* y amparo.

¿Cuál es el objeto de la casación? Observar (revisar) que las resoluciones no hayan violado la ley, que en las resoluciones no se haya aplicado falsa o erróneamente la ley, y que se hayan cumplido las formas prescritas por la ley para tramitar el procedimiento o para expedir el fallo. Se desprende de lo expuesto que, en estos casos, el Tribunal no entraba al fondo del asunto, como sí puede hacerlo ahora el actual Tribunal Constitucional.

Durante el plazo máximo de 10 días, si eran resoluciones denegatorias de acciones de *habeas corpus*, o de 20 días si eran de amparo, el Tribunal de Garantías procedía a casar las mismas y a emitir el fallo correspondiente (LO art. 44). Estando el expediente en el Tribunal de Garantías, las partes ya no podían ofrecer nuevas pruebas ni alegar nuevos hechos (LO art. 45).

Si el Tribunal estimaba que la resolución objeto de casación había violado y aplicado errónea o falsamente la ley, su fallo debía comprender: *a*) declaración de la violación o de la falsa o errónea aplicación de la ley en que se funda la resolución casada, y *b*) declaración de la ley aplicable al caso. Si estimaba que en el procedimiento cuya resolución era objeto de casación no se habían observado las formas prescritas por la ley para su tramitación o para la expedición del fallo, su resolución señalaba la formalidad que no había sido observada. Una vez pronunciado el fallo, el Tribunal de Garantías devolvía los autos a la Sala de la Corte Suprema que conoció originariamente el asunto,

para que se pronunciara según lo resuelto por el Tribunal, quedando de esta forma agotada la jurisdicción interna (LO art. 46). Si es que no hubiere existido ninguna de estas dos formas para que procediera la casación, lo declaraba de esta forma, agotándose así la jurisdicción interna (LO art. 47).

*José F. Palomino Manchego*

#### 979. TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y SOCIALES DE CUBA DE 1940

*Antecedentes: el recurso de inconstitucionalidad.* La historia política y constitucional de Cuba se puede resumir, durante el siglo XIX, de la siguiente manera: *a)* Estatuto Real de España, promulgado por Real Decreto de 10 de abril de 1834 y, en La Habana, el 5 de julio del mismo año. Tuvo vigencia hasta el 13 de agosto de 1836, cuando se dio vigencia por tercera vez a la Constitución de Cádiz de 1812; *b)* Constitución de (Guaímaro) de la República de Armas, de 10 de abril de 1869; *c)* Constitución de Baraguá, de la Revolución de la Independencia, de 15 de marzo de 1878; *d)* Constitución Política de España, de 15 de julio de 1876. Fue hecha extensiva a Cuba por Real Decreto de 7 de abril de 1881 y rigió del 1 de mayo de 1881 al 27 de noviembre de 1897; *e)* Constitución Republicana de Jimaguayú, de 16 de septiembre de 1895; *f)* Constitución de (La Yaya) la República en Armas, de 29 de octubre de 1897; *g)* Constitución Autonómica, de 25 de noviembre de 1897. Se promulgó por Real Decreto de dicha fecha y se hizo efectiva el 1 de mayo de 1898, y *h)* Constitución Provisional de Santiago de Cuba o de Leonard Wood. Fue promulgada por Orden General del Cuartel General del Departamento de Santiago de Cuba, de 20 de octubre de 1898.

Ahora bien, en el siglo XX se sancionaron los siguientes códigos políticos: *a)* Constitución liberal de la República de Cuba promulgada por el Orden Militar 181, de 20 de mayo de 1902. Fue acordada por la convención constituyente reunida en La Habana el 21 de febrero de 1901; *b)* Apéndice a la Constitución de 1901 o Enmienda Platt. Fue la Enmienda que presentó al Senado de EE.UU. uno de sus miembros, llamado Orville H. Platt, el 25 de febrero de 1901; *c)* Decreto 1.298, de 24 de agosto de 1933, restableciendo la Constitución de 1901 y anulando las reformas de 1928; *d)* Estatutos para el Gobierno Provisional de Cuba, de 14 de setiembre de 1933; *e)* Ley Constitucional de la República de Cuba, de 11 de junio de 1934, que restablecía los principios de la Constitución de 1901; *f)* Ley Constitucional de la República de Cuba, de 11 de junio de 1935; *g)* Constitución de la República de Cuba, dada por la Convención Constituyente el 1 de julio de 1940, y puesta en vigor en su totalidad el 10 de octubre de 1940; *h)* Los Estatutos de 4 de abril de 1952, e *i)* Constitución proclamada el 24 de febrero de 1976, y reformada por la Asamblea Nacional del Poder Popular en el XI periodo ordinario de sesiones de la III Legislatura, celebrada los días 10, 11 y 12 de julio de 1992. En este recorrido no faltan las constituciones (y los proyectos) líricas, semánticas, nominales, ideológicas e impuestas, que son producto de las convulsiones y vaivenes experimentados en Cuba desde su naciente etapa constitucional, especialmente, en lo referido al autonomismo, reformismo, separatismo y anexionismo.

Ahora bien, ha sido a través del recurso de inconstitucionalidad, verdadero mecanismo de control constitucional, que la República de Cuba —in-

spirándose indiscutiblemente en el modelo estadounidense— accede a la jurisdicción constitucional. Los antecedentes los encontramos en el recurso de inconstitucionalidad de las leyes que plasmó la Constitución de 1901 y que fue regulado por la Ley de 31 de marzo de 1903. Luego, fue reproducido y ampliado por las leyes constitucionales de 3 de febrero de 1934 y 11 de junio de 1935. En tal sentido, el artículo 38 de la ley constitucional de 11 de junio de 1935 apuntaba que “Las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y disposiciones de cualquier clase que se dicten por cualquier poder, autoridad o funcionario para regular el ejercicio de los derechos que esta Constitución garantiza, serán nulos si en cualquier forma disminuyen, restringen o adulteran tales derechos. El Tribunal Supremo, a petición de cualquier ciudadano, formulada de acuerdo con lo que esta Constitución establece, declarará, en su caso, la inconstitucionalidad de dichas disposiciones, sin que puedan las mismas aplicarse en lo sucesivo”.

Por su parte, el artículo 84 disponía que “Además de las atribuciones que les hayan sido anteriormente señaladas y de las que en lo sucesivo les confieren las leyes y los decretos-leyes, corresponden al Tribunal Supremo de Justicia: [...] Cuarto: Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, acuerdos, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones o actos de cualquier clase, sean cuales fueren el poder, autoridad o funcionario que los hubiere dictado o de que emanaren, a petición de parte afectada o a solicitud suscrita por no menos de veinticinco ciudadanos que estén en el pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos. El recurso de inconstitucionalidad establecido a petición de parte afectada, se presentará dentro del término que determine la ley; y el suscrito por no menos de veinticinco ciudadanos, en cualquier tiempo. En los recursos de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo deberá resolver siempre el fondo de la reclamación, a cuyo efecto señalará un término para que los recurrentes subsanen los defectos de forma que contuviere el recurso. Declarada la inconstitucionalidad de una ley, decreto-ley, decreto, reglamento, orden, disposición o medida de cualquier otra clase, no podrá aplicarse nuevamente en forma alguna”.

En esa mira se ubicó la jurisprudencia que produjo el Tribunal Supremo de Justicia, sobresaliendo dos criterios, que se citan a guisa de ejemplo: el primero, que se generó con la sentencia núm. 1, 3 de 24 de abril de 1936, decía que “El artículo 38 de la Ley Constitucional vigente no se limita como lo hacía el 37 de la de 1901, a declarar que son nulas las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y disposiciones de cualquier clase que se dictaren para regular el ejercicio de los derechos que la misma garantiza, si en cualquier forma los disminuyen, restringen o adulteran, sino que en su segundo párrafo concede a cualquier ciudadano el derecho a pedirle al Tribunal Supremo, de acuerdo con lo que a ella establece, que declare la inconstitucionalidad de dichas disposiciones”.

El segundo fallo, sentencia núm. 11, de 26 de febrero de 1938, establecía que “El recurso de inconstitucionalidad no tiene por objeto la decisión en el terreno especulativo de cuestiones meramente doctrinales, sino que conforme a la ley ha de tener un fin práctico ya que las violaciones de la Constitución afectan siempre a la causa pública y la reclamación contra la misma ha de tener por supuesto necesario la lesión de un derecho o de un interés legítimo, individual o corporativo”.

*El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de 1940 como Sala Especializada del Tribunal Supremo: composición.* Ahora bien, inspirado el *nomen iuris* en el del Tribunal de Garantías Constitucionales consagrado en el artículo 100 de la Constitución española de 1931, la Constitución de Cuba de 25 de julio de 1940 estableció en su artículo 172 que el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales formaba parte del Tribunal Supremo (poder judicial) como Sala Especializada. Esta se integra por un presidente y, al menos, 15 magistrados. Años después se emitió la Ley núm. 7, de 31 de mayo de 1949, por virtud de la cual, en palabras de Fernández Segado, el Tribunal de Garantías: “cobraba vida real, efectiva, al ver normado su funcionamiento y, básicamente, el procedimiento a seguir para el conocimiento de aquellos asuntos en los que era competente”.

*Atribuciones.* En relación con ello, el Tribunal de Garantías estaba facultado para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, de la propia ley fundamental y de las consultas de jueces y tribunales sobre la misma inconstitucionalidad (art. 182, *a* y *b*). También admitía la acción popular contra la inconstitucionalidad de las leyes, estando legitimados para interponerlo los afectados o 25 ciudadanos. Los efectos eran de carácter general, derogándose la norma en cuestión (art. 194, *b*).

Este mismo sistema, escribe Fix-Zamudio, “fue incorporado, en teoría, en los artículos 150, 160, 161, 172 y 173 de la Ley Fundamental de 7 febrero de 1959, promulgada por el Gobierno de Fidel Castro, con posterioridad al triunfo de la revolución que terminó con la dictadura de Fulgencio Batista y Zaldívar, pero además de que no tuvo aplicación práctica, fue sustituido por el sistema socialista de los tribunales populares en la reforma constitucional de 13 de junio de 1973. Evolución que culminó con la promulgación de la Constitución socialista de 24 de febrero de 1976, en la cual, según el modelo soviético, se sustituye el sistema de la revisión judicial por el del control legislativo; en cuanto el artículo 70, inciso *f*) de la misma Ley Fundamental, confiere a la Asamblea Nacional de Poder Popular, la atribución de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos y demás disposiciones de carácter general, así como también respecto de aquellos actos del poder público emanados de órganos locales”. De esta manera, se ponía punto final a una de las etapas más sugestivas y enriquecedoras del control de constitucionalidad en toda América Latina, como afirma Fernández Segado.

**Domingo García Belaunde**  
**José F. Palomino Manchego**

## 980. TRIBUNAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CHIAPAS

El Tribunal de Justicia Constitucional de Chiapas (TJC) forma parte del Tribunal Superior de Justicia local (TSJ) y tiene como objetivo principal defender y garantizar la supremacía y el régimen democrático constitucional estatal. Está regulado, principalmente, en la Constitución Política de Chiapas, en la Ley de Control Constitucional para el Estado de Chiapas (LCCCh) y en el Código de Organización del Poder Judicial del Estado (COPJE). En su configuración actual, este órgano jurisdiccional es la consecuencia del desarrollo normativo que se inició en el estado respecto de la justicia constitucional local desde finales de 2002, pues Chiapas, junto a Veracruz, Tlaxcala y Coahuila,

fue una de las entidades pioneras que estableció mecanismos y órganos dirigidos a velar por la aplicación del supremo ordenamiento local.

El texto constitucional vigente es producto de la reforma integral realizada a la Constitución del estado el 29 de diciembre de 2016. En su nueva redacción se le dio el nombre de Tribunal de Justicia Constitucional (en 2002 se le denominó Sala Superior y en 2007 Tribunal Constitucional) y se redujo a tres el número de sus integrantes. Hoy en día, el TJC se integra por 5 magistrados, pues el artículo 5 transitorio del decreto de la reforma integral señala que la reducción de sus miembros entrará en vigor una vez que el Congreso local modifique el COPJE, cuestión que hasta el momento no ha sucedido. Sus miembros duran nueve años en su encargo y son nombrados por dos terceras partes del Congreso local o, en su caso, la Comisión Permanente, a propuesta del gobernador (art. 73, párrs. 3 y 6 de la Constitución local). Asimismo, se delegaron las atribuciones administrativas constitucionales que hasta entonces tenía encomendadas el Consejo de la Judicatura local (CJE) y el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado (TJA), para enfocar sus tareas fundamentales a la cuestión estrictamente constitucional, con independencia de las tareas administrativas inherentes al funcionamiento de cualquier ente público.

El artículo 78 de la Constitución local establece como atribuciones del TJC: *a)* garantizar la supremacía y control constitucional mediante su interpretación, respetando lo establecido en el artículo 133 de la carta magna y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); *b)* conocer de los medios de control constitucional previstos en el artículo 79; *c)* conocer de oficio la contradicción de criterios que se susciten entre salas regionales y determinar la aplicación obligatoria de sus resoluciones; *d)* resolver conflictos de competencia entre salas regionales o juzgados de primera instancia; *e)* designar al miembro del CJE y al magistrado del Tribunal del Trabajo Burocrático que correspondan al poder judicial, y *f)* conocer de los asuntos que amerite por su interés o trascendencia a petición fundada del fiscal general del estado.

Los medios de control constitucional regulados en el artículo 79 de la Constitución local son cuatro, a saber: *1)* Las controversias constitucionales (CC), que resuelven conflictos de invasión de esferas competenciales entre dos o más niveles de gobierno estatales que surjan a partir de la emisión de un acto o una ley. Se pueden suscitar entre: *a)* dos o más municipios; *b)* uno o más municipios y el poder ejecutivo o legislativo, y *c)* el poder ejecutivo y el legislativo locales (art. 79, frac. I Constitución local). *2)* Las acciones de inconstitucionalidad (AI) a través de las cuales se soluciona la posible contradicción entre una norma de carácter general estatal y la Constitución local. Tienen legitimación activa para interponerlas: *a)* el gobernador; *b)* el equivalente al 33% de los integrantes del Congreso local, en contra de leyes expedidas por el mismo Congreso; *c)* el fiscal general del estado, respecto de leyes emitidas por el Congreso en materia penal o en el ámbito de sus competencias; *d)* el equivalente al 33% de los ayuntamientos de la entidad, y *e)* el presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos en el ámbito de su competencia (art. 79, frac. II Constitución local). *3)* Las resoluciones aprobadas por el Pleno del TJC que versen sobre disposiciones generales (ya sea en AI o CC en las que se hayan impugnado leyes o normas) tendrán efectos generales a partir de su publicación en el *Periódico Oficial*, siempre respetando el principio de irretroac-

tividad, a excepción de materia penal en beneficio del imputado ((art. 79, fracs. I y II Constitución local). 4) La acción por omisión legislativa (AOL) es un mecanismo que vigila la actividad del Congreso local para que resuelva las iniciativas de ley o decretos conforme a las disposiciones legales que afecten el cumplimiento de la Constitución local. Pueden ser ejercitadas por: a) el gobernador del Estado; b) la tercera parte de los miembros del Congreso; c) la tercera parte de los ayuntamientos, o d) el 5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral (con cifras a mayo de 2018, esto equivaldría a reunir 177465 firmas para presentar la demanda [art. 79, frac. III Constitución local]). La resolución que confirme la omisión determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso para que la subsane y, tratándose de legislación que deba expedirse por mandato de la Constitución federal o local, si el Congreso no lo hace en el plazo fijado, el TJC legislará provisionalmente hasta que el Congreso cumpla con la sentencia.

Por último, la fracción IV del artículo 79 de la Constitución local, y los artículos 37, fracción II, y 38, fracción IV, del COPJE establecen una acción para cuestionar la constitucionalidad o aplicación de una ley local por parte de magistrados o jueces, la cual deberá ser respondida en un plazo no mayor a 30 días contados a partir de formulada la pregunta.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN o Alto Tribunal) se ha pronunciado en el sentido de que los tribunales constitucionales locales son competentes para conocer de los medios de control e impugnación que garanticen la superioridad de su Constitución estatal (Jurisprudencia P./J. 22/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, octubre de 2012, t. 1, p. 288).

En este sentido, ha sostenido que la interposición de un medio de control constitucional federal (previstos en los arts. 103, 105 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) no depende de agotar la vía prevista en la Constitución local cuando se impugnan violaciones directas o inmediatas a la carta magna, pues el órgano local protege únicamente la ley suprema del estado —a excepción del control difuso, relacionado con violaciones a derechos humanos—, mientras que quien se encarga de la defensa de la Constitución federal es el Poder Judicial de la Federación, mediante un control concentrado. Esto podría derivar en que las sentencias que dicten los órganos de control estatales puedan ser susceptibles de revisión mediante juicio de amparo por tribunales federales, pues el orden jurídico de cada entidad federativa está supeditado al pacto federal (Tesis de la Primera Sala. XXXVIII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Registro 2010978, Décima Época, febrero de 2016, t. 1, p. 686).

Vale la pena destacar que la Constitución local solo prevé mecanismos de control constitucional relacionados con cuestiones orgánicas y funcionales de entes públicos estatales, pues cuando se impulsó la justicia constitucional local, no contenía una parte dogmática como tal que desarrollara derechos humanos en el ámbito interior, sino que reiteraba tácitamente los reconocidos en la Constitución federal.

Sin embargo, toda vez que la reforma constitucional de octubre de 2010 incorporó un catálogo propio de derechos humanos, podría resultar conveniente regular un medio impugnativo tendente a evitar su violación, como ya existe en otras entidades federativas, pues de esta forma se fortalecería la

justicia constitucional local, por cuanto se garantizarían todos los elementos fundamentales de cualquier texto constitucional, esto es, su contenido (derechos humanos y división de poderes) y su posición jerárquica (supremacía constitucional).

*Leticia Bonifaz Alfonso*

### 981. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La solución de controversias en la Unión Europea está confiada a un tribunal supranacional: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 2009, se denomina Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Dicho órgano tiene su sede en Luxemburgo y fue creado en 1958 con la misión de asegurar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los tratados comunitarios.

El Tribunal se compone por un juez que representa a cada Estado miembro de la Unión Europea (28 jueces, en la actualidad). Los miembros del TJUE se eligen entre juristas que ofrecen absolutas garantías de independencia y que reúnen las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus países respectivos, de las más altas funciones jurisdiccionales. Los candidatos presentados por los Estados miembros de la Unión para ser jueces en el Tribunal son sometidos a un examen previo por parte de un comité específico que debe aprobar su candidatura.

Los jueces del Tribunal son asistidos por ocho abogados generales, encargados de presentar, con toda imparcialidad e independencia, un dictamen jurídico (“conclusiones”) en los asuntos de su competencia. El Tribunal no está obligado a adoptar la solución propuesta por el abogado general, aunque, en la mayoría de los casos, su decisión final suele conformarse con los argumentos expuestos por este último.

Para cumplir eficazmente con las funciones que le asignan los tratados comunitarios, el Tribunal puede conocer de varios asuntos contenciosos que le permiten, en primer lugar, controlar la conformidad, con el derecho comunitario, de los actos u omisiones de las instituciones y de los Estados miembros de la Unión y, en segundo lugar, garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación de la normativa comunitaria en el territorio de dichos Estados.

En este sentido, los tribunales internos pueden, y a veces deben, suspender los procedimientos iniciados ante su foro para someter al TJUE cuestiones prejudiciales, con el fin de que este precise la correcta interpretación y aplicación de normas o principios del derecho comunitario. El Tribunal de Justicia debe responder a la cuestión prejudicial del juez nacional mediante una sentencia motivada, que es vinculante, y debe ser tomada en consideración en la resolución del litigio interno que le dio origen. La sentencia del TJUE es, además, obligatoria para todos los órganos judiciales internos que conozcan de un problema jurídico idéntico o similar.

El recurso por incumplimiento permite al Tribunal de Justicia velar por el respeto de las obligaciones que incumben a los Estados miembros de la Unión en virtud del derecho comunitario. Mediante el recurso de anulación, el demandante —un Estado miembro o un órgano de la Unión Europea— solicita la anulación de un acto, adoptado por una institución de dicha organización internacional, en violación del derecho comunitario. El recurso por omisión

permite controlar la legalidad de la inactividad de las instituciones comunitarias.

El Tribunal General de la Unión Europea es competente para conocer, en primera instancia, de los recursos por incumplimiento, de anulación y por omisión. Las sentencias que pronuncie el Tribunal General podrán ser objeto de un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia, con el fin de reexaminar las cuestiones de derecho que se hayan resuelto. Si el recurso de casación es admisible y está fundado, el TJUE anulará la sentencia del Tribunal General.

Además, el Estatuto del Tribunal de Justicia reserva a su competencia exclusiva algunos recursos de anulación y por omisión. En particular, el TJUE es competente para conocer de: *i*) los recursos contra las decisiones de la Comisión que imponen sanciones a empresas, y *ii*) los recursos iniciados por un Estado miembro o una institución comunitaria en contra de un acto o una abstención del Parlamento Europeo, del Consejo, de estas dos instituciones conjuntamente, de la Comisión o del Banco Central Europeo.

Sin importar la naturaleza del asunto, el procedimiento ante el TJUE está compuesto por una fase escrita y, por lo general, por una fase oral, que se desarrolla en audiencia pública.

Frecuentemente comparado con la Corte Suprema de Estados Unidos, el TJUE ha sido, a la vez, el “piloto”, “constructor” y “guardián” de la integración en el orden jurídico comunitario.

En efecto, las sentencias del TJUE establecieron los principios fundamentales del derecho de la Unión Europea, a pesar de que estos no estaban previstos en los tratados comunitarios originarios. En particular, las sentencias *Costa*, *Van Gend en Loos* y *Simmenthal* desarrollaron los principios de efecto directo y primacía que lograron imponer orden (jurídico) en la construcción heterogénea y multinivel de la integración regional más exitosa del mundo. Gracias a dichos principios, el orden jurídico comunitario se integró, con fuerza irresistible, en los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión y creó derechos y obligaciones directos en el patrimonio jurídico de los particulares.

En otros casos de su jurisprudencia, el Tribunal consolidó, por su propia iniciativa, los principios de responsabilidad por violación del derecho comunitario, proporcionalidad, protección de los derechos humanos de los ciudadanos de la Unión y efecto directo de las directivas comunitarias. Dichas sentencias dotaron a la recepción e incorporación del derecho comunitario en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión de características *sui generis*, muy distintas de las que rigen en el sistema tradicional del derecho internacional público; asimismo, estas decisiones volvieron a los tribunales internos de la Unión “jueces ordinarios de derecho comunitario”.

Para muchos autores, la integración regional europea no hubiese existido, ni avanzado en una forma tan profunda, si no fuese por este activismo inédito del TJUE que la convirtió, *de facto*, en una “integración por el derecho”.

*Virdzhiniya Petrova Georgieva*

## 982. TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL CARIBE

El Tribunal de Justicia del Caribe (*Caribbean Court of Justice*, CCJ, por sus siglas en inglés) es un órgano jurisdiccional autónomo instituido por el Tratado Constitutivo del propio Tribunal en el seno de la Comunidad del Caribe. El

tratado, que fue finalizado en 2001, entró en vigor en 2004, mientras que el CCJ empezó a funcionar en 2005. El objetivo de su creación es la aplicación e interpretación de las disposiciones del Tratado Constitutivo de la Comunidad del Caribe (CARICOM), firmado en Chaguaramas, Trinidad y Tobago, en 1973 y modificado en 2001 para crear el Mercado Único y Economía de CARICOM (*CARICOM Single Market and Economy*, CSME, por sus siglas en inglés). Es el máximo intérprete de dicho Tratado, por el que se instituyó un sistema mercantil y de libre comercio entre los Estados del área del Caribe. El Tratado ha sido ratificado por 15 Estados (Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago), y cuenta con cinco Estados asociados (Anguilla, Bermuda, Islas Vírgenes Británicas, Islas Turcas y Caicos).

Su condición como tribunal de apelaciones también le permite considerar y determinar apelaciones en materia penal, civil y constitucional que proceden de tribunales estatales de aquellos Estados miembros de la CARICOM, que han devuelto al mismo Tribunal la jurisdicción de última instancia.

El Tribunal fue creado como resultado de la adopción de numerosas resoluciones entre los Estados miembros de la CARICOM. En 1987, por ejemplo, Trinidad y Tobago propuso la creación de una Corte de Apelación del Caribe en lugar de la jurisdicción colonial del Comité Judicial del Consejo Privado de la Corona (*Judicial Committee of the Privy Council*, JCPC, por sus siglas en inglés), que aún es el Tribunal de último grado en la mayoría de los Estados del Caribe inglés.

Según las propuestas formuladas por los Gobiernos nacionales en los años noventa, la creación del Tribunal regional caribeño, por un lado, habría fortalecido la integración económica y, por el otro, fomentado la creación de una jurisprudencia y cultura político-jurídica propia de las islas caribeñas. En este sentido, la creación del CCJ representó también una reacción a la doctrina del JCPC. Con referencia a la pena de muerte y los derechos fundamentales, por ejemplo, el Comité es un Tribunal “abolicionista”, y esa postura lo pone en ruta de colisión frontal con la cultura caribeña, que es fuertemente retencionista. En este sentido, cabe recordar la sentencia *Pratt and Morgan vs. AG Jamaica* (1994) 2 AC 1, por la que el JCPC limitó la discrecionalidad de los ejecutivos nacionales en su aplicación.

La Corte, que goza de autonomía financiera en virtud del Acuerdo Constitutivo de su *Trust Fund* (2004), está compuesta por un presidente y hasta nueve jueces, los cuales son relevados de sus cargos por el cumplimiento de la edad de retiro forzoso de 72 años, elevado a 75 por el Protocolo modificativo de 2005. El presidente conserva su cargo por un periodo de siete años, no renovable, o hasta los 72 años. Sin embargo, aun cuando su mandato haya terminado, el presidente y los jueces siguen permaneciendo en funciones durante los tres meses siguientes, conociendo los casos a los que ya se han abocado porque se encuentran en la fase de dictado de sentencia.

Mientras el presidente es nombrado y revocado por mayoría de tres cuartas partes de los jefes de Estado de los países miembros, los jueces son elegidos por mayoría de los miembros de la Comisión Regional Judicial y de los Servicios Jurídicos (*Regional Judicial and Legal Services Commission*, RJLSC, por sus siglas en inglés) creada por el Tratado de 2001. Se trata, por tanto, de un

órgano compuesto de 11 miembros y que está presidido por el presidente del CCJ. La RJLSC es el único órgano en el panorama de los tribunales supranacionales: el modelo de las Comisiones Judiciales —que no es ajeno a la cultura jurídica del *common law*— y cumple, en el caso del Tribunal caribeño, con una tarea específica: reducir las interferencias políticas en la composición y funcionamiento del CCJ y, por ende, respaldar su legitimación. A este efecto, el artículo V del Tratado de 2001 incorpora a la Comisión de abogados, profesores universitarios, funcionarios públicos y miembros de la sociedad civil.

Las competencias y funciones de la Corte se despliegan en las siguientes vertientes: *a)* consultiva; *b)* contenciosa, y *c)* preventiva y reguladora. Es también juez de última instancia y máximo intérprete de las constituciones de unos Estados miembros de la CARICOM.

La competencia *consultiva* otorga atribuciones a la Corte para conocer y resolver consultas sobre cuestiones relevantes en materias reguladas por el Tratado Constitutivo de la CARICOM. La función consultiva es prevista por el artículo XIII del Tratado, por el que se establece el CCJ. Se confiere al Tribunal la jurisdicción exclusiva sobre cuestiones de interpretación de las disposiciones del Tratado de Chaguaramas presentadas por los Estados miembros de la CARICOM.

La competencia *contenciosa* otorga al Tribunal atribuciones para conocer en único grado (*original jurisdiction*) o en grado de apelación (*appellate jurisdiction*). En único grado, el Tribunal conoce (art. XII Tratado CCJ) de los conflictos interestatales y conflictos entre Estados miembros y la CARICOM. Además, el artículo XV del Tratado CCJ otorga a los jueces de los Estados miembros la posibilidad de interponer ante el Tribunal la cuestión prejudicial de interpretación de normas de Tratado CARICOM, de que depende la decisión que hayan de adoptar. Por último, y bajo autorización especial del Tribunal (*special leave of the court*), toda persona física o jurídica podrá interponer recurso si los derechos previstos por el Tratado CARICOM la afectan directa e individualmente (art. XXIV Tratado CCJ). Las sentencias dictadas por el Tribunal son precedentes vinculantes (art. XXII Tratado CCJ) y contra ellas no cabe recurso alguno —con la excepción, muy limitada, de un recurso extraordinario de revocación (art. XX Tratado CCJ)—.

La posibilidad de que el CCJ se convierta en tribunal de *apelación* es regulada por el artículo XXV del Tratado, por el que se ha creado el propio Tribunal. Se trata, entonces, solo de una posibilidad, puesto que la jurisdicción de apelación no le está encomendada directamente, sino que depende de cada Estado miembro de la CARICOM. En caso de aceptación de la jurisdicción en grado de apelación, el CCJ se convierte en tribunal superior de justicia (*court of record*). Ya se ha dicho que su creación estaba concebida para sustituir la jurisdicción colonial del Comité Judicial del Consejo Privado de la Corona. Del acceso al JCPC, sin embargo, el Tratado conserva la distinción entre derecho de impugnación (*appeal as of right*) y autorización a la impugnación (*special leave of the court*).

El derecho de apelación, por ejemplo, concierne a los procedimientos civiles cuyo valor supera los 25 000 dólares del Caribe oriental, las causas matrimoniales y la interpretación de las constituciones estatales. La autorización de la impugnación se otorga en caso de controversias de especial transcendencia e importancia.

La competencia *preventiva* permite a la Corte adoptar las medidas provisionales en los asuntos que esté conociendo, cuando sea necesario para evitar daños irreparables a los derechos de las personas. Estas medidas, que son temporales, tienen un doble carácter: *cautelar*, al buscar mantener la situación jurídica en un caso concreto, y *tutelar*, al buscar la preservación efectiva de los derechos de las personas.

En cuanto a las relaciones con la jurisdicción del JCPC, es preciso recordar que, a excepción de Guyana, las constituciones de los países del Caribe inglés mantuvieron al Comité como máximo órgano judicial. Ya se ha señalado cómo la creación del CCJ —y la previsión de su jurisdicción en grado de apelación— estaban pensadas en sustitución del JCPC. Sin embargo, solo Barbados (2003), Guyana (2005), Belice (2010) y Dominica (2014) han transferido al Tribunal caribeño las jurisdicciones ordinarias y constitucionales y la última palabra en materia de interpretación de sus respectivos textos constitucionales.

En Jamaica y Trinidad y Tobago, la sustitución del JCPC por el CCJ sigue siendo objeto de debate político. En Jamaica, en particular, el proceso de reforma de la disposición constitucional que confiere competencia al JCPC fue cuestionado en sede judicial por la oposición parlamentaria. Aunque la sección 94 de la Constitución permite derogar la jurisdicción colonial del JCPC por mayoría simple, el JCPC confirmó la posibilidad de derogar su propia jurisdicción en favor del CCJ; sin embargo, dicha reforma debía ser llevada a cabo según el procedimiento agravado de reforma constitucional (*Independent Jamaica Council of Human Rights (1998) Ltd vs. AG Jamaica* [2005] 2 AC 356). Tras haber reintroducido la jurisdicción del JCPC en 1991, Granada intentó modificar su propia Constitución y acceder al CCJ en 2016 y 2018, pero la reforma fue rechazada por el referéndum de reforma. Un análogo referéndum, celebrado en 2018 en Antigua y Barbuda, confirmó el JCPC como máximo intérprete de la Constitución nacional.

Es preciso recordar que el acceso a la jurisdicción de apelación del CCJ presenta un precio político muy elevado a pagar: en el asunto *AG (Barbados) v Joseph and Boyce* CCJ Appeal, No CV2 de 2005, el Alto Tribunal caribeño admitió a trámite un recurso del Gobierno por el que se impugnaba la concesión del indulto. El CCJ se percibe como una corte que ahorca (*hanging court*); no obstante, en una sentencia recién dictada (*Jabari Sensimania Nervais and Dwayne Omar Severiv vs. R* [2018] CCJ 19 (AJ)), el CCJ ha declarado inconstitucional el mecanismo legislativo de aplicación automática y obligatoria de la pena de muerte (*mandatory death penalty*).

**Matteo Nicolini**

### 983. TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Hasta 1977 la Constitución mexicana eleva al rango constitucional los principios electorales, por lo que se comenzó a establecer los órganos de protección y control jurisdiccional como tribunales contenciosos electorales, y hasta 1996 hay tribunales que forman parte de la administración de justicia federal y que desarrollan la protección de derechos políticos al margen del juicio de amparo.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tiene encomendada, por mandato constitucional, la responsabilidad de garantizar que to-

dos los actos y resoluciones en la materia se sujeten en forma irrestricta a los principios de constitucionalidad y legalidad, así como de tutelar de manera efectiva los derechos político-electorales de votar, ser votado, y de asociación y afiliación políticas.

El Tribunal se integra por una Sala Superior y cinco salas regionales, correspondientes a las cinco circunscripciones en que se divide el país para efectos electorales.

A la Sala Superior le corresponde conocer de diversos tipos de controversias además de las relacionadas con los procesos electorales federales, de tal manera que conoce las impugnaciones de todos los actos del Instituto Federal Electoral realizados entre la celebración de dichos procesos y, por lo que toca al ámbito local, recibe las impugnaciones de actos de las autoridades de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios estatales o resolver las controversias que surjan, que puedan afectar el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones.

A partir de la reforma constitucional y legal publicada el 22 de agosto de 1996 en el *Diario Oficial de la Federación*, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se constituye no solo como la máxima autoridad jurisdiccional en la materia, con excepción de las acciones de inconstitucionalidad contra leyes electorales (art. 105, fracc. II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), sino también como un órgano especializado de dicho poder.

La inclusión al Poder Judicial de la Federación generó la autonomía orgánica y funcional del tribunal, pues, por un lado, no se encuentra subordinado a algún otro órgano o institución y, por el otro, desde un punto de vista normativo y administrativo, el tribunal cuenta con facultades para expedir las normas que rijan su funcionamiento interno.

Así, dicha autonomía generó un avance fundamental en lo que a justicia electoral se refiere, pues la creación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es el resultado de un esfuerzo por modificar un sistema de naturaleza meramente político, por la materialización de uno de naturaleza judicial-electoral.

Ejemplo de ello, lo constituye el hecho de que por primera vez en el año 2000, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, resolvió de forma definitiva e inatacable las impugnaciones que sobre la elección de presidente de la República se presentaron, realizó el cómputo final de dicha elección y formuló la declaración de validez y de presidente electo.

Actualmente, con motivo de la reforma constitucional de 2007, el legislador estableció un sistema de justicia de carácter integral y completo, pues, por un lado, descentralizó la administración de la justicia en materia electoral al otorgar la permanencia a las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y, por el otro, consolidó a dicho órgano jurisdiccional como un tribunal de constitucionalidad al otorgarle la facultad de inaplicación de leyes cuando contravengan el texto constitucional.

Como se mencionó, conforme a lo establecido en el artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se encuentra conformado por una Sala Superior (Distrito Federal) y cinco salas regionales (Monterrey, Guadalajara, Xalapa, Distrito Federal y Toluca) que funcionan de forma permanente.

Al respecto, la Sala Superior se encuentra integrada por siete magistrados y cada una de las salas regionales por tres magistrados. La presidencia de cada Sala es producto de la elección de sus respectivos integrantes, en tanto que la del Tribunal Electoral recae en el de la Sala Superior, por un periodo de cuatro años.

Los magistrados electorales que integran las salas Superior y regionales, son elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores a propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los cuales deberán satisfacer los requisitos previstos en la ley, que no podrán ser menores a los que se exige para ministro de la Suprema Corte (Sala Superior) y magistrado de Tribunal Colegiado de Circuito (salas regionales).

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, es competente para conocer de impugnaciones relacionadas con: *a*) elecciones federales de diputados y senadores; *b*) elección de presidente de la República (la Sala Superior es la única instancia); *c*) actos y resoluciones de la autoridad electoral federal, distintas a las anteriores; *d*) actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios y que sean determinantes para el proceso electoral; *e*) actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales de los ciudadanos; *f*) conflictos o diferencias laborales entre el Tribunal y sus servidores, y *g*) conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Federal Electoral y sus servidores.

Asimismo, las salas del Tribunal Electoral cuentan con la facultad para resolver en el caso concreto, la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Al respecto, la Sala Superior deberá informar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de dichas determinaciones.

La tarea de este órgano jurisdiccional electoral está referida al análisis de los procesos electorales, a la luz de los principios electorales que se han ido incorporando al constitucionalismo mexicano desde la reforma de 1977, por tal motivo el Tribunal Electoral conoce del sistema de nulidades. Las nulidades de las que conoce este órgano jurisdiccional, respecto a la contravención a la ley, provocan la anulación de los actos controvertidos, sin embargo, cuando se refiere a la contravención a la Constitución política, el Tribunal puede, como lo hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación, declarar nula y sin efectos la ley, no solo un acto. Ese es el control constitucional en materia electoral que implica que no solo es la ley la que importa, sino los principios inmersos en la Constitución.

*Manuel González Oropeza*

#### 984. TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (SALA REGIONAL ESPECIALIZADA)

La reforma en materia político-electoral de 2014 trasladó la facultad de resolver los procedimientos especiales sancionadores (PES) a la Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TE-PJF). A estos procedimientos los conocía originalmente el Consejo General del entonces Instituto Federal Electoral.

Este órgano jurisdiccional especializado se instaló el 10 de octubre de 2014, tiene su sede en la Ciudad de México y, a diferencia de las demás salas regionales, su competencia es nacional. Se integra por tres magistraturas

electorales que designa el Senado de la República, a propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las cuales duran en el cargo nueve años, y entre ellas eligen a quien estará a cargo de la presidencia.

En este contexto, el PES se rediseñó y se estableció una competencia dual: el Instituto Nacional Electoral (INE) instruye estos procedimientos a través de la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral de la Secretaría Ejecutiva y de sus órganos desconcentrados, mientras que la Sala Regional Especializada los resuelve en primera instancia y, en su caso, declara la existencia o inexistencia de los hechos denunciados en la queja e impone las sanciones correspondientes.

La Sala Especializada conoce y resuelve los procedimientos que se presentan dentro y fuera de los procesos electorales federales cuando se den, entre otros, los siguientes supuestos: *i*) contratación y/o adquisición de tiempo en radio y televisión (federal y local) fuera de los tiempos que asigna el INE (pauta); *ii*) calumnia; *iii*) difusión de propaganda gubernamental; *iv*) promoción personal de las y los servidores públicos; *v*) se contravengan las normas sobre propaganda política o electoral, y *vi*) realización de actos anticipados de pre-campaña o campaña.

Las determinaciones que toma la Sala Regional Especializada se pueden impugnar ante la Sala Superior del TEPJF por medio del recurso de revisión del PES, el cual se puede interponer en el plazo de tres días, contados a partir del día siguiente a aquel en que se notificó la sentencia correspondiente.

De igual forma, estas resoluciones pueden trascender a la validez de las elecciones, dado que la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral prevé como causales la compra y/o adquisición de tiempo en radio y televisión, o la difusión de propaganda electoral con recursos públicos. De esta forma, las sentencias que emite esta Sala pueden constituir prueba en los juicios de inconformidad que presenten los actores políticos, con la finalidad de anular, o no, una determinada elección.

Respecto al trámite del PES, una vez que la queja o denuncia se recibe en las oficinas de la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral del INE o de sus órganos desconcentrados, se debe examinar para determinar su admisión o desechamiento en un plazo no mayor a 24 horas.

La Sala Superior prevé la posibilidad de realizar diligencias preliminares a fin de allegarse elementos de los que se advierta la probable existencia —o no— de los hechos denunciados (tesis XXXVII/2015), lo que implica que el plazo para admitir la queja puede ampliarse.

Una queja se desecha de plano, sin prevención alguna, cuando: no contenga el nombre y firma autógrafa del promovente; no señale domicilio para oír y recibir notificaciones; no acredite su personería, no narre de forma clara y expresa los hechos de la denuncia; no ofrezca prueba de su dicho o mención que se debe requerir por no tener la posibilidad de recabarlas; los hechos no constituyan una violación en materia de propaganda político-electoral, o bien, la denuncia sea frívola.

Una vez que se admite la queja, la autoridad instructora tiene un plazo de 48 horas para presentar la propuesta de medidas cautelares (en caso de existir) o emplazar a las partes para que comparezcan a la audiencia de pruebas y alegatos. Celebrada la audiencia, la Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral debe turnar de forma inmediata el expediente a la Sala Regional Especiali-

zada, exponiendo las medidas cautelares y demás diligencias que realizó, así como el informe circunstanciado.

Una vez que la Sala Especializada recibe el expediente, lo turna a la magistratura ponente, quien revisará su debida integración. En caso de advertir omisiones o deficiencias en la tramitación, puede solicitar al INE diligencias para mejor proveer.

Si el expediente está debidamente integrado, la magistrada o el magistrado ponente tiene 48 horas a partir del turno, para someter a consideración del Pleno de la Sala el proyecto de sentencia que resuelva el procedimiento, para que, a su vez, las magistraturas discutan, voten y resuelvan el asunto en sesión pública en un plazo de 24 horas.

Sobre la base de sus criterios, esta Sala se ha constituido como un órgano de control constitucional y convencional —*intérprete de normas nacionales e internacionales*— para la protección de los derechos humanos en propaganda política y electoral, mediante la adopción de medidas a favor de personas con discapacidad auditiva, ordenando la incorporación de subtítulos a los promocionales o *spots* que se difundan (SRE-PSC-27/2016); de niñas, niños y adolescentes que participen en cualquier tipo de propaganda o mensajes electorales, a partir del establecimiento de ciertos requisitos que verifica el INE (SRE-PSC-121/2015); de mujeres, para evitar, entre otros temas, que exista violencia política por razón de género a causa de un uso sexista del lenguaje, que las subordina, humilla y estereotipa (SRE-PSC-108/2018; SRE-PSC-195/2018), entre otros.

La Sala ha dictado criterios jurisdiccionales acordes a los nuevos tiempos, debido al flujo de información en las redes sociales, siempre a favor de tutelar la libertad de expresión y con el fin de lograr una sociedad mejor informada, las cuales, hoy en día, son un medio de comunicación masivo que difunde propaganda político-electoral. Este órgano considera que solo en situaciones extremas se podría limitar y sancionar.

La Sala Regional Especializada se caracteriza por resolver en plazos breves y, en su caso, sancionar y reparar en su integridad las infracciones a las reglas electorales de su competencia que contribuyen a que en los procesos electorales —*federales o locales*— se aseguren los principios fundamentales de un proceso democrático, para evitar perjuicios irreparables o que se difunda una información indebida que repercuta en los resultados de la elección.

**Gabriela Villafuerte Coello**

## 985. TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (SALA SUPERIOR)

La justicia electoral como la conocemos es de reciente creación. De hecho, desde los inicios del México independiente y hasta hace relativamente pocos años, no existía un órgano jurisdiccional encargado de dirimir controversias electorales y calificar las elecciones, ni se consideraban los derechos político-electorales como derechos fundamentales.

No obstante, el 11 de abril de 1874, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, encabezada por el jurista José María Iglesias como su presidente, sostuvo durante un tiempo, que el máximo tribunal contaba con facultades para resolver conflictos de índole político-electoral; específicamente señaló que el juicio de amparo procedía en contra de los actos dictados por autoridades

ilegítimas, entendiéndose por tales, las que desempeñaran cargos públicos sin haber resultado electas, o que en los comicios respectivos, hubiera sido infringido algún precepto constitucional, dando así inicio a la tesis sobre la ilegitimidad o “incompetencia de origen”.

Posteriormente, Ignacio L. Vallarta asumió la presidencia del Alto Tribunal, y sostuvo que dicho órgano jurisdiccional no podía conocer sobre la referida cuestión, debido a que existe una diferencia entre competencia y legitimidad, además de que la Constitución federal únicamente preveía el primero de los requisitos aludidos, con lo que se marcó la pauta para rehusar el conocimiento de asuntos de corte político-electoral, dando inicio a la tesis de la improcedencia del juicio de amparo en dicha materia.

Clausurada esta vía, el máximo tribunal de nuestro país tuvo algunas oportunidades de defender los derechos político-electorales sin mucho éxito. Una de ellas fue en 1917, dado que en la carta magna, específicamente en el artículo 97, se le dio la facultad de investigar, entre otras cuestiones, hechos que pudieran constituir violaciones al voto público. Sin embargo, en diversos momentos decidió no inmiscuirse en este tema, sosteniendo que “semejante intervención la llevaría a convertirse en dictador de las cuestiones políticas, con incalculables consecuencias” (Petición 86/52).

Asimismo, en 1977, se reformó el precepto referido ampliando dicha facultad investigadora, y a su vez se modificó el artículo 60 constitucional, el cual instauró el recurso de reclamación mediante el cual, se podía acudir ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a fin de controvertir las decisiones adoptadas por el Colegio Electoral de la Cámara de Diputados, relativas a la calificación de la elección de sus propios miembros, pero sus resoluciones no eran vinculantes.

Fue a partir de 1987, con la creación del Tribunal de lo Contencioso Electoral (Tricoel), que se sentaron las bases del sistema de justicia electoral que tenemos hoy en día. De su nombre, se aprecia que dicho organismo era parte de la justicia administrativa que derivó de la doctrina francesa del control jurisdiccional de los actos administrativos, constituyendo así el primer órgano jurisdiccional especializado en la materia, lo cual fue un primer paso para su consolidación.

En 1990, se creó el Instituto Federal Electoral (IFE) y el Tribunal Federal Electoral (Trife), los cuales tuvieron mayores atribuciones y autonomía para resolver conflictos en la materia. Sin embargo, en ciertos casos, sus resoluciones todavía podían ser modificadas por los colegios electorales.

En 1993, el Tribunal adquirió su plena autonomía ya que se dio fin a la autocalificación que llevaban a cabo los diputados y senadores mediante los colegios electorales, consolidándose como un auténtico tribunal administrativo.

Posteriormente, en 1996 se registró un cambio importante, al incorporarse este órgano jurisdiccional de índole administrativa al Poder Judicial de la Federación, abandonando la configuración contenciosa administrativa francesa, y uniéndose a la tendencia contemporánea de la judicialización de los procedimientos contenciosos electorales, la cual opta por un sistema de medios de impugnación, que garantiza la regularidad de los actos de las autoridades electorales.

En ese momento, la justicia electoral en México había pasado de ser prácticamente inexistente, a tener un Tribunal Supremo, que conforme al recién

reformado artículo 99 constitucional, cuenta con la facultad de resolver de forma definitiva e inatacable: *a)* impugnaciones atinentes a los comicios federales de diputados y senadores; *b)* controversias relativas a la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, teniendo la facultad de realizar el cómputo final de la misma, así como la declaración de validez de la elección y de presidente electo; *c)* planteamientos sobre actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos, que puedan resultar determinantes para el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones; *d)* violaciones de actos o resoluciones que afecten los derechos político-electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación; *e)* conflictos laborales entre el Tribunal, el Instituto Federal Electoral con sus respectivos servidores, y *f)* la determinación e imposición de sanciones en la materia.

En 2007, se dio otro gran paso, ya que el Tribunal Electoral se incorporó como una nueva magistratura constitucional y además, se le dio permanencia a las salas regionales, garantizando así un mejor acceso a la justicia y ejerciendo un control integral de la constitucionalidad de los actos de todas las autoridades electorales, al tener la facultad de inaplicar leyes en materia electoral en casos concretos por estimarlas inconstitucionales.

En la actualidad, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es, con excepción del control abstracto de constitucionalidad que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante las acciones de inconstitucionalidad, la máxima autoridad y órgano jurisdiccional especializado en la materia.

Este órgano encargado de la justicia electoral, se encuentra conformado por una Sala Superior y cinco salas regionales, cuyos miembros son elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores a propuesta de la Suprema Corte. La primera está integrada por siete magistrados electorales, que duran en su encargo nueve años improrrogables, mientras que las segundas están integradas por tres con la misma duración en su encargo.

Es importante destacar, que el sistema de medios de impugnación en materia electoral, está conformado por auténticos medios de control de constitucionalidad que constituyen verdaderas garantías constitucionales electorales.

Asimismo, resulta relevante señalar que en este caso la administración y vigilancia del Tribunal no está encargada al Consejo de la Judicatura Federal, sino que cuenta con una Comisión de Administración, integrada por el magistrado presidente del Tribunal, un magistrado electoral el cual es nombrado por insaculación, y tres miembros del propio Consejo.

El 10 de julio de 2011, se dio una importante reforma que modificó diversas disposiciones constitucionales, pero en especial el artículo 1o., al incorporarse la interpretación *pro persona*, la cual obliga a las autoridades electorales a utilizar la interpretación más amplia en beneficio de los justiciables.

Esta modificación a la carta magna logró cambiar el alcance de la defensa de los derechos fundamentales, al establecer determinados criterios interpretativos para su efectiva protección, al tiempo que señala la manera en que las autoridades deben efectuar dicha labor.

Como se aprecia, es notable el cambio que ha tenido la justicia electoral en nuestro país, ya que pasó de ser prácticamente inexistente, a tener un ór-

gano jurisdiccional especializado del Poder Judicial de la Federación, que en unos cuantos lustros, ha logrado consolidarse ejerciendo un control de constitucionalidad y de convencionalidad por inaplicación de las leyes electorales, en casos concretos, y que garantiza la legalidad de todos los actos y resoluciones electorales.

*José Alejandro Luna Ramos*

#### 986. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Europea de Derechos Humanos es un tribunal internacional competente para examinar y decidir sobre demandas individuales o interestatales relativas a vulneraciones de los derechos fundamentales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como sobre opiniones consultivas y medidas provisionales. El Convenio es un tratado internacional y constitucional del orden público europeo (sentencia *Loizidou vs. Turquía*, excepciones preliminares, 23 marzo 1995, párr. 75), en virtud del cual los Estados miembros del Consejo de Europa garantizan los derechos fundamentales, tanto de sus nacionales como de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. Se firmó el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953. La jurisprudencia de la Corte ha hecho del Convenio un instrumento dinámico para hacer frente a los nuevos desafíos de la gran Europa y consolidar el Estado de derecho y la democracia en el continente.

La Corte comenzó su funcionamiento en 1959, con el apoyo de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que filtraba las demandas y decidía sobre su admisibilidad. El 1 de noviembre de 1998, con la entrada en vigor del Protocolo número 11, la Corte Europea se convirtió en un tribunal único y permanente, desapareciendo la Comisión el 31 de octubre de 1999. Desde entonces, la Corte Europea es el único mecanismo jurisdiccional internacional de protección de los derechos humanos en el que el individuo tiene legitimación activa para presentar demandas contra el Estado al que se reputa la vulneración de un derecho fundamental: el derecho de recurso individual es la piedra angular del sistema. Desde la entrada en vigor del Protocolo 11, ya no se precisa el reconocimiento por parte de los Estados del derecho de recurso individual ni de la jurisdicción de la Corte. Ambos son implícitos a la firma y ratificación de este protocolo. La Corte tiene su sede en Estrasburgo, en el Palacio de los Derechos Humanos, desde donde vela, de conformidad con el principio de subsidiariedad, por el respeto de los derechos humanos de más de 820 millones de individuos en los 47 Estados miembros del Consejo de Europa que han ratificado el Convenio. Sus sentencias tienen fuerza obligatoria y el Comité de Ministros del Consejo de Europa supervisa su ejecución.

La Corte está compuesta por tantos jueces como Estados parte del Convenio —es decir, 47— y tiene jurisdicción obligatoria y exclusiva en todos los asuntos que traten sobre la interpretación y la aplicación del Convenio. Los jueces son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la base de una lista de tres candidatos presentados por el Estado parte de que se trate. Los jueces forman parte de la Corte a título individual, son independientes y no representan al Estado a título del cual resultaron elegidos. Proceden del mundo judicial o universitario, de la abogacía, de la función pública, etc. La duración de su mandato es de nueve años. No son reelegibles. Existe además la figura del juez *ad hoc* para los casos en los que el juez elegido

a título del Estado demandado no pueda intervenir, ya que en el Sistema Europeo dicho juez interviene siempre en los casos presentados ante las salas y la Gran Sala contra ese Estado.

El Tribunal en pleno de 47 jueces elige por un periodo de tres años a su presidente y a dos vicepresidentes. El Pleno constituye las cinco secciones del Tribunal y nombra a sus presidentes (los dos vicepresidentes de la Corte son también presidentes de dos de las secciones). La Corte solo se reúne en Pleno para desarrollar sus competencias organizativas, discutir cuestiones de política jurisprudencial o decidir su propio reglamento.

Las decisiones relativas al examen de las demandas son tomadas por alguna de las formaciones jurisdiccionales de la Corte: *a)* el juez único, figura creada por el Protocolo número 14, en vigor desde el 1 de junio de 2010, que inadmite de plano o archiva las demandas individuales que no requieran un examen complementario. Esto refuerza la capacidad de filtro de la Corte y preserva el carácter jurisdiccional de la toma de decisión. El juez único que examina las demandas contra un Estado nunca puede ser el juez elegido a título de dicho Estado; *b)* los comités de tres jueces, que además de declarar por unanimidad y de manera definitiva la inadmisibilidad o el archivo de una demanda, dictan también sentencias definitivas en los casos “repetitivos”, en los que exista una sentencia “piloto”, una jurisprudencia consolidada de las salas, o una sentencia “de principio”, agilizando así el tratamiento de los casos repetitivos que plantean cuestiones ya resueltas; *c)* las salas de siete jueces, que se componen en el seno de las cinco secciones, y *d)* la Gran Sala de 17 jueces, que es competente para examinar los casos en los que una Sala se inhibe antes de dictar sentencia, porque dicho caso plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o porque pueda haber riesgo de conflicto jurisprudencial, o bien, cuando una de las partes solicita el reexamen del caso, por parte de la Gran Sala, tras la sentencia de la Sala. Tal solicitud es filtrada por un Colegio de cinco jueces.

El procedimiento es fundamentalmente escrito, pero la Corte puede celebrar audiencias públicas, en particular en casos de los que conoce la Gran Sala, que se graban y retransmiten por Internet.

Se fomenta la conclusión de acuerdos amistosos como forma de terminar el procedimiento de forma más flexible y rápida, que se ven plasmados en una decisión de la Corte cuya ejecución será supervisada por el Comité de Ministros. El Estado demandado puede formular también una declaración unilateral reconociendo la vulneración e incluyendo una reparación que, una vez aceptada por la Corte, conducirá al archivo de la demanda. La Corte puede no aceptar la propuesta de acuerdo amistoso o la declaración unilateral, en cuyo caso dictaría sentencia.

El Protocolo 14 ha asignado nuevas competencias al Comité de Ministros del Consejo de Europa, que puede ahora iniciar, ante la Gran Sala de la Corte, un procedimiento por incumplimiento contra todo Estado que no ejecute una sentencia definitiva, para determinar si el Estado ha incumplido sus obligaciones derivadas del artículo 46, párrafo 1 del Convenio. El Comité de Ministros también puede pedirle a la Corte que aclare una sentencia para facilitar su ejecución (art. 46, párr. 3 del Convenio).

La Corte tiene también competencia para la resolución de casos interestatales y puede igualmente dictar medidas provisionales, en virtud del artículo

39 de su reglamento. A pesar de no ser, en principio, obligatorias por no estar recogidas en el Convenio, el incumplimiento por parte de un Estado de la medida provisional indicada por la Corte puede dar lugar a una vulneración del artículo 34 del Convenio, que garantiza el derecho al recurso individual.

El Protocolo número 16, en vigor desde el 1 de agosto de 2018, introduce una nueva competencia consultiva, permitiendo que los tribunales nacionales soliciten a la Corte “opiniones consultivas sobre cuestiones de principio en relación con la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o en sus protocolos”. La opinión consultiva —regulada hasta ahora en los artículos 47 a 49 del Convenio— solo permitía la solicitud de opiniones consultivas por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa siempre que no versaran sobre la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y sus protocolos. El nuevo procedimiento se caracteriza, entre otras, por las siguientes notas: la ratificación del Protocolo número 16 es opcional; las solicitudes de opiniones consultivas presentadas por los tribunales nacionales se plantearán únicamente “en el contexto de un caso pendiente”, por lo que no cabe plantear opiniones consultivas sobre cuestiones abstractas; las opiniones consultivas dictadas por la Corte serán “consultivas” y no vinculantes para el órgano jurisdiccional que formuló la solicitud. No obstante, aunque un tribunal nacional no se basara en la opinión consultiva dictada por la Corte al dictar su decisión, dicha opinión formaría parte, en todo caso, del acervo jurisprudencial de la Corte, que podría aplicarla en las demandas individuales presentadas por cualquiera de las partes en el caso ante ese tribunal nacional, sirviendo de guía y directriz para la interpretación del Convenio en la resolución de casos futuros.

*Carmen Morte Gómez*

#### 987. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CAUSAS DE INADMISIÓN DE LA DEMANDA)

Bajo el término causas de inadmisión de la demanda entendemos una categoría muy amplia, caracterizada por la ausencia de las condiciones necesarias por el Convenio Europeo de Derechos Humanos para considerar una demanda como admisible. Se trata de una categoría jurídica además muy heterogénea, que, queriendo esquematizar, incluye a su vez, dentro de ella, tres subcategorías: *a)* inadmisión por razón del procedimiento; *b)* inadmisión por razón de la competencia del Tribunal, y *c)* inadmisión por razón del fondo del asunto.

1) Las causas de inadmisión por razón del procedimiento incluyen, a su vez, seis causas de inadmisión: *a)* no agotamiento de las vías internas de recurso; *b)* demanda ya sometida a otra instancia internacional; *c)* incumplimiento del plazo de seis meses; *d)* demanda anónima; *e)* demanda reiterativa, y *f)* demanda abusiva. Todas estas causas de inadmisibilidad responden, esencialmente, a dos propósitos: por un lado (causa *a)*, concebir la protección otorgada por el Tribunal Europeo como subsidiaria tanto respecto a las vías internas de recurso como a la protección proporcionada por otros organismos internacionales (causa *b)*) y, por otro lado, que la demanda presente los elementos de seguridad jurídica necesarios para identificar al demandante (causa *d)*) y considerar la validez de su solicitud (causas *c)*, *e)* y *f)*). Analizamos a continuación las seis causas de inadmisión.

a) *No agotamiento de las vías internas de recurso.* De acuerdo con el art. 35 del Convenio, “al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos”. La obligación de agotar las vías de recurso internas desde el punto de vista de la comparación se encuentra también en el art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en otros tratados internacionales sobre los derechos humanos, por ejemplo en los arts. 41.1.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 50 y 56.5 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. La aplicación de esta regla, que puede sufrir algunas excepciones (*Icyer c. Turquía*), tiene un carácter flexible (*Kozacioglu c. Turquía*), pero no se puede separar del respeto de las normas internas (*Ben Salah, Adraqui y Dhaima c. España*). El demandante tiene la obligación de plantear el derecho afirmado por el Convenio, si no explícitamente, al menos desde un punto de vista sustantivo (*Castells c. España*), a través de los recursos disponibles (*Sejdovic c. Italia*) y efectivos (*Scordino c. Italia*, núm. 1) en la práctica (*Akdivar et autres contra Turquía*), y en el caso en el que existan varias vías de recurso solo debe utilizar una de ellas (*Moreira Barbosa c. Portugal*). La carga de la prueba de la falta de agotamiento de las vías internas de recurso incumbe al gobierno del Estado parte del Convenio, que puede invocar al respecto una excepción de no agotamiento.

b) La causa de inadmisión de la demanda por haber sido sometida a otra instancia internacional es afirmada en el art. 35.2.b; y requiere algunas características para que haya coincidencia y, por consecuencia, identidad entre la solicitud presentada ante el Tribunal y el recurso introducido frente a otra instancia internacional. La instancia debe ser independiente, judicial, pública e internacional; debe ser respetado el principio de contradicción y sus decisiones deben ser motivadas, notificadas a las partes y publicadas (*Peraldi c. Francia*).

c) Al Tribunal podrá recurrirse “en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva”. La pérdida del derecho a acudir al Tribunal una vez expirado el plazo de seis meses responde a un principio de seguridad jurídica y se computa a partir de la fecha en la que el demandante y/o su abogado tuvieron un conocimiento “suficiente” de la resolución interna definitiva (*Koc y Tosun c. Turquía*).

d) Es inadmisibles una demanda anónima, que carezca de los elementos aptos para identificar al solicitante (*Blondje c. Países Bajos*): una demanda no firmada, presentada indicando nombres ficticios o incluso presentados por una asociación con fines religiosos y filosóficos de la que no se revela la identidad de sus miembros. No es considerada como anónima si el solicitante es identificable por un número suficiente de indicios (*Chamaiev y otros c. Georgia y Rusia*).

e) Una demanda se considera “reiterativa” y es una causa de inadmisión del procedimiento, en virtud del art. 35.2.b, cuando es idéntica a otra demanda examinada anteriormente porque coinciden los demandantes, las quejas y los hechos denunciados (*Pauger c. Austria*).

f) Constituye una causa de inadmisión por razón del procedimiento, por último, según el artículo 35 §3, una demanda abusiva. Se puede entender como tal una demanda presentada con una finalidad contraria al derecho de recurso establecido por el CEDH (*Mirolubovs y otros c. Letonia*). Las hipótesis

que son indicativas del carácter abusivo de una demanda no pueden ser enumeradas de forma exhaustiva, pero el Tribunal ha reconocido como abusiva una queja manifiestamente fraudulenta o carente de veracidad; formulada para engañar al Tribunal, o presentada con un lenguaje abusivo, así como un recurso formulado en violación de la obligación de confidencialidad del arreglo amistoso.

2) Los motivos de inadmisión de una demanda por razón de la competencia del Tribunal reproducen las “clásicas” causas de falta de competencia previstas en el derecho interno de los Estados miembros de la Convención: a) la incompatibilidad *ratione personae*; b) la incompatibilidad *ratione loci*; c) la incompatibilidad *ratione temporis*, y d) la incompatibilidad *ratione materiae*.

a) La incompatibilidad *ratione personae* se produce cuando la demanda no está dirigida contra un Estado contratante parte del Convenio (*X. c. Checoslovaquia*) o que haya ratificado sus protocolos (*De Saedeleer c. Bélgica*) o en caso de que el demandante no tenga la cualidad para actuar (*Section de commune d'Antilly contra Francia*).

b) Una demanda es inadmisibile *ratione loci* cuando la violación alegada del Convenio no haya tenido lugar en la jurisdicción del Estado demandado o en territorio bajo su control (*Drozdz et Janousek c. Francia y España*).

c) La incompatibilidad *ratione temporis*, según cuanto afirma el mismo principio general del derecho internacional, excluye la posibilidad de que pudieran caer en el marco de aplicación del Convenio hechos anteriores a su ratificación (*Kopecky c. Eslovaquia*).

d) La incompatibilidad *ratione materiae* determina la inadmisibilidad de la demanda cuando esta se basa en un derecho que no esté cubierto por el Convenio (*X. c. República Federal de Alemania*) o, y esta es la hipótesis más frecuente, cuando el derecho invocado en la demanda se encuentra fuera del ámbito de aplicación de los artículos del Convenio o de sus protocolos.

3) Las causas de inadmisión por razón del fondo del asunto son dos: a) la carencia manifiesta de fundamento, y b) la ausencia de un perjuicio importante.

a) La demanda carece manifiestamente de fundamento cuando esta no presenta ninguna apariencia de violación de los derechos garantizados por el Convenio, de manera que se la puede declarar inadmisibile sin esperar el examen formal del fondo del caso. La jurisprudencia del Tribunal ha identificado cuatro tipos de casos de carencia de fundamento: 1) las quejas dichas de “cuarta instancia”; 2) las quejas respecto a las cuales hay una ausencia manifiesta o evidente de violación; 3) las quejas no probadas y, finalmente, 4) las quejas confusas y fantasiosas. La expresión quejas de “cuarta instancia” procede de la jurisprudencia (*Kemmache c. Francia*) e identifica la carencia de fundamento a través de un razonamiento a contrario, basado en lo que el Tribunal Europeo no es: este no es un tribunal de apelación ni de casación ni de reexamen ni tampoco de revisión respecto a las jurisdicciones de los Estados miembros. Por lo tanto, si el solicitante no ha entendido bien cuál es la función del Tribunal, su demanda será declarada inadmisibile porque carece manifiestamente de fundamento. La misma suerte puede tocar a las quejas no fundamentadas o inventadas o a aquellas que no están basadas sobre una violación de un derecho afirmado por el Convenio, lo que se produce cuando no hay ninguna apariencia de desproporción entre los fines

de un derecho protegido por el Convenio y la injerencia del Estado (*Mentzen c. Letonia*).

b) La ausencia de un perjuicio importante es un criterio de admisibilidad que ha sido introducido en el año 2010 con la finalidad de disminuir la carga de trabajo del Tribunal, en aplicación del principio *de minimis non curat praetor*. Para su examen por el Tribunal, entonces, la presunta violación del Convenio debe alcanzar un nivel mínimo de gravedad para justificar su examen (*Körolev c. Rusia*). La salvaguarda de los derechos humanos prevé, sin embargo, que se cumplan dos cláusulas: el Tribunal no puede declarar inadmisibile una demanda y tampoco puede inadmitir un asunto si el respeto de los derechos humanos exige el examen del fondo (*Tyrer c. Reino Unido*), o en el caso en el que la demanda no haya sido examinada de forma adecuada por un tribunal nacional (*Ionescu c. Rumania*).

**Eloisa Denia Cosimo**

### 988. TRIBUNAL GENERAL DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tribunal General de la Unión Europea fue creado en 1986 por el Acta Única Europea y, hasta 2009, se denominaba “Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas”. Este órgano judicial internacional tiene sede en Luxemburgo y su misión principal consiste en garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los tratados comunitarios.

El Tribunal General debe disponer de, al menos, un juez por cada Estado miembro de la Unión Europea (47 jueces, en la actualidad). Los miembros del Tribunal son nombrados por un periodo renovable de seis años entre las “personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de altas funciones jurisdiccionales [...]” (art. 254 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Las candidaturas se someten a la aprobación previa de un comité, compuesto por antiguos miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del propio Tribunal General, jueces de las jurisdicciones de más alta jerarquía en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión y juristas de reconocida competencia.

El Tribunal General se reúne en salas compuestas por tres o cinco jueces, en formación de juez único, en Gran Sala (13 jueces) o en Pleno, dependiendo de la complejidad de los asuntos que se le someten. Más de 80% de los casos presentados ante el Tribunal se resuelven por una sala de tres jueces.

De conformidad con el principio de atribución que rige a las competencias de todas las instituciones comunitarias, los recursos que pueden ser presentados ante el Tribunal General se establecen en los tratados constitutivos de la Unión Europea. El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de los recursos por omisión y de anulación, que tienen como objetivo general controlar la conformidad, con el derecho comunitario, de los actos y/u omisiones de las instituciones de la Unión.

Mediante el recurso de anulación se solicita la anulación de un acto que haya sido adoptado por una de las instituciones comunitarias, en violación del derecho de la Unión Europea. Dicho recurso puede ser iniciado por un Estado miembro de la Unión, una institución comunitaria o una persona privada (física o moral), siempre que dicha persona haya sido la destinataria del acto o que este la haya afectado de manera directa e individual.

A través del recurso por omisión, los Estados miembros y las demás instituciones de la Unión pueden recurrir al Tribunal General para que controle la legalidad de la inactividad de una institución comunitaria. No obstante, solo es posible iniciar este recurso una vez que el interesado haya requerido a la institución correspondiente para que actúe. Si se declara la ilegalidad de la abstención, dicha institución ha de adoptar todas las medidas necesarias para poner fin a su omisión.

El Estatuto del TJUE reserva a la competencia exclusiva de este algunos recursos de anulación o por omisión.

El Tribunal General es, además, competente para pronunciarse sobre asuntos iniciados en virtud de una cláusula compromisoria, incluida en un contrato celebrado por la Unión Europea, y sobre litigios relativos a las relaciones laborales entre dicha organización internacional y sus agentes.

Sin importar la naturaleza del asunto, el procedimiento ante el Tribunal General se organiza en una fase escrita y, por lo general, una fase oral, que se desarrolla en audiencia pública.

Una vez que el Tribunal haya adoptado una sentencia obligatoria en el marco de uno de los procedimientos contenciosos de su competencia, una de las partes en el litigio podrá interponer, en un plazo de 12 meses, un recurso de casación ante el TJUE. Dicho recurso debe limitarse al reexamen de las cuestiones de derecho, contenidas en la decisión impugnada. Si el recurso de casación es admisible y está fundado, el TJUE anulará la sentencia del Tribunal General.

El actuar del Tribunal General se inserta en un sistema jurídico y político de integración sin precedentes en la historia del derecho internacional. Le incumbe no solo asegurar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los tratados comunitarios, sino también contribuir, junto con las demás instituciones comunitarias, a la realización de los objetivos de la integración en la Unión Europea.

La función que desempeña el Tribunal General en el proyecto integracionista europeo presenta características únicas que difieren esencialmente de los esquemas clásicos de impartición de la justicia internacional.

El Tribunal ha sido dotado de una autonomía orgánica plena y constituye una institución supranacional independiente de la defensa de los intereses intergubernamentales de los Estados miembros de la Unión. Sus decisiones se imponen a todos los justiciables en el territorio integrado y los recursos ante su foro pueden ser iniciados unilateralmente, en contra de la voluntad de los Estados y, en todo caso, sin su acuerdo previo. La competencia del Tribunal para resolver asuntos basados en el derecho comunitario es, además, exclusiva a la de cualquier otro método de solución pacífica de controversias, de derecho interno o internacional. Las decisiones del Tribunal tienen carácter obligatorio y podrán gozar de ejecución forzosa en el territorio interno de los Estados miembros de la Unión a través de una simple verificación de su autenticidad, sin necesidad de dotarles de algún tipo de *exequatur*. El Tribunal General es competente para resolver las controversias, no solo entre Estados y/o instituciones comunitarias, sino también los recursos interpuestos por las personas privadas (físicas o jurídicas), en su calidad de ciudadanos de la Unión Europea y sujetos, de pleno derecho, del ordenamiento jurídico comunitario.

Ningún otro tribunal internacional ha sido dotado de medios institucionales tan eficaces para cumplir con los fines de un proyecto de integración regional de Estados.

El Tribunal ha utilizado dichos medios para desarrollar una jurisprudencia abundante y activista en los numerosos ámbitos especializados de aplicación de las normas del derecho comunitario. Su diseño institucional y su jurisprudencia lo han convertido, en la actualidad, en uno de los tribunales internacionales más activos del mundo.

*Virzhiniya Petrova Georgieva*

#### 989. TRIBUNAL (SALA) CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA

Venezuela no cuenta con un Tribunal Constitucional autónomo sino con una Sala Constitucional que forma parte del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), en conjunto con las demás salas previstas constitucionalmente: Político Administrativa, Electoral, de Casación Social, de Casación Civil y de Casación Penal. Los magistrados y magistradas de todas estas seis salas del TSJ, incluyendo la Constitucional, integran la Sala Plena del TSJ. En principio, cada una de las salas del TSJ tiene asignadas sus competencias propias y delimitadas, no debiendo existir una relación jerárquica entre las mismas.

La Sala Constitucional es el tribunal de máxima jerarquía que ejerce jurisdicción constitucional, la cual incluye el control concentrado (abstracto) de constitucionalidad de todos los actos que se dictan en ejecución directa de la Constitución, y la revisión en última instancia de las decisiones dictadas por otros tribunales sobre acciones de amparo constitucional y de control difuso (concreto) de constitucionalidad. En efecto, el artículo 336 de la Constitución venezolana vigente desde 1999 dispone que:

“Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con esta.
5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.
6. Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.
7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.

9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

11. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley”.

Como tribunal constitucional, la Constitución dispone expresamente, que las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras salas del TSJ y los demás tribunales de la República. Por vía de interpretaciones constitucionales vinculantes dictadas por esa misma Sala Constitucional, y por vía de desarrollos legislativos, en concreto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia promulgada en 2010, a la Sala Constitucional se le han otorgado potestades que permiten, en la práctica, ejercer una superioridad jerárquica determinante —a menudo objeto de excesos— incluso sobre las demás salas del propio TSJ. Por ejemplo, por vía jurisprudencial se creó un *recurso extraordinario de revisión constitucional de las sentencias definitivamente firmes*, de aquellas dictadas por otras salas del TSJ, mediante el cual pueden ejercer el control sobre todas las sentencias dictadas por cualquier tribunal de la República —sin lapso de caducidad para el ejercicio de dicho recurso—. Igualmente, por vía legislativa, se introdujo la institución procesal del *avocamiento*, por medio del cual la Sala Constitucional, incluso de oficio, puede retirarle el conocimiento de un caso a cualquier tribunal competente de la República, incluyendo a las demás salas del TSJ, para conocerlo y decidirlo ella. Aunque estos recursos y solicitudes son de naturaleza extraordinaria, es evidente los problemas que conllevan de violaciones a las garantías fundamentales del debido proceso, incluida el juez natural.

Por estas razones, en la práctica (de constitucionalidad cuestionable) la Sala Constitucional del TSJ ostenta una firme posición de jerarquía por encima de todos los demás tribunales de la República, incluyendo las demás salas del TSJ.

*Carlos Ayala Corao*

#### 990. TRIBUNAL SUPREMO (SELECCIÓN DE JUECES)

Se podría esperar que de la distinción entre sistemas difusos y concentrados se siga una coherente aplicación de los criterios de selección: en los sistemas difusos, magistrados de carrera; en los concentrados, un mayor espacio a las elecciones de las *political branches* (requiriéndose, sin embargo, una rigurosa *qualification* de los candidatos). Por el contrario, en los sistemas difusos, el rol de las *political branches* es incluso más incisivo de lo que ocurre en los sistemas concentrados. Las soluciones aquí adoptadas para asegurar la autonomía e independencia de los tribunales constitucionales especializados son variadas y numerosas.

Tanto en los ordenamientos en los cuales el control de constitucionalidad jurisdiccional se ejercita de modo difuso como en donde una corte ordinaria —situada en el vértice del sistema judicial— desarrolla en exclusiva tal

función, las garantías de independencia coinciden con las propias del poder judicial.

En Estados Unidos, los jueces de la Corte Suprema y de los otros tribunales federales son nombrados de por vida —o mejor, *during good behaviour*— por el presidente, previo *advice and consent* del Senado, teniendo en cuenta la cualificación profesional.

Por lo que respecta a los nombramientos de la Corte Suprema, normas convencionales contribuyen a equilibrar la composición de la misma, condicionando las elecciones del presidente, que debe tener en cuenta criterios étnicos, geográficos, sexuales, religiosos, pero no políticos. En la Corte están representados tanto jueces del Norte como del Sur, del Este como del Oeste; además, también están presentes los católicos, al menos un juez es hebreo, uno afrodescendiente y, desde la presidencia de Reagan, uno es mujer. Las proporciones ahora han cambiado en favor de todas esas últimas categorías (incluso para los latinoamericanos: jueza Sotomayor).

Entre los requisitos no se exige haber cursado la Licenciatura en Derecho; aun así, ahora, como antaño, todos los integrantes tienen o tuvieron dicho título. Si tiene la fuerza política suficiente —o sea, si la mayoría del Senado no le es hostil o, de todas formas, logra conquistar los votos suficientes—, cada presidente buscará perpetuar su propia “doctrina” en el tiempo, mediante el nombramiento de jueces ideológicamente cercanos a él —también basándose en que, aunque no siempre, el Senado es proclive a aceptar esta praxis—. Por tanto, puede ocurrir que un presidente tenga la suerte de hacer más nombramientos, influyendo así en el desarrollo de las instituciones americanas, ya que los jueces o “cierto tipo de Corte”, a veces conservadora o liberal, presumiblemente sobrevivirán a su mandato.

Como en otros ordenamientos donde son análogos los mecanismos jurídicos, las convenciones, las praxis acerca de los nombramientos en el órgano de control de leyes, en Estados Unidos la independencia se garantiza, *in primis* y en un plano individual, por la falta de expectativas de los jueces respecto al poder político —una vez elegidos no aspiran a mayores y distintas gratificaciones—; en segundo lugar, y en un plano colegial, por la circunstancia de que la Corte o, mejor dicho, su mayoría puede ser o no de la misma orientación del presidente y/o de la mayoría parlamentaria. Esto depende del caso: en Estados Unidos no es inusual que un presidente republicano tenga que enfrentarse durante el primer período de su mandato a un Tribunal liberal, pero el fallecimiento de algún juez le puede permitir alterar la composición, dejándola en herencia durante años a sus sucesores, incluso de diverso color político, o viceversa.

No ocurre de manera diferente en otros ordenamientos, donde el control de constitucionalidad se ejerce por un Tribunal Supremo situado en el vértice del poder judicial —o por una sección funcionalmente especializada—, como en Canadá, Australia, Irlanda, India o Filipinas. En algunos países de América Latina (México, Brasil) o africanos, la independencia se garantiza a través de una variedad de instrumentos: el nombramiento de los jueces por parte del presidente o gobernador, a menudo con el consentimiento de la Cámara Alta o del Parlamento, hasta la edad de jubilación; la prohibición de remoción, sino a través de procedimientos complejos, solo por motivos relacionados con un comportamiento inadecuado o incapacidad, o la prohibición de reducir la asignación económica a lo largo del mandato.

En parte rechazando el sistema estadounidense, algunos ordenamientos centroamericanos (además de México) han aportado algunas modificaciones al esquema, disponiendo que el mandato de los magistrados del Tribunal Supremo tenga duración temporal, de cuatro a 10 años (Nicaragua, Paraguay, Panamá, Honduras), y sean a veces reelegibles (Paraguay y Honduras). Esto mina obviamente y desequilibra las relaciones entre los poderes del Estado, típicas del sistema de Estados Unidos, y se abandona una eficaz garantía de independencia, que Hamilton resume de este modo en el ensayo núm. 78 de *El Federalista*: “Si [...] los Tribunales de Justicia han de ser considerados como los baluartes de una Constitución limitada en contra de las usurpaciones legislativas, esta consideración suministrará un argumento sólido en pro del nombramiento de por vida de los miembros de la Corte Suprema, ya que nada contribuirá tanto como esto a estimular en los jueces ese espíritu independiente, que es esencial para el cumplimiento de tan arduo deber”.

Singular es el procedimiento adoptado en Japón: los jueces del Tribunal Supremo son nombrados de por vida por el Gobierno, pero sin ratificación popular con ocasión de las primeras elecciones generales al Congreso de los Diputados, y con posibilidad de *recall*. En la Confederación Suiza, a los jueces del Tribunal Federal los elige la Asamblea Federal entre los ciudadanos elegibles al Consejo Nacional, con base en las convenciones que presiden los nombramientos, de hecho decididos por los partidos principales; en Suiza, la representación se basa en criterios geográficos, étnico-lingüísticos y políticos. No opera el principio de inamovilidad y es vigente la práctica de reelegir a sus integrantes.

Por último, en algunos países africanos —como Botsuana, Lesoto o Namibia— son designados para los tribunales superiores los llamados *expatriate judges*, jueces extranjeros (lo mismo ocurre en Bosnia). La razón es que se presume que los locales no están culturalmente preparados para una tarea tan delicada; la consecuencia es alejarlos de los conflictos, garantizando la independencia de la Sala; un corolario es que estos jueces utilizan mucho el derecho comparado en la solución de los casos.

Un régimen de incompatibilidades, inamovilidad, rigurosos procedimientos para la destitución y el mantenimiento del tratamiento económico están previstos, conjuntamente o no, en todas las constituciones.

**Lucio Pegoraro**  
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)



U

noz Díaz · Pablo González Domínguez · Patricia Kurc  
uez Soto · Juan Carlos Hitters · Pietro de Jesús Lora A  
rael Hernández Cruz · Raúl Manuel Mejía Garza · I  
ménez · Rodolfo Lara Ponte · Salvador Heñencia Car  
Gómora Juárez · Set Leonel López Gianopoulos · Sof  
ez · Toni Jaeger-Fine · Víctor M. Martínez Bullé Goy  
ández Toledo · Carlos Morales Sánchez · Carlos Rubé  
orre · Caterina Drigo · Eloisa Del Cosimo · Claudia  
V · Hernán Salgado Pesantes · Cuauhtémoc Manuel  
z · José María Coello de Portugal · Eduardo Alcaraz M  
· Elvia Lucía Flores Ávalos · Sergio García Ramírez · I  
Morán Torres · Juan N. Silva Meza · Fabiola Martíne  
fredo Fuentes Barrera · Javier García Roca · Felipe de  
Francisco Esquinca Cuevas · Roberto Romboli · Gera  
do Eto Cruz · Sofía Sagués · Gumesindo García Mor  
López Bofill · Norma Lucía Piña Hernández · Ignacio  
ra Newton · Miguel Revenga Sánchez · Iván Carlo Gu  
cobar Fornos · Antonia Urrejola · Catalina Botero · R  
González · Carmen Morte Gómez · Diego Valadés · G  
· Guillaume Tusseau · Robert Alexy · Jorge Meza Pére  
Antonio Estrada Marún · Jean Claude Tron Petit · Jo  
núdez · Manuel Eduardo Góngora-Mera · Armando  
· José Ramón Cossío Díaz · Armin von Bogdandy · R  
d · Mariela Morales Antoniazzi · José Miguel Madero  
reras · Miguel Revenga Sánchez · Lelia Jiménez Bartl  
a Morales · Pablo Pérez Tremps · Luis Raúl González  
z · Eduardo Ferrer Mac-Gregor · Rodolfo Vigo · Man  
María · Roselia Bustillo Marín · Sabrina Ragone · Guz  
ría Ruiz · María del Pilar Hernández · María Dolores  
na Covarrubias · Mariana Durán Márquez · Mario M  
ama · Mauro Roderico · Chacón Corado · Miguel Ale



## 991. UNIÓN EUROPEA

*Naturaleza.* La Unión Europea (UE) es una asociación transnacional de Estados cuyo fin es la integración política europea, actualmente compuesta por 27 miembros. Desde su fundación con tres comunidades europeas, ha avanzado en la integración de sus Estados miembros mediante la progresiva convergencia de sus políticas, partiendo de la creación de un mercado único hacia una integración económica y política. La Unión Europea aspira asimismo a aumentar su peso unificado en la esfera exterior, especialmente en los ámbitos de comercio, diplomacia y seguridad internacional, derechos humanos, ayuda humanitaria y cooperación.

*Miembros.* Tras la salida de la Unión Europea del Reino Unido, esta organización cuenta con 27 Estados miembros: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos (miembros fundadores en 1958), a los que posteriormente se sumaron Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, en 1973, aunque el Reino Unido abandonó la Unión Europea en 2020; Grecia en 1981; España y Portugal en 1986; Austria, Finlandia y Suecia en 1995; República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia en 2004; Bulgaria y Rumanía en 2007, y Croacia en 2013.

*Objetivos y valores.* Los principales objetivos de la Unión Europea son la promoción de la paz y el bienestar de sus ciudadanos, la construcción de un espacio de libertad seguridad y justicia sin fronteras interiores, el favorecimiento de un desarrollo sostenible basado en un crecimiento económico equilibrado con estabilidad de precios, una economía de mercado competitiva y con pleno empleo y progreso social y la protección del medioambiente, combatir la exclusión social y la discriminación, promover el progreso científico y tecnológico, reforzar la cohesión económica, social y territorial entre los Estados que la integran respetando la diversidad cultural y lingüística y establecer una unión económica y monetaria entre sus miembros. Los valores de la Unión, configurados desde la génesis del proyecto europeo, son la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y los derechos humanos.

*Estructura jurídica.* La Unión Europea cuenta con una estructura jurídica que parte del acervo de los tratados de sus tres comunidades iniciales (Comunidad Europea del Carbón y del Acero [CECA], cuya entrada en vigor data de 1952, Comunidad Económica Europea [CEE] y Comunidad Europea de la Energía Atómica [EURATOM], cuyos tratados entraron en vigor en 1958) a los que se han ido sumando progresivas rondas de integración. En este sentido, la Unión Europea ha recorrido un zigzagueante proceso de vertebración donde destacó el Acta Única Europea, cuyo texto entró en vigor en 1987. La caída del Muro de Berlín, en 1989, aceleró la integración, aprobándose solemnemente en 1992 el Tratado de la Unión Europea negociado en la ciudad holandesa de Maastricht. Este texto fue reforzado en sucesivas revisiones en las ciudades de Ámsterdam, con entrada en vigor en 1999, y Niza, con entrada en vigor en 2003. Con posterioridad, tras el fracaso de los trabajos de la Convención para el Futuro de Europa, aprobados en 2004 y rechazados por algunos Estados europeos en 2005, se abrió un proceso de negociación que culminó con la entrada en vigor, en 2009, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o Tratado de Lisboa. Merece también destacarse la proclamación de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales en diciembre de

2000, que adquirió fuerza vinculante con la aprobación del Tratado de Lisboa y actualmente goza del mismo valor normativo que los tratados.

En un segundo nivel normativo, la Unión tiene sus propias fuentes de derecho que deben ajustarse a lo previsto en los tratados y se denominan Reglamento, Directiva y Decisión. Junto a estas fuentes existen otras de naturaleza no vinculante, como las Recomendaciones y los Dictámenes. La Unión Europea ha desarrollado asimismo un completo sistema de vigilancia del cumplimiento de su derecho, en el que se implican no solo sus instituciones propias —como la Comisión Europea o el Tribunal de Justicia—, sino también las autoridades administrativas y los poderes judiciales de los distintos Estados miembros.

*Estructura institucional.* La Unión Europea cuenta con un sistema institucional *sui generis* construido a la medida de su historia y de las necesidades de su integración. Cuenta con un Consejo Europeo, que reúne a los jefes de Estado y de Gobierno y establece las prioridades generales de la UE; un Parlamento Europeo, que representa a los ciudadanos y que desde 1979 es elegido directamente por ellos; un Consejo de la Unión Europea, que representa a los gobiernos de cada uno de los Estados miembros, y una Comisión Europea, que representa los intereses de la Unión en su conjunto. Del mismo modo, existe un Tribunal de Justicia, que hace cabeza del poder judicial europeo y garantiza la eficacia normativa del derecho de la Unión, y un Tribunal de Cuentas. La UE cuenta también con un Banco Central Europeo, responsable de su política monetaria y del euro; un Comité Económico y Social Europeo; un Comité Europeo de las Regiones; un Banco Europeo de Inversiones, y un Defensor del Pueblo. Además de estas instituciones, existen numerosas unidades y agencias administrativas especializadas.

*Ciudadanía de la Unión.* - Todo nacional de un Estado miembro de la UE es automáticamente ciudadano de la Unión Europea. Este estatuto de ciudadanía atribuye numerosos derechos, como la libertad de circulación y residencia por el territorio de la Unión, el derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad respecto de los nacionales de cualquier Estado miembro de la Unión, derechos de participación política, tales como el sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en los comicios municipales del Estado miembro en el que se resida, o el derecho de iniciativa ciudadana; acceso a documentación y buena administración o petición ante las instituciones y derecho de reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo. Los ciudadanos de la UE tienen también derecho a la protección exterior fuera del territorio de la Unión por parte de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que sus nacionales, siempre que en el tercer Estado en el que se solicite esta protección no esté representado el Estado del que el ciudadano sea nacional.

*José María Coello de Portugal*

## 992. UNIÓN EUROPEA (SISTEMA JUDICIAL)

El sistema judicial de la Unión Europea se presenta como un *unicum* en el panorama jurídico internacional, debido al hecho que, por un lado, el derecho de la Unión presenta dos características fundamentales: el efecto directo en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros (*Van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa*), y la primacía sobre la normativa interna (*Costa*

*contra Enel*), y, por otro lado, la función jurisdiccional es ejercida en el seno de la Unión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que actúa de manera colaborativa con los órganos judiciales de los veintiocho Estados miembros de la Unión. El TJUE tiene como finalidad garantizar el respeto del derecho de la Unión «en la interpretación y en la aplicación» de los Tratados y reúne bajo esta denominación un conjunto de tres instancias jurisdiccionales: I. el Tribunal de Justicia, II. el Tribunal General y III. el Tribunal de la Función Pública.

I. El Tribunal de Justicia, creado en 1952, está compuesto por veintiocho jueces y ocho abogados generales, designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros, previa consulta de un comité de idoneidad, por un mandato de seis años, renovables, entre personalidades independientes e imparciales que sean juristas de reconocida competencia o que reúnan las condiciones requeridas, en sus países respectivos, de las más importantes funciones jurisdiccionales. Los jueces eligen entre ellos un presidente y un vicepresidente por un periodo de tres años, renovables. El papel desempeñado por los abogados generales no es el de una parte del procedimiento, sino el de un *amicus curiae*, encargado de asesorar jurídicamente al Tribunal, en toda imparcialidad e independencia (art. 252, TFUE). Sus avisos, las llamadas «conclusiones», no tienen por consecuencia el efecto de vincular al Tribunal en la decisión del asunto. Las formaciones en las que se reúne al Tribunal son: el Pleno, en los casos de relevancia excepcional y en los casos previstos por su Estatuto; la Gran Sala (quince jueces) y las salas (tres o cinco jueces). El Tribunal de Justicia tiene competencia para conocer de varios tipos de recursos, que vamos a examinar a continuación: a) la cuestión prejudicial; b) el recurso por incumplimiento; c) el recurso de anulación; d) el recurso por omisión; e) el recurso de casación; f) el reexamen; el recurso de indemnización por daños. Además, el Tribunal tiene competencia para juzgar de los recursos introducidos contra la Unión por sus funcionarios o agentes (art. 270, TFUE) y cuando su papel de juez dependa de «una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Unión o por su cuenta» (art. 272, TFUE).

a) La cuestión prejudicial es el ejemplo más importante del funcionamiento “integrado” del sistema judicial de la Unión y de las instancias jurisdiccionales estatales, encargadas de aplicar el derecho común. Las relaciones entre la Unión y los jueces nacionales se inspiran al respecto del principio de “cooperación leal” (*Unión de Pequeños agricultores contra Consejo de la Unión Europea*). En el caso de incertidumbre sobre la interpretación de una norma de derecho de la Unión, que se haya planteado dentro de un proceso en el ámbito estatal, las jurisdicciones nacionales tienen la *opción* o —en el caso en que sean jurisdicciones de última instancia— la *obligación* de suspender el procedimiento interno y de dirigirse al Tribunal de Justicia para pedirle que precise la cuestión (art. 267, TFUE). El recurso puede tener como objeto tanto la interpretación de una norma de los Tratados o de los actos cumplidos por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como la validez de los actos apenas mencionados. El Tribunal responde a través de una sentencia o de un auto motivado, con los cuales da su interpretación, que es vinculante para el órgano jurisdiccional nacional y para los otros jueces llamados a juzgar una idéntica cuestión.

*b)* El recurso por incumplimiento de los Estados miembros está finalizado a controlar el respeto por los Estados de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión. Este control puede ser ejercido tanto por la Comisión Europea (art. 258, TFUE), lo que normalmente ocurre, como por otro Estado miembro (art. 259, TFUE). El procedimiento por este tipo de recurso prevé una fase precontenciosa y, en el caso en que la infracción persista, una fase contenciosa, ante al Tribunal.

*c)* El recurso de anulación permite al demandante controlar la legalidad de un acto obligatorio de una Institución de la Unión, a saber de un acto legislativo, de un acto del Consejo, de la Comisión o del Banco Central Europeo, que no sean recomendaciones o dictámenes, de un acto del Parlamento Europeo o del Consejo Europeo destinado a producir efectos jurídicos frente a terceros (art. 263, TFUE), así como de los acuerdos del Consejo de Gobernadores y del Consejo de Administración del Banco Europeo de Inversiones (art. 271, letras *b* y *c*, TFUE).

*d)* El recurso por omisión censura la falta de acción de una institución, órgano u organismo de la Unión (art. 265, TFUE). El acto cuya omisión constituye una violación es un acto jurídico que debe ser obligatoriamente emitido según los Tratados, lo que hace que se pueda tratar también de un acto no vinculante para sus destinatarios. La legitimación activa corresponde a las tres categorías de sujetos que pueden pedir la anulación de un acto obligatorio. La acción debe ir precedida de un acto de requerimiento dirigido a la institución para que actúe y se puede interponer en el plazo de dos meses después de la solicitud. Si el juez de la Unión declara la omisión, condena al legitimado pasivo a adoptar las medidas adecuadas para poner fin a la violación (art. 266, TFUE).

*e)* El recurso de casación puede interponerse ante el Tribunal de Justicia como apelación por razones de derecho contra las sentencias y autos del Tribunal General (art. 256, TFUE). En el caso en que el estado del asunto lo permita, el Tribunal de Justicia decidirá el procedimiento, salvo, en el caso contrario, devolver el litigio al Tribunal General.

*f)* El reexamen permite al Tribunal de Justicia de controlar en algunos casos excepcionales las decisiones adoptadas por el Tribunal General y por el Tribunal de la Función Pública.

*g)* El recurso de indemnización por daños (art. 268, TFUE) afirma el principio de la responsabilidad del Estado miembro en la aplicación del derecho de la Unión, permitiendo a los particulares de un Estado que hayan sufrido un daño por causa de su incumplimiento, de pedir una indemnización a este mismo.

El procedimiento ante al Tribunal de Justicia consta de una fase escrita y, en el caso, de una fase oral, y sigue un desarrollo diferente según se trate de la cuestión prejudicial, que es una forma de recurso indirecto, o de uno de los demás tipos de recursos, que son directos. La decisión se adopta por mayoría y no son posibles los votos particulares. El idioma de procedimiento puede ser una de las veinticuatro lenguas oficiales de la UE y depende de la lengua utilizada en la remisión prejudicial o en el recurso directo.

II. El Tribunal General, creado en 1988, está compuesto de al menos un juez por cada Estado miembro. Así como el Tribunal de Justicia, los jueces son designados de común acuerdo por los gobiernos de los Estados miembros y

previa consulta de un comité de idoneidad, por un mandato de seis años, renovables, entre personalidades independientes e imparciales que sean juristas de reconocida competencia o que reúnan las condiciones requeridas, en sus países respectivos, de las más importantes funciones jurisdiccionales. Los jueces eligen entre ellos un presidente y un vicepresidente por un periodo de tres años, renovables. A diferencia del Tribunal de Justicia, no están previstos abogados generales. El Tribunal puede reunirse en Pleno o en Gran Sala (trece jueces), en el caso de asuntos complejos o importantes o, lo que normalmente ocurre, en salas (cinco o tres jueces). El Tribunal General tiene una competencia general y una competencia exclusiva. Desde el primer punto de vista, el Tribunal General es competente para conocer en primera instancia de los mismos tipos de recursos que se pueden introducir, en segunda instancia, ante el Tribunal de Justicia (art. 256, TFUE), a decir: el recurso de anulación; el recurso por omisión; recurso de indemnización por daños; el recurso de anulación; los recursos introducidos contra la Unión por parte de sus funcionarios o agentes; los recursos introducidos en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de derecho público o de derecho privado celebrado por la Unión o por su cuenta. La competencia general del Tribunal, por un lado, es residual, no pudiendo este conocer de los recursos atribuidos a un tribunal especializado y de los que son competencia del Tribunal de Justicia; por otro lado, es “abierta”, pudiendo su Estatuto establecer que a la instancia se sometan otras categorías de recursos. El Tribunal General tiene competencia exclusiva en los siguientes casos: recursos formulados por los Estados miembros contra la Comisión; recursos estatales en materia de ayudas de Estado y de medida de defensa comercial; recursos en materia de marca comunitaria; recursos presentados contra las decisiones de la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales y contra las decisiones de la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos. El procedimiento ante el Tribunal General consta de una fase escrita y, en el caso, de una fase oral.

III. El Tribunal de la Función Pública, creado en 2004, reúne siete jueces nombrados por el Consejo por un mandato de seis años renovables, previo aviso de un comité, teniendo en cuenta los sistemas jurídicos representados. El Tribunal puede reunirse en Pleno, en salas (cinco o tres jueces) como juez único. Su papel es el de juez especializado en el contencioso de la función pública, que desempeña en primera instancia en los litigios entre la Unión y sus agentes. El procedimiento comprende una fase escrita y, en el caso, una fase oral. Sus decisiones pueden ser apeladas, en el plazo de dos meses, ante el Tribunal General, limitadamente a las cuestiones de derecho.

*Eloisa Denia Cosimo*



Vergara Newton · Isaac de Paz González · J. Asunción  
Henríquez · Luis Felipe Nava Gomar · Joaquín Brage  
iz · Humberto Enrique Ruiz Torres · Israel Santos Flo  
lberto González Galván · Jorge Cruz · José Antonio R  
· José María Soberanes Díez · Juan Manuel Romero  
· Julio César Romero Ramos · Luis Gerardo Samani  
pez · Luis R. Sáenz Dávalos · María de Refugio Eliza  
errand · Netzaí Sandoval Ballesteros · Ricardo Antoni  
pbell Araujo · Diego Valadés · James Cavallaro Migu  
Antonio Silva Díaz · Lautaro Ríos Álvarez · Laura Ra  
de Molina Covarrubias · Arely Gómez González · Car  
uevara Bermúdez · Ximena A. Gauché Marchetti · Jo  
ballero · Geraldina González de la Vega · José Gamas  
íguez · Giorgia Pavani · Jaime Cárdenas Gracia · Jaim  
Fernández · Juana María Ibáñez Rivas · Silvia Bagni · C  
Estrada · María Amparo Hernández Chong Cuy · Jo  
Ugaz · Néstor Pedro Sagüés · Karina Ansolabehere · J  
n Rivera Hernández · Hernán Salgado Pesantes · Juli  
Rojas Zamudio · Javier García Roca · Lucio Pegoraro  
cencia · Carla Huerta Ochoa · Luiz Alberto David Ar  
ez · Norma Lucía Piña Hernández · Manuel Fernand  
onio Tóh Euán · Elisa Ortega Velázquez · Marcos Fra  
aría · Rogelio Flores Pantoja · María de la Concepció  
rmen Alanís Figueroa · José Luis Caballero Ochoa · M  
Joaquín A. Mejía Rivera · Miguel Ángel Rodríguez V  
na · José Ramón Cossío Díaz · Pablo Abreu Sacrame  
Mauro Arturo Rivera León · Sabrina Ragone · Raúl  
chez Pérez del Pozo · Patricia Tarre Moser · Salvador  
lín · Ricardo Alonso García · Teresa Paulina Díaz Gar  
· Víctor Manuel Collí Ek · Sergio García Ramírez · X  
rto Saíd · Alfredo Sánchez-Castañeda · Alina Gabriela



## 993. VALOR JURÍDICO

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, el valor se define como: “Cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores”.

Según los axiólogos, la ontología —o estudio del ser— no agota el mundo de lo existente. La belleza, la justicia, la solidaridad, no tienen existencia por sí mismas, pero tampoco son meras ficciones. Son “valores” y pertenecen al campo de la axiología (del griego “*axios*”, justo o valioso) que no estudia “lo que es”, sino “lo que vale”.

Esto no quiere decir que los valores no existan. No puede concebirse que entidades tan evidentes —como los valores— *valgan* si no empezamos por reconocer su *existencia*. La tienen, pero en el universo propio de los entes abstractos al que pertenecen, como también ocurre con el número, la velocidad o el triángulo.

Las propiedades esenciales de los valores son las siguientes: *a)* requieren siempre de una *realidad* —un ser, una cosa, un acto, una conducta— en la cual encarnarse, es decir, requieren un soporte concreto; *b)* poseen un *contenido estimable* que los hace valiosos y, a la vez, los distingue entre ellos; *c)* están provistos de *polaridad*, es decir, a cada valor (polo positivo) corresponde un antivalor (polo negativo); así, al bien se opone el mal; a la justicia, la injusticia; a la belleza, la fealdad; *d)* entre ellos existe una *jerarquía*; no son todos igualmente estimables, sino que admiten una gradación de superior a inferior (la *polaridad* y la *jerarquía* son distintivos que rescata el *Diccionario de la lengua española*. La jerarquía aparece en la Constitución española, que consagra los valores *superiores* de su ordenamiento jurídico, art. 1.1); *e)* no son perceptibles por la sola razón, sino preferentemente por la intuición, en una experiencia emotiva, personal y concreta de quien los percibe, y *f)* lo más importante es que poseen una *alta carga afectiva*; vale la pena luchar por ellos, incluso al riesgo o el sacrificio de la vida, como ha sido el testimonio de Sócrates, Espartaco, Tomás Moro, Mahatma Gandhi, Martin Luther King o Nelson Mandela, entre tantos otros.

Los valores impregnan todas y cada una de las manifestaciones de la cultura —incluyendo al derecho— y actualmente sirven de soporte axiológico a numerosas cartas, tratados internacionales y constituciones políticas.

Entendemos por *valores jurídicos* los que cumplen la función de orientar el sentido y la finalidad de las normas del derecho, es decir, de aquellas que regulan con fuerza vinculante las relaciones humanas, que pueden ser garantizadas por el Estado y susceptibles de tutela judicial.

Entre las cartas, tratados y constituciones que se fundan en valores jurídicos, cabe señalar:

*i) sistemas internacionales.* La Carta de las Naciones Unidas, de 1945 (Preámbulo y cap. I); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA), de mayo de 1948 (Preámbulo), y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU), de diciembre de 1948 (Preámbulo);

*ii) Europa.* La Carta Magna de Europa, de 2004 (arts. 2 y 3); la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, de 1949 (art. 1); la Constitución de la República Francesa, de 1958 (Preámbulo); la Constitución de Turquía, de 1961 (Preámbulo y art. 2); la Constitución de Grecia, de 1975 (art. 2); la Constitución de Portugal, de 1976 (arts. 1 y 13); la Constitución Política de

España, de 1978 (art. 1); la Constitución de Rumania, de 1991 (art. 1.3); la Constitución de la República Checa, de 1992 (Preámbulo, art. 2); la Constitución de la Federación Rusa, de 1993 (arts. 2 y 21), y la Constitución de la República de Polonia, de 1997 (Preámbulo y art. 30);

*iii) América.* La Constitución de los Estados Unidos de América, de 1787 (Preámbulo); la Constitución de la Nación Argentina, de 1853 (Preámbulo y art. 75, núm. 22); la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917 (arts. 1 y 3); la Constitución de Puerto Rico, de 1952 (Preámbulo y art 2); la Constitución de la República de Chile, de 1980 (arts. 1, 5 y 22); la Constitución de El Salvador, de 1983 (Preámbulo y art. 1); la Constitución de Guatemala, de 1985 (arts. 1 y 2); la Constitución de Brasil, de 1988 (Preámbulo y art. 1); la Constitución de Colombia, de 1991 (Preámbulo y art. 1); la Constitución de Paraguay, de 1992 (Preámbulo); la Constitución de Perú, de 1993 (arts. 1 y 3); la Constitución de Venezuela, de 1999 (Preámbulo y arts. 1 y 2); la Constitución de Ecuador, de 2008 (art. 3), y la Constitución de Bolivia, de 2009 (arts. 8 y 9), y

*iv) otros países.* La Constitución de Japón, de 1946 (Preámbulo); la Ley Fundamental de Israel, de 1992 (Principios Básicos), y la Constitución de la República de Sudáfrica, de 1996 (Preámbulo y arts. 1 y 7).

Los valores jurídicos aportan tres elementos a la técnica legislativa para la elaboración de las normas: *a)* ellos proporcionan el fundamento axiológico necesario para orientar su finalidad; *b)* encierran criterios certeros para interpretarlas, y *c)* proporcionan los elementos necesarios para integrar las lagunas del ordenamiento jurídico.

Pero no es en el campo de la técnica jurídica donde los valores adquieren su mayor importancia. Como la más alta floración de la cultura, los valores no son cualidades estimables para permanecer inmóviles. Los valores *valen* cuando se asumen, cuando se incorporan a la conducta de las personas, de los operadores jurídicos y de los órganos de poder estatales e internacionales.

Como dijimos al comienzo, la principal característica de los valores es su alta carga afectiva. La vida adquiere el valor de los valores con que se vive. Y es por eso que, gracias a ellos, vale la pena vivir; y hay veces en que, también por ellos, vale la pena morir.

*Lautaro Ríos Álvarez*

#### 994. VÍCTIMA

Su origen histórico tiene una connotación religiosa que alude a aquellos destinados a servir de sacrificio en honor a los dioses, lo que pone de manifiesto la dificultad de su categorización y definición, dependiendo de la teoría o de la ciencia a partir de la cual se intente.

La víctima es una persona titular de derechos y obligaciones, como el resto de la población, aunque, dada su situación de victimización, goza de una protección reforzada encaminada a favorecer la recuperación de su proyecto de vida. Esta precisión resulta relevante, debido a que, a lo largo del tiempo, ha sido deshumanizada, etiquetada y culpabilizada de lo que le sucede, con las correspondientes consecuencias (nótese que las personas morales pueden ser víctimas del delito. Véase SCJN, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, lib. 24, noviembre de 2015, t. I, p. 848).

En un principio, la atención se centró en su participación en el proceso penal, de manera que la criminología se ocupó de su estudio desde las diferentes perspectivas de la criminología crítica, para luego lograr su especificidad en la victimología a través de los diferentes modelos victimológicos (Zamora, 1998). No obstante, la víctima, en el marco de los sistemas penales, sufrió el olvido (Rodríguez Moreno, 2010), se le consideró un “testigo silencioso” (Rodríguez Manzanera, 2003), aunque Zamora (2010) sostiene que no se produjo tal olvido, sino una exclusión voluntaria y consciente.

Pese a lo anterior, es la rama penal la que se ha ocupado mayormente de la víctima, pues a quien ha sufrido la violación a sus derechos humanos se le ha prestado menos atención, al menos a nivel nacional, pese a los esfuerzos de la creación del sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos. Para este supuesto véanse 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* (ONU, 2005).

En la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (ONU, 1985) se reconocen dos tipos de víctimas: las víctimas de delitos son las personas que, individual o colectivamente, han sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder, sin importar que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. Asimismo, en la expresión “víctima” se incluye, en su caso, a los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. A su vez, las víctimas del abuso de poder son las personas que, individual o colectivamente, han sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero sí violan normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

Visto lo anterior, nos pronunciamos a favor de una definición amplia que incluya tanto a víctimas del delito como de violación a sus derechos humanos, por partir del mismo principio y ser merecedoras de medidas específicas para su adecuada atención biopsicosocial.

Constitucionalmente se protege a las víctimas en México a partir de 1993, con la incorporación de algunos derechos, mismos que se amplían en 2000 y avanzan con la reforma de 2008, que instaura el sistema de justicia penal acusatorio adversarial, el cual, entre otras cosas, reposiciona y equilibra la postura de la víctima a través de una debida garantía de sus derechos. Tal situación se robusteció con la reforma de 2011, al reconocer que todas las personas gozarán de los derechos humanos contenidos en la misma y en los tratados internacionales de los que el Estado sea parte, así como las correlativas obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, además de prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones (con esto último se reconoce el derecho fundamental a la reparación integral).

Previo a 2013, en México existían disposiciones normativas dispersas e insuficientes, lo cual se pretendió solucionar con la promulgación de la Ley General de Víctimas (LGV) —sus modificaciones— y su Reglamento. Actualmente, las víctimas se identifican en cuatro grupos: *i*) víctimas directas, que comprende a aquellas personas físicas que han sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional o, en general, cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violación a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte; *ii*) víctimas indirectas, entendiéndose por tales a los familiares —quienes tengan parentesco por consanguinidad o afinidad, en línea recta, ascendente o descendente, sin limitación de grado, o transversal hasta el cuarto grado, así como el cónyuge y los concubinos— o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa —la que depende económicamente de la víctima— que tienen una relación inmediata con ella; *iii*) víctimas potenciales, personas físicas cuya integridad física o derechos peligran por prestar asistencia a la víctima, ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito, y *iv*) víctimas como grupos, comunidades u organizaciones sociales que han sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos. Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales considera *víctima del delito* al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva y *ofendido* a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.

La LGV surge como respuesta a las demandas sociales y propone un cambio de paradigma en la comprensión y atención a las personas en situación de víctimas, por lo siguiente: *a*) centra la atención en la dignidad de la persona como titular de derechos humanos, dejando atrás los esquemas asistencialistas, adoptando una concepción amplia de víctima y promoviendo la participación social; *b*) establece los principios que rigen toda actuación en la materia; *c*) incorpora los enfoques de género, psicosocial, transformador, así como especial y diferenciado; *d*) les reconoce un cúmulo de derechos, entre otros, el acceso a la verdad, a la justicia, a la reparación, a la protección, a la información, expresión y participación, tanto en mecanismos de reparación como en procesos y políticas públicas; *e*) determina las medidas básicas que se les deben otorgar de ayuda inmediata, asistencia, atención (incluyendo la asesoría jurídica gratuita, la protección y atención a las afectaciones en salud derivadas del hecho victimizante) y reparación integral (considerando la restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y no repetición). Algunas de estas medidas requieren del previo reconocimiento de la calidad de víctima por las autoridades competentes; *f*) se diseña un Sistema Nacional de Atención a Víctimas, conformado por diversas autoridades y encabezado por el ejecutivo federal, y cuenta con una Comisión Ejecutiva como órgano operativo y rector de las políticas públicas en la materia, de la cual dependen el Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral; la Asesoría Jurídica Federal y el Registro Nacional de Víctimas, y *g*) este sistema debe replicarse en las entidades federativas por medio de su legislación local.

El cambio normativo es trascendente, pero su implementación es vital para lograr un verdadero cambio social y en la realidad cotidiana de las personas en situación de víctimas.

Por otra parte, en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —que en su Reglamento (2009) señala que el término víctima alude a la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por ella— ha tenido una tendencia expansiva, al reconocer como víctima no solo a la persona que directamente sufrió la violación a sus derechos humanos (víctima directa), sino también a aquellas que indirectamente resultan afectadas por dichos daños y a quienes, a causa de hechos ocurridos a terceros, sufren afectaciones directas a sus propios derechos, como a la integridad psíquica o acceso a la justicia (García Ramírez, 2016). Ello corrobora sus desarrollos relevantes respecto de la reparación integral, enfocada a alcanzar la verdad, así como lograr la justicia y la reparación por la responsabilidad internacional de los Estados a causa de la violación a los derechos humanos de las personas; criterios que resultan obligatorios para México, tal como lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

*Laura Rangel Hernández*

#### 995. VIOLACIÓN DEL VOTO PÚBLICO

La expresión “violación del voto público” se identifica con la facultad de investigación que, en torno a ella, la Constitución Mexicana de 1917 atribuyó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el párrafo tercero de su artículo 97; precepto que, en lo conducente, disponía que ese Alto Tribunal: “[...] nombrará alguno o algunos de sus miembros, o algún juez de distrito o magistrado de circuito, o designará uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente, o lo pidiere el Ejecutivo Federal, o alguna de las Cámaras de la Unión, o el gobernador de algún estado, únicamente para que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal, o algún hecho o hechos que constituyan la violación de alguna garantía individual, o la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la Ley Federal”.

Determinar con certeza los orígenes de esa facultad indagatoria de la Corte mexicana es una tarea complicada en la que los diferentes estudiosos del tema no se han puesto de acuerdo, pues algunos consideran que no existe ningún antecedente y otros refieren que lo son diversos eventos acaecidos en la historia política de nuestro país (como el proyecto de reformas a diversos artículos de la Constitución de 1857, elaborado por el licenciado José Diego Fernández, estrechamente vinculado a los debates suscitados con motivo de la calificación de las elecciones de los diputados que integrarían la XXVI Legislatura del Congreso de la Unión, convocadas por Francisco I. Madero); complicación que resulta del hecho de que, si bien en su discurso pronunciado el 1 de diciembre de 1916, Venustiano Carranza hizo una breve alusión a ella, lo cierto es que no existe ningún referente real que dé una pauta inobjetable al respecto, pues, por una parte, ni la exposición de motivos ni el *Diario de los debates del constituyente de 1917* contienen consideraciones argumentativas específicas al respecto y, por la otra, no ha sido posible identificarla con ninguna institución del derecho comparado.

La que sí resulta clara es su finalidad: dar efectividad al sufragio efectivo, como sustento del derecho electoral mexicano y su régimen democrático. Esto es, garantizar los derechos político-electorales en México.

Por su contexto (que ubicaba a la Suprema Corte como un órgano de instrucción y no de decisión o ejecución), fue concebida como una función formalmente judicial, pero materialmente administrativa no jurisdiccional (por no constituir un proceso que culminara con una resolución que tuviera efectos vinculatorios) y, por tanto, la doctrina la catalogó como una de las garantías constitucionales que integraba el contenido de la justicia constitucional mexicana.

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de diciembre de 1977, denominada “reforma política”, que según su iniciativa presidencial buscaba fortalecer el proceso de democratización del país, separó en el artículo 97 constitucional la facultad de investigación de hechos constitutivos de la violación del voto público de las otras hipótesis ahí previstas, lo que se justificó en la exposición de motivos, señalando que esa facultad constituía uno de los temas más polémicos, debido a las múltiples interpretaciones de que había sido objeto, lo que, se adujo, propició que no se definieran con claridad sus alcances, las causas específicas para su procedencia ni sus objetivos, y redundaba en la ausencia de un criterio congruente cuando se había solicitado su práctica, además de que se encontraba concebida junto con otras funciones de carácter muy variado en un mismo periodo gramatical, lo que impedía entender claramente su sentido y llevaba a incurrir en contradicciones en su aplicación.

Esa reforma buscó definir su naturaleza y fines, destacando que dentro del marco del equilibrio de los poderes federales era un medio de control horizontal cuyo objetivo era preservar el orden institucional, por lo que debía ejercerse solo cuando pudiese ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de las cámaras del Congreso federal o del titular del poder ejecutivo y se limitaría solo a examinar la legalidad de la elección, sin que la resolución pudiese implicar cuestionar la investidura de los integrantes de los poderes legislativo o ejecutivo en funciones, ni la competencia de su origen; esto es, buscó que la Corte no se convirtiera en un órgano de anulación, sino que su intervención se concretara a establecer posibles violaciones que debía hacer del conocimiento de los órganos electorales competentes. Así, el nuevo texto constitucional señalaba: “La Suprema Corte de Justicia está facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero solo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión. Los resultados de la investigación se harán llegar oportunamente a los órganos competentes”.

Finalmente, el 13 de noviembre de 2007, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se derogó el párrafo tercero del artículo 97, esto es, se suprimió del texto constitucional la facultad de la SCJN de averiguar algún hecho o hechos que constituyeran la violación del voto público, a consecuencia —según se desprende de la exposición de motivos, dictámenes y discusiones tanto de la Cámara de origen (de Senadores) como de la revisora (de Diputados) — de la reforma integral que en materia electoral se hizo a diversos artículos constitucionales que la regulaban.

La exposición de motivos no aludió específicamente a las razones de derogación de esa fracción, pero es indudable que obedeció a uno de los objetivos que perseguía la reforma propuesta: fortalecer las atribuciones, facultades y autonomía de las autoridades electorales federales para superar las limitaciones que había enfrentado su actuación, robusteciendo la capacidad del entonces Instituto Federal Electoral para desempeñar su papel de árbitro en la contienda y perfeccionando la facultad del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) para decidir la no aplicación de leyes electorales contrarias a la Constitución federal, en armonía con la calidad de Tribunal Constitucional que la propia Constitución reserva para la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así, en el dictamen emitido por la Cámara de origen, se sostuvo que resultaba inoperante la facultad de la SCJN para practicar de oficio la averiguación de eventos constitutivos de violación del voto público, en los casos en que, a su juicio, pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión; al ser contradictoria con las facultades que la propia Constitución otorgó al TEPJF, en virtud de la reforma de 1996, cuyas sentencias eran definitivas e inatacables, y dado que, de actualizarse alguna vez la hipótesis de afectación a la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión, dicha Sala podía ejercer a plenitud sus facultades y declarar incluso nulo el proceso respectivo; postura que se confirmó en el dictamen emitido por la Cámara revisora al catalogar como obsoleta dicha facultad del Alto Tribunal.

La supresión de la aludida facultad de investigación de hechos constitutivos de violación del voto público se aprobó sin mayor discusión.

*María Guadalupe Molina Covarrubias*

#### 996. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES COMO FORMA DE TORTURA (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La violencia contra las mujeres es un problema que se manifiesta en la pareja, la familia y lo doméstico, el trabajo, la política, los conflictos armados o los espacios de salud y educación, por ejemplo. Por su incidencia en la vida de las mujeres, el abordaje de la violencia ha sido un tema presente en las diferentes variantes del feminismo y en los estudios de género.

En el derecho internacional, la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979 (CEDAW, por sus siglas en inglés), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de 1994 (Convención de Belém do Pará), así como otros tratados internacionales y una serie de recomendaciones y declaraciones de organismos internacionales, han abordado la violencia, considerada además como la forma más grave de discriminación que puede afectar a una mujer. Ya en 1996, la Organización Mundial de la Salud indicó además que la violencia es un problema de salud pública fundamental (Resolución WHA 49.25)

La Convención de Belém do Pará define a la violencia contra la mujer en su artículo 1 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”, incluyendo la violencia física, sexual y psicológica, ya sea que provenga de un integrante de la unidad familiar

o doméstica, de un miembro de la comunidad, o bien, que se cometa o se tolere por el Estado o sus agentes.

Se habla de violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual; todas estas variantes pueden presentarse de acuerdo con la Convención, tanto en la unidad doméstica como en la comunidad. Además, señala expresamente como violencia a aquella que es perpetrada por agentes del Estado. Luego de enumerar varios derechos que en contexto de violencia se reconocen especialmente a la mujer, tales como el derecho a la vida, a su integridad física, psíquica y moral o a la libertad, establece en el artículo 7 como deber central para los Estados adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. La misma Convención se encarga en su artículo 12 de señalar que se admiten denuncias ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

En ese contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha debido pronunciarse frente a denuncias contra Estados parte, generadas por hechos violentos a mujeres y niñas en diversos contextos, lo que le ha permitido desarrollar estándares sobre la violencia. Ejemplos emblemáticos son un grupo de casos resueltos contra México en 2008 y 2010. Se trata de *González y otras (“Campo Algodonero”)* (sentencia de 16 de noviembre de 2009, núm. 205); *Fernández Ortega y otros* (sentencia de 30 de agosto de 2010, núm. 215), y *Rosendo Cantú y otra* (sentencia de 31 de agosto de 2010, núm. 216).

Previo a ello, la Corte se adentró en el tema de perspectiva de género en el caso *Penal Castro Castro vs. Perú* (sentencia de 25 de noviembre de 2006, núm. 160). También, los casos *Masacre de Las Dos Erres* (sentencia de 24 de noviembre de 2009, núm. 211) y *Masacres de Río Negro* (sentencia de 4 de septiembre de 2012, núm. 250), ambos contra Guatemala. Asimismo, *Contreras y otros* (sentencia de 31 de agosto de 2011, núm. 232) y *Masacre de El Mozote y lugares aledaños* (sentencia de 25 de octubre de 2012, núm. 264), ambos contra El Salvador, fueron reforzando los estándares y creando un nuevo modelo para analizar los casos de violencia sexual, tanto respecto a la prueba como a las obligaciones del Estado.

En 2017 y 2018, los casos *Favela Nova Brasilia vs. Brasil* (sentencia de 16 de febrero de 2017, núm. 333); *VR.P, VPC y otros vs. Nicaragua* (sentencia de 8 de marzo de 2018, núm. 350), y *López Soto y otros vs. Venezuela* (sentencia de 26 de septiembre de 2018, núm. 362) profundizaron la jurisprudencia referida a la violencia sexual.

En el citado caso *Penal Castro Castro*, la Corte se refirió al impacto de la violencia sexual. Citando a la Relatora Especial de la ONU sobre la Violencia contra la Mujer indicó que, en el contexto de conflicto armado, “[la] agresión sexual a menudo se considera y practica como medio para humillar al adversario” y que “las violaciones sexuales son usadas por ambas partes como un acto simbólico”. También, en esa sentencia el Tribunal reconoce que la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que se ven agravadas en los casos de mujeres detenidas (párr. 313). La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, consideró que la violencia

sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno (párr. 306). En materia de prueba, valoró las declaraciones de las víctimas como prueba necesaria y suficiente para la acreditación de determinados hechos de violencia sexual (párrs. 309-313).

Dos años antes, en el caso *Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*, fallado en 2004, si bien no se pronunció sobre los hechos constitutivos de la violencia sexual por carecer de competencia *ratione temporis*, sí la consideró como hecho de contexto. En 2010 agregó en *Fernández Ortega* que, en particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias incluso trascienden a la persona de la víctima (párr. 119).

En *Fernández Ortega* (párr. 100), así como en *Rosendo Cantú* (párr. 89), la Corte IDH estudió la relación existente entre la violencia sexual a mujeres y la tortura, reforzando además la importancia probatoria de las declaraciones de las víctimas. Antes, en su voto concurrente en “*Campo Algodonero*”, la jueza Cecilia Medina manifestó no concordar con el hecho de que la Corte no hubiera calificado como tortura las acciones perpetradas en contra de las víctimas de aquel caso, argumentando que lo que realmente distingue a la tortura de otros tratos, en los términos en que la Corte IDH lo formuló en *Bueno Alves vs. Argentina*, de 2007, es la severidad del sufrimiento físico o mental. Agregó la jueza Medina que puede advertirse que las tres víctimas de “*Campo Algodonero*” sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte. La descripción del estado de los cadáveres, aunque fue hecha de manera deficiente en los primeros momentos, muestra la magnitud del tratamiento que se les infligió, de modo que los hechos permitían ser considerados como actos de tortura. En apoyo a su posición, consideró que debía hacerse prevalecer la concepción del *ius cogens*, puesto que ella establece la mejor protección para las víctimas de tortura y que no se necesita integrar como un elemento del concepto de la misma la participación por acción u omisión de un agente del Estado, desde la comprensión de que la obligación de garantizar requiere el deber de prevenir (voto concurrente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párrs. 3, 8, 16 y 17).

Para el derecho internacional de los derechos humanos, la tortura se relaciona con el derecho a la integridad personal, que consagra el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe también los tratos crueles, inhumanos y degradantes, de modo similar al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al tener carácter de *ius cogens*, la prohibición de la tortura significa que es una norma imperativa del orden público internacional, respecto de la cual ningún Estado puede sustraerse.

En *Fernández Ortega*, la Corte IDH consideró probado que la señora Fernández Ortega fue víctima de un hecho de violencia sexual cometido por agentes estatales. Para determinar su calificación jurídica como tortura, examinó los siguientes requisitos respecto de la conducta perpetrada: *i*) si es intencional; *ii*) si causa severos sufrimientos físicos o mentales, y *iii*) si se comete con determinado fin o propósito, responsabilizando al Estado entonces. (párrs. 117-132).

En 2018, dos nuevos casos fallados por la Corte IDH han reforzado los estándares y las obligaciones estatales frente a la violencia sexual a mujeres. Se trata de *VR.P, VPC y otros vs. Nicaragua* y *López Soto vs. Venezuela*. El primer caso referido es relevante, pues se trataba de la violación sexual cometida por un actor no estatal contra una niña. En su sentencia, la Corte analiza el deber de investigar con la debida diligencia y no revictimización en procesos penales por violencia sexual, adoptando un enfoque interseccional de género y edad (párrs. 141 y ss.) y en materia de reparaciones remarca la importancia de la capacitación permanente para funcionarios públicos que, dada su función en el sistema de administración de justicia, trabajen con temáticas de violencia sexual sobre estándares de debida diligencia en la investigación de casos de violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes, así como su erradicación y las medidas de protección a adoptar, desde una perspectiva de género y de protección de la niñez, tendente a la deconstrucción de estereotipos de género y falsas creencias en torno a la violencia sexual, para asegurar que las investigaciones y enjuiciamientos de estos hechos se realicen de acuerdo con los más estrictos estándares de debida diligencia (párr. 392).

En *López Soto*, al declarar responsable a Venezuela por los hechos de tortura y violencia sexual padecidos por Linda Loaiza López Soto, quien sufrió agresiones físicas, verbales, psicológicas y sexuales, añadió que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, “su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales” (párr. 235). También, en esta sentencia la Corte refuerza el concepto de estereotipo de género y aborda la obligación de debida diligencia estricta en la prevención de la violencia contra la mujer. En casos de extrema violencia a mujeres se exige entonces una debida diligencia reforzada que trasciende el contexto particular en que se inscribe el caso, lo que conlleva a la adopción de una gama de medidas de diversa índole que procure, además de prevenir hechos de violencia concretos, erradicar a futuro toda práctica de violencia basada en el género. Si bien no puede hacer responsable directo al Estado por lo que sufrió la víctima, este tuvo una reacción insuficiente y negligente a través de sus funcionarios públicos (párrs. 127 y 128).

*Ximena A. Gauché Marchetti*

#### 997. VIOLENCIA DE GÉNERO

La violencia de género es la más trascendental manifestación de la discriminación e impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre. Sus causas y motivos tienen relación directa con los estereotipos que de manera histórica se han construido socialmente alrededor de los géneros.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, señala que la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, y reconoce el derecho de todas las mujeres a vivir una vida libre de violencia.

Tanto en el sistema de las Naciones Unidas como en el interamericano se ha reconocido que la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos, constituye discriminación y, como tal, los Estados son responsables no solamente de abstenerse de violentar a las mujeres, sino también de protegerlas de la violencia que pueden sufrir por parte de particulares. Así, ha quedado claro que las obligaciones que se desprenden tanto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como de la Convención de Belém do Pará se aplican primordialmente a la violencia perpetrada por las autoridades públicas; sin embargo, los actos de violencia también pueden constituir una violación de las obligaciones del Estado, por cuanto tienen el deber de garantizar a todas las mujeres una vida libre de violencia, y esto implica no solamente protegerlas para no ser víctimas de violencia, sino que, en caso de haberla sufrido, deberán realizar todas las diligencias necesarias para investigar y sancionar tales hechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tiene ya una vasta jurisprudencia sobre las diversas situaciones de discriminación que viven las mujeres basada en consideraciones de género legitimada en una cultura patriarcal que fundamenta la inferioridad del género femenino y legitima la violencia sexual y feminicida. Ello afecta a todas las niñas, mujeres y mujeres adultas mayores, de manera que la Corte IDH ha enfatizado, además, la interseccionalidad con la que las mujeres se cruzan y por ende presentan un grado mayor de vulnerabilidad. Un ejemplo formidable de la interseccionalidad es el caso *Gonzales Lhuy vs. Ecuador*.

Ahora bien, la primera vez que la Corte IDH se enfrentó a un caso en que se trató la violencia contra las mujeres fue el del *Penal Miguel Castro vs. Perú*, de 2006, en donde determinó la responsabilidad del Estado y por primera vez declaró violada la Convención de Belém do Pará (violaciones al art. 7.b, en conjunto con los arts. 8.1 y 25 de la CADH) a causa de la falta de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, en virtud de que los procedimientos internos abiertos en dicho caso no constituían “[...] recursos efectivos para garantizar un verdadero acceso a la justicia por parte de las víctimas, dentro de un plazo razonable, que abarcan el esclarecimiento de los hechos, la investigación y, en su caso, la sanción de los responsables y la reparación de las violaciones a la vida e integridad”.

Es importante destacar que la Corte IDH analiza la violencia de género desde dos aspectos. Uno, el de la violencia perpetrada directamente desde el Estado, como el reciente caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, relacionado con: *i*) el uso de la agresión sexual como un instrumento para torturar y humillar a las mujeres; *ii*) por parte de agentes del Estado (militares y de seguridad pública); *iii*) la responsabilidad del Estado por no prevenirla, y *iv*) la responsabilidad del Estado por no hacer eficaz el acceso a la justicia y realizar las investigaciones pertinentes para evitar la impunidad. Y dos, como en *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, el de la violencia perpetrada por particulares, criterios relacionados con: *a*) la violencia generalizada y la discriminación estructural en contra de las mujeres; *b*) la responsabilidad del Estado por no prevenirla, y *c*) la responsabilidad del Estado por no hacer eficaz el acceso a la justicia y realizar las investigaciones pertinentes para evitar la impunidad.

La interpretación de la Convención de Belém do Pará ha continuado en varios asuntos resueltos por la Corte IDH, entre otros: *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*; *Fernández Ortega y otros vs. México*; *Rosendo Cantú y otra vs. México*; *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*; *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*; *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*; *¿. vs. Perú*; *Veliz Franco y otros vs. Guatemala*; *Espinoza González vs. Perú*; *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, y *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*.

**Geraldina González de la Vega**

#### 998. VIOLENCIA POLÍTICA

El tema de la violencia ocupa un lugar importante dentro de la política y, como señala Hannah Arendt (2006), “Nadie consagrado a pensar sobre la Historia y la Política puede permanecer ignorante del enorme papel que la violencia ha desempeñado siempre en los asuntos humanos”, por lo que resulta sorprendente cómo fue minimizada y olvidada incluso por las ciencias sociales.

Sin embargo, proporcionar un concepto de violencia no es sencillo, partiendo de la gran variedad de definiciones que podemos encontrar, pero sobre todo al referirnos a un tema particular, *la política*, ya que tiene que estar relacionada con aspectos como poder, autoridad y legitimidad.

Aun así, desde una perspectiva conductista, se puede afirmar que “[...] la violencia política surge siempre dentro de unas relaciones de poder, alterando o violando las reglas que rigen en la esfera política, en un marco que proporciona pautas y criterios valorativos” (Herranz Castillo, 1991, p. 429).

Por otro lado, hay autores que sostienen que se puede hablar de violencia primaria, que es aquella que se ejerce directamente sobre las personas, y violencia secundaria, la que se realiza sobre bienes o cosas. Para el concepto que nos ocupa, únicamente nos referiremos a la primera, la cual surge cuando existe “[...] la intención de dañar, agredir o destruir; es un acto de violencia, de fuerza excesiva y brutal realizado con esta específica voluntad de dañar”. Es decir, debe existir un elemento normativo, que es la noción de daño, ya que implica la violación de derechos de terceros o, en otro supuesto, a la violación de un deber. (Holmes, cit. por Herranz Castillo, p. 430).

Siguiendo esta idea, diversos autores señalan que la violencia política se puede definir como una “violación de derechos”, “violación de la personalidad” y “violación intencionada de ciertas reglas morales”.

Actualmente se habla de distintas modalidades de la violencia política, entre otras, la institucional, la estructural y la de género. Respecto de la violencia política por cuestiones de género, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al resolver diversos casos, ha señalado en tesis de jurisprudencia los elementos que se deben presentar para tener por actualizada en el debate político este tipo de violencia.

Si bien es cierto que dicha tesis se refiere exclusivamente a la violencia política de género, también es posible partir de este criterio de la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral para determinar los supuestos y circunstancias que se deben presentar para acreditar la violencia política hacia cualquier persona durante el debate político. Dichas circunstancias e hipótesis son: *i)* que suceda en el marco del ejercicio de derechos político-electorales, o bien, en el ejercicio de un cargo público; *ii)* que sea perpetrada por el Estado

o sus agentes, por superiores jerárquicos, colegas de trabajo, partidos políticos o representantes de los mismos; medios de comunicación y sus integrantes, un particular y/o un grupo de personas; *iii*) que sea simbólica, verbal, patrimonial, económica, física, sexual y/o psicológica, y *iv*) que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos político-electorales de la persona independientemente del género (tesis de Jurisprudencia 21/2018, Sexta Época).

Como se puede observar, no es sencillo dar una definición única, omni-compreensiva, de lo que se debe entender por violencia política; sin embargo, podemos decir que es aquella conducta de acción u omisión —incluida la tolerancia— empleada por cualquier autoridad, persona, grupo de personas u organismo público, en contra de una persona, opositor ideológico que, por la naturaleza de sus actividades profesionales o personales, se desarrolla en el ámbito político, ya sea antes, durante o después de un procedimiento electoral, o incluso en cualquier momento de la vida privada o pública, con la intención de buscar un cambio en las decisiones políticas o jurídico-políticas, que causen un daño político a la víctima o a un tercero.

*Arely Gómez González*

#### 999. VIOLENCIA POLÍTICA EN RAZÓN DE GÉNERO

*Concepto.* Es un problema de orden público, una forma de discriminación y acoso hacia las mujeres que comprende todas aquellas acciones, conductas u omisiones basadas en su género, puesto que se dirigen a una mujer exclusivamente por ser mujer o adquieren un impacto diferenciado en ellas o les afectan desproporcionadamente. Tiene como resultado menoscabar, anular, impedir, obstaculizar o restringir sus derechos político-electorales y su derecho de acceder a una vida libre de violencia; puede ser cometida de forma directa o indirecta por cualquier persona o grupo de personas, así como por el propio Estado o sus agentes. La *opinio juris* y la práctica de los Estados dan a entender que la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer ha pasado a ser un principio del derecho internacional consuetudinario.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que supervisa el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en su recomendación general número 35 determinó que la expresión “violencia por razón de género contra la mujer” es un término más preciso, pues pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia. La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos. Adicionalmente, considera que la violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales por medio de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados, siendo una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

*Origen del problema.* El origen de dicha discriminación se encuentra en las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. Es así que la recomendación general número 23 del citado Comité, relativa a la vida

política y pública de la mujer, precisa que, en todos los países, las tradiciones culturales y las creencias religiosas han cumplido un papel determinante en el confinamiento de la mujer a actividades del ámbito privado, excluyéndola de la vida pública activa. Por su parte, la Declaración sobre la Violencia y el Acoso contra las Mujeres, emitida en 2015 por el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, señala que el aumento de la participación política de las mujeres, particularmente a través de los cargos de representación popular, en gran medida surge como consecuencia de la aplicación de cuotas de género y de paridad, lo que provocó una mayor visibilidad de esta violencia.

Asimismo, el estereotipo de género, conforme a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es entendido como “una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”; el cual constituye una de las principales causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer (casos *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*; *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*; *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*, *López Soto y otros vs. Venezuela*, y *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*).

*Los derechos político-electorales de las mujeres.* Por su parte, la comunidad internacional adoptó la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing en la Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en 1995, con el fin de estudiar, prevenir y eliminar la violencia contra la mujer; del mismo modo, se crearon instrumentos o convenciones especializadas en los derechos de las mujeres. La primera en su tipo es la ya referida CEDAW, adoptada en 1979 por la Organización de las Naciones Unidas, la cual refiere que los Estados deben tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizar, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a: *i*) votar en las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas; *ii*) participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de estas, así como ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales, y *iii*) participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

Destaca también el trabajo realizado por la Organización de los Estados Americanos (OEA) mediante la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, emitida en 1994, la cual señala que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, la cual incluye, entre otros, los derechos a: *a*) ser libre de toda discriminación, y *b*) ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basados en conceptos de inferioridad o subordinación. De forma particular, las mujeres tienen derecho a gozar de igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

Posteriormente, en 2017, la OEA adoptó la Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en la Vida Política, en la que se definió como “violencia contra las mujeres en la vida política” cualquier acción, conducta u omisión, realizada de forma direc-

ta o a través de terceros que, basada en su género, cause daño o sufrimiento a una o a varias mujeres, y que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos políticos. Precisa que la violencia contra las mujeres en la vida política puede incluir, entre otras, violencia física, sexual, psicológica, moral, económica o simbólica. En el ámbito nacional mexicano, en 2007 se emitió la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en la que se establecieron conceptos como empoderamiento de las mujeres, violencia feminicida, alerta de violencia de género y órdenes de protección.

*¿Cómo detectar la violencia política de género en contra de las mujeres?* Para distinguir este tipo de violencia, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), en su jurisprudencia 21/2018, de rubro: “Violencia política de género. elementos que la actualizan en el debate político” y el Protocolo para la Atención de la Violencia Política en contra de las Mujeres en Razón de Género establecen algunos elementos para detectar la violencia política en contra de las mujeres en razón de género, como son: *i)* que suceda en el marco del ejercicio de sus derechos político-electorales; *ii)* que sea perpetrada por el Estado o sus agentes, por superiores jerárquicos, colegas de trabajo, partidos políticos o representantes de los mismos; medios de comunicación y sus integrantes, un particular y/o un grupo de personas; *iii)* que la violencia sea simbólica, verbal, patrimonial, económica, física, sexual y/o psicológica; *iv)* que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce y/o ejercicio de los derechos político-electorales de las mujeres, y *v)* que se base en elementos de género, es decir, se dirija a una mujer por ser mujer; tenga un impacto diferenciado en las mujeres, o afecte desproporcionadamente a las mujeres.

Sin embargo, tomando en cuenta que en diversas ocasiones dicha violencia se encuentra normalizada, invisibilizada y aceptada, puesto que puede constituir prácticas tan comunes que no se cuestionan, la perspectiva de género resulta otra herramienta necesaria para detectarla y combatirla. Así lo señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, en el que sustancialmente se establecen las directrices para juzgar bajo esa perspectiva, así como en su jurisprudencia de la Primera Sala de rubro: “Acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género”, en la que se establece el deber para todo órgano jurisdiccional de impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad por cuestiones de género.

*¿Qué hacer ante los casos de violencia política de género en contra de las mujeres?* En atención a los estándares nacionales e internacionales, es responsabilidad del Estado, ciudadanía, partidos políticos, organizaciones sociales y políticas o sindicatos desarrollar cambios normativos y culturales dirigidos a garantizar la igualdad sustantiva de mujeres y hombres en el ámbito político. También es obligación de toda autoridad actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y así garantizar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces (TEPJF, jurisprudencia 48/2016). Por su parte, y más aún en procesos electorales, la propaganda política o electoral, así como

los mensajes políticos utilizados por los partidos políticos, los órganos electorales, los medios de comunicación y los participantes en las contiendas electorales —incluyendo los sistemas normativos indígenas— deben promover el empleo de un lenguaje que no aliente desigualdades de género, es decir, deben utilizar un lenguaje incluyente (TEPJF, tesis XLI/2014, XXXI/2016 y XXVII/2016). Por último, cuando sea necesario, se deben dictar medidas de protección que garanticen el respeto del ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, que deberán permanecer hasta en tanto lo requiera la víctima (TEPJF, tesis X/2017).

*Carlos Hernández Toledo*

#### 1000. VISITADURÍA EN LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL

La Visitaduría General (VG) es uno de los órganos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) que primordial, pero no exclusivamente, tiene por objeto integrar las investigaciones relativas a presuntas violaciones a los derechos humanos y determinarlas en la forma de *i*) proyecto de recomendación; *ii*) acuerdo de conclusión por no tratarse de violaciones a los derechos o por haberse resuelto en el trámite, o bien en la de *iii*) acuerdo de solución amistosa (art. 16, fr. III, RCDHDF).

Para integrar las investigaciones, los visitadores tienen facultades para: *i*) llevar a cabo inspecciones o visitas; *ii*) solicitar informes a las autoridades involucradas o bien a otras que puedan auxiliar en la investigación; *iii*) comparecer a servidores públicos; *iv*) citar y entrevistar a peritos o testigos; *v*) llevar a cabo inspecciones oculares, auditivas y de identificación; así como *vi*) todas aquellas diligencias que sean necesarias para la investigación de hechos presuntamente violatorios de derechos humanos.

Además, para el desarrollo integral del mandato de promover y proteger los derechos humanos de la CDHDF, a los VG se les pueden asignar por el presidente asuntos especiales de manera discrecional y tienen atribuciones para, entre otros: *i*) denunciar ante los órganos competentes a los servidores públicos que obstaculicen la investigación con el objeto de que sean sancionados; *ii*) solicitar a las autoridades competentes medidas precautorias, de conservación o de restitución para evitar violaciones irreparables; *iii*) en casos urgentes, solicitar a autoridades federales y de los estados de la República que se adopten dichas medidas; *iv*) iniciar investigaciones de oficio, elaborar pronunciamientos generales, proponer proyectos de modificaciones de leyes, reglamentos y de prácticas administrativas para mejorar la protección de los derechos humanos; *v*) proponer programas preventivos, y *vi*) elaborar proyectos de propuesta general, informes especiales o acuerdos de no responsabilidad.

Las VG, en el ámbito de sus competencias, como el resto de las autoridades del país están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Ello implica que en el marco de la competencia el o la VG debe interpretar las normas en favor de las personas víctimas de violaciones a los derechos humanos, mantener un diálogo con organizaciones de la sociedad civil, medios de comunicación, autoridades en todos los niveles de gobierno, así como también participar en actividades de divulgación y en las discusiones en favor de la protección de la persona.

Conforme a la legislación aplicable, los VG pueden llevar a cabo actividades académicas, pero no pueden desempeñar ningún cargo, comisión o empleo público o privado o ejercer libremente su profesión. Los visitadores tampoco pueden ser detenidos, sancionados o juzgados por opiniones ni recomendaciones que emita ni tampoco por actos realizados en ejercicio de sus facultades.

Actualmente, la CDHDF cuenta con cinco visitadurías generales que se identifican numéricamente, sin embargo, se podrán crear nuevas según se haga necesario para brindar una mejor atención a las víctimas. Las visitadurías, por así haberlo dispuesto el presidente de la institución, se especializan en los siguientes temas: violaciones a los derechos humanos por autoridades de seguridad pública y procuración de justicia (Primera VG); debido proceso y derechos de las personas privadas de libertad (Segunda VG); derechos económicos, sociales, culturales y medio ambientales (Tercera VG); derechos de grupos específicos y violaciones graves a los derechos humanos (Cuarta VG) y derechos humanos laborales (Quinta VG).

El presidente de la CDHDF nombra libremente a los VG, quienes deberán ser nacionales mexicanos, tener más de treinta años, no haber sido condenados por delito intencional o doloso y gozar de buena reputación, probidad y reconocido prestigio público. Por lo menos el 50% de los visitadores deberán contar con el título de licenciado en derecho y al menos tres años de desempeño profesional.

Cada VG se integra por el o la titular, dos direcciones de área, visitadores y visitadoras adjuntas, así como el personal técnico y administrativo para llevar a cabo sus funciones.

El antecedente de la palabra visitaduría, como nos lo recuerda José Trinidad Lanz Cárdenas, se remonta al derecho colonial, en el que se contemplaba a las “visitas” como un procedimiento mediante el cual se fiscalizaba a los oficiales reales contra conductas indebidas. Se trataba de inspectores enviados desde la península a los virreinos o capitanías generales para verificar la actuación de las autoridades, incluidos virreyes. En otras palabras, las visitas eran una función de gobierno que supervisaba a otras autoridades e informaba al más alto representante si los inspeccionados se habían ajustado a sus mandatos legales, o habían actuado indebidamente.

La figura de visitador se incorporó en la legislación que regula las comisiones públicas de derechos humanos cuya primera expresión a nivel federal fue de una dependencia de la Secretaría de Gobernación. Tenía sentido denominarle visitadores a los funcionarios de una oficina gubernamental cuya función era la de vigilar la actuación de las demás dependencias del propio Poder Ejecutivo. En el marco del sistema ombudsman vigente, la denominación de visitadores no refleja integralmente la complejidad de las atribuciones y funciones conferidas a los altos funcionarios de instituciones autónomas. Es más adecuado el nombre de defensor adjunto, adjuntía o defensoría delegada, que emplean en otros países como por ejemplo Argentina, Colombia, España y Perú, para el personal responsable de tramitación de quejas.

En México, se cuenta con 32 instituciones defensoras de derechos humanos, una federal y 31 de los estados y el Distrito Federal, que se denominan Comisiones de Derechos Humanos. Gozan de autonomía de gestión, presupuestaria, así como también de personalidad jurídica y patrimonio propios.

La autonomía implica que, entre otros, el nombramiento de los presidentes se haga por los congresos locales, en el caso del Distrito Federal, por la Asamblea Legislativa, a través de procesos transparentes en los que se debe consultar a la sociedad civil.

Conforme a la Constitución, los organismos protectores de derechos humanos conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de la autoridad administrativa (se excluyen a las cuestiones electorales y jurisdiccionales) y podrá formular recomendaciones no vinculantes, denuncias y quejas ante otras autoridades. En concordancia con los Principios relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos o mejor conocidos como Principios de París, la CDHDF tiene como objeto la protección, defensa, vigilancia, promoción, estudio, educación y difusión de los derechos humanos reconocidos en el orden jurídico mexicano.

*José Antonio Guevara Bermúdez*

tel · José Ugaz · Juan N. Silva Meza · José Ricardo Ca  
a Estévez · José Luis Soberanes Fernández · Juan Carlo  
a Zavala · Justin O. Frosini · Laura Alicia Camarillo G  
Castillo Córdova · Luis Fernando Angulo Jacobo · Luis  
Gálvez Pérez · Luiz Alberto Davila Araujo · María Macarita  
Casarín León · Manuel González Ojeda · María de I  
n Márquez · Mario Cruz Martínez · María Carmen C  
ación Corado · Miguel Ángel Aguilar López · Miguel C  
añeda · Diego García Ricci · Alina Gabriela Díaz Ábr  
Antonio · Juan Luis González Alcántara Carrancá · Is  
e María del Carmen Alanís Figueroa · Borja Domíngu  
ez · Juana María Ibáñez Rivas · Toni Jaeger-Fine · Car  
Arenas Bátiz · Osvaldo A. Gozáini · Carlos González F  
reles · Pedro Salazar Ugarte · Silvia Bagni · Caterina D  
o Coello Garcés · Geraldina González de la Vega · Cu  
ruete · Juan Manuel Acuña · Javier García Roca · Cyn  
Toledo · Robert Alexy · Ricardo Alonso García · Danie  
co · Karina Ansolabehere · Carlos Ayala Corao · Davi  
raz Mondragón · Arturo Bárcena Zubieta · Eduardo  
ward · Rodolfo Vigo · Carlos Gaio · Edwin Noé Garcí  
Lucía Flores Ávalos · Christina Binder · Enrique Díaz-  
rales · Cristina Blanco Vizarrreta · Flavio Galván River  
Cuevas · Armin von Bogdandy · Catalina Botero · Fran  
Andrea Sánchez · Francisco Javier Díaz Revorio · Go  
cía Morelos · José Ramón Cossío Díaz · Héctor Guille  
r Fornos · María Díaz Crego · Jesús Ángel Cadena Al  
Torre · Joaquín Brage Camazano · Jorge Adame God  
án · María Amparo Hernández Chong Cuy · Jorge C  
ises Carmona Tinoco · José Antonio Abel Aguilar Sá  
· José Antonio Caballero · José Antonio Estrada Mar  
Íaz de León Cruz · José Gamas Torruco · José Manu



**1001. WRIT OF CERTIORARI (AUTO DE AVOCACIÓN ANTE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS)**

Una de las peculiaridades del sistema judicial de los Estados Unidos de América en comparación con la mayoría de los demás sistemas jurídicos es el carácter discrecional de la jurisdicción de la Corte Suprema de aquel país. Casi todos los casos que se conocen por la Corte Suprema de los Estados Unidos llegan a ella por su jurisdicción discrecional. El mecanismo por el cual la Corte Suprema acepta conocer de estas causas es el auto de avocación. El recurso de *certiorari* técnicamente es una orden a un tribunal inferior para que entregue el expediente a la Corte Suprema para que esta pueda examinar la decisión del tribunal inferior. Un auto de avocación puede ser enviado a un tribunal federal de apelaciones o a un tribunal de último recurso del estado.

Con excepción de una pequeña área de jurisdicción original y una pequeña área de jurisdicción de apelación obligatoria, los asuntos que atiende la Corte se componen de los casos que se compromete a escuchar bajo su apelación discrecional o jurisdicción *certiorari*. En este último periodo de la Corte Suprema, todos los 78 casos resueltos llegaron a ella por medio de su jurisdicción *certiorari*.

La jurisdicción de apelación discrecional de la Corte Suprema se extiende a los casos de tribunales federales de apelaciones y a algunos casos del tribunal de última instancia de un estado. Los casos de los tribunales federales de apelación por lo general vienen a la Corte Suprema solo después de que ha habido una decisión por parte del tribunal de apelación. La Corte Suprema técnicamente podrá conceder el recurso una vez que la apelación ha sido presentada en el tribunal de apelación, pero esto es un caso muy raro. Con el fin de buscar el recurso de *certiorari* para revisar una decisión de un tribunal estatal, la decisión objeto de revisión debe haberse basado en la ley federal. Si la decisión se basa en motivos de la ley estatal “adecuados e independientes”, entonces no será elegible para la revisión de la Corte Suprema; esto es debido a que los tribunales estatales de última instancia son los árbitros judiciales finales de la interpretación de sus leyes estatales; las cortes federales, incluida la Corte Suprema de los Estados Unidos, no tienen conocimientos especiales o poder sobre la ley del estado (en oposición a la ley federal).

La decisión de si procede o no conceder el recurso de *certiorari* se basa exclusivamente en el criterio de la Corte. El carácter discrecional de la jurisdicción *certiorari* de la Corte refleja el papel fundamental y limitado de la Corte Suprema de los Estados Unidos. No es un tribunal de apelación ordinario que busca obtener justicia en casos individuales; en cambio, la Corte se centra más en el interés general de los temas y con la consecución de la uniformidad de la ley federal. Al final del día, el extraordinario nivel de control que tiene sobre sus propios asuntos le concede a la Corte la facultad de definir su propio papel institucional.

La regla 10 de las Reglas de la Corte Suprema establece algunas de las razones que justifican la concesión de la solicitud de *certiorari*. Entre ellas se encuentran: cuando hay una división de autoridad en una importante cuestión federal entre los tribunales de apelaciones y/o los tribunales estatales de última instancia, y cuando una sentencia de primera instancia se ocupa de una cuestión importante de la ley federal, que no ha sido, pero que debería ser resuelta por la Corte Suprema. La regla 10 afirma que las bases estable-

cidas para el otorgamiento del recurso no son “ni el control ni una medición completa de la discreción de la Corte”, reforzando así el carácter discrecional del auto.

Técnicamente, la denegación de la solicitud de *certiorari* no debe interpretarse como una expresión de la opinión de la Corte en cuanto a los méritos del caso. La negación del recurso no puede ser utilizada para apoyar la tesis de que algunos de los ministros o magistrados consideran que el caso fue decidido correctamente en primera instancia.

Las Reglas de la Corte Suprema limitan la longitud de una petición de auto de avocación a 9 000 palabras, y la Corte insta a los peticionarios a ser lo más concisos posible. El tiempo para la petición para el auto de avocación es de 90 días después de la entrada de la sentencia de la instancia precedente. Las normas establecen que el demandado podrá presentar un escrito de oposición dentro de los 30 días después de protocolizado el caso. El escrito de oposición también está limitado a 9 000 palabras. El solicitante tiene entonces la opción de presentar un escrito de réplica, limitado a 3 000 palabras de extensión. Cualquiera de las partes podrá presentar un escrito complementario en cualquier momento mientras la petición se encuentre pendiente de resolución, con el fin de atraer la atención de la Corte a información que no estaba disponible en el momento de la última comunicación de la parte.

El método por el que los ministros o magistrados han revisado las peticiones para un auto de avocación ha cambiado con el tiempo. Originalmente, el presidente del Tribunal Supremo proporcionaba resúmenes de los hechos y de las cuestiones planteadas en cada caso, que luego eran discutidos en una conferencia entre los ministros o magistrados. En 1935, el presidente del Tribunal Supremo, Hughes, introdujo lo que se llamó la “lista muerta” —una lista de los casos que no se discutirían por los ministros o magistrados en el pleno—. Debido a que no todos los casos serían revisados en el pleno, los ministros o magistrados comenzaron a confiar más en sus secretarios de estudio y cuenta para redactar los memorandos sobre las peticiones de *certiorari*.

Hoy en día, la mayoría de los jueces revisan las solicitudes de *certiorari* por medio de la “bolsa de *certiorari*”. La bolsa de *certiorari* fue sugerida por primera vez por el ministro Powell en 1972 para aliviar la carga de los ministros o magistrados y su personal. Bajo la bolsa *certiorari*, los ministros o magistrados dividen las peticiones entre todos sus secretarios de estudio y cuenta. Cada secretario prepara un breve memorándum que resume la petición y hace una recomendación sobre si se debe conceder o no el recurso. Estas notas, a su vez, se distribuyen a todos los ministros o magistrados. Sobre la base de estos memorandos, el presidente del Tribunal Supremo hace circular a los demás ministros o magistrados una “lista de discusión” de los casos que se abordarán en el pleno. Otros ministros o magistrados pueden añadir casos adicionales a la lista de discusiones.

La decisión de conceder el recurso de *certiorari* se hace bajo lo que se conoce como “la regla de los cuatro” —el recurso se concederá si cuatro de los nueve ministros o magistrados están de acuerdo—. Aunque se trata de una regla informal, está firmemente arraigada en el procedimiento de la Corte Suprema.

La notificación tanto de la concesión como de la denegación de la solicitud de *certiorari* son asuntos técnicos y concisos; el Tribunal solo emite una orden declarando que el recurso se concede o se deniega. Una negación no

va acompañada de ninguna explicación o justificación, aunque en casos muy raros uno o más de los ministros o jueces podrá emitir un voto particular que disiente de la denegación de la petición. El peticionario podrá presentar una moción para una nueva audiencia sobre la denegación de un recurso de *certiorari*. Sin embargo, casi nunca se conceden tales mociones.

Hay una cierta crítica de lo que se ha denominado la “contracción de la agenda plenaria”. Los académicos han atribuido el descenso en el número —incluyendo una reducción drástica de la jurisdicción de apelación obligatoria de la Corte, la bolsa *certiorari* y la composición ideológica de los jueces—. Sin embargo, a menos que el Congreso actuara para restaurar parte de la jurisdicción de apelación obligatoria de la Corte, el recurso de *certiorari* sigue siendo el mecanismo principal por el cual la Corte Suprema revisa las decisiones, y su discrecionalidad se mantiene prácticamente absoluta.

*Toni Jaeger-Fine*  
(traducción de María de la Concepción Vallarta Vázquez)



*Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*  
*Tercera edición*  
*1001 voces*  
Tomo II

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.



PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE  
QUERÉTARO

**QRO**  
**ORGULLO**  
**DE**  
**MX**

ISBN 978-607-7822-73-8



ISBN 978-607-7822-75-2

