

C





## CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, caducidad es la “extinción de una facultad o de una acción por el mero transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de aquéllas”.

Por lo que hace al término “instancia”, éste se refiere principalmente a dos cuestiones: *a)* al órgano jurisdiccional que conoce y ante el que se sustancia una causa, atendiendo a su jerarquía; así, órgano de primera y órgano de segunda instancia, y *b)* a la iniciación de un procedimiento para dirimir y determinar lo conducente respecto a la pretensión de la parte que incoa dicho procedimiento; así, la demanda interpuesta ante un órgano jurisdiccional iniciará una instancia.

La *caducidad o perención de la instancia* es una forma anormal de terminación del proceso que sobreviene por la falta de actividad procesal de las partes dentro del procedimiento, en un lapso de tiempo determinado legalmente.

No existe acuerdo doctrinal respecto a si la caducidad de la instancia es un desistimiento tácito de la acción; si es formalmente una *sanción* a la inactividad procesal de las partes o si es una *presunción legal* de falta de interés en la continuación de la causa. La diferencia entre la segunda y la tercera acepciones no es sólo terminológica, sino que implica cuestiones diversas: si se afirma que se trata de una sanción legal, bastaría, en principio, con la declaración del órgano jurisdiccional que decreta la extinción de la instancia, o bien que opere de pleno derecho, sin la necesidad de notificar o citar a las partes antes de decretarla; asimismo, si se le otorga una naturaleza sancionatoria, su aplicación e interpretación necesariamente deberán ser restrictivas y mesuradas. En el segundo caso se trataría de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario y por lo tanto podría ser desvirtuada por las partes, y respecto a la cual tendría que materializarse la garantía de audiencia.

También es necesario determinar si la inactividad de las partes, que conllevaría a la caducidad de la instancia, se refiere a un simple no-hacer, es decir, no efectuar ningún acto procesal dentro del procedimiento en cuestión, o bien a que no obstante que las partes actúen o promuevan dentro del proceso, ninguna de dichas actuaciones sea propiamente de impulso procesal, es decir, que insten al órgano jurisdiccional para arribar a una sentencia que dé por terminada la instancia, como pueden ser, por ejemplo, el señalamiento de nuevo domicilio para oír o recibir notificaciones, el nombramiento de un nuevo representante legal o abogado, entre otras. Al respecto, si bien los sistemas jurídicos latinoamericanos, de manera expresa o mediante jurisprudencia, se decantan por que dicha actividad procesal sea de impulso o activación del proceso, Mariano Azuela Güitrón, ex ministro de la Suprema Corte de Justicia de México, señala que si la ley no contempla esa exigencia, cualquier promoción o acto procesal interrumpiría el término de la caducidad.

Los requisitos para que opere la caducidad de la instancia son:

- a)* Existencia de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional.
- b)* *Inactividad procesal*, que se traduce en la falta absoluta de actos procesales o promociones de las partes dentro del procedimiento que tengan la finalidad

de excitar al órgano jurisdiccional para que se pronuncie respecto al fondo del asunto a través de la sentencia. Al respecto, se requiere precisar que la inactividad debe provenir de la parte sobre la que recae precisamente esa carga procesal de incitar la actividad del órgano jurisdiccional, o bien de ambas partes, y ello en atención al principio dispositivo, de acuerdo con el cual, corresponde a las partes tanto la iniciación del proceso como el impulso del mismo hasta la etapa previa al dictado de la sentencia.

c) *Transcurso del tiempo* señalado legalmente para que opere la caducidad, mismo que debe contabilizarse desde la fecha de la última promoción o acto procesal, el cual, se entiende, tendría que cumplir con la característica exigida —para interrumpir el término de la caducidad— de impulsar o activar el proceso.

d) Que el órgano jurisdiccional se pronuncie, a petición de parte u oficiosamente, decretando la perención de la instancia (Argentina, Colombia). En otros casos (como el de México), la caducidad opera de pleno derecho, esto es, por el solo transcurso del tiempo y sin pronunciamiento por parte del órgano jurisdiccional que la decreta.

Se sostiene que la *justificación* o *fundamento* de la figura procesal en comento es evitar la acumulación o atiborramiento en los órganos jurisdiccionales de causas o procedimientos en los que ya no existe interés de las partes en su resolución; evitar la prolongación indefinida de los procesos, en pos de la seguridad jurídica, y que los órganos jurisdiccionales puedan avocarse al estudio de las nuevas causas o de aquellas en las que el interés de las partes por arribar a una sentencia es manifiesto. Por estas circunstancias se considera una institución de orden público, por lo que no admite renuncia o transacción entre las partes.

En relación con sus efectos:

a) La perención o caducidad en primera o única instancia tiene como consecuencia principal poner fin al proceso sin extinguir la acción o derecho respecto del cual se haya incoado el procedimiento, por lo que, en un principio, podrán las partes iniciar una nueva instancia con idéntica pretensión. No obstante, en algunos casos, como el de Colombia y Venezuela, la caducidad impide que el demandante inicie un nuevo proceso en los siguientes dos años, o nueve meses, respectivamente, contados a partir de que se notifique el auto que la decreta. Si en el segundo proceso entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión es decretada la perención, el efecto es la extinción del derecho pretendido (Colombia).

Asimismo, la caducidad en primera instancia implica que la demanda que la inicia se tendrá por no puesta, por lo que los efectos de la misma se retrotraerán, dejando las cosas en el estado en el que se encontraban hasta antes de su presentación, por lo que deja sin efecto, por ejemplo, la interrupción de la prescripción.

b) Por su parte, en tratándose de la caducidad en segunda o ulterior instancia, el efecto es el de dar fuerza de cosa juzgada a la resolución recurrida, es decir, aquella recaída en primera instancia y sobre la cual se interpuso la inconformidad o revisión en segunda instancia.

c) La determinación de caducidad de los incidentes no afecta el proceso principal, pero la caducidad de este último hace caducar aquéllos, y sólo en

tratándose de incidentes de previo y especial pronunciamiento, es decir, los que suspenden la tramitación del proceso hasta en tanto se resuelvan, sí producen la caducidad del principal.

Finalmente, cabe señalar que la caducidad o perención de la instancia es y será una figura controvertida, pues se afirma por algunos (entre ellos el ex ministro mexicano Mariano Azuela) que vulnera el derecho de los gobernados a que se les administre justicia, y a que ésta sea pronta, puesto que si se llega al extremo de la caducidad, que sobreviene luego de la inactividad procesal por más de 365 días (como señala el Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano), por más de seis meses en primera instancia (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina; Código de Procedimiento Civil colombiano), o por más de dos años en segunda instancia (Ley de Enjuiciamiento Civil española), ello significa, *a fortiori*, una dilación del órgano jurisdiccional en resolver los asuntos sometidos a su consideración, lo que implicaría la vulneración de dicho principio.

*Wendy Vanesa Rocha Cacho*

## CADUCIDAD DEL PROCESO

La caducidad o perención del proceso es una forma anormal de extinción o fenecimiento del proceso por actualizarse alguna de las hipótesis señaladas legalmente, entre las que se encuentran: la transacción, conciliación o conveniencia; el desistimiento o renuncia; el allanamiento, y la caducidad de la instancia. Así, sobrevendrá la caducidad del proceso cuando las partes arriben a un acuerdo o efectúen un *convenio* o *transacción* que extinga la materia del litigio; cuando se cumpla voluntariamente lo reclamado por alguna de las partes, con acuerdo o avenencia de la contraparte (*allanamiento*), o bien cuando el actor se desista de su pretensión antes de que la contraria haya sido emplazada a juicio (México, España), o en cualquier momento antes del dictado de la sentencia, ello con la conformidad del demandado, o incluso sin dicha avenencia (Argentina, Colombia, Venezuela) (*renuncia* o *desistimiento*).

Si bien el término “caducidad de proceso” es el que utiliza la legislación procesal mexicana para referirse a estos medios extraordinarios (en contraposición a la sentencia, que es la forma normal u ordinaria) de terminación del proceso, en Suramérica se los agrupa bajo el rubro “formas (o modos) anormales de terminación del proceso”, que parece a todas luces más adecuado en virtud de que el vocablo *caducidad* ha adquirido una connotación extintiva, relacionada con la inactividad procesal de las partes, que no se presenta en el allanamiento, la transacción y el desistimiento, los cuales implican, necesariamente, actividad procesal (allanarse, transigir, desistirse), y que de igual forma tienen como consecuencia el fenecimiento del proceso. Es por ello que estimo conveniente la sinonimia entre caducidad o perención del proceso y caducidad o perención de la instancia que se observa, por ejemplo, en la legislación procesal colombiana.

Por su parte, la expresión “formas anormales de terminación del proceso” se identifica, por lo general, con la *inexistencia* o *ausencia de sentencia* que dé por concluido el proceso, lo que no es del todo exacto, puesto que el allana-

miento, por ejemplo, tiene como uno de sus efectos que el órgano jurisdiccional dicte sentencia condenatoria, por haberse allanado el demandado a las pretensiones del demandante; no obstante ello, se le considera como una forma anormal o extraordinaria de terminación del proceso debido a que la sentencia sobreviene antes de que se hayan agotado las fases procedimentales necesarias —en el transcurso normal de un proceso— para arribar a la misma.

La perención del proceso, cualquiera que sea la causa que la motive —excepción hecha de la caducidad de la instancia, que puede operar de pleno derecho— deberá ser decretada, a petición de parte o de oficio, por el órgano jurisdiccional ante el que se sustancia el procedimiento.

Por lo que respecta a sus *efectos*:

a) La *renuncia* o *desistimiento* extingue el proceso (en caso de “desistimiento del proceso” propiamente dicho) o el derecho respecto del cual dio inicio la causa (en caso de “desistimiento del derecho”). En la primera hipótesis podrá iniciarse un nuevo procedimiento sobre el mismo objeto, puesto que el derecho que suscitó la instancia en la que se produce el desistimiento queda a salvo, aun cuando legalmente se exija el transcurso de cierto tiempo antes de que el demandante pueda accionarlo de nuevo. Por el contrario, en el caso de la segunda hipótesis no podría incoarse un nuevo proceso, por considerarse extinguido el derecho en el que se fundó la instancia que se desiste. También se le ha reconocido expresamente el efecto de anular todos los actos procesales verificados luego de la presentación de la demanda, así como sus consecuencias.

En los procedimientos constitucionales, por su parte, el desistimiento en tratándose de controversias constitucionales será improcedente cuando la demanda se haya presentado en contra de normas generales.

b) En relación con la *transacción*, el *convenio* o la *conciliación*, el acuerdo en el que conste deberá ser homologado por el órgano jurisdiccional, caso en el que se le equiparará a una sentencia, pondrá fin al proceso y adquirirá entre las partes calidad de cosa juzgada.

c) El *allanamiento* del demandado a las pretensiones del demandante, ya sea total o parcial (esto es, si comprende todas o sólo algunas de las pretensiones), podrá efectuarse en cualquier estado de la causa, hasta antes del dictado de la sentencia. En tratándose del allanamiento total, el juez dictará sentencia conforme a derecho, la cual tendrá como consecuencia la extinción del proceso; en tanto que en el parcial, deberá disponerse la continuación del proceso sólo en relación con las pretensiones no contempladas en el mismo.

d) Por lo que hace a la caducidad de la instancia, la tendencia actual se orienta hacia su eliminación en los juicios o procedimientos constitucionales. Así, por ejemplo, en la nueva Ley de Amparo mexicana, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, se suprimió esta figura procesal como una de las causales de terminación anormal del juicio de amparo, que es, por antonomasia, el mejor y más bello “mecanismo de protección... para salvaguardar los derechos fundamentales” (véase amparo).

Wendy Vanesa Rocha Cacho

## CALIFICACIÓN DE LAS ELECCIONES

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

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

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

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

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

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

La *calificación de las elecciones* tiene que ver, precisamente, con la facultad de constatar que tales procedimientos se ajustan a las condiciones y requisitos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



predeterminada resuelva la calificación de las elecciones, obedeciendo a intereses político-partidistas, subyugando consideraciones de tipo jurídico.

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

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

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

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

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

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

*María del Carmen Alanís Figueroa*

## CÁMARA DE DIPUTADOS

Órgano político colegiado integrante del Poder Legislativo, el cual tiene como función principal iniciar, discutir y aprobar las normas jurídicas de aplicación general, impersonal y abstracta.

En México, la Constitución federal (artículo 50) dispone que el Poder Legislativo se depositará en el Congreso de la Unión, el cual será de organización bicameral: Cámara de Senadores y Cámara de Diputados. El sistema bicameral vigente en México fue inspirado del establecido en Estados Unidos de América, que a su vez tuvo inspiración del Parlamento inglés, donde existía la Cámara de los Comunes, representante de la burguesía, y la Cámara de los Lores, que representaba a la nobleza y a los grandes propietarios. De manera distinta, en Estados Unidos de América el Poder Legislativo se dividió en la Cámara de Representantes, como ente representante de la población, y el Senado, que se estableció como representante de las entidades federativas.

En nuestro país, la Constitución Política Federal de 1824, las Siete Leyes Constitucionales de 1836, las Bases Orgánicas de 1843 (en las Siete Leyes y en las Bases Orgánicas, el Senado no estuvo integrado por representante de las entidades federativas, sino de miembros provenientes o designados por la Cámara de Diputados, por designación del presidente de la República y de la Suprema Corte de Justicia, así como de integrantes que hubieran sobresalido en el campo civil, castrense o eclesiástico, entre otros), y el Acta de Reformas de 1847 (que reinstauró la Constitución de 1824 con algunas modificaciones) establecieron un sistema bicameral; sin embargo, la Constitución mexicana de 1857 suprimió al Senado y dejó al Poder Legislativo únicamente integrado por la Cámara de Diputados.

Conforme a los sistemas políticos y las disposiciones constitucionales vigentes, cada Estado elige la forma de integración de la Cámara de Diputados (en la mayoría de los casos son electos vía sufragio directo, universal, secreto y bajo los sistemas de mayoría relativa, representación proporcional o mixto), su organización y funcionamiento interno. Actualmente en México, la Cámara de Diputados está integrada por 500 diputados que son elegidos cada tres años por un sistema mixto; 300 diputados son electos conforme al principio de votación mayoritaria relativa, correspondiente a los 300 distritos electorales uninominales en que se divide el territorio nacional, y 200 diputados que serán electos según el principio de representación proporcional. Los requisitos de elegibilidad son: edad mínima de 21 años; ser ciudadano mexicano por nacimiento y originario de la entidad en que se haga la elección o vecino de él; no estar activo en el ejército federal, policía o gendarmería, ni tener cargo de alto funcionario público en ejercicio; no ser ministro de algún culto religioso o diputado federal propietario o suplente.

Como anteriormente mencionamos, la función principal de la Cámara de Diputados es la legislativa, sin embargo las funciones de la Cámara de Diputados a los largo del tiempo se han ampliado; en México, este órgano legislativo realiza diversas actividades de carácter hacendario, financiero, presupuestal, de fiscalización y tiene intervención en la declaración de procedencia o desafuero de servidores públicos.

El funcionamiento de la Cámara de Diputados en México se realiza por medio de sesiones, las cuales pueden ser: *ordinarias*, celebradas en los días hábiles o feriados de los dos periodos constitucionales (del 1.º de septiembre al 15 de diciembre, salvo el año en que el presidente inicia su encargo, y del 1.º de febrero al 30 de abril), y las sesiones *extraordinarias*, que se celebran fuera de estos periodos y son convocadas por la Comisión Permanente. A su vez, las sesiones son *públicas* en aquellos casos que se permite la asistencia del público; *secretas* cuando sólo intervienen los miembros de la Cámara; *permanentes* las llevadas a cabo por determinación de la Asamblea General, y *prorrogadas* cuando una vez agotado el tiempo de una sesión ordinaria, ésta se extiende por voluntad de la Asamblea.

Respecto a la organización, todas las cámaras de diputados tienen órganos de gobierno, dirección y administración; los órganos de gobierno y dirección son la Asamblea General, la Mesa Directiva, los grupos parlamentarios y aquellos dedicados al trabajo de dictamen legislativo, denominados comisiones o comités, integrados por las diferentes corrientes políticas; los órganos de administración son aquellos que realizan funciones internas de control, gestión y comunicación como la Contraloría General, los comités de administración, Oficialía Mayor, Tesorería, Archivo y Biblioteca, entre otras unidades administrativas establecidas en la legislación de cada nación.

Es importante señalar que en México la Cámara de Diputados cuenta con autonomía reglamentaria, es decir, tiene la facultad de expedir las reglas que regula su estructura y funcionamiento interno.

*Teresa Paulina Díaz García*

## CÁMARA DE SENADORES

Para poder hablar de la Cámara de Senadores es necesario entender la concepción básica de diversas cuestiones, como lo es el Parlamento (funciones, integración y atribuciones), desde un punto de vista y concepción general.

En este sentido, el Parlamento es un vocablo establecido comúnmente como un sinónimo de Poder Legislativo; según lo manifestado por Francisco Berlín Valenzuela, Parlamento es un órgano político colegiado de carácter representativo, en el que recaen las funciones más elevadas de la dirección de un Estado-nación, quien además de las funciones para crear leyes que regulen el desarrollo normal del Estado, efectúa acciones para controlar actos de los gobernados.

El Parlamento tiene y ha tenido a lo largo de su reconocimiento dentro de variadas culturas y Estados-nación, diversas funciones, entre las cuales encontramos a algunas de las más importantes, como son: *a)* función *representativa*, pues se erige como un representante de las necesidades del pueblo; *b)* función *deliberativa*, a partir de la función representativa se reflexiona y piensa respecto de los instrumentos más idóneos para hacer valer la voz y representación que se tiene del común popular; *c)* función *financiera*, pues comúnmente se le encomienda al Parlamento aspectos relacionados con la hacienda pública y la economía propia de un Estado-nación; *d)* función *legislativa*, esta atribución se desprende de la voluntad soberana del pueblo que se manifiesta

en una función representativa, misma que a su vez pasa a ser deliberativa, para finalmente establecer una normatividad que refleje las necesidades de los gobernados y las formas comúnmente aceptadas para el desarrollo de la convivencia armónica entre las personas, y *e*) función *de control*, a través del establecimiento de acciones de gobierno que permitan generar los mecanismos adecuados para el desarrollo común de las actividades del Estado-nación y de los ciudadanos, etcétera.

En relación con lo inmediatamente señalado, el Parlamento en lo general, para una adecuada representación de los intereses del pueblo y del Estado-nación, se puede dividir para su funcionamiento en estructuras unicamerales (son aquellos regímenes políticos que cuentan con un sistema de sólo una cámara de representación de los intereses del pueblo y del Estado, para su debido funcionamiento) y en bicamerales (son aquellos regímenes políticos que cuentan con un sistema de dos cámaras de representación popular y estatal, para su debido funcionamiento).

Los antecedentes del Senado como un órgano del Estado mexicano se pueden referenciar desde la Constitución Española de Cádiz, misma que rigió, durante algún periodo, al territorio de la Nueva España, estableciéndose en ella la idea de un cuerpo legislativo integrado por dos cámaras, en donde una haría las veces y se conduciría como la cámara alta, en términos semejantes al del modelo británico. Fray Servando Teresa de Mier puntualizó la importancia de un Senado, siendo Miguel Ramos Arizpe quien luchó y reconoció un órgano legislativo bicameral a través de la formulación del proyecto del Acta Constitutiva de la Federación, la cual establecía las bases a las que debía sujetarse el Congreso para redactar la Constitución. En este sentido, la Constitución mexicana de 1824 estableció una división y separación de los poderes públicos, previéndose la idea de un Poder Judicial, pero sobre todo Legislativo, que fuera fuerte y autónomo.

Por su parte, la Constitución mexicana de 1857 suprimió al Senado y dejó al Poder Legislativo integrado de forma unicameral. Es de señalar que en el tiempo que fue presidente Benito Juárez García, propuso al Congreso (Poder Legislativo unicameral en el Estado mexicano) la inclusión de nueva cuenta del Senado para propiciar un equilibrio adecuado del poder en un sistema federalista, planteamiento que no prosperó. No fue sino hasta el 13 de noviembre de 1874 cuando se restauró en México al Senado de la República, iniciando sus trabajos a partir de la apertura del Congreso Federal el 16 de septiembre de 1875. En este sentido, también en México, fue a partir de la conformación del Congreso Constituyente de 1917 cuando se reafirmó la necesidad de contar con un Poder Legislativo bicameral, y con ello se validó plenamente la existencia del Senado de la República.

El Poder Legislativo en el Estado mexicano se establece en un Congreso general, mismo que se divide de forma bicameral, una de Diputados (cámara baja), con un total de 500 miembros, y otra de Senadores (cámara alta), con un total de 128 miembros. En ambas cámaras se analizan, discuten y aprueban las normas que constituyen el sistema normativo-jurídico de la nación.

La forma de elección del Senado en el Estado mexicano se prevé dentro del contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

en su numeral 56, mismo que establece que se compondrá por un total de 128 senadores, de los cuales: *a)* 64 se eligen por el principio de votación mayoritaria relativa; *b)* 32 senadores se asignan por primera minoría, uno para cada uno de los estados, y *c)* 32 se asignan por el principio de representación proporcional. La duración en el cargo de senador es de 6 años. El lapso de tres años de funciones de las y los legisladores federales en el Estado mexicano (senadores y diputados) constituye una legislatura; para ello, el cómputo de un año legislativo se determina, comúnmente, desde el 1.º de septiembre del año respectivo al 31 de agosto del siguiente año calendarizado. Además, para poder ser electo senador, deben cubrirse de diversos requisitos, mismos que se encuentran contenidos en el numeral 58 de la Constitución mexicana.

En México, la Cámara de Senadores, o también denominado Senado de la República, tal y como ya se mencionó, se integra por 128 miembros elegidos de forma democrática, los cuales esencialmente ejecutan sus funciones con base en las necesidades que tiene el Estado en su conjunto, debido a que su representación es básicamente territorial, a *contrario sensu* de la Cámara de Diputados, la cual ejerce sus atribuciones con base en los intereses y necesidades de la representación soberana del pueblo.

*César Bernal Franco*

## CAMBIO CLIMÁTICO (MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL)

La expresión cambio climático se utiliza comúnmente para describir dos fenómenos en el clima del planeta Tierra. Primero los cambios climáticos naturales, que pueden ser cortos o no muy cortos (entre estaciones, ciclos regulares anuales, algunas décadas, unos cuantos cientos de años), o los muy largos (fases glaciales e interglaciales). Segundo, el cambio climático inducido por los seres humanos como resultado de las crecientes concentraciones de gases de efecto invernadero que alteran la composición natural de la atmósfera, provocando una variación en el clima, y que abarca de los últimos 150 a 100 años hasta los próximos 50 a 100 años o más. Este segundo fenómeno es el que ha llamado la atención de la comunidad internacional que ha derivado en la creación de un régimen jurídico climático.

Aunque se atribuye al sueco Svante Arrhenius haber publicitado en 1896 que los gases de efecto invernadero producidos por los seres humanos tendrían una repercusión en el calentamiento del clima (lo que él asumía favorable), fue hasta la década de los setenta del siglo pasado que el cambio climático formó parte de las discusiones ambientales entre las naciones. A partir de la celebración de la Primera Conferencia Mundial sobre el Clima en Ginebra, Suiza, en 1979, ha prosperado un marco jurídico internacional conformado por normas e instrumentos vinculantes (derecho duro o *hard law*) y no vinculantes (derecho suave o *soft law*).

El primer tratado de importancia global (vinculante pero con alto contenido *soft*) fue adoptado en mayo de 1992; se abrió a la firma en junio del mismo año en la Cumbre de la Tierra (Río de Janeiro, Brasil) y entró en vigor en marzo de 1994. Se trata de la Convención Marco de las Naciones Unidas

sobre el Cambio Climático (en adelante, la Convención), cuyo objetivo último es el de lograr “la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible”.

La Convención inserta en su texto principios fundamentales del derecho internacional ambiental (e.g. el de responsabilidades comunes pero diferenciadas, el de precaución, el de desarrollo sustentable, etcétera) y establece dos tipos de compromisos para las partes contratantes. Primero, los compromisos genéricos, que aplican a todas las partes pero que son mínimos, y que bien podrían caracterizarse como disposiciones *soft law* por su contenido político, programático y de cooperación. Segundo, los específicos, que aplican, por un lado, a las partes enumeradas en el Anexo I de la Convención que son tanto los países desarrollados como los que están en proceso de transición a una economía de mercado y, por el otro, a los países desarrollados y a los países que figuran en el Anexo II.

La Convención establece la Conferencia de las Partes (en adelante, COP), que en su calidad de órgano supremo examina la implementación de la Convención y de cualquier otro instrumento jurídico conexo adoptado por la propia COP, y toma las decisiones necesarias relativas a su aplicación eficaz. Siguiendo lo establecido por la Convención, el Mandato de Berlín de 1995 (COP-1) y la Declaración Ministerial de Ginebra de 1996 (COP-2), se adoptó en Japón, en diciembre de 1997 (COP-3), el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en adelante, PK). El PK, que precisa y desarrolla las disposiciones de la Convención y lo establecido en las COPs anteriores, entró en vigor en febrero de 2005 y es el segundo tratado multilateral de importancia global en materia climática.

Destacan dos cuestiones jurídicas en el PK. Primero, se establecen compromisos cuantificados de limitación y reducción de las emisiones de los gases de efecto invernadero enumerados en el Anexo A (emisiones agregadas expresadas en bióxido de carbono). Lo anterior para los países desarrollados, la entonces Comunidad Europea y sus miembros, y los de economías en transición según el listado del Anexo B del propio PK. El fin de estos compromisos, vinculantes, es el de reducir individual o conjuntamente el total de las emisiones por lo menos en un 5% para un primer periodo que abarca de 2008 a 2012, tomando como referencia los niveles de emisión de 1990. Algunos países pueden aumentar sus emisiones, otros quedarse en el nivel establecido, y otros reducirlas.

Segundo, se determinan tres mecanismos flexibles para lograr el cumplimiento de los compromisos asumidos: a) proyectos de aplicación conjunta (*joint implementation*); b) mecanismos para un desarrollo limpio (*clean development mechanism*), y c) comercio de los derechos de emisión (*emissions trading*). Con estos mecanismos se ha creado un marco jurídico de aplicación regional y bilateral en el que pueden participar las partes incluidas o no —según sea el caso— en el Anexo I de la Convención. Por ejemplo, en el caso del comercio

de derechos de emisión destaca a nivel regional la expedición de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que se aprobó en octubre de 2003 y entró en vigor en ese mismo mes y año. En el mecanismo para un desarrollo limpio, cuyo número de instrumentos bilaterales es muy amplio e incluye tanto tratados internacionales como tratados en forma simplificada, se puede hablar del acuerdo celebrado entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República Francesa (junio de 2005). Para el de aplicación conjunta, un buen ejemplo es el proyecto de protección forestal y de especies en peligro de extinción *Bikin Tiger Carbon Project* (enero de 2013), ubicado en Primorsky Krai, al sureste de Rusia.

En 2007, en Bali, Indonesia (COP-13), se acordó iniciar las negociaciones y una ruta crítica para un segundo periodo de cumplimiento. Se tendría un documento final en 2009 en Copenhague, Dinamarca (COP-15), pero ni en ésta ni en la siguiente conferencia donde también se tenía cierta expectativa en este sentido, *i.e.* la de Cancún, México (COP-16), se logró adoptar un régimen climático vinculante para después de 2012. No obstante, y tras la celebración de las conferencias siguientes, en Durban, Sudáfrica, en 2011 (COP-17), y en Doha, Qatar, en 2012 (COP-18), la comunidad internacional ha logrado ciertos acuerdos importantes. Entre ellos: *a)* el compromiso de las partes para mantener el aumento de la temperatura media mundial respecto a niveles preindustriales por debajo de 2° C; *b)* la creación y funcionamiento del Fondo Verde para el Clima; *c)* alcanzar el objetivo conjunto de los \$100,000 millones de dólares de los Estados Unidos de América anuales para el 2020 de las partes que son países desarrollados; *d)* la extensión por 8 años más (a partir de enero de 2013) del régimen vinculante existente para un segundo periodo de cumplimiento, y *e)* la adopción de un nuevo acuerdo climático universal *hard* para 2015, con aplicación (entrada en vigor) en 2020.

*César Nava Escudero*

## CAPACIDAD PROCESAL

En virtud de que existe la fuerte tendencia por parte de un sector cada vez más numeroso de la doctrina contemporánea, esencialmente latinoamericana, que considera que la naturaleza del derecho procesal constitucional se debe entender a partir de la teoría general del proceso, entonces con base en su estudio es que se debe realizar el esfuerzo por tener la cabal comprensión de las categorías como la que nos ocupa, “capacidad procesal”, que es empleada en los procesos constitucionales y que utiliza la disciplina que se encarga de su estudio, en donde, obviamente, es necesario tener en cuenta sus peculiaridades e incluso crear categorías nuevas por su calidad de autónoma.

En efecto, un antecedente valioso para comprender los conceptos que se utilizan en el derecho procesal constitucional nos lo proporciona el derecho procesal civil, en donde existen abundantes estudios sobre la capacidad procesal, así como de otras categorías que se relacionan íntimamente con ella, tales como capacidad para ser parte, o bien el de legitimación, aunque debemos estar conscientes de las características propias de la materia que abordamos y los efectos que tenga en la práctica.



En el entendimiento de la capacidad procesal hay coincidencia en la doctrina de que se trata de un presupuesto procesal, es decir, supuestos previos al juicio, sin los cuales no puede pensarse en él (Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*). También debemos tener en cuenta que esta rama del derecho se basa en categorías empleadas por el derecho civil, de ahí que hay quienes consideran que es reflejo del mismo, concretamente nos referimos a la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, por ello Guasp estima que la locución que estudiamos consiste en: “la capacidad para poder realizar con eficacia actos procesales de parte. Igual que la capacidad para ser parte era el paralelo de la simple capacidad jurídica, la capacidad procesal es el paralelo, aunque tampoco idéntica, a la capacidad para obrar en el derecho civil” (Guasp, Jaime, *Derecho procesal civil*).

Ahora bien, aludimos *supra* al término “legitimación”, que es también esencial para comprender a cabalidad al derecho procesal constitucional, y lo traemos a colación, ya que un gran sector de la doctrina lo asemeja y otros lo identifican con la llamada legitimación *ad causam*, lo cual conviene detenerse a explicar.

Doctrinal y jurisprudencialmente se ha diferenciado entre *legitimatio ad processum* y *legitimatio ad causam*; a la primera se le ha asignado el significado de ser la capacidad para comparecer a juicio, en tanto que a la segunda como una condición para obtener sentencia favorable. Entonces, hay quienes identifican la *legitimatio ad processum* con la capacidad procesal y la definen como “la aptitud para comparecer a juicio”. Por tanto, una corriente distingue entre los dos tipos de legitimación, mientras que otra se inclina por nombrar las categorías procesales como capacidad procesal y legitimación, de ahí que al referirse a la legitimación procesal, Guasp afirma que sea: “la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas, que se hallan en una determinación relacional con el objeto del litigio y, en virtud de la cual exige, para que la protección procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como parte en tal proceso” (p. 185).

El empleo de estas categorías en el derecho procesal constitucional es esencial para comprender las diferentes etapas por las que transitan los procesos constitucionales; sin embargo, debemos tomar en cuenta el modelo de control de la constitucionalidad de que se trate y los medios a los que en concreto nos reframos para identificar cuál es su aplicación práctica. Así pues, si hacemos equivalente la capacidad procesal con la *legitimatio ad processum*, es necesario reconocer en el texto constitucional los entes legitimados que están en aptitud para comparecer a juicio y a través de quienes actúan en el proceso, ya que en este tipo de legitimación los presupuestos procesales se refieren, precisamente, a la capacidad procesal y a la representación como condiciones a acreditar para comparecer a juicio (Gozainí Osvaldo, Alfredo, *Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales*).

En el modelo de control difuso quienes realizan la función de control de constitucionalidad son todos los órganos judiciales, lo ejercitan incidentalmente y con ocasión de la decisión de las causas de su competencia (Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado*). Entonces supongamos que hay una controversia jurídica ante un juez ordinario y una



de las partes considera que una norma viola uno de sus derechos humanos reconocidos por la Constitución, quien puede hacer la petición que no se aplique es aquel que tiene un derecho propio (también de oficio el juez puede desaplicarla por considerar que es contraria a la Constitución).

En el modelo de control concentrado, “la legitimación está subordinada a la cuestión que atiende” (Gozainí, p. 113); por ejemplo, si se trata de una acción abstracta de inconstitucionalidad, los legitimados serán aquellos órganos que actúen como “defensores abstractos de la Constitución” (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*), señalados por el texto constitucional. Este instrumento de control de constitucionalidad es utilizado por las minorías legislativas en determinado número o porcentaje; además de ellas, en cada sistema en particular se agrega a otros sujetos legitimados para promover la demanda respectiva, por ejemplo, en España, el presidente del gobierno, el Defensor del Pueblo, los órganos colegiados ejecutivos y las asambleas de las comunidades autónomas; en México, en la acción de inconstitucionalidad, el procurador general de la República, los partidos políticos y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; en Perú, en el proceso de inconstitucionalidad, el presidente de la República, el fiscal de la nación, el Defensor del Pueblo, los ciudadanos en número de cinco mil, los presidentes de región y los colegios profesionales. En los conflictos de competencia entre los órganos del poder público, pueden comparecer a juicio los entes que especifica la Constitución respectiva, que consideren que se ha invadido su esfera de competencia. Entonces, según sea lo que se atienda en el proceso, ello determinará quiénes tienen la aptitud para comparecer a juicio y qué tan amplia será la lista de ellos; de ahí que Néstor Pedro Sagüés, en su obra de *Derecho procesal constitucional*, clasifique la legitimación en restringida, amplia y amplísima.

En conclusión, al ser la capacidad procesal un presupuesto procesal, se convierte en una llave de acceso a la justicia que es un derecho reconocido por las diversas Constituciones y los instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1).

*Miguel Ángel Rodríguez Vázquez*

## CARGA PROCESAL

La locución “carga procesal” tiene más de un significado, pues puede referirse al volumen de asuntos que está conociendo un órgano jurisdiccional, pero también es una categoría fundamental para comprender la esencia del proceso, así como la situación que tienen las partes dentro del mismo que es la que aquí se abordará, pero se debe diferenciar de las obligaciones procesales, puesto que en la práctica en ocasiones se confunden, no obstante que su naturaleza jurídica es distinta, tal como lo explica la doctrina y la jurisprudencia.

Dicha expresión se debe al procesalista Goldschmidt, quien concibió al proceso como una situación jurídica en la que hay expectativas, posibilidades y cargas. Para explicar lo anterior utilizó la metáfora de la paz y de la guerra,

en la que, en la primera, la relación del Estado con su territorio y sus súbditos es estática, pero cuando la guerra estalla, “los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo derecho puede aniquilarse como consecuencia de haber desaprovechado toda ocasión o descuido de una carga; como al contrario, la guerra puede proporcionar al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde...” (Goldschmidt, James, *Principios generales del proceso*).

En tal virtud, dentro del proceso las partes tienen cargas que no constituyen propiamente obligaciones, sino que tienen ciertos imperativos fijados normativamente que en caso de que no se lleven a cabo les ocasionará algún perjuicio, o como diría el jurista antes citado: “son imperativos del propio interés”.

Más aún, Couture explica claramente la diferencia entre obligaciones y cargas: “mientras en la obligación el vínculo está impuesto por un interés ajeno (el del acreedor), en la carga el vínculo está impuesto por un interés propio. La oposición entre obligación y carga no reside, pues, en la sujeción de la voluntad, que es un elemento común a ambos fenómenos” (*Fundamentos de derecho procesal civil*); de ahí que cuando se incumpla una obligación se establece a favor del acreedor un derecho, en tanto que si la carga es insatisfecha sólo creará un perjuicio para el deudor.

En la jurisprudencia de las Cortes de diversos países se ha hecho la diferenciación entre deberes, obligaciones y cargas procesales; por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia fijó criterio en tal sentido y dijo que los deberes son imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso y que se dirigen tanto al juez como a las partes y a los terceros, por tanto, en caso de que sean incumplidos se sancionarán en forma diferente; por lo que respecta a las obligaciones procesales estimó que son aquellas de contenido patrimonial impuestas a las partes con ocasión del proceso, verbigracia, las surgidas de la condena en costas, y en cuanto a las cargas procesales consideró que “son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso” (Sala de Casación Civil, M.P. Horacio Montoya Gil, auto de 17 de septiembre de 1985, que resolvió una reposición, *Gaceta Judicial*, t. CLXXX, No. 2419, Bogotá, 1985, p. 427).

La petición que reiteradamente se presenta ante los órganos de control de constitucionalidad en relación con las cargas procesales es en el sentido de que se declare la inconstitucionalidad de algún artículo de la ley que las fija de tal o cual manera y que tienen que ser cumplidas por las partes durante el proceso, y para ello se argumenta que están en contra de la Constitución por ser desproporcionadas, irrazonables e injustas.

Un ejemplo de lo anterior es la carga de presentar una demanda (hay otras cargas procesales, tales como la de impulso procesal y la de probar), ya que si no se hace dentro del lapso concedido por la norma jurídica se corre el riesgo de que surta efectos la caducidad o prescripción, según sea la regu-

lación de éstas por los legisladores, pues las leyes fijan límites temporales para ejercer acciones. Todo ello en aras de la seguridad jurídica y evitar la indefinición por tiempo indeterminado de los derechos sustanciales que argumenten las partes tener a su favor. Sin embargo, pudiera suceder que el demandante cometa el error de acudir a la jurisdicción que no le corresponde y, por tanto, el juez que conoce del asunto no es el competente para aplicar la ley al caso concreto, lo que pudiera generar que no se interrumpa la prescripción y se haga realidad dicha sanción procesal en contra del actor.

En casos como el antes relatado, los órganos de control de constitucionalidad, para determinar si lo dispuesto en la norma que se impugna carece de razonabilidad y de proporcionalidad, evalúan lo siguiente: “i) si la limitación o definición normativa persigue una finalidad que no se encuentra prohibida por el ordenamiento constitucional; ii) si la definición normativa propuesta es potencialmente adecuada para cumplir el fin estimado, y iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada con el fin de establecer los alcances de la norma demandada y sus implicaciones constitucionales” (sentencia C-662/04 de la Corte Constitucional de Colombia, Dr. Rodrigo Uprimny Yepes, en la que, a su vez, cita la sentencia C-624 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Cabe aclarar que para el empleo correcto de la categoría procesal que estamos tratando en el derecho procesal constitucional, es necesario tomar en cuenta las peculiaridades propias de esta materia que se ha consolidado como disciplina autónoma, de tal manera que, por ejemplo, en cuanto a la carga de la prueba, hay medios de control de constitucionalidad en los que no se prevé audiencia de desahogo de pruebas, ya que, como lo afirma Rubén Hernández Valle en *La prueba en los procesos constitucionales*, “cuando el objeto del proceso constitucional es verificar la constitucionalidad de una norma... no se requiere la demostración de hechos, pues en este caso basta con la confrontación de la norma impugnada con el parámetro de constitucionalidad”: incluso hay sistemas como el peruano en el que la regla general, salvo excepciones, es la ausencia de etapa probatoria, lo cual “no impide la realización de las actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso...” (art. 9o. del Código Procesal Constitucional de Perú). Lo cierto es que el juez constitucional juega un papel más activo en la adquisición de datos para resolver el asunto sometido a su conocimiento, y así tenemos que en ciertos procesos se nutre de información a través de los informes que solicita e incluso puede ordenar se desahoguen algunos medios probatorios que considere oportunos, según lo permita la naturaleza del medio de control de constitucionalidad.

*Miguel Ángel Rodríguez Vázquez*

## CARRERA JUDICIAL

La *carrera judicial* es la institucionalización de la selección y designación de los jueces y magistrados, así como del ascenso de los servidores públicos en los cargos vinculados a las labores jurisdiccionales, dentro de los poderes judiciales.

Tiene por objeto que se lleve a cabo adecuadamente la formación y capacitación de estos servidores públicos, a fin de que los mejor preparados puedan ascender a través de las distintas categorías que la conforman, hasta acceder a los cargos de juez o magistrado.

La incorporación de la carrera judicial en el sistema jurídico implica el reconocimiento y la salvaguarda de diversas garantías, dentro de las que se destacan:

a) *Objetividad en la selección y designación de jueces y magistrados.* Los aspirantes a cargos jurisdiccionales se tienen que encontrar en igualdad de condiciones de participar y demostrar su aptitud para acceder a los mismos, lo cual se alcanza con la implementación de concursos de oposición. En diversos sistemas jurídicos también se llevan a cabo cursos que se deben realizar ya sea de forma previa o bien de manera posterior a los concursos correspondientes, los cuales incluso pueden ser vinculantes para el acceso al cargo de juzgador, y tienen como objeto que los aspirantes perfeccionen sus conocimientos en diversas ramas vinculadas a la labor jurisdiccional.

b) *Acceso a la capacitación.* Dentro de la carrera judicial es necesario que existan programas de capacitación con el fin de que los integrantes de la misma fortalezcan sus conocimientos. Para llevar a cabo lo anterior, las escuelas judiciales cobran especial importancia, pues son órganos especializados en formación y actualización sobre temas jurisdiccionales, a través de cursos confeccionados con base en las necesidades de la impartición de justicia.

c) *Remuneración fija.* Una vez que los servidores públicos, y en particular los juzgadores, dejan de preocuparse de sus necesidades básicas, así como de las de su familia, se encuentran en un estado óptimo para desempeñar sus funciones; en esa medida se requiere que cuenten con una remuneración fija y suficiente a fin de que otros factores no distraigan su atención.

d) *Permanencia y ratificación en el cargo.* La permanencia y, en caso de que se encuentre prevista, la ratificación en el cargo de los juzgadores deben sustentarse en parámetros objetivos.

Aunado a lo anterior, la carrera judicial encuentra soporte en los principios que orientan la labor de los juzgadores; en el supuesto del sistema jurídico mexicano se reconocen a nivel constitucional los relativos a la independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia, los cuales se desarrollan en el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, y de los que a continuación se refiere su contenido.

e) *Independencia.* Es la actitud del juzgador frente a influencias extrañas al derecho, lo que implica que debe juzgar a partir del derecho, y no de presiones o intereses extraños.

f) *Imparcialidad.* Consiste en juzgar con ausencia absoluta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguno de los justiciables.

g) *Objetividad.* Consiste en que el juez emita sus fallos por las razones que el derecho le suministra, y no por las que se deriven de su modo personal de pensar o de sentir.

h) *Profesionalismo.* Es la disposición para ejercer de manera responsable y seria la función jurisdiccional, con relevante capacidad y aplicación.

i) *Excelencia*. El juzgador se perfecciona cada día para desarrollar las siguientes virtudes judiciales: humanismo, justicia, prudencia, responsabilidad, fortaleza, patriotismo, compromiso social, lealtad, orden, respeto, decoro, labiosidad, perseverancia, humildad, sencillez, sobriedad y honestidad.

La carrera judicial implica la necesidad de que se defina el perfil que se requiere de los juzgadores, para lo cual los principios que la conforman proporcionan esta guía, y con base en esta definición se deben realizar tanto los concursos de oposición para acceder a los cargos de juez o magistrado, como la capacitación de los servidores públicos, a fin de que los poderes judiciales respondan a los requerimientos de la impartición de justicia.

Lo anterior es así, pues los órganos jurisdiccionales deben estar integrados por juristas con los conocimientos, experiencia y aptitudes que les permitan desempeñar de la mejor forma el cargo de juzgador, pues en última instancia sus determinaciones repercuten en valores tales como la libertad, la propiedad, la familia, e incluso en la vida de los justiciables.

*Luis Fernando Angulo Jacobo*

## CASILLA ELECTORAL

Es el lugar donde los ciudadanos acuden a votar; lo anterior implica el espacio físico en el cual se instala la mesa directiva de casilla con sus respectivos funcionarios de casilla, ahí los funcionarios reciben y cuentan los votos de los ciudadanos, pero también comprende al espacio en donde se encuentra la mampara o compartimento diseñado para ejercer el voto de manera libre y secreta, así como la urna para que los ciudadanos depositen el voto.

De ahí que se pueda decir que se trata del recinto o lugar que se utiliza por las autoridades electorales que tienen la potestad que legalmente les es conferida para recibir y escutar los votos de los electores, y que frecuentemente es conocido como mesa electoral, a efecto de asegurar la libertad y el secreto en el acto de la emisión del derecho al sufragio.

Este receptor de la voluntad ciudadana es el elemento físico a través del cual se materializa el inicio de la votación y recepción de votos; es un componente indispensable del día de la jornada electoral, porque a ese espacio físico es al que acuden los ciudadanos, dependiendo de la ubicación geográfica, sección o distrito al que se encuentra inscrito un ciudadano, para acudir ante este centro de recepción de votación.

Puede ser identificada también como mesa electoral; en algunos países latinoamericanos se entiende por casilla electoral el compartimento o cuarto del centro de votación en el que el elector cuenta con las condiciones para ejercer en secreto y libertad su sufragio. En México este compartimento está construido con mamparas. Por lo que resulta importante acotar el concepto de casilla no sólo como aquel material electoral diseñado ya sea en forma de mampara o cancel electoral portátil, toda vez que para efectos jurídicos y en especial para los efectos de nulidad de votación recibida en una casilla, de las establecidas en el art. 75 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, una de las causales puede ser la instalación de casilla sin causa justificada en lugar distinto al señalado, por lo que el concepto no pue-

de restringirse al compartimiento. Hay legislaciones que permiten la emisión del sufragio a distancia, ya sea por urna electrónica, boleta electrónica o por Internet, de ahí que la casilla electoral no es en sí misma la caseta, el cubículo o mampara.

En nuestro país se ha clasificado a las casillas electorales de la forma siguiente: *a)* básica: se instala en cada sección para recibir la votación de los electores de hasta 750 votantes, cuyo orden es alfabético; *b)* contigua: se instala junto a la básica cuando la sección es mayor de 750 votantes y se instalan tantas casillas como resulte de dividir el número de ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores entre 750; *c)* extraordinaria: se instala cuando las condiciones geográficas de una sección hacen difícil que todos los votantes que habitan en ella puedan llegar a un mismo sitio. Se puede acordar su instalación en lugares de fácil acceso para que atiendan a quienes viven cerca, y éstas a su vez pueden tener casillas continuas, y *d)* especiales: se instalan para recibir los votos de los electores que temporal y transitoriamente se encuentren fuera de la sección electoral que corresponde a su domicilio.

Asimismo, una de las clasificaciones más importantes se ha dado en tres distintas categorías: urbanas, rurales y mixtas (o de transición rural-urbana). Tal clasificación persigue fines operativos y logísticos, y la instalación de las casillas se basaba en el criterio de concentración de población, lo cual obedece al análisis de las condiciones locales, la infraestructura y los tiempos de traslado hacia las oficinas electorales, entre otros factores. En secciones electorales mixtas, algunas casillas pueden ser clasificadas como urbanas y otras como no urbanas, de acuerdo con las condiciones del lugar en el que se propone instalar la casilla.

Uno de los instrumentos indispensables para la ubicación de casillas es la división geo-referencial o cartografía distrital. Su revisión es necesaria para dimensionar el tamaño de la sección electoral, los límites con otras secciones, los puntos de referencia y el trazado de calles y avenidas en ésta. Adicionalmente, permite diseñar rutas para recorrer las casillas durante la jornada electoral. El número y la ubicación de las casillas electorales es decidido por ley conforme a la densidad poblacional y las condiciones y necesidades locales, con el fin de acercar las casillas a los electores y que todos los ciudadanos inscritos en la lista nominal puedan efectivamente votar. Los ciudadanos, funcionarios electorales y representantes de todos los partidos políticos participan activamente en la definición de las casillas a instalar.

Prohibiciones dentro y fuera de las casillas electorales: 1) los representantes generales de los partidos políticos podrán permanecer en ellas el tiempo necesario para cumplir con las funciones, pero no podrán interferir en el libre desarrollo de la votación ni tratar de adjudicarse las funciones que les son propias a los integrantes de la mesa directiva, en cuyo caso el presidente de la mesa directiva podrá conminarlos a cumplir con sus funciones y ordenar su retiro cuando éstos dejen de cumplir su función, coaccionen a los electores, o en cualquier forma afecten el desarrollo normal de la votación; 2) en ningún caso se debe permitir el acceso a las casillas a personas que se encuentren privadas de sus facultades mentales, intoxicadas, bajo el influjo de enervantes, ocultas o armadas. Y tampoco tendrán acceso, salvo para ejercer su derecho

de voto, miembros de corporaciones o fuerzas de seguridad pública, dirigentes de partidos políticos, candidatos o representantes populares; 3) no podrá colocarse propaganda electoral ni emblemas partidistas dentro o fuera (en los lugares de acceso) de la casilla electoral, y 4) los ciudadanos que desean sufragar deben permanecer formados afuera de la casilla y solo se permitirá el paso uno a uno de los electores en la medida en que vayan votando y saliendo del lugar; esto es, no deben permanecer dentro del lugar que ocupa la casilla una vez emitido el sufragio. El presidente de la mesa directiva podrá solicitar, en todo tiempo, el auxilio de las fuerzas de seguridad pública a fin de preservar el orden en la casilla y la normalidad de la votación, ordenando el retiro de cualquier persona que indebidamente interfiera o altere el orden.

Por otra parte, algunas leyes y reglamentos electorales en ciertos países han mostrado su preocupación en cuanto al proceso electoral, con un mayor o menor rigor en cuanto a las condiciones que debieran reunir las casillas electorales, entre las que destacan: *a)* que exista un acceso exclusivo y visible desde el lugar en que se encuentran los funcionarios de casilla que recibirán el voto, con la finalidad de que puedan cerciorarse que el sufragante entra solo en ella y sin acompañantes, salvo que se trate de personas con alguna discapacidad que requieran ser auxiliadas; *b)* que haya ausencia de huecos que pudieran quebrantar el objeto de proporcionar un espacio de soledad al votante en donde pueda con libertad absoluta y reserva discrecional seleccionar de entre los candidatos o partidos contendientes señalados en la boleta electoral, para marcar en ella, el de su preferencia, según sea el caso, sufragio que se deposita en la urna; *c)* que se cuente con una puerta o cortinilla, así como con una repisa o mesa que facilite la actuación del elector; *d)* que sea accesible para personas con discapacidad y de la tercera edad, esto es, que no se encuentre instalada en plantas altas de edificios o con entradas que impidan el ingreso de sillas de rueda; *e)* que tenga la infraestructura mínima necesaria para evitar las inclemencias del tiempo que puedan generar su reubicación, y *f)* que se localice en las cercanías de los domicilios de los electores para facilitarles su traslado.

En México, legalmente se ha señalado que las casillas deberán ubicarse en lugares que reúnan las siguientes condiciones: *a)* fácil y libre acceso para los electores; *b)* aseguren la instalación de cancelos o elementos modulares que garanticen el secreto en la emisión del voto; *c)* no ser casas habitadas por servidores públicos de confianza, federales, estatales o municipales, ni por candidatos registrados en la elección de que se trate; *d)* no ser establecimientos fabriles, templos o locales destinados al culto, o locales de partidos políticos, y *e)* no ser locales ocupados por cantinas, centros de vicio o similares.

Debe darse publicidad a la lista de los lugares en que habrán de instalarse las casillas, de la integración de las casillas, así como un instructivo para los votantes en los llamados encartes en periódicos de circulación nacional y regional, así como fijarlos en los edificios y lugares públicos más concurridos de cada lugar y en los medios electrónicos de que disponga la autoridad electoral.

*Ma. Macarita Elizondo Gasperín*



## CASO MIGUEL VEGA VS. JURISDICCIÓN LOCAL

El punto de inflexión del juicio de amparo en su dimensión contemporánea se ubica en el paradigmático caso *Miguel Vega vs. Jurisdicción local*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos el 20 de julio de 1869, por la mayoría del tribunal pleno, y especialmente a través de la repercusión en la impartición de la justicia a nivel nacional, en específico en temas del control de legalidad, de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, del federalismo judicial y de la definición de dos sectores del propio proceso constitucional de la libertad: 1) el amparo contra leyes, y 2) el amparo contra sentencias o negocios judiciales. El contexto del caso Miguel Vega, juez de Culiacán, en el estado de Sinaloa, refiere a que promovió amparo en contra de la sentencia del Tribunal Superior de ese estado que lo condenó a la suspensión de un año en el ejercicio de su profesión de abogado.

Este asunto tuvo su origen en un proceso ordinario de naturaleza penal: un cargador, José Bañuelos, lesionó al jornalero Benito Pedro en la ciudad de Culiacán. El juez que conoció la causa fue Miguel Vega, quien determinó que el primero había actuado en legítima defensa en el contexto de una riña; en consecuencia, lo sancionó con dos meses y medio de prisión, y transcurrido este plazo tuvo por cumplida la pena.

La anterior decisión se recurrió en apelación, en la cual el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa consideró que por haber fallado en contra de ley expresa correspondiente a un Bando del 23 de diciembre de 1775, en la resolución que Miguel Vega emitió el 18 de diciembre de 1868, la sentencia del juez de letras de primera instancia debía estimarse ilegal, de manera que en el fallo del 18 de marzo de 1869, el tribunal de alzada revocó y sancionó al juez de acuerdo con las disposiciones legales que no eran de origen nacional sino español. Sin embargo, Miguel Vega interpuso amparo contra tal fallo, bajo el argumento de que el *ad-quem*, al suspenderlo en el ejercicio de su profesión, se había excedido en las facultades que le otorgaban los arts. 7o. y 8o. del Decreto de las Cortes de Cádiz de 1831, vigente en el estado de Sinaloa, México.

El juez de distrito al que le correspondió conocer del asunto desechó la demanda de amparo porque consideró que éste era improcedente debido a que se impugnaba una sentencia, ciertamente la resolución del tribunal de alzada, y que, por lo tanto, en el caso se actualizaba el supuesto del art. 8o. de la Ley de Amparo de 1869, que preveía: “Artículo 8o. No es admisible el recurso de amparo en negocios judiciales”, esto es, dicho precepto declaraba la improcedencia del “amparo directo” o “amparo casación”.

El desechamiento fue recurrido por el juez Vega ante la Corte Suprema de Justicia (actualmente, por disposición de la Constitución de 1917, Suprema Corte de Justicia de la Nación), la cual revocó la decisión del juez y ordenó que se abriese el juicio, y a pesar de la negativa del Tribunal Superior del Estado de Sinaloa para rendir el informe que le solicitó el juez de distrito, la referida Corte emitió los siguientes argumentos a fin de oponerse a la negativa de mérito: 1) que conforme al art. 9o. de la Ley del 20 de enero de ese año, en los juicios de amparo no era parte la autoridad cuya providencia había sido reclamada; 2) que el informe de que trataba el mismo artículo tenía el doble



objeto de esclarecer los hechos sobre que versara la queja, y abrir la puerta a la autoridad para que explicara y fundara la legalidad de sus procedimientos; 3) que la resistencia de dicha autoridad a rendir el informe debiese refluir en su propio perjuicio, pero no en el de los derechos del quejoso, ni mucho menos entorpecer la secuela del juicio, principalmente cuando por otros medios pudiese ser averiguada y conocida la verdad; 4) que en el caso esa verdad apareció, aun por los mismos conceptos del tribunal que se había negado a rendir el informe.

En seguida, la Corte Suprema, al analizar el conflicto constitucional materia del proceso, razonó: 1) que los tribunales de la Federación eran los únicos competentes para decretar si en tal caso debiese o no abrirse el juicio de amparo contra resoluciones judiciales; 2) que en el particular la Suprema Corte de Justicia, en ejercicio de sus facultades, había ordenado que se abriese el juicio, y 3) que decretada la apertura del juicio, oponerse a ello era tanto como resistir a la justicia, y discutirlo era tanto como disputar al Poder Judicial de la Federación el ejercicio de sus legítimas facultades, lo cual en ningún caso se debiese tolerar.

Finalmente, en la resolución del caso Miguel Vega, también conocido como el caso del Juez de Letras de Primera Instancia de Culiacán, se indicó que el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa, al incumplir las prescripciones legales que tuvo que observar, había violado clara y terminantemente el art. 4o. de la Constitución Federal de 1857, según el cual a nadie se le podía impedir el ejercicio de su profesión sin ser juzgado y sentenciado en la forma regular, esto es, si hubiese afectado los derechos de terceros u ofendido o los de la sociedad. En consecuencia, resolvió: 1) revocar la sentencia del 17 de junio de 1968, pronunciada por el juez de distrito, que declaró la improcedencia del amparo que solicitó Miguel Vega, y 2) amparar y proteger al quejoso contra la providencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Sinaloa que lo suspendió por un año en el ejercicio de su profesión de abogado.

Conforme a lo anterior es posible inferir que en los argumentos de la sentencia constitucional se efectuó, por el órgano vértice en la impartición de justicia, la interpretación a la Constitución de 1857. Dicha interpretación indicó que para efectos del juicio de amparo, en el ámbito de cualquier autoridad se incluirían los actos de las autoridades locales, en el particular la sentencia que suspendió a Miguel Vega en el ejercicio de su profesión. Para esto, se declaró implícitamente la inconstitucionalidad del art. 8o. de la Ley de Amparo de 1869. En tal virtud, se encaminó a que el control de legalidad se efectuase con el juicio de amparo, lo que maximizó el ámbito de protección de este proceso constitucional de la libertad y delineó el federalismo judicial mexicano, a pesar de menoscabar el vigor, a través de la práctica y de la jurisprudencia, del mencionado art. 8o.; la norma jurídica que cabe destacar era nada menos que la derogación del artículo 14 constitucional, sustento de la aplicación exacta y con puntualidad de las leyes civiles y penales en los procesos, y que debido a su implícita derogación fue como inició el debate, aún existente, sobre la procedencia del juicio de amparo en contra de las sentencias de los tribunales superiores de justicia de las entidades federativas, y en general en contra de la

jurisdicción local o estatal y de la jurisdicción federal, por lo que existe la propuesta de la creación de un tribunal de casación, quien conocería y resolvería de la exacta aplicación de las normas por medio de un recurso de casación, proceso *ex professo* de control de legalidad.

*Juan Rivera Hernández*

## CAUCIÓN

La caución proviene del derecho civil y puede consistir en depósito, prenda, hipoteca o fianza, lo cual implica una garantía real. Sin embargo, en materia penal el vocablo se combina con el de libertad, y entre ambos forman el concepto de libertad bajo caución, con lo cual se convierte en una medida cautelar de carácter real y personal a través de la cual la autoridad judicial puede dejar en libertad al probable responsable de la comisión de un delito que ha sido vinculado a proceso, siempre y cuando se cumplan las formalidades y requisitos previstos en la misma carta magna, la legislación procesal y otras normas aplicables, según el caso.

La libertad bajo caución llegó a ser contemplada como una garantía constitucional en los términos siguientes:

“Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculcado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculcado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional”.

Sin embargo, la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 modificó el texto para quedar en los términos siguientes:

“Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales...

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

Es evidente la supresión de la libertad bajo caución en el nuevo texto constitucional. Empero, debemos recordar que las normas no sólo se interpretan gramaticalmente sino también de forma teleológica y sistemática.

Así, el derecho del imputado a la presunción de inocencia no sólo implica el considerarlo como inocente hasta que se demuestre lo contrario, sino también a tratarlo como tal mientras dura el proceso, lo cual implica garantizarle su libertad hasta que haya sido oído y vencido en juicio, de tal suerte que la libertad caucional debe ser una de las medidas cautelares que el juez de control de garantías debe utilizar al vincular a proceso al indiciado y dejar como última opción la prisión preventiva para aquellos supuestos que marca el art. 19 de la carta magna y de los que ya me he ocupado en la voz “Ministerio Público”, en la cual analizo también sus implicaciones y alcances. Por ello, consideramos que la libertad bajo caución sigue siendo una garantía constitucional del imputado.

Será el juez de control de garantías quien podrá determinar la procedencia y monto de la caución a imponer, pero debemos recordar que ésta debe ser asequible a la capacidad económica del imputado, pues su único objetivo es garantizar que no se sustraiga de la acción de la justicia, por lo cual el juez no debe fijarla en función de la reparación del daño, dado que todavía no está comprobado que el indiciado es responsable del delito, y por tanto se debe presumir su inocencia hasta que se demuestre lo contrario y sea condenado.

Ahora, con la reforma a la fr. XXI del art. 73 de la CPEUM del 8 de octubre de 2013, tendremos que esperar a la regulación de la caución en el Código de Procedimientos Penales que regirá para toda la República, motivo por el cual no podemos avanzar más en el desarrollo de esta voz.

*Enrique Díaz-Aranda*

## CAUSAS DE INADMISIÓN DE LA DEMANDA (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS)

Bajo el término causas de inadmisión de la demanda entendemos una categoría muy amplia, caracterizada por la ausencia de las condiciones necesarias por el Convenio Europeo de Derechos Humanos para considerar una demanda como admisible. Se trata de una categoría jurídica además muy heterogénea, que, queriendo esquematizar, incluye a su vez, dentro de ella, tres subcategorías: *a)* inadmisión por razón del procedimiento; *b)* inadmisión por razón de la competencia del Tribunal, y *c)* inadmisión por razón del fondo del asunto.

1) Las causas de inadmisión por razón del procedimiento incluyen, a su vez, seis causas de inadmisión: *a)* no agotamiento de las vías internas de recurso; *b)* demanda ya sometida a otra instancia internacional; *c)* incumpli-

miento del plazo de seis meses; *d*) demanda anónima; *e*) demanda reiterativa, y *f*) demanda abusiva. Todas estas causas de inadmisibilidad responden, esencialmente, a dos propósitos: por un lado (causa *a*), concebir la protección otorgada por el Tribunal Europeo como subsidiaria tanto respecto a las vías internas de recurso como a la protección proporcionada por otros organismos internacionales (causa *b*) y, por otro lado, que la demanda presente los elementos de seguridad jurídica necesarios para identificar al demandante (causa *d*) y considerar la validez de su solicitud (causas *c*, *e* y *f*). Analizamos a continuación las seis causas de inadmisión.

a) *No agotamiento de las vías internas de recurso*. De acuerdo con el art. 35 del Convenio, “al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos”. La obligación de agotar las vías de recurso internas desde el punto de vista de la comparación se encuentra también en el art. 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en otros tratados internacionales sobre los derechos humanos, por ejemplo en los arts. 41.1.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 50 y 56.5 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos. La aplicación de esta regla, que puede sufrir algunas excepciones (*Icyer c. Turquía*), tiene un carácter flexible (*Kozacioglu c. Turquía*), pero no se puede separar del respeto de las normas internas (*Ben Salah, Adraqui y Dhaime 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 inadmisile 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 manifestamente 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 (*Drozd et Janousek c. Francia y España*).

c) La incompatibilidad *ratione temporis*, según cuanto afirma el mismo principio general del derecho internacional, excluye la posibilidad de que pudieran caer en el marco de aplicación del Convenio hechos anteriores a su ratificación (*Köpecky c. Eslovaquia*).

d) La incompatibilidad *ratione materiae* determina la inadmisibilidad de la demanda cuando ésta se basa en un derecho que no esté cubierto por el Convenio (*X. c. República Federal de Alemania*) o, y esta es la hipótesis más frecuente, cuando el derecho invocado en la demanda se encuentra fuera del ámbito de aplicación de los artículos del Convenio o de sus protocolos.

3) Las causas de inadmisión por razón del fondo del asunto son dos: a) la carencia manifiesta de fundamento, y b) la ausencia de un perjuicio importante.

a) La demanda carece manifestamente de fundamento cuando ésta no presenta ninguna apariencia de violación de los derechos garantizados por el Convenio, de manera que se la puede declarar inadmisibile sin esperar el examen formal del fondo del caso. La jurisprudencia del Tribunal ha identificado cuatro tipos de casos de carencia de fundamento: 1) las quejas dichas de “cuarta instancia”; 2) las quejas respecto a las cuales hay una ausencia

manifiesta o evidente de violación; 3) las quejas no probadas y, finalmente, 4) las quejas confusas y fantasiosas. La expresión quejas de “cuarta instancia” procede de la jurisprudencia (*Kemmache c. Francia*) e identifica la carencia de fundamento a través de un razonamiento a contrario, basado en lo que el Tribunal Europeo no es: este no es un tribunal de apelación ni de casación ni de reexamen ni tampoco de revisión respecto a las jurisdicciones de los Estados miembros. Por lo tanto, si el solicitante no ha entendido bien cuál es la función del Tribunal, su demanda será declarada 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 (*Korolev 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*

## CHECKS AND BALANCES Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

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

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

Sin embargo, aun cuando la división del poder como garantía de libertad sea constitutiva del Estado democrático moderno, no se puede afirmar que actualmente el poder sólo pueda ser racionalizado en tres funciones —legislativa, ejecutiva y judicial—. Antes bien, este sistema de división tripartita del poder que se originó por razones históricas y políticas concretas ha ido evolucionando en función de nuevos desafíos y alternativas, como las que originaron, más de un siglo después del establecimiento del Estado de derecho, la tardía creación de los tribunales constitucionales en el contexto del juego contemporáneo de la independencia y de la cooperación entre los poderes, así como en la búsqueda de la unidad constitucional sobre la base de respetar la diversidad política.

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

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

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

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

En las sociedades integradas y homogéneas, la incorporación del Tribunal Constitucional al Estado de derecho ha logrado desempeñar un rol institucional de balance de los poderes políticos en los modernos regímenes



democráticos, sin perjuicio de que se hayan presentado algunos problemas institucionales durante el establecimiento de la justicia constitucional en el sistema político. Pero este proceso no es asimilable a otras realidades, si se parte de concebir que la democracia no debe ser entendida como un concepto uniforme.

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

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

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

*César Landa Arroyo*

## CIERRE DE INSTRUCCIÓN

La palabra “instrucción” proviene del latín *instructio*, -ōnis, la cual tiene diferentes significaciones. Es una forma de enseñanza que consiste en la impartición de conocimientos o datos necesarios para realizar una actividad, ya sea a una persona, un animal o un dispositivo tecnológico. También se le llama así al conjunto de conocimientos que tiene una persona. En informática, se le llama instrucción a una serie de datos e informaciones colocados en una secuencia para que un procesador los interprete y los ejecute. En el sentido jurídico, la palabra instrucción se utiliza procesalmente. Su acepción quiere decir ilustrar al juez; enseñarle con sujeción a las reglas procesales el conjunto de actuaciones, diligencias, pruebas y promociones de las partes, que son necesarias para



poner el proceso en estado de sentencia. En un primer acercamiento, cerrar la instrucción equivale a tener en el expediente los elementos necesarios para resolver una controversia jurídica.

Todo proceso jurisdiccional tiene carácter temporal, tiene un principio y un fin; está dividido en una serie de fases o etapas sucesivas que van transcurriendo y que una vez concluidas no permiten, por regla general, que se regrese a etapas ya superadas.

Santiago Barajas Montes de Oca señala que la instrucción es la fase o curso que sigue todo proceso o el expediente que se forma y tramita con motivo de un juicio. El fin específico de todo proceso es esclarecer lo que se denomina verdad histórica. La verdad, en resumen, es lo que ha de encontrar el juzgador durante la instrucción de cualquier proceso para estar en condiciones de dictar sentencia. Termina la instrucción en el proceso cuando el juzgador estima que fueron practicadas todas las diligencias necesarias para encontrar la verdad buscada, incluidas las dictadas para mejor proveer.

Si bien las diversas ramas del derecho tienen características propias, en todo proceso existen, por regla general, dos etapas: la instrucción y el juicio. En la primera se producen las actuaciones, diligencias, pruebas, promociones y se reciben los alegatos de las partes, a fin de poner el proceso en estado de sentencia. Por su parte, la instrucción se subordina a diferentes modalidades dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el derecho civil se divide en tres fases: postulatoria, probatoria y preconclusiva.

En el derecho penal la instrucción es el procedimiento que inicia después de dictado el auto de formal prisión o de sujeción al proceso y concluye con el auto que declara cerrada la instrucción; esto es, antes de que el Ministerio Público concrete la acusación en su escrito de conclusiones. Abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiaridades del inculcado, así como la probable responsabilidad penal o su ausencia.

Durante la fase de instrucción en el derecho mercantil se presentan tres etapas, que son: la fijación de la *litis*, pruebas y alegatos. Durante estos tres periodos se desarrolla la demanda, la contestación, el ofrecimiento y desahogo de pruebas, y la formulación de alegatos. Al término de estas etapas el juzgador estará en condiciones de dictar sentencia que corresponde a la etapa del juicio mercantil.

En los procesos constitucionales como las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad el proceso presenta dos fases: instrucción y juicio. En ambos procesos la fase de instrucción tiene como propósito la fijación de la *litis* constitucional. Recibida la demanda, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación designará, según el turno que corresponda, a un ministro instructor a fin de que ponga el proceso en estado de resolución. En las controversias la instrucción inicia con el auto de radicación de la demanda y concluye cuando se da por terminada la audiencia de ofrecimiento y desahogo de pruebas. En tanto que en las acciones inicia con dicho auto y concluye una vez formulados los alegatos respectivos o concluido el plazo concedido para ello.

Por lo que respecta a los procesos constitucionales en materia electoral que conforman los medios de impugnación de la competencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el proceso se divide en tres fases: trámite, sustanciación o instrucción, y resolución o sentencia.

La fase de trámite se lleva a cabo ante la autoridad u órgano partidario que haya emitido el acto impugnado; en esta fase se integra la *litis* con la demanda, el informe circunstanciado y, en su caso, con el escrito del tercero interesado, así como con los medios probatorios que cada una de las partes ofrezca y aporte.

Recibida la documentación que remita la autoridad u órgano partidario responsable del acto controvertido, el magistrado presidente de la Sala respectiva ordena integrar y turnar el expediente al magistrado en turno, quien realizará los actos y ordenará las diligencias que sean necesarias para la sustanciación o instrucción de los expedientes.

La fase de instrucción tiene por objeto dictar los autos, acuerdos o proveídos, relativos a la promoción, recepción y admisión del respectivo medio de impugnación, así como de la comparecencia de los terceros interesados y coadyuvantes, además de realizar cuantas diligencias fueren pertinentes o indispensables, hasta poner el juicio o recurso en estado de dictar sentencia, incluidas las vistas, requerimientos o diligencias que dicte el magistrado instructor para mejor proveer. Esta fase se desarrolla en la Sala competente del Tribunal Electoral; está a cargo fundamentalmente del magistrado instructor en turno.

Una vez sustanciado el expediente y puesto en estado de resolución, esto es, que no hubiese prueba pendiente por desahogar ni diligencia que practicar, se declarará cerrada la instrucción, pasando el asunto a sentencia, y se ordenará fijar copia de los autos respectivos en los estrados de la Sala. La instrucción, por tanto, inicia con el auto de radicación en la ponencia respectiva y concluye con el auto que declara cerrada la instrucción.

Con el cierre de instrucción, el magistrado instructor formulará el proyecto de sentencia, según el caso, de sobreseimiento o de fondo, y lo someterá a la consideración de la Sala.

Así, el “cierre de instrucción” constituye un acto jurisdiccional que emite el juzgador que lleva la causa, una vez sustanciado y puesto en estado de resolución el expediente de la controversia jurídica o litigio, previo a resolver o proponer a sus pares un proyecto de resolución, según se trate de un órgano jurisdiccional unipersonal o colegiado. El cierre de instrucción por regla general tiene tres principales efectos: *a)* poner fin a la instrucción; *b)* marcar el principio de la fase de resolución o sentencia, y *c)* citar a las partes para sentencia.

*María del Carmen Alanís Figueroa*

## CIRCUITOS JURISDICCIONALES

Se ha entendido, por lo general, como circuito jurisdiccional un territorio, una zona o una demarcación geográfica que comprende varias comunidades o ciudades o distritos, o partes de uno o varios estados o provincias, según sea

la organización política y administrativa del país de que se trate, donde ejerce jurisdicción un juez o un tribunal.

Para la comprensión de la locución distrito jurisdiccional, tal como se emplea en la actualidad, es menester partir de la conformación histórica del Estado, que surgió cuando un poder centralizado tuvo la facultad de *imperium*, el monopolio de la capacidad de imponer normas jurídicas dentro del territorio que comprende y de garantizar su cumplimiento. Previamente a dicha etapa, en la Edad Media faltó “un poder público rígidamente institucionalizado, capaz de ejercer el monopolio de las facultades de *imperium* y normativas de un territorio a él subordinado” (Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*).

En cuanto a la división del territorio en diferentes porciones para poder ser gobernadas, encontramos que Europa, en el siglo XIII, hace una reordenación de su territorio, además, con antelación, en textos como la Biblia se hace mención de “distritos jurisdiccionales”; sin embargo, como ya se aclaró con antelación, nos enfocaremos al Estado como lo concebimos actualmente, es decir, como la forma de organización política de la sociedad a través de la norma jurídica que otorga facultades a los funcionarios públicos, que a la vez constituyen límites, para hacer realidad el orden constitucional.

Entonces, al haber un poder centralizado es menester adoptar una forma de organización para gobernar a la población que habita en el territorio que forma parte de un determinado Estado, pero la realización de dicha actividad no únicamente se enfoca a aspectos de tipo normativo o administrativo, sino que también juega un papel de suma importancia lo jurisdiccional, por tanto, se debe hacer un diseño organizacional de los órganos de impartición de justicia encargados de aplicar la ley a casos concretos dentro del territorio en que ejercen jurisdicción.

Ahora bien, vistos los circuitos jurisdiccionales como una forma de organización de los órganos de poder que tienen la función de impartir justicia, acercan a éstos a las personas que demandan tener acceso a la misma, por tanto, son un factor que contribuye a hacer realidad el derecho humano de acceso a la justicia, además de que permiten manejar con más eficiencia la carga de trabajo o, como unos la denominan, “carga procesal” (expresión que tiene más de un significado), pues bien pueden estar diseñados para recibir asuntos de igual o similar naturaleza.

Entonces, el aparato encargado de aplicar la ley se puede organizar de diferentes maneras, dependiendo de varios factores; por ejemplo, la similitud de los problemas a atender en distintos territorios que comparten diversos aspectos, como pudiera ser el caso que constituyeran una unidad geográfica. Lo más conveniente para organizarse en circuitos jurisdiccionales y hacer un diseño adecuado es utilizar el enfoque de políticas públicas para solucionar los problemas que se presentan en los diferentes Estados, con base en diversas opciones, como puede ser la desconcentración de servicios públicos o incluso la descentralización, según lo que sea más viable desde el punto de vista técnico y factible políticamente para su implementación y operación.

Para llegar a tomar la decisión correcta, el enfoque de políticas públicas contempla una serie de pasos para resolver los problemas, que es a lo que téc-

nicamente se conoce como ciclo de las políticas públicas, que según Parsons comprende: problema, definición del problema, identificación de alternativas, evaluación de las opciones, selección de una de ellas, implementación y evaluación. Daremos un ejemplo al respecto tomando como base uno de los componentes del ciclo citado.

Cuando se detecta que hay un problema en el ámbito de la justicia es necesario recopilar información para definirlo correctamente y hacer un diagnóstico de la situación, verbigracia, es menester conocer cuál es la forma de organización, recabar estadísticas, interrogar a las personas que forman parte del propio sistema que puedan proporcionar opiniones calificadas.

En cuanto a la forma de organización, que es en lo que nos centraremos, es ineludible saber el tipo de despacho judicial que ha estado en vigor, que doctrinalmente toma diferentes nombres, según sea la característica o las características que se están mirando, de manera que es necesario saber si el mismo es funcional al sistema y a los cambios que se operan; por ejemplo, el aumento de la demanda de los servicios de los órganos jurisdiccionales debido a la presión demográfica o de otro tipo o que genera una carga de trabajo que dificulta que los asuntos se resuelvan dentro del tiempo que fija la ley, entonces habrá que buscar la forma de que el despacho judicial sea más eficiente; o bien, si es que algunas personas no tienen acceso a la justicia debido a que está muy retirado el juzgado de donde viven o trabajan, lo que desincentiva que acudan en demanda de justicia, podría tomarse la decisión de desconcentrar la prestación de los servicios o llegar hasta su descentralización.

En conclusión, la organización en circuitos judiciales es un factor que permite el acceso a la justicia, que es un derecho humano reconocido por las diversas Constituciones e instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1).

*Miguel Ángel Rodríguez Vázquez*

## CIRCUNSCRIPCIÓN PLURINOMINAL

El vocablo circunscripción es la parte georreferenciada que establece los límites territoriales en que se divide un país para efectos electorales. Tal expresión, vinculada a la materia electoral, se refiere a aquella zona en la cual los votos emitidos por las personas con derecho a sufragio constituyen el fundamento para el reparto de escaños a los candidatos o partidos, con independencia de los votos emitidos en otra zona electoral; de igual modo, se refiere a la demarcación geográfica que contiene determinado número de habitantes, integrada por entidades federativas colindantes, cuyos electores inscritos en el padrón electoral elijen a sus gobernantes, con el objeto de ofrecer una representación a los partidos en función del número de votos recibidos, independientemente de los triunfos o derrotas en otros distritos electorales.

Actualmente, casi la totalidad de los países distribuyen los escaños en circunscripciones electorales y generalmente éstas son plurinominales, y cuya estructura de distribución varía según la organización interna que cada país adopta, y en donde un antecedente decisivo para ello es la división político-

administrativa y geográfica de cada Estado. Casi toda la división territorial de las circunscripciones electorales se hace a través de la división en departamentos o provincias, o estados, territorios o distritos.

Aunque puede haber circunscripciones o distritos sin base territorial alguna, generalmente la delimitación de éstas se realiza atendiendo a ese criterio; como ejemplo tenemos a Portugal, en donde existe una circunscripción para los ciudadanos portugueses residentes en el extranjero, o Nueva Zelanda, donde existen los llamados distritos personales (no territoriales) que permiten la representación de los aborígenes de alguna raza de esa región del mundo, así como algunos otros países, en donde se reserva alguna circunscripción electoral para la representación de las minorías étnicas.

Las circunscripciones electorales se han dividido, según el número de escaños en disputa, en uninominales y plurinominales; tratándose de las primeras, se disputa un escaño en la circunscripción, y de las segundas, más de un escaño en la circunscripción. En las llamadas circunscripciones plurinominales se ha realizado una distinción más precisa, ya que por su dimensión y efectos, generalmente las circunscripciones plurinominales se clasifican en pequeñas (entre 2 y 5 escaños), medias (entre 6 y 10 escaños) y grandes (más de 10 escaños).

Dichos tipos de circunscripciones electorales son compatibles, en principio, con todos los sistemas electorales, sean de representación mayoritaria o proporcional, ya que como lo señala Nohlen: “el tamaño de las circunscripciones está referido al número de escaños que se asignan y no a la extensión territorial que ocupan”.

Es de gran importancia para los efectos del sistema electoral el tamaño de la circunscripción; primero para la relación entre votos y escaños, y segundo, para las oportunidades electorales de los partidos políticos contendientes. En el tamaño de las circunscripciones es válida la regla de decisión proporcional; se dice que cuanto más pequeña la circunscripción electoral, menor el efecto proporcional del sistema electoral, y generalmente también las posibilidades de que partidos pequeños accedan a cargos.

Así, se dice que en el tamaño de las circunscripciones influye la relación entre elector y electo, ya que en una circunscripción uninominal la relación entre elector y candidato se basa en el conocimiento de éste, la confianza y la responsabilidad; en tanto que en las circunscripciones plurinominales el elector otorga su voto por lo general a una lista de partido que la mayoría de las veces no le es conocida.

En el trabajo “La circunscripción electoral: una visión conceptual y comparada de la región andina”, de Fernando Tuesta, de una revisión global respecto de las circunscripciones en el mundo se observa que se han dividido de la forma que a continuación se presenta:

Países que utilizan todo el territorio nacional como circunscripción. Esto se refiere a aquellos países donde no existe división territorial para fines electorales, esto es, el tamaño de la circunscripción incluye a todos los puestos en contienda y su número es 1. A estos países se les suele denominar como sistemas electorales con circunscripción o distrito electoral único, lo cual generalmente ocurre en países pequeños en cuanto a su población.

Países que utilizan circunscripciones especialmente delimitadas. Esto se da en los sistemas mayoritarios con distritos uninominales, porque de lo que se trata es de delimitar las circunscripciones atendiendo al principio de mantener una relación igual entre representantes y población (un hombre = un voto). Es requisito para este tipo de circunscripciones contar con conocimientos exhaustivos de la geografía y demografía del país de que se trate; además, en estos casos, debido a los procesos migratorios, los ajustes de los límites de la circunscripción suelen ser de forma permanente.

Países que utilizan la delimitación política-administrativa. Generalmente utilizado en sistemas proporcionales en circunscripciones plurinominales. Se trata de asignar un número de escaños a la unidad político-administrativa (provincia, departamento, estado, región o distrito), de acuerdo a su tamaño poblacional. Pese a los esfuerzos, difícilmente se logra mantener la relación representantes y población (un hombre = un voto) de manera igual en todas las circunscripciones.

Con base en lo anterior, las circunscripciones electorales son divisiones del territorio de un Estado en las que se elige a representantes populares por medio del voto para distintos cargos públicos, con la finalidad de que un área geográfica pueda ser organizada en delimitación de distritos, lo cual se vuelve primordial para la representación de las fuerzas políticas hacia la población y la ciudadanía. Debe tenerse presente que la actualización de la división del territorio en circunscripciones puede ser objeto de ajustes y valoraciones en el procedimiento conocido como redistribución.

En México, la distritación es un ejercicio de reordenamiento que deviene por mandato constitucional, pues da cumplimiento a lo establecido en el art. 53 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se establece que a partir del último censo de población efectuado en el país, en este caso el Censo de Población 2010, la distribución de la demarcación territorial de los 300 distritos electorales uninominales será la que resulte de dividir la población total del país entre los distritos señalados.

La referencia geográfica electoral no es estática, debe ajustarse a las nuevas realidades demográficas, como los procesos migratorios, y también requiere ajustarse en ocasiones a los accidentes geográficos; de ahí que las leyes de cada país determinen la periodicidad de este procedimiento de demarcación.

*Ma. Macarita Elizondo Gasperín*

## CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME

La incorporación de una cláusula de interpretación conforme de las normas de derechos humanos con respecto a los tratados internacionales, prevista en los ejercicios constitucionales contemporáneos, es consecuente con todo un conjunto de aproximaciones que surgen a partir de la vinculación con el derecho internacional para obligarse en los términos de un tratado que contenga normas protectoras de la persona. Estas notas, que contribuyen a la armonización en sede interna de la norma internacional, van conformando una secuencia de pasos que permiten una mejor y más amplia aplicación de los instrumentos. Por ejemplo, su incorporación al orden jurídico nacional, o

bien la relevancia constitucional de aquellos relativos a la materia de derechos humanos.

En términos generales, podemos encontrar tres distintos modelos para optar por un reconocimiento de la relevancia constitucional de ese tipo de tratados en la práctica comparada.

a) *Jerárquico*. Se ubica a los tratados internacionales que contienen normas protectoras de la persona al mismo nivel de la Constitución. Por ejemplo, en las Constituciones de Guatemala (1985) o Argentina (reforma integral de 1994).

b) *Interpretativo*. A través de una cláusula de interpretación conforme de los derechos reconocidos en las Constituciones con respecto a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es el caso de las Constituciones de Portugal (1976), España (1978) y Perú (1993).

c) Un *modelo mixto*, que adopta tanto la relevancia constitucional de los tratados como una cláusula de interpretación conforme. Se trata de un diseño presente principalmente en algunas de las últimas Constituciones de América Latina, en el que se asumen las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales como un marco normativo de índole constitucional (lo que deriva en el llamado “bloque de constitucionalidad”), pero que incluye también una cláusula de interpretación conforme, así como el principio *pro persona* en algunos casos. Por ejemplo, las Constituciones de Colombia (1991), Bolivia (2009), República Dominicana (2010) y México (2011).

La remisión interpretativa de los derechos constitucionales a los tratados es lo propio de la figura en la práctica comparada de los países que han acompañado este modelo, especialmente en América Latina y Europa —que además claramente tiene dos importantes y obligados referentes interpretativos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— aunque sin descartar otros contextos, como el de algunos países en el Sistema Africano de Protección a los Derechos Humanos.

En el modelo comparado esta cláusula se ha implementado como una forma de remisión de las normas sobre derechos fundamentales presentes en la Constitución a los tratados internacionales para efecto de aplicar el instrumento internacional, privilegiando su eficacia protectora. No implica únicamente la consideración interpretativa hacia los derechos sustantivos, sino al instrumento en su conjunto, lo que incluye también a la propia dimensión hermenéutica presente en los tratados, y —a mi juicio— también a la obligatoriedad del cumplimiento de las resoluciones emitidas por los organismos establecidos para su garantía, primordialmente las sentencias de los tribunales.

En la práctica, la aplicación de esta norma de conexión va directa y claramente hacia la jurisprudencia internacional, como puede acreditarse probadamente con respecto al caso español, que a través del art. 10.2 constitucional ha ejercido una interpretación conforme directamente vinculada al intérprete convencional, particularmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta implicación es muy clara desde fases incipientes de los desarrollos normativos que han asumido la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos; de manera que es posible afirmar que la interpreta-



ción conforme lo es con respecto a la propia interpretación que se desarrolla en relación con la norma convencional.

De ahí que en el contexto latinoamericano exista un grado de compatibilidad muy importante entre la interpretación conforme y el control difuso de convencionalidad mandado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e incluso en las implicaciones de la propia interpretación conforme, que se presentan en el control de constitucionalidad; un ejercicio complementario con el primero; como lo advirtió la Corte Interamericana en la supervisión de cumplimiento de sentencia del *Caso Gelman vs. Uruguay*.

El acento de la cláusula de interpretación conforme es el reconocimiento de que las normas sobre derechos humanos constituyen estándares normativos de mínimos susceptibles de un necesario envío interpretativo hacia otros ordenamientos para efecto de su ampliación. Es el diseño constitucional que corresponde a normas que buscan expandirse al presentarse como sedimentos mínimos de ampliación progresiva.

Esta idea es deudora del hecho de que el desarrollo sobre derechos humanos va cobrando fuerza normativa en la medida en que se van obteniendo pisos más altos a partir de alcances normativos identificables de menor a mayor protección. De ahí que cobren relevancia en la aplicación de las normas sobre derechos humanos principios como el de integralidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. De esta forma, las cartas sobre derechos humanos, sean Constituciones o tratados internacionales, establecen un estándar mínimo de obligado cumplimiento para los Estados, y que por vía jurisprudencial puede ser ampliado, al remitirse a ordenamientos más protectores: otros tratados internacionales; o bien, incluso, a otras normas nacionales.

Regularmente la cláusula de interpretación conforme se ha desarrollado para efectos de efectuar una remisión interpretativa de los derechos fundamentales presentes en las Constituciones a los tratados internacionales, según el diseño incipiente de Portugal o España. Sin embargo, puede haber diseños como el implementado en México, a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, que favorecen mayores posibilidades de su empleo, ya que la remisión interpretativa de las normas sobre derechos humanos presentes en cualquier ley, se dirige a un par de referentes conformados por la Constitución y los tratados internacionales; remisión ante la que prevalece el sentido de aplicación normativa o interpretativa más favorable, por lo que esta cláusula se encuentra íntimamente vinculada al principio *pro persona*, que otorga el sentido final del ejercicio interpretativo.

El diseño particular adoptado por la Constitución mexicana en el art. 1o., párrafo segundo, establece que las normas de derechos humanos se interpretarán de conformidad: “*con esta Constitución y con los tratados...*”; se trata de un par de referentes que actúan de conjunto, porque en la redacción del texto constitucional nos encontramos ante una conjunción copulativa, no disyuntiva (Ferrer, 2011).

De esta manera, es posible advertir las siguientes modalidades de interpretación conforme:

a) De todas las normas relativas a los derechos humanos contenidas en la legislación, hacia los referentes *Constitución y los tratados internacionales*.



b) De las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados internacionales hacia la *Constitución y los tratados internacionales*.

Una posibilidad interpretativa que además se encuentra respaldada en los criterios contenidos en los instrumentos sobre su propia interpretación en relación con otras normas que sean más favorables.

c) De las normas sobre derechos humanos contenidas en la Constitución hacia otras normas de la *Constitución y los tratados internacionales*.

Esta última remisión es la que refleja la construcción de un bloque de derechos; un bloque de constitucionalidad no entendido únicamente como un solo catálogo de derechos, sino un contenido ya interpretado e integrado de conformidad con el material normativo referente, y que sirve de parámetro a la legislación y a los actos de autoridad.

*José Luis Caballero Ochoa*

## CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

I. LOS MERCADOS DE LA CODIFICACIÓN. La codificación procesal constitucional es un proceso concretado en varios países, con la sanción de “códigos procesales constitucionales” (en orden cronológico: provincia de Tucumán, estado federado en Argentina, Ley 6944; Perú, Ley 28.237; Bolivia, Ley 254 de 2012), o “leyes de jurisdicción constitucional” (Costa Rica, Ley 7135), de “procedimientos constitucionales” (El Salvador, decreto legislativo 2996, de 1960; provincia de Entre Ríos, en Argentina, Ley 8369), o bajo el rótulo de “ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control de constitucionalidad”, en Ecuador. Este listado es meramente ejemplificativo.

Existen comunidades poco afectas a este proceso de codificación: en ellas no hay “mercado”, sea simplemente porque no hay una “demanda” forense o académica de tal fenómeno, o porque no existe “oferta” que la satisfaga. Este es un tema que interesa a la sociología jurídica, y que se explica por tradiciones, idiosincrasias, prevenciones, experiencias poco felices, o simplemente desinformación.

II. SOLES Y BEMOLES DE LA CODIFICACIÓN. En teoría, la codificación procesal constitucional debería cumplir ciertas metas muy atractivas. Así, brindar *seguridad* en la materia, al evitar respuestas normativas disímiles, que son frecuentes cuando los procesos constitucionales son tratados de manera dispersa, aluvional y asistemática. La codificación también puede procurar *perfeccionamiento* y *eficacia*, al evitar redundancias, pulir las contradicciones y mejorar los institutos preexistentes. De paso, la codificación *robustece* y *consolida* a la disciplina procesal constitucional, reforzando su autonomía y su calidad jurídica.

Pero también la codificación procesal tiene sus problemas. Uno de ellos es la *regresión*, si el codificador repliega los avances legales o tribunales habidos y retrae la vigencia y la eficacia del derecho procesal constitucional. Otro riesgo es el *conflicto*, cuando la empresa codificatoria reaviva viejas disputas o provoca otras nuevas, acerca, por ejemplo, del rol supletorio o directo de algún proceso constitucional, su radio de cobertura o la legitimación procesal para promoverlo. Finalmente, no cabe descartar la *esclerotización* que puede provocar, al coagular, *v. gr.*, tendencias jurisprudenciales aperturistas en cier-

nes, o iniciativas doctrinales que terminan arrinconadas ante el nuevo cuerpo legal codificado.

III. LAS RUTAS DE LA CODIFICACIÓN. El proceso que comentamos puede plasmarse de dos modos, como cualquier empresa codificatoria. Uno, más modesto, es la *consolidación*, que consiste en el aglutinamiento de textos legales preexistentes, bien que de manera más orgánica, pero respetando el diseño y el contenido básico anterior. El otro, más ambicioso, es la *codificación* propiamente dicha, que puede alcanzar toda una reelaboración de la magistratura y de los procesos constitucionales en vigor, más la programación de otros nuevos y el reemplazo o la extinción de otros, incluso de antigua data.

IV. LOS TOPES DE LA CODIFICACIÓN. La codificación es una tarea que asume el legislador. Como tal, tiene sus límites y condicionamientos.

Desde luego, hay bordes materiales o físicos, como las partidas presupuestarias para organizar juzgados especializados en lo procesal constitucional o el número de funcionarios y magistrados necesarios para asumir roles jurisdiccionales más ambiciosos y activos.

Pero también existen topes normativos, provenientes, en primer lugar, de la constitución nacional, que cuando se ocupa de definir los procesos constitucionales básicos y sus alcances (como la del Perú, art. 200, *v. gr.*), ello circunscribe la capacidad imaginativa del codificador. Hay otras Constituciones, en cambio, más amplias y permisivas, incluso generosas, que al revés, demandan al legislador la instrumentación de órganos tribunales ágiles y cuantitativamente numerosos. Una Constitución, desde esta perspectiva, puede ser una cárcel o una pista de despegue para el proceso codificadorio.

Para los estados o provincias miembros de una Federación, la capacidad del operador de la codificación se ve también restringida por la Constitución local, de vez en cuando más detallista que la nacional. Y en ciertas circunstancias extremas y raras, por la prohibición de regular legislativamente ciertos institutos, como ha ocurrido en Salta y Jujuy, Argentina, por ejemplo en relación con el hábeas corpus o el amparo.

A lo dicho cabe añadir las exigencias propias del derecho internacional de los derechos humanos. Así, el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica ha establecido reglas precisas sobre el “amparo latinoamericano”, como se lo llama con frecuencia, las que resultan obligatorias para cualquier codificador del área suscriptor del Pacto. Es de advertir que ese amparo sirve no solamente para tutelar derechos emergentes del Pacto de San José, sino también derechos constitucionales y legales, y que se encuentra complementado con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de seguimiento obligatorio para los estados del área que han aceptado su jurisdicción, de acuerdo con su doctrina del “control de convencionalidad”.

V. EL DESTINO DE LA CODIFICACIÓN. La suerte de una codificación depende de dos variables esenciales. Una, de su mérito intrínseco, que no consiste solamente en la sanción de normas pulcramente redactadas, sino también de reglas sensatas, respetuosas del medio y de la sociedad donde van a aplicarse, de su justicia y de su factibilidad. El delirio legislativo es tan pernicioso como la impericia o el desconocimiento.

Pero, junto a lo dicho, el éxito de una codificación va a concluir en la voluntad de los operadores posteriores de cumplirla leal y adecuadamente. Si ellos se confabulan para retacearla, pervertirla, corromperla o simplemente ignorarla, el código procesal constitucional, por más méritos que tenga, concluirá ineficiente. Cabe asumir aquí que muchos actores de ese drama forense intentarán, al día siguiente de promulgarse la codificación, de interpretarla y hacerla funcionar con los viejos cánones formalmente modificados o sustituidos. Tal inercia es connatural al ser humano. No cabe, por cierto, desconocerla, aunque corresponda —por supuesto— superarla.

*Néstor Pedro Sagüés*

## COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

Órgano principal y autónomo de la Organización de Estados Americanos (OEA), cuyo mandato es promover la observancia y defensa de los derechos humanos en la región y actuar como órgano consultivo de la OEA en la materia, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 106 de la Carta de la OEA y 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La organización, estructura y funcionamiento actual de la Comisión Interamericana se rigen por el Estatuto de la CIDH, aprobado por la Asamblea General de la OEA a propuesta de la propia Comisión, y el Reglamento de la CIDH que, con base en aquél, ella misma expide. El 1o. de agosto de 2013 entró en vigor una nueva e importante reforma que adelantó la CIDH a su Reglamento, políticas y prácticas, después de un amplio y participativo mecanismo de consulta a Estados, víctimas, organizaciones defensoras de derechos humanos, expertos y otros sectores de la sociedad civil, en el marco de un proceso de fortalecimiento.

La Comisión Interamericana fue creada en 1959 por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile, y empezó a funcionar en 1960. Tiene su sede en Washington, Estados Unidos. Junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instalada en 1979 y con sede en San José, Costa Rica, son los dos órganos base del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Mientras que el mandato de la Comisión Interamericana comprende todos y cada uno de los 35 Estados miembros de la OEA, el de la Corte Interamericana abarca aquellos países que han ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, además, han reconocido la jurisdicción de la propia Corte (en la actualidad 20 Estados, de los 23 que son parte de la Convención). Lo anterior es así en virtud de que la Comisión Interamericana es, como se indicó, un órgano de la propia OEA, previsto en la Carta respectiva, en tanto que la Corte Interamericana es un órgano creado por decisión de los países parte de la Convención Americana.

I. INTEGRACIÓN Y ESTRUCTURA. La CIDH está integrada por siete miembros independientes que son elegidos por la Asamblea General de la OEA a título individual, debiendo ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos. El pleno de la Comisión repre-

senta al conjunto de Estados miembros de la OEA, por lo que sus miembros no representan a sus países de origen o residencia; incluso, sus miembros no pueden participar en la discusión, investigación, deliberación o decisión de un asunto sometido a la consideración de la Comisión que involucre al Estado del cual son nacionales. La duración del periodo de sus miembros es de cuatro años, renovables una sola vez por otro periodo. Si ocurriera alguna vacante antes de la conclusión del periodo, la misma es cubierta por el Consejo Permanente de la OEA.

La directiva de la Comisión está compuesta por un presidente o una presidenta; un primer o primera vicepresidente, y un segundo o segunda vicepresidente, con un mandato de un año, quienes pueden ser respectivamente reelegidos o reelegidas una sola vez en cada periodo de cuatro años.

Para adelantar sus labores de promoción y protección de los derechos humanos, la CIDH se organiza en relatorías de país y de carácter temático, cada una a cargo de sus diferentes miembros en lo individual. La consolidación de los enfoques especializados de sus diferentes relatorías temáticas, varias de las cuales derivan de resoluciones emitidas por la Asamblea General de la OEA, ha permitido a la Comisión identificar, estudiar y emitir recomendaciones a los Estados miembros en los principales temas que conforman la agenda internacional en la materia, algunos de los cuales, si bien permanecían invisibles en las políticas públicas y el ámbito normativo de los Estados, afectaban una variedad de derechos fundamentales de poblaciones, comunidades, grupos y personas históricamente sometidos a discriminación. Para febrero de 2014 existen las siguientes ocho relatorías temáticas: Derechos de los pueblos indígenas; Derechos de las mujeres; Derechos de las y los migrantes; Derechos de niñas, niños y adolescentes; Derechos de defensoras y defensores de derechos humanos; Derechos de las personas privadas de libertad; Derechos de las personas afrodescendientes y contra la discriminación racial, y Derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex. Asimismo, hay una Unidad sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Finalmente, hay una Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, a cargo de una persona de tiempo completo seleccionada a través de concurso público por la CIDH.

Para el cumplimiento de sus funciones, la CIDH cuenta con el apoyo legal y administrativo de su Secretaría Ejecutiva, la cual se encarga de coordinar al personal profesional y de apoyo, así como preparar los proyectos de informes, resoluciones, estudios y otros trabajos que le encomiende la Comisión o quien la presida. Asimismo, la Secretaría Ejecutiva recibe y da trámite a la correspondencia y las peticiones y comunicaciones dirigidas a la Comisión.

**II. FUNCIONES.** En cumplimiento de su mandato de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas, la CIDH:

a) Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alegan violaciones de derechos humanos, tanto respecto de Estados miembros de la OEA que han ratificado o se han adherido a la Convención Americana y que les es aplicable, como de aquellos Estados que aún no la han ratificado, a los cuales se les aplica primordialmente la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Hasta diciembre de 2013 ha recibido varias decenas de miles de peticiones, que se han concretado en más de 20,000 casos procesados

o en sustanciación. Sus informes de admisibilidad y fondo pueden consultarse en la página *web* de la Comisión, así como una referencia a los mismos en sus *informes anuales*.

b) Recomienda a los Estados miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del hemisferio, ya sea con motivo de sus informes de fondo en casos individuales o a través de sus informes temáticos o de país.

c) Presenta casos ante la Corte Interamericana, con base en el art. 61 de la Convención, cuando determinado Estado, habiendo reconocido la jurisdicción de la propia Corte, no cumple con las recomendaciones de la Comisión en los respectivos informes de fondo, compareciendo ante la Corte durante la tramitación y consideración de los casos.

d) Solicita opiniones consultivas a la Corte Interamericana, en conformidad con lo dispuesto en el art. 64 de la Convención Americana.

e) Recibe y examina comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, en conformidad con el art. 45 de dicho instrumento.

f) Solicita a los Estados miembros que adopten medidas cautelares con base en lo dispuesto, entre otros, en los arts. 106 de la Carta de la OEA, 41.b de la Convención Americana, 18.b del Estatuto de la CIDH y 25 de su Reglamento, para prevenir daños irreparables a los derechos humanos en casos graves y urgentes (al efecto, la Comisión recibe generalmente más de 450 solicitudes de medidas cautelares cada año). Asimismo, en conformidad con lo dispuesto en el art. 63.2 de la Convención Americana, puede solicitar que la Corte Interamericana disponga la adopción de “medidas provisionales” en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas, aunque el caso aún no haya sido presentado ante la Corte.

g) Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en alguno de ellos, cuando lo considera apropiado; ha publicado al 31 de diciembre de 2013 más de sesenta.

h) Celebra audiencias públicas y reuniones de trabajo con Estados, víctimas, organizaciones defensoras, expertos y otros sectores de la sociedad civil (generalmente, más de cien cada año) en el marco de sus periodos de sesiones, ya sea que se encuentren relacionadas con alguna petición o caso individual, o bien para abordar alguna situación de carácter general, además de emitir comunicados de prensa (aproximadamente, más de 100 cada año).

i) Realiza observaciones *in loco* en el marco de alguna visita a un Estado miembro, previa anuencia o invitación del gobierno respectivo, para llevar a cabo análisis en profundidad de la situación general y/o investigar una situación específica (al 31 de diciembre de 2013, la Comisión había realizado 93 visitas). En general, estas visitas dan lugar a la preparación de un informe sobre la situación de los derechos humanos que sea observada, el cual es publicado y presentado ante el Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA.

j) Estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas. Al efecto, la Comisión lleva a cabo y publica informes sobre temas específicos, además de rendir su informe anual ante la Asamblea General de la OEA.

k) Organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios y reuniones con representantes de gobiernos, instituciones académicas, organizaciones defensoras de derechos humanos y otros, con el objetivo principal de divulgar información y fomentar el conocimiento amplio de la labor del sistema interamericano de derechos humanos.

Al respecto, es frecuente distinguir entre las funciones de promoción y las de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión Interamericana, si bien ambas funciones se encuentran interrelacionadas en la práctica. En cuanto a los mecanismos de protección de los derechos humanos con los que cuenta la Comisión, cabe distinguir, por una parte, entre el sistema de peticiones y casos individuales, el otorgamiento de medidas cautelares o la solicitud de medidas provisionales a la Corte, a través de los cuales se protege a personas individuales que hayan sido víctimas de alguna violación a sus derechos humanos o estén en riesgo de que se les violen, y, por otra, la labor de monitoreo de la situación de los derechos humanos en los países de la región que realiza la Comisión, mediante la cual se protege generalmente a un conjunto de personas que encuadran en algún tipo de situación. Entre los mecanismos específicos de protección al ejercer su labor de monitoreo, la Comisión celebra audiencias públicas y reuniones de trabajo; formula observaciones *in loco*, con motivo de visitas realizadas a alguno de los países miembros de la OEA; solicita información a los Estados; elabora informes anuales, temáticos o de país, y emite comunicados de prensa.

*J. Jesús Orozco Henríquez*

## COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (RECOMENDACIONES DE LA)

De conformidad con lo dispuesto por el inciso b), del art. 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tiene la atribución de formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos. Esta disposición es reproducida por el inciso b), del art. 18 del Estatuto de la CIDH, añadiendo que las medidas progresivas a favor de los derechos humanos deben ser también adoptadas por los gobiernos de los Estados dentro del marco de sus compromisos internacionales. En la Opinión Consultiva 13/93 del 16 de julio de 1993, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH) señaló que “la función principal de la Comisión es la promoción de la observancia y defensa de los derechos humanos”. Los arts. 50 y 51 de la CADH establecen etapas sucesivas en las que se generan dos documentos llamados “informes”, y que tienen carácter, uno preliminar y el otro definitivo,

y que no pueden subsumirse en uno solo, ya que dichos preceptos establecen dos etapas diversas, aun cuando el contenido de esos documentos, de acuerdo con la conducta asumida por el Estado afectado, puede ser similar.

1. En la primera etapa, regulada por el art. 50, la CIDH, siempre y cuando no se haya alcanzado una solución amistosa, puede exponer los hechos y sus conclusiones en un documento dirigido al Estado interesado y que tiene carácter preliminar. Este “informe” se transmite con carácter reservado al Estado para que adopte las proposiciones y recomendaciones de la CIDH y solucione el problema. El Estado no tiene la facultad de publicarlo, ni tampoco la CIDH.

2. Una segunda etapa está regulada por el art. 51, y en ella, si en el plazo de tres meses el asunto no ha sido solucionado por el Estado al cual se ha dirigido el informe preliminar atendiendo las proposiciones formuladas en el mismo, la CIDH está facultada, dentro de dicho periodo, para decidir si somete el caso a la Corte-IDH por medio de la demanda respectiva o bien si continúa con el conocimiento del asunto, decisión que no es discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la CADH. Los tres meses se cuentan desde la remisión del informe del art. 50 al Estado interesado, y la Corte-IDH ha aclarado que dicho plazo, aun cuando no es fatal, tiene carácter preclusivo, salvo circunstancias excepcionales, por lo que respecta al sometimiento del caso a la Corte-IDH, con independencia de aquel que la Comisión señale al Estado para el cumplimiento de sus primeras recomendaciones. La Comisión puede elaborar un segundo informe, siempre que el asunto no haya sido elevado a la consideración de la Corte-IDH, dentro del plazo dispuesto (art. 51, CADH). En caso contrario, la CIDH posee la atribución de redactar un informe definitivo con las opiniones y conclusiones que considere convenientes, haciendo las recomendaciones pertinentes y dándole un plazo adicional al Estado para que tome las medidas adecuadas enderezadas a cumplir sus obligaciones dentro de la CADH. Como se dijo, se trata de dos informes separados cuyo contenido puede ser similar, el primero (preliminar) no puede ser publicado y el segundo (definitivo) si puede serlo, previa decisión de la CIDH adoptada por mayoría absoluta de votos después de transcurrido el plazo que haya otorgado al Estado para tomar las medidas adecuadas.

3. Puede existir una tercera etapa con posterioridad al informe definitivo, cuando haya vencido el plazo que la CIDH ha dado al Estado para cumplir las recomendaciones contenidas en el informe definitivo, decisión que también debe apoyarse en la alternativa más favorable para la tutela de los derechos humanos.

En varias ocasiones, la Asamblea General de la OEA ha alentado a los Estados miembros a que den seguimiento a las recomendaciones de la CIDH, como lo hizo mediante su resolución AG/RES. 2672 (XLI-O/11) sobre Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la CIDH (punto resolutivo 3.b). Asimismo, la resolución AG/RES. 2675 (XLI-O/11) sobre Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Seguimiento de los Mandatos Derivados de las Cumbres de las Américas, encomendó al Consejo Permanente continuar la consideración de medios para promover el



seguimiento de las recomendaciones de la Comisión por parte de los Estados miembros de la Organización (punto resolutivo 3.d).

En su Informe Anual 2012, la CIDH distingue las tres categorías en torno al cumplimiento de sus recomendaciones:

— Cumplimiento total (aquellos casos en que el Estado ha cumplido a cabalidad con todas las recomendaciones formuladas por la CIDH. Dado los principios de efectividad y reparación integral, la CIDH considera como cumplidas totalmente aquellas recomendaciones en las que el Estado ha iniciado y concluido satisfactoriamente los trámites para su cumplimiento).

— Cumplimiento parcial (aquellos casos en los que el Estado ha cumplido parcialmente con las recomendaciones formuladas por la CIDH, ya sea por haber dado cumplimiento solamente a alguna/s de las recomendaciones o por haber cumplido de manera incompleta con todas las recomendaciones).

— Pendientes de cumplimiento (aquellos casos en los cuales la CIDH considera que no ha habido cumplimiento de las recomendaciones, debido a que no se han iniciado ninguna gestión encaminada a tal fin; a que las gestiones iniciadas aún no han producido resultados concretos; a que el Estado explícitamente ha indicado que no cumplirá con las recomendaciones formuladas o a que el Estado no ha informado a la CIDH y esta no cuenta con información de otras fuentes que indique una conclusión contraria).

Uno de los temas de mayor trascendencia para el sistema interamericano y que ha dado lugar a un arduo debate en la doctrina es el referido a si las recomendaciones efectuadas por la CIDH, tanto en el informe preliminar como en el definitivo, resultan obligatorias para los Estados. Con el fin de reforzar el cumplimiento de sus recomendaciones, la CIDH planteó ante la Corte-IDH que la sola inobservancia de sus recomendaciones por parte de los Estados acarrearía la responsabilidad internacional de estos en aplicación del principio *pacta sunt servanda*. La Corte-IDH, en consecuencia, se refirió a la naturaleza y alcances de las recomendaciones de la CIDH, en los siguientes casos:

— Caballero Delgado y Santana (sentencia del 8 de diciembre de 1995). La Corte-IDH resolvió en lo conducente: “67... el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el art. 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria”.

— Genie Lacayo (sentencia del 29 de enero de 1997). La Corte-IDH confirmó el criterio que ya había emitido (párr. 93).

— Loayza Tamayo (sentencia del 17 de septiembre de 1997). La Corte-IDH reiteró el criterio formulado anteriormente, agregando nuevos elementos: “80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo art. 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el

caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función ‘promover la observancia y la defensa de los derechos humanos’ en el hemisferio (Carta de la OEA, arts. 52 y 111). 81. Asimismo, el art. 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte ‘para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes’, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes”.

— Blake (sentencia del 24 de enero de 1998). La Corte-IDH confirmó el criterio sostenido en Loayza Tamayo (párr. 108).

Al analizar los alcances del caso Loayza Tamayo, Pedro Nikken sostiene que una obligación de “realizar los mejores esfuerzos” es, en términos jurídicos, una típica obligación de comportamiento que impone examinar la actuación del Estado frente a tales recomendaciones. Una reacción del Estado meramente pasiva frente a las recomendaciones de la Comisión, que implique una completa omisión de medidas encaminada a poner en práctica las recomendaciones, difícilmente sería compatible con la buena fe. En síntesis —concluye Nikken—, las recomendaciones de la CIDH, aunque no tienen la naturaleza de una sentencia en sentido estricto, obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, sin menoscabo del recurso que tiene todo gobierno que considere infundado el informe emitido por la CIDH en aplicación del art. 50 de la CADH, de tomar la iniciativa de la demanda ante la Corte-IDH para impugnar dicho informe y las recomendaciones en él contenidas.

Si se atiende a la línea interpretativa conforme a la cual los Estados parte del Pacto de San José “tienen el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole; y que en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas”; puede afirmarse que las recomendaciones de la CIDH, aunque no tienen la naturaleza de una sentencia en sentido estricto, obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, máxime que estos gozan del derecho de recurrir ante la Corte-IDH el informe emitido por la CIDH, cuando lo estime infundado (art. 50, CADH).

Por tanto, las recomendaciones contenidas tanto en el informe preliminar como en el informe definitivo, son obligaciones que los Estados deben cumplir no solo porque deben obrar de buena fe de acuerdo con la costumbre internacional, sino, principalmente, porque al ratificar la CADH han asumido abiertamente, ante sus ciudadanos y la comunidad internacional, obligaciones claras y precisas para la protección y garantía de los derechos humanos allí reconocidos (*cfr.* art. 1o., párrs. 1 y 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

## COMISIONES DE INVESTIGACIÓN PARLAMENTARIA

Las comisiones de investigación o comisiones de encuesta son órganos especiales y temporales del Parlamento —bien de una de sus cámaras, o de ambas—, cuya finalidad es la inspección de un determinado asunto de interés público, para lo cual gozan de potestades extraordinarias —de las que se desprende su carácter especial—. Los resultados de la investigación, como los de otros controles parlamentarios, no producen principalmente efectos jurídicos, sino más bien de carácter político.

Aun cuando existieron prácticas parlamentarias anteriores, los primeros textos constitucionales en los que se puede encontrar esta facultad parlamentaria son la Constitución de Bélgica (1830), el texto constitucional de Prusia (1850) y la Constitución de la República de Weimar (1919). Estas comisiones pasaron a formar parte de la mayoría de las Constituciones de la posguerra de 1945 o se incorporaron a otras mediante reformas, a partir de ese momento.

En los sistemas romano-canónico-germánicos la institucionalización de las comisiones de investigación tiene, en general, un carácter de órganos *ad hoc*, de tal manera que se constituyen específicamente para indagar un asunto en concreto y sólo es a ellas a quienes se encuentran otorgadas potestades extraordinarias para la consecución de sus objetivos, aun cuando no se prohíbe la atribución de poderes de investigación a una comisión permanente.

En el modelo anglosajón del *Common Law* la situación es diferente. En Inglaterra, independientemente de la existencia de comisiones especiales que se encuentran diferenciadas de las comisiones permanentes, la realidad es que dentro de las de carácter especial se incluyen a las comisiones relacionadas con los departamentos gubernamentales que permanecen a lo largo de toda la Legislatura —no por un tiempo específico— y que poseen las potestades especiales de investigación para citar personas y requerir documentos e informes.

En Estados Unidos, en un principio, el Congreso condujo investigaciones sólo a través de comisiones especiales, pero en 1827 una de carácter permanente fue habilitada para requerir testigos y documentación. El que aquellas de carácter especial hubieran sido preferidas por muchos años para esta actividad, se explica en parte por la sensación de que, al menos en algunas instancias, se podían esperar resultados más objetivos y profundos, a que si la investigación la llevara una de carácter permanente, por las relaciones cercanas que estas últimas mantienen con el Ejecutivo o con las organizaciones privadas a investigar.

En la práctica, existen aspectos claves que determinan en mayor o menor proporción el éxito de las indagaciones.

Así, en la mayoría de los ordenamientos se establece como derecho de la oposición gubernamental la solicitud de conformación de estos órganos, estableciendo como requisito que sea presentada por un porcentaje específico de parlamentarios. Ello permite el acceso en primera instancia de los grupos minoritarios, que no es lo mismo que de todos los grupos minoritarios, pues en algunos casos tendrá que existir un acuerdo entre los mismos para poder alcanzar dichos porcentajes.

La segunda etapa de estas comisiones se presenta al acordar la creación de las mismas. En casi la totalidad de los ordenamientos queda en manos de la mayoría aprobar la conformación de las comisiones investigadoras, siendo únicamente Alemania, Grecia y Portugal los países en donde las minorías poseen el poder de decisión.

Respecto a la composición de estos órganos parlamentarios de investigación, la regla general se basa en los principios de proporcionalidad y representación, procurando que se encuentren representados todos los grupos parlamentarios, pero conservando estos representantes el peso que poseen en los Plenos para la toma de decisiones.

Así, si bien el derecho a solicitar la constitución de comisiones investigadoras corresponde a las minorías, éste se ve mermado por la facultad de las mayorías a negarse a conformarlas. Si bien en la composición de las mismas se encuentran representados todos los grupos parlamentarios, las fórmulas para la toma de decisiones deja ésta en manos de la mayoría.

Derivada de su carácter excepcional, la función de investigación del Parlamento no es considerada de carácter permanente y continuada, sino temporal.

Aspecto esencial de las comisiones de investigación es el relativo a su objeto, es decir, al asunto que se investigará, así como los límites materiales que tendrán. Como primer punto, la investigación se debe dirigir hacia hechos ciertos y concluidos; es decir, se trata de un control *ex post facto*.

Nuevamente las legislaciones presentan un abanico de posibilidades, que van desde el silencio constitucional respecto al objeto, hasta una amplitud tal como “cualquier asunto que la Asamblea les encomiende” (Costa Rica). Es el modelo italiano, relativo a que el objeto es cualquier asunto de interés público, el que tiene mayor aceptación dentro de la doctrina.

Si bien ya se ha señalado el carácter especial de las comisiones de investigación, debido a su propia naturaleza, así como delimitado el objeto que podrá abordarse en sus trabajos, todo ello se materializa en el funcionamiento de las mismas. A lo largo del procedimiento se cristalizan los enfrentamientos mayorías-minorías; el dilema respecto a la publicidad de sus sesiones o el secreto de éstas; las colisiones entre facultades de investigación-derechos fundamentales, así como los acercamientos y erróneas confusiones entre Poder Legislativo-Poder Judicial.

Estos órganos parlamentarios son el medio extraordinario con el cual cuentan las cámaras para realizar la supervisión respectiva, y este carácter especial se apoya en los poderes que les son otorgados.

En este sentido, los legisladores han determinado a nivel constitucional las facultades que, en su caso, podrán desarrollar los órganos parlamentarios de investigación. Nuevamente, la decisión de los legisladores en el derecho comparado ha seguido diversos caminos. Se considera que un grado mínimo de facultades estaría representado por la capacidad de hacer comparecer para declarar a cualquier persona involucrada en el asunto (España, Dinamarca, Islandia, Costa Rica, Venezuela) —aunque, claro está, existen ordenamientos constitucionales como el mexicano que no alcanzan este grado mínimo—, y

el grado máximo se alcanzaría en aquellos ordenamientos que equiparan las facultades de estos órganos a las que posee la autoridad judicial (Alemania, Brasil, Italia, Portugal) —peritajes, inspecciones oculares, reconstrucción de hechos, registros domiciliarios, intervención de correspondencia o comunicaciones, entre otras—.

Las conclusiones de las comisiones de investigación no pueden establecer sanciones; el resultado no es vinculante para el gobierno ni para alguna otra autoridad o individuo, ya que carecen de consecuencias jurídicas.

Como control parlamentario, su principal efecto resulta en el mismo desarrollo de la investigación, no en sus consecuencias formales, del que se desprenderá la responsabilidad difusa de los involucrados.

Lo que sí cabe, y de esta manera la mayoría de los ordenamientos lo regula, es la comunicación del resultado de la investigación al órgano involucrado, o a su superior cuando lo tenga, para que tome las medidas correctoras que procedan; así como al Ministerio Público cuando de los hechos indagados se puedan desprender probables acciones ilícitas para que, en su caso, las valore y tome en cuenta. Además, en materia de responsabilidad política, el mismo Congreso es el encargado de desplegar los mecanismos de *impeachment*, juicio político, moción de censura o acusación constitucional, por lo que perfectamente podría desprenderse de las conclusiones aprobadas de una comisión de investigación el accionar de alguno de estos mecanismos.

*Pablo Abreu Sacramento*

## COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) consiste en la jurisdicción de este tribunal internacional para conocer los casos que le someta a su conocimiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o, en su caso, el Estado parte.

Para que la Corte IDH pueda ejercer su jurisdicción contenciosa con carácter obligatorio y general, se requiere que el Estado concernido haya ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y, asimismo, haya declado que reconoce la competencia de dicha Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

La competencia contenciosa de la Corte IDH tiene cuatro presupuestos determinantes: en razón de la materia (*ratione materiae*), en razón del tiempo (*ratione temporis*), en razón del lugar (*ratione loci*), y en razón de la persona (*ratione personae*). En este sentido, la Corte IDH es competente en razón de la materia, en general, en casos relativos a las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la CADH o en cualquier otro tratado que le refiera dicha competencia (por ejemplo, Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de “Belém do Pará”). En razón del tiempo, la Corte IDH sólo es competente para conocer de los hechos que po-

tencialmente constituyan violaciones a derechos humanos ocurridos a partir del momento de la ratificación de la CADH y, en general, hasta el momento en el que se materialice la denuncia de dicho instrumento. En cuanto a la razón del lugar, la Corte IDH es competente para conocer de las violaciones imputables a la jurisdicción del Estado, ya sea dentro de su territorio o fuera de él. Finalmente, la competencia para conocer de violaciones a los derechos humanos se refiere a las personas naturales (humanas) determinadas o determinables, incluidas las violaciones a personas jurídicas que repercuten en personas humanas (por ejemplo trabajadores de un sindicato, integrantes de un partido político, directivos y accionistas de una empresa, miembros de una cooperativa, etcétera).

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

La competencia contenciosa se distingue de la competencia “consultiva” de la Corte IDH, la cual no tiene por objeto la resolución jurisdiccional de un caso relativo a la presunta violación a un derecho humano de la víctima, sino que con ella se pretende una opinión consultiva sobre la interpretación abstracta: *a)* de alguna o algunas disposiciones de la CADH u otro tratado concerniente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, o *b)* la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de un Estado miembro de la OEA y los mencionados instrumentos internacionales.

*Carlos Ayala Corao*

## COMPETENCIA POR CUANTÍA

En virtud de la poca importancia de los litigios a resolver, casi todas las jurisdicciones estatales cuentan con juzgados de mínima cuantía, también denominados juzgados de paz, los cuales resuelven las controversias bajo procedimientos más sencillos y rápidos, privilegiando la economía procesal. El juez goza de facultades para actuar como un amigable componedor y se puede convertir en un juez de equidad, más que un juez de derecho. La competencia se determina con base en el valor económico del asunto planteado. En el orden local, como en el federal, se regula por las leyes orgánicas del Poder Judicial, dentro de las que se encuentra determinada y actualizada la cantidad mínima de un asunto

litigioso para ser sometido ante los jueces del orden común de primera instancia. Si dicha cantidad resulta menor del mínimo fijado en las leyes orgánicas el asunto deberá someterse ante los jueces de mínima cuantía.

La competencia por cuantía también se utiliza para las materias penales y se determina por la naturaleza de la pena (no privativa de libertad) o por un máximo en años (pena máxima) de las sanciones privativas de libertad.

*Carina X. Gómez Fröde*

## COMPETENCIA POR GRADO

Este criterio presupone los diversos escalones o instancias del proceso en razón de que los tribunales se encuentran organizados jerárquicamente. Ante el juez del orden común se promueve el proceso jurisdiccional, desde la presentación de la demanda hasta la sentencia definitiva, con lo cual concluye la primera instancia. La segunda instancia o segundo grado se desarrolla ante magistrados de mayor jerarquía ante los cuales se revisa la legalidad del proceso. La determinación de competencia por grado significa cada una de las instancias que puede tener un juicio (E. Pallares), o bien el número de juzgamientos de un litigio. También se hace referencia al “grado de jurisdicción” como el lugar que ocupa un órgano jurisdiccional en el orden jerárquico de la administración de justicia (De Pina); o sea, se emplea la palabra grado como sinónimo de instancia.

El sector mayoritario de la doctrina procesal se ocupa de la competencia funcional, como la aptitud de un órgano judicial de conocer de los pleitos en primera —órganos inferiores— o en ulterior instancia —órganos superiores— (desde Wach, pasando por Kisch, Carnelutti, Calamandrei, Rosenberg, Devis Echandía, E. Pallares).

*Carina X. Gómez Fröde*

## COMPETENCIA POR MATERIA

Las materias clásicas del derecho subjetivo contenido en nuestras legislaciones eran proyectadas hacia las jurisdicciones estatales encargadas de resolver litigios civiles, penales, mercantiles, laborales, administrativos y de amparo. Sin embargo, ya a finales del siglo pasado han emergido con fuerza nuevas ramas del gran árbol que constituye la teoría general del proceso. Éstas son, entre otras, las siguientes: derecho procesal constitucional, derecho procesal internacional, derecho procesal electoral, derecho procesal fiscal, derecho procesal familiar, derecho procesal militar, derecho procesal marítimo o aéreo, derecho procesal agrario o derecho procesal ambiental, derecho procesal de las telecomunicaciones, derecho procesal del deporte. Una razón poderosa para explicar este fenómeno radica en el hecho de que nuestras sociedades contemporáneas tienen un mayor reto al tratar de resolver, cada vez con mayor frecuencia, controversias con un alto grado de complejidad, que requieren de una mayor especialización y capacitación, tanto de jueces como de abogados. El criterio para determinar la competencia por materia ha sido consecuencia



del desarrollo y evolución de las jurisdicciones del Estado, en virtud de la aparición de tribunales especializados.

La especialización lleva a determinar los diversos ámbitos o esferas de competencia jurisdiccional, los cuales dependen de la estructura del régimen político, del lugar en donde dicha función jurisdiccional se desenvuelva. En un régimen federal coexisten, junto con órganos judiciales federales, órganos judiciales locales cuyas competencias por materia se distribuyen dependiendo de la rama del derecho material de que se trate, ya sea controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, amparos, litigios penales, civiles, familiares, administrativos, fiscales, laborales, fiscales, militares, de derecho burocrático, agrarios. La división de la competencia se da en función de la materia, es decir, en razón de las normas jurídicas sustantivas que deberán aplicarse para dirimir o solucionar la controversia, conflicto o litigio, presentado a la consideración del órgano respectivo.

La competencia por materia es el criterio que se establece en razón de la naturaleza jurídica del conflicto objeto del litigio (Carnelutti); o por razón de la naturaleza de la causa, de las cuestiones jurídicas que forman parte del litigio que será sometido a proceso (E. Pallares, Liebman); o es la que se atribuye según las diversas ramas del derecho sustantivo (Becerra Bautista).

*Carina X. Gómez Fröde*

## COMPETENCIA POR TERRITORIO

La competencia de los tribunales con base en su territorio implica una división geográfica del trabajo determinada por circunstancias y factores de tipo geográfico, demográfico, económico y social. En los estados de la Federación se encuentran distribuidas las circunscripciones territoriales; por ello, la Ley Orgánica del Poder Judicial de cada estado de la República y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación organizan y distribuyen dentro del territorio los partidos judiciales, las fracciones judiciales o los distritos judiciales. La cabecera del partido, distrito o fracción se encuentra situada en la población más importante y mejor comunicada del grupo de municipios que integran dicho partido, distrito o fracción.

Existen órganos, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en materia territorial gozan de competencia sobre todo el territorio de la República. Por el contrario, en un orden jerárquico descendente, dentro del Poder Judicial existen juzgados que sólo tienen esa competencia territorial dentro de un pequeño municipio o delegación de policía. Son los jueces de mínima cuantía o importancia, también denominados jueces de paz.

Para Fernando Flores García el concepto de territorio no se restringe a la “costra terrestre”, sino que abarca el subsuelo, la superficie terrestre, una columna del espacio aéreo hasta los límites de los recientes descubrimientos astronáuticos. Por otro lado, en planos internacionales se comprenden otras instituciones como el mar jurisdiccional, la plataforma continental, el zócalo submarino. Existe el denominado principio de extraterritorialidad; cuando el territorio se extiende al espacio que ocupan las embajadas, legaciones, ubicadas en el extranjero; así como el de naves y aeronaves nacionales.

La competencia en razón del territorio puede ser modificada por motivos que determinan la conveniencia de que el proceso se promueva ante un juez distinto, al que primeramente se consideraba competente en razón del territorio. Dichos casos se presentan cuando hay litispendencia, conexidad o por voluntad y acuerdo de las partes en someterse a un juez dentro de un territorio distinto al que legalmente les pudiera haber correspondido.

*Carina X. Gómez Fröde*

## CONCEPTO DE VIOLACIÓN (AMPARO MEXICANO)

Los conceptos de violación constituyen un requisito esencial para la presentación de la demanda de amparo (arts. 108, frac. XVIII, y 175, frac. VII, de la Ley de Amparo), pues son las manifestaciones razonadas que el quejoso debe exponer en contra de los motivos y fundamentos del acto reclamado; es decir, en los conceptos de violación se deben expresar las contravenciones que existen entre el acto desplegado por la autoridad responsable, que se considera inconstitucional o inconvenional, y los derechos fundamentales contenidos en la Constitución o el tratado internacional.

Históricamente, la Suprema Corte de Justicia mexicana consideró que el concepto de violación debía presentarse como un verdadero silogismo, siendo la premisa mayor el precepto constitucional violado, la premisa menor el acto de autoridad reclamado, y la conclusión las razones que consideraban inconstitucional dicho acto.

En la actualidad la propia Corte abandonó ese criterio, y en una nueva reflexión consideró que la elaboración de los conceptos de violación no requiere de una actividad tan rígida y solemne como el silogismo jurídico, pues basta que en la demanda de amparo se establezca la causa de pedir, para que el juez de amparo proceda a analizarlo; esto es, solamente es necesario señalar cuál es la lesión o agravio que el quejoso estima le causa el acto, resolución o ley impugnada, y los motivos que originaron ese agravio, para que el juez proceda a su estudio.

En razón de las violaciones en las que puede incurrir la autoridad que emite el acto reclamado, la doctrina procesal constitucional ha desarrollado una clasificación trifásica de los conceptos de violación, siendo éstos de carácter procesal, formal y de fondo.

Los *conceptos de violación procesales* son aquellos en los que se plantean infracciones relacionadas con la ausencia de presupuestos procesales, o bien infracciones de carácter adjetivo que se hayan cometido en la sustanciación del proceso que originó el acto reclamado. Por su parte, los *conceptos de violación formales* plantean violaciones de índole adjetiva, cometidas en todos los casos, al momento de pronunciarse la determinación reclamada, sea ésta una determinación interlocutoria, un auto, una sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio; estas violaciones se refieren a vicios concernientes al continente de dicha resolución. Finalmente, los *conceptos de violación de fondo* son aquellos en los que se combaten las consideraciones del acto reclamado relacionadas con las cuestiones sustanciales objeto de la litis principal.

La técnica del juicio de amparo obliga a realizar el estudio de los conceptos de violación con la prelación establecida en el párrafo que antecede, es decir, primeramente se deben analizar los conceptos de violación relacionados con cuestiones procesales, después las formales y, finalmente, los relacionados con el fondo del asunto; así, dependiendo de cuál de ellos resulte fundado, serán los efectos que deban darse a la protección constitucional.

No obstante lo anterior, la doctrina jurisprudencial mexicana ha considerado que en el estudio y valoración de los conceptos de violación debe prevalecer el principio de mayor beneficio; esto implica analizar en primer orden el concepto de violación que sea de mayor trascendencia para el sentido del acto reclamado, porque de resultar fundado, los efectos del amparo le producirían mayores beneficios al quejoso, evitando con ello el estudio de otros conceptos de violación que aunque sean fundados no superan el beneficio que obtendrá el promovente, independientemente de que éstos sean procesales o sobre constitucionalidad de normas generales (debe precisarse que en México, a través del amparo, se permite la impugnación *a posteriori* de normas de carácter general).

Por ejemplo, si en un juicio de amparo en materia penal resultan fundados conceptos de violación de tipo formal (indebida preparación de una prueba pericial) y de fondo (no acreditación de uno de los elementos del cuerpo del delito), el juez de amparo deberá conceder la protección constitucional por considerar fundado el concepto de violación de fondo, por otorgarle mayores beneficios al quejoso, dado que en este supuesto la concesión del amparo implicará que el juez de la causa considere no acreditado uno de los elementos del cuerpo del delito y, en consecuencia, una inminente absolución del acusado; caso contrario sería si se otorgara el amparo por la violación de tipo formal, pues en este supuesto los efectos serían una eventual reposición del procedimiento.

La finalidad del principio de mayor beneficio es satisfacer en su integridad el derecho fundamental de acceso real, completo y efectivo a la administración de justicia previsto en el art. 17 de la Constitución mexicana, pues se busca dejar de retardar la satisfacción de ese derecho fundamental con apoyo en tecnicismos legales, de tal suerte que se resuelva en menor tiempo y en definitiva el fondo de los asuntos.

Existen algunos casos de excepción en los que no se exige la formulación de conceptos de violación. Dichos casos se actualizan siempre y cuando, de conformidad con la Ley de Amparo, sea procedente la suplencia de la queja.

*Daniel Álvarez Toledo*

## CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE ÓRGANOS ESTATALES

A diferencia de otras normas, la Constitución pretende la regulación del poder político en cuanto elemento fundamental del Estado. Tal ordenación se traduce en los aspectos siguientes: organización, limitación y justificación. El primero atiende a la configuración funcional de los órganos entre los cuales se distribuye la tarea estatal —estructura, atribuciones y competencia—. El

segundo refiere las esferas de libertad que se reconocen al individuo (derechos fundamentales) que no pueden afectarse por la autoridad. El tercero se vincula con los objetivos del poder, no *per se*, sino en función del cumplimiento de los fines estatales (Fernández Ruiz). Los tres pilares básicos de la estructura constitucional. Si el poder constituyente fija la competencia de los poderes constituidos, éstos se encuentran imposibilitados para actuar fuera de los límites estrictos que se les imponen. De ahí que la competencia sea la medida de la jurisdicción del Estado —poder que se tiene para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas: el espacio de la titularidad de la función pública que corresponde a cada órgano, asignado en la propia Constitución—. Sin embargo, como examinan los especialistas: no todas las asignaciones de competencia, hoy día, parten y se establecen en la Constitución. Si bien todas deben ser congruentes con ella.

La congruencia o no con la Constitución será el parámetro a partir del cual se juzgue la validez de una norma o de un acto. La incongruencia que da lugar a que una norma o acto sea inválido puede ser formal o material. En el primer caso, significa que la norma o acto no se produjo de acuerdo con los procedimientos previstos. En el segundo, que el contenido de la norma, la conducta ordenada o prohibida, o bien el acto, son contrarios al contenido de la Constitución (Schmill Ordoñez). Para el análisis formal es necesario revisar que el órgano sea competente para emitir el acto o la norma que se reclama, *a la luz* de la división de competencias establecidas en el pacto federal y el “principio de división de poderes”, para después examinar si, siendo competente, en la emisión de la norma o en la ejecución del acto se cumplieron los procedimientos previstos para tales efectos, y así, finalmente, analizar si el contenido de la norma o la conducta realizada son congruentes con las disposiciones constitucionales.

En esta medida, sólo a través de actos positivos se puede configurar una invasión de competencias, ya que una abstención u omisión podrán tener efectos indeseables, pero nunca implicarán que un órgano de un nivel de gobierno o poder ejercite atribuciones que son propias de otro. Más aún, la invasión o restricción de competencias debe producir un grado de afectación, de rango constitucional, para que sea susceptible de impugnación (Gudiño Pelayo). Si bien la Suprema Corte mexicana, mediante criterio interpretativo, sostiene una opinión diversa. Ésta se comparte por autores de otras latitudes, que afirman que la indebida asunción de atribuciones, producto de la pasividad de un órgano, puede producir un conflicto negativo de competencias (Nogueira Alcalá).

La amplitud o anfibiaología en la determinación y asignación de competencias de las cortes supremas o tribunales constitucionales obedece tanto a lo complejo del sistema de distribución de algunas cartas constitucionales, como a la vigencia de fórmulas genéricas de contenido indeterminado, principios, valores e incluso aspiraciones que en ellas se incorporan, los que de forma constante se actualizan y reformulan según los parámetros de interpretación de los tribunales o cortes, por virtud de los cuales atribuyen significados mudables a los contenidos constitucionales. Y es que como encargados de la interpretación constitucional de última instancia, sostienen que ellos fijan y am-

plían su ámbito de competencia, postura que no se comparte (Huerta Ochoa, en sentido similar). En un Estado constitucional de derecho todas las facultades de los órganos están limitadas; las normas fundamentales establecen los procedimientos y competencia para delimitarlos, para racionalizar el poder.

Si la competencia constituye la esfera de atribuciones y facultades que la Constitución señala para cada órgano originario del Estado, ninguno puede producir actos de afectación con mandamientos que correspondan a la esfera de otro, pues de hacerlo así se produciría un conflicto competencial en cualquiera de los diversos órdenes jurídicos parciales: federal, estatal, del Distrito Federal o municipal —en contraposición al orden constitucional total—. De ahí que toda trasgresión al esquema de distribución de competencias sea, por definición, “un conflicto constitucional”. Y si el conflicto es de esta índole, es porque se ha subvertido la regularidad constitucional, por lo que se necesita otro órgano dotado de competencia para resolverlo. A tal fin sirve la controversia constitucional en México, que tiene como finalidad la defensa de las esferas competenciales de los órganos frente a otros órganos, del mismo o de distinto orden normativo.

Sin embargo, resulta determinante establecer si un conflicto entre órganos afecta o no un ámbito competencial previsto en la Constitución federal para determinar si corresponde su atención y resolución a la Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional, o si es un conflicto competencial entre órganos que corresponda resolver al Senado de la República por medio de la *cuestión política*, mecanismo de control que deriva de la tesis norteamericana de las *political questions* o cuestiones políticas no justiciables, que las define esencialmente como juicios de competencia y no de fondo. Vale recordar que en México, el control político de la Constitución se ha atribuido al Senado de la República mediante la resolución de “cuestiones políticas” y la “desaparición de poderes”, y al Congreso general por conducto de sus dos cámaras tratándose del “juicio político”. El control de la regularidad constitucional, en tanto, corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a otros tribunales federales mediante garantías constitucionales de índole jurisdiccional.

Así, los conflictos competenciales de orden constitucional en general se resolverán por órganos jurisdiccionales o políticos, acorde con el sistema de control constitucional imperante en cada país, que puede ser *concentrado*, *difuso* o *mixto*, en sede política o en sede jurisdiccional, y en cuanto a sus efectos: de índole concreta (de actos) o abstracta (de normas) y con efectos particulares o generales.

Cuando la Suprema Corte mexicana se erige en tribunal constitucional, en términos similares al “sistema europeo o español”, para conocer de conflictos competenciales en controversias constitucionales sobre actos y normas generales, y de leyes en acciones de inconstitucionalidad (mención genérica), el mismo se concentra, pues tanto la interpretación de la Constitución como las declaratorias generales de inconstitucionalidad le están reservadas como facultad exclusiva. Sin embargo, los tribunales dependientes del Poder Judicial de la Federación también pueden decretar inconstitucionalidad de leyes y actos con efectos particulares, por lo cual el sistema de control se convierte en *mixto*, dada la multitud de órganos que lo ejercen. Aunado a este esquema,

hoy día, el sistema observa mayor amplitud protectora que antes, pues el resto de los jueces del país, de forma incidental, pueden inaplicar normas inferiores durante los procesos ordinarios en los que son competentes, y dar preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia, en términos similares al “sistema difuso o norteamericano”.

*Eréndira Salgado Ledesma*

## CONFLICTOS SOCIO-AMBIENTALES

La palabra conflicto proviene del latín *conflictus*, y según el *Diccionario de la Lengua Española* significa —entre diversas acepciones— combate, lucha, pelea, enfrentamiento armado, apuro, problema, cuestión, materia de discusión. Diversos autores lo describen como un proceso o una situación donde intervienen diferentes entes (dos o más) que están opuestos o que se confrontan. Paralelamente, una considerable cantidad de trabajos académicos que abordan esta noción se enfocan a analizar la participación del Estado como el ente que *a)* crea directa o indirectamente el conflicto o simplemente no lo previene al interior de su territorio; *b)* participa en la resolución de los mismos a través de diferentes figuras jurídicas e instancias diversas, ya sea desde el gobierno mismo o desde sus instituciones u órganos jurisdiccionales (administrativos o judiciales); *c)* defiende su territorio y soberanía ante confrontaciones o agresiones externas, y *d)* coopera o colabora con otros Estados para enfrentar conflictos derivados de temas globales o regionales de interés común para la humanidad en el ámbito internacional.

Aunque en la expresión compuesta de *conflicto socio-ambiental* también se examina la participación del Estado, no siempre se alude a este último. Es lógico suponer que por definición todo conflicto social esté constituido por un elemento de este tipo que le es inseparable y cuya materialización tiene lugar sólo en el ámbito de lo público. Sin embargo, cuando se agrega la dimensión ambiental, además de la controversia entre dos o más actores sociales y de la participación del Estado, si es el caso, también se incluye un componente de tipo privado: disputa entre particulares o empresas privadas. Así, el objeto de la confrontación socio-ambiental se refiere a la naturaleza, a los recursos naturales o, en general, al medio natural, en la que pueden intervenir todos los protagonistas arriba mencionados. De aquí que se haya argumentado que la disciplina jurídica que regula los conflictos ambientales —*i.e.* el derecho ambiental— pertenezca al mismo tiempo al derecho público, al derecho privado y al derecho social.

Independientemente del número de tipologías o aproximaciones que se han elaborado desde distintas disciplinas (*e.g.* ciencia política, sociología política, economía ecológica, etcétera) para comprender el significado y alcance de lo que representan los conflictos socio-ambientales, es fundamental que éstos se inserten en un concepto más amplio que es el de crisis ambiental. Éste se define como una situación crítica del ambiente derivada de una serie de alteraciones producidas por los *homo sapiens sapiens* al medio natural, al medio construido y a la salud, bienestar y calidad de vida de los seres humanos como consecuencia de ciertos acontecimientos ocurridos a partir de la relación de

interdependencia recíproca que guardan con el ambiente. Tanto la crisis ambiental como el conflicto socio-ambiental poseen una doble naturaleza: son idea y fenómeno a la vez.

Derivado de lo anterior, las controversias o disputas entre diversos actores pueden ser, por un lado, ideológicas o conceptuales, donde prevalecen cuestiones científicas y ético-filosóficas contrapuestas, y por el otro, por sucesos que han ocurrido y que impactan en el ambiente. De modo que, según corresponda, el Estado, los partidos políticos, las organizaciones, los grupos, las comunidades, los pueblos, las naciones, las instituciones públicas, los particulares, las empresas privadas, los individuos (entre otros), pueden actuar como entes exógenos y también como entes endógenos ante las alteraciones al ambiente que se pudieran producir (idea) o las ya producidas (fenómeno). Por ejemplo, para el primer caso —entes exógenos— un grupo ambientalista puede oponerse al interés de un gobierno por elaborar políticas públicas que impulsen los desarrollos turísticos en zonas costeras (idea), o bien luchar junto a una comunidad indígena por las aguas a las que ya no tienen acceso ante la construcción de una presa hidroeléctrica (fenómeno). Para el segundo caso —entes endógenos— las familias de una zona urbana de tipo habitacional pueden objetar o impugnar a un gobierno local un programa en el que se pretenda construir en dicha zona vías rápidas para “agilizar” el tránsito vehicular como única opción al problema de congestionamientos viales (idea), o bien pueden combatir los permisos otorgados por un gobierno local por la construcción de un rascacielos dentro de esa misma zona habitacional que está ocasionando contaminación visual, auditiva, por olores, vibraciones, tránsito vehicular, cortes de agua, etcétera, afectando directamente a los habitantes de dicha área urbana y zonas contiguas (fenómeno).

*César Nava Escudero*

## CONSEJO DE LA JUDICATURA LOCAL

La denominación *Consejo de la Judicatura*, tanto a nivel federal como local, ubica su significado en la necesidad de lograr la consolidación del Poder Judicial, fortalecido en sus atribuciones, independencia, autonomía y eficacia en la función de impartir justicia.

La impartición de justicia, a su vez, como derecho fundamental, exige la búsqueda de mecanismos que garanticen la eficacia del derecho al acceso a la justicia, con los principios que se derivan del art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (justicia pronta, completa, imparcial y gratuita), que demanda por tanto se diferencie el desempeño de las funciones administrativas de los tribunales superiores de justicia para facilitar la efectividad de ambas instituciones.

Influenciada por esta idea de pensamiento, mediante Decreto Legislativo 358, publicado en el *Periódico Oficial del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí* el 26 de julio de 2005, la Diputación Permanente de la Quincuagésima Séptima Legislatura reformó la normativa constitucional y legal para crear el *Consejo de la Judicatura* como un órgano del Poder Judicial del Estado de San Luis Potosí, con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones,



encargado de las atribuciones administrativas en lo que corresponde a todo tipo de recursos materiales, económicos y humanos; ejerce el presupuesto del propio Poder; tiene a su cargo la carrera judicial, elevar el nivel profesional y garantizar, bajo el más estricto respeto a la dignidad humana, la solvencia moral de jueces; busca que éstos obtengan los beneficios de la carrera judicial y la inamovilidad, con remuneración adecuada a su delicada función. A través del establecimiento de concursos por oposición busca, como método idóneo, la designación, ascenso y adscripción de los funcionarios judiciales, con el único objeto de garantizar la efectividad en la impartición de la justicia. La vigilancia y disciplina son otras de las facultades que desempeña, revisando y supervisando diversos procesos administrativos, como el uso de los recursos, su aplicación, su ajuste a programas y al presupuesto, y vigila el ejercicio de la tarea fundamental de los jueces y el tribunal, que es la de impartir la justicia pronta y expedita al servicio de los gobernados justiciables.

Sin embargo, la función del Consejo de la Judicatura no tiene el alcance de examinar el sentido de las resoluciones jurisdiccionales, aunque sí el desempeño de los jueces, secretarios y actuarios, lo cual sólo puede evaluarse a través de la valoración que se haga de sus actuaciones cotidianas y sustantivas en la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales de los procesos de competencia del supremo tribunal de justicia y de los juzgados.

La función de vigilancia y disciplina respecto de los magistrados sólo tiene el alcance y contenido que, por regla general, no pugne con la independencia y autonomía de los miembros del Poder Judicial, y particularmente con la jerarquía de unos y otros como servidores públicos.

El Consejo de la Judicatura se integra con cuatro miembros, de los cuales uno es el presidente del supremo tribunal de justicia, quien también lo es del Consejo; uno designado por el Congreso del estado; otro por el supremo tribunal de justicia del estado y uno más por el Poder Ejecutivo. Los integrantes designados por los poderes Judicial y Ejecutivo requieren ratificación del Congreso. La duración en el cargo de los consejeros, salvo el del presidente del Consejo, es de cinco años; son sustituidos de manera escalonada y pueden ser reelectos por una sola vez. Los consejeros no representan a quien los designa, por lo que sus funciones son ejercidas con independencia e imparcialidad.

El Consejo funciona en Pleno o en comisiones, que pueden ser permanentes o transitorias. Su composición y número son determinados por el Pleno del propio Consejo y en todo caso existen las de administración y presupuesto, carrera judicial, disciplina, la de adscripción y la de administración del Tribunal Electoral. Sus decisiones plenarias se toman válidamente por mayoría calificada de tres votos.

Para otorgarle firmeza y respetabilidad, las decisiones del Consejo son definitivas e inatacables, salvo las que se refieren a la designación, adscripción, remoción y no ratificación de jueces, las cuales pueden ser recurridas ante el Pleno del supremo tribunal de justicia del estado.

Para ocupar el cargo de consejero, además de cumplir con los requisitos exigidos por el art. 99 de la Constitución Política del Estado, a saber: a) ser mexicano por nacimiento, y ciudadano potosino en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles; b) tener cuando menos treinta y cinco años

de edad el día de su nombramiento; *c)* tener al día de su nombramiento, título profesional de licenciado en derecho con una antigüedad mínima de diez años, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello y acreditar el ejercicio profesional por el mismo tiempo; *d)* gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que haya ameritado pena privativa de libertad de más de un año; pero si se tratara de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena; *e)* haber residido en el estado durante los dos años anteriores al día de su nombramiento, y *f)* no haber ocupado el cargo de secretario de despacho o su equivalente, procurador general de justicia, diputado local o presidente municipal en el año inmediato anterior al día de su nombramiento.

Es indispensable que su elección sea entre aquellas personas que se hayan distinguido por su eficacia, capacidad, experiencia, honorabilidad y probidad en la impartición de justicia.

Bajo esta perspectiva, resulta de trascendental importancia que quienes son llamados a integrar el Consejo de la Judicatura deben ser profesionales del derecho que cumplan con dichos postulados, porque con independencia de que resulte ser requisito de designación, representa el mecanismo para garantizar que la selección y nombramiento de jueces, secretarios y actuarios recaiga en personas idóneas por haberse distinguido por su capacidad profesional, experiencia y honorabilidad en la impartición de la justicia, lo que a su vez será garantía de que el establecimiento del Consejo de la Judicatura fue el instrumento más adecuado para hacer efectiva la protección al derecho fundamental de acceso a la impartición de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita, exigida por el art. 17 constitucional, y en particular, garante principal en la consolidación al sustento de la misma, basada en el respeto del principio rector del derecho humano a la dignidad de todos sus integrantes, cuya instrumentación ahora encuentra su fundamento en la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, en el nuevo sistema constitucional y convencional bajo el cual debe regirse todo acto de autoridad, que finalmente redundará en pro del objeto y fin de su creación, *una adecuada impartición de justicia*.

*Adriana Monter Guerrero*

## CONSTITUCIÓN BREVE/LARGA

La diferencia entre una “Constitución breve” y una “larga” radica no tanto en el número de artículos, sino en la “cantidad” y “calidad” de la materia constitucional disciplinada. Las Constituciones breves abordan las competencias y las relaciones entre los órganos constitucionales (por ejemplo, entre el rey y el Parlamento en las Constituciones decimonónicas liberales) y las primeras libertades fundamentales. Las Constituciones largas, constatando la evolución de la sociedad, incluyen también otras formas posteriores de tutela (de las minorías, de las autonomías) y la disciplina de los derechos (tanto de los derechos sociales como de los derechos de tercera generación). Las Constituciones breves (ya superadas, excepto en los Estados Unidos), consideradas más comprensibles para los ciudadanos, que podían llevarlas siempre consigo, según el

pensamiento de T. Paine, se prestaban a interpretaciones opuestas. Las Constituciones largas (sobre todo las más recientes) tienden a ser más completas, pues incluyen proclamas ideológicas y normas programáticas

*Giorgia Pavani*

*(traducción de Mercedes Iglesias Báñez)*

## CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA

I. INTRODUCCIÓN. LAS RELACIONES ENTRE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. No son siempre pacíficas las conexiones entre una Constitución nacional y la doctrina del “control de convencionalidad”, en particular en su versión exigida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pertrechada bajo el principio de “supremacía constitucional”, la Constitución clásica pretendía ser superior a los tratados y convenciones internacionales, de tal modo que si emergía algún conflicto entre éstos y aquélla, primaba la Constitución. El panorama cambia sustancialmente al declinar el siglo XX, dándose ciertas variables diferentes:

a) Por un lado, algunas Constituciones, como las de Guatemala y Venezuela, explicitan que los tratados internacionales sobre derechos humanos prevalecen sobre el derecho interno (incluyéndose en tal situación a la Constitución), aunque siempre se aplica la cláusula más favorable a la persona, sea constitucional o convencional.

b) Otras Constituciones, como la de Argentina (según su reforma de 1994), confieren rango constitucional a algunas convenciones, como el Pacto de San José de Costa Rica, con lo que parte del conflicto queda disminuido. No todo el problema desaparece, sin embargo, ya que la doctrina del control de convencionalidad parte del supuesto de que la convención sobre derechos humanos prevalece sobre la Constitución, que no debe efectivizarse en cuanto se oponga a esa Convención (salvo que sea más favorable para la persona).

c) Un grupo de Constituciones siguen el esquema tradicional: se afirma el principio de supremacía constitucional y se otorga a las convenciones internacionales, según los casos, rango igual o superior al de las leyes, pero bajo la Constitución.

En el caso que denominamos *Gelman 2*, del 20 de marzo de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explica que si un Estado ha ratificado soberana y constitucionalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), tal decisión implica incorporar al derecho interno aquel tratado, reconociendo la competencia de sus órganos de control (como la Corte Interamericana), por lo que el control de convencionalidad demandado por ésta pasa a perfilarse como una obligación de los Estados, tanto en la emisión como en la aplicación de normas. Más todavía: por lo dicho, el control de constitucionalidad que hacen los jueces nacionales implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria (párrafos 87 y 88).

II. LOS ROLES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, RESPECTO DE LAS CONSTITUCIONES. Conviene recordar que el control de convencionalidad cumple

distintos papeles. Uno, *represivo*, exige inaplicar las reglas constitucionales opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en verdad, respecto de cualquier otra convención análoga) y a la doctrina de la Corte Interamericana vertida sobre aquella convención. Otro, *constructivo*, procura rescatar las cláusulas constitucionales que parecen opuestas a la Convención y a aquella jurisprudencia. Para ello, recurre a varias técnicas: una, de *selección de interpretaciones* (si una norma constitucional admite varias exégesis, se preferirán las compatibles con la Convención y la doctrina de la Corte Interamericana), y otra, de *construcción de interpretaciones* (mediante interpretaciones mutativas por adición, sustracción o mixtas) respecto de las reglas constitucionales, para tornarlas compatibles con las referidas Convención y doctrina de la Corte Interamericana. Nos remitimos a la voz “control constructivo (positivo) de convencionalidad”, en este mismo tomo.

III. UNA EJEMPLIFICACIÓN CONCRETA. EL CASO ARGENTINO. Interesa proyectar lo dicho a una situación puntual, como es la Constitución federal argentina.

a) *Rol represivo*. El art. 55 de la Constitución demanda, para ser senador, presidente de la nación, vicepresidente y juez de la Corte Suprema, un ingreso anual de dos mil pesos fuertes, o renta equivalente. Ello, actualizado (el texto es de 1853), equivaldría a varios miles de dólares mensuales. Naturalmente, esa exigencia es absolutamente incompatible con el art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica, por lesionar el principio de igualdad en general, y las regulaciones electorales que admite dicho artículo. No cabría otra alternativa que descartar tal recaudo, por inconvencional.

b) *Rol constructivo. Selección de interpretaciones*. El art. 14 de la Constitución confiere a todos los habitantes el derecho de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. La cláusula admite una interpretación restrictiva, arcaica, congelada en 1853, que limita el concepto de “ideas” solamente a ellas en sentido muy preciso, sin incluir imágenes o informaciones, por ejemplo. Además, la “prensa” aludida, si la interpretación es retrógrada o puramente originalista, ceñida al momento histórico donde se redactó el precepto, comprendería exclusivamente a la prensa escrita. Otra interpretación, en cambio, evolutiva y amplia, incluiría en la voz “ideas” también a imágenes, programas humorísticos, novelas, trabajos de ciencia ficción, informaciones de cualquier tipo, etcétera, y abarcaría bajo el término “prensa” también a la oral y audiovisual. A todas luces, cabe adoptar esta segunda exégesis, que es la compatible, *v. gr.*, con la doctrina de la Corte Interamericana en *Herrera Ulloa*.

c) *Construcción de interpretaciones. Interpretación mutativa por adición*. El art. 75, inciso 17, de la Constitución argentina reconoce a los pueblos originarios ciertos derechos, entre ellos, al de la propiedad comunitaria de las tierras “que tradicionalmente poseen”. La Corte Interamericana, sin embargo, ha sido más amplia, reconociendo a tales grupos derechos a la devolución de las tierras que les fueron sustraídas, poseídas ahora por terceros (caso *Yakye Axa vs. Paraguay*). También ha señalado que la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas (caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*). En resumen, el operador nacional tendrá que leer la referida norma constitucional con un sentido más indulgente que

el previsto por el texto constitucional, comprensivo de las situaciones atendidas por la Corte Interamericana.

d) *Interpretación mutativa por sustracción*. El art. 75, inciso 21, de la Constitución enuncia como facultad del Congreso “conceder amnistías generales”, y el art. 99, inciso 5, respecto del Poder Ejecutivo, “indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal”. Estas reglas, no obstante, deben restringirse en el sentido de que no pueden comprender delitos de lesa humanidad, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana señalada en varios casos, entre ellos *Velásquez Rodríguez*, *Loayza Tamayo*, *Barrios Altos*, *Almonacid Arellano*, etcétera.

e) *Interpretación mutativa mixta, por sustracción-adición (sustitutiva)*. El art. 115 de la Constitución, con referencia a los fallos del Tribunal de Enjuiciamiento de jueces federales inferiores a la Corte Suprema, determina que sus veredictos serán “irrecurribles”. Dicho órgano es de tipo político. En el caso “Brussa” se planteó la incompatibilidad de dicha regla constitucional con el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que autoriza un trámite ante autoridad judicial (llamado comúnmente “amparo interamericano”) para discutir actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Convención, la Constitución o la ley. La Corte Suprema de Justicia, para evitar la declaración de inconventionalidad del referido art. 115, realizó por un lado una operación reductora (limitó la irrecurribilidad a la esfera administrativa o política, del fallo del jurado de enjuiciamiento) y, por otro, una ampliatoria, al permitir una vía judicial (en el caso, el recurso extraordinario federal ante la misma Corte), para discutir la sentencia destitutoria adoptada por el jurado.

IV. CONCLUSIÓN. LA CONSTITUCIÓN “CONVENCIONALIZADA”. En síntesis, la doctrina del control de convencionalidad produce una metamorfosis en el concepto mismo de la anterior noción de Constitución nacional, que pasa a ser una Constitución “convencionalizada”.

La *Constitución convencionalizada* es la Constitución nacional, pero armonizada, conformada, reciclada, mediante operativos de inaplicabilidad de alguna de sus cláusulas, de selección de interpretaciones, o de construcción de interpretaciones (mutativas por adición, sustracción o mixtas), a fin de adecuarla al nuevo estado de cosas. Es un texto fluido, en el sentido de que experimenta transformaciones en la medida en que despliega el derecho convencional de los derechos humanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y es el instrumento para efectivizar el control de constitucionalidad respecto del derecho interno, con más, el control de convencionalidad.

*Néstor Pedro Sagüés*

## CONSTITUCIÓN DE 1814 (APATZINGÁN)

Desde el inicio de la insurrección armada en 1810, ésta contó con el respaldo de juristas que comprendieron la necesidad de dotarla con un fundamento jurídico que le permitiera definir sus objetivos y fijarlos en principios que la orientaran y se tradujeran en instituciones que permitirían dar una estructura permanente y viable a la nueva sociedad que se pretendía construir, situación

que se fue definiendo conforme el movimiento se consolidaba (véase *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, 2009).

En palabras de Manuel Ferrer, otra “importante peculiaridad, perceptible ya desde que se inició la revuelta de Hidalgo, es la fe en el constitucionalismo y en el régimen parlamentario como instrumentos para elevar el derecho sobre el poder, instaurar el Estado y prevenir el abuso de autoridad: baste recordar las propuestas de aquel caudillo, que abogaba por la convocatoria de un congreso; los esfuerzos de Ignacio López Rayón para dotar al país de una Constitución política; el anuncio del Congreso de Chilpancingo en 1813, o el Decreto Constitucional de Apatzingán de 1814” (Ferrer, Manuel, *La formación de un Estado nacional en México*).

De hecho, resulta paradójico del parlamentarismo antes mencionado, lo establecido en los arts. 44 y 103, de los cuales claramente se puede advertir la supremacía del órgano legislativo respecto del Ejecutivo y el Judicial, al punto de que se establece que permanecerá el cuerpo representativo de la soberanía del pueblo con el nombre de Supremo Congreso Mexicano, creándose —“además”— dos corporaciones: el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia, señalándose que será facultad del Supremo Congreso elegir los individuos del Supremo Gobierno, los del Supremo Tribunal de Justicia y los secretarios de estas corporaciones.

Es por ello que en 1811 el licenciado Ignacio López Rayón, jefe del movimiento, una vez muertos Hidalgo y sus jefes militares, integró la Junta Suprema Nacional Americana en Zitácuaro, a la que siguió, también por las circunstancias de la guerra, el Supremo Congreso Nacional de América (o de Anáhuac) en septiembre de 1813 en Chilpancingo, bajo el mando de José María Morelos y Pavón. Este Congreso suscribió el 6 de noviembre de ese año un Acta de Declaración de la Independencia de la América Septentrional (acta de independencia previa a la suscrita en 1821) y el 22 de octubre de 1814, ya instalada en Apatzingán, promulgó la primera Constitución propiamente dicha, emitida en la entonces Nueva España: el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana*, también conocida como Constitución de Apatzingán. Este documento tendría como constituyentes a personajes como José María Liceaga, José María Morelos y José María Cos, entre otros.

Es por ello que, más allá de la vigencia real o no de la Constitución de Apatzingán, sobre lo cual se discute vivamente, el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana* debe considerarse un documento constitucional de nuestra historia debido a que fue expresión de los anhelos constitucionales de los insurgentes. Así, Manuel Ferrer, parafraseando a González Oropeza, señala que “la elaboración de una Constitución fue identificada con el nacimiento del Estado mexicano y se deseaba tanto una Constitución como la consolidación de nuestro Estado nación”. No por nada, en su preámbulo se afirmaba como una finalidad fundamental el “substituir al despotismo de la Monarquía de España [por] un sistema de administración que reintegrando a la nación misma en el goce de sus augustos imprescriptibles derechos, la conduzca a la gloria de la independencia, y afiance sólidamente la prosperidad de los ciudadanos”.

Aunado a lo anterior, en dicho documento se encuentran ya principios identificables como permanentes y característicos del constitucionalismo en nuestro país, tales como la independencia, las libertades y derechos individuales, el gobierno republicano y la soberanía (popular o nacional), presentes aun variando el tipo de Estado, federal o unitario y viceversa, y la orientación político-económica prevaleciente en el momento histórico correspondiente.

En la Constitución de Apatzingán, la cual consta de dos apartados y 242 artículos, se encuentran ya principios identificables como permanentes y característicos del constitucionalismo en nuestro país, siendo sus características principales las siguientes: *a)* intolerancia a otras religiones (art. 1o.); *b)* forma de Estado republicano y colegiado, estableciéndose un Ejecutivo pluripersonal (art. 132); *c)* sistema de organización estatal unitario (art. 43); *d)* forma de gobierno parlamentario (arts. 44 y 103); *e)* soberanía con residencia originaria en el pueblo y cuyo ejercicio recaía en representantes de la nación (art. 5o.); *f)* principio de igualdad en materia de ciudadanía, señalando que se reputarían ciudadanos de la América mejicana a todos los nacidos en ella (art. 13); *g)* indefinición del territorio de la América mejicana (art. 42), y *h)* reconocimiento a determinados derechos que se constituían en el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas, tales como la felicidad del pueblo, la igualdad, la seguridad, la propiedad y la libertad (art. 24).

No obstante, el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana* no pudo cristalizar la constitución de un Estado nación, debido a que —afirma Virginia Guedea— “el establecimiento del Supremo Congreso no resolvió totalmente los conflictos surgidos desde hacía tiempo entre los principales dirigentes de la insurgencia y tampoco logró coordinar del todo a los diversos grupos insurrectos, todo lo cual afectaría gravemente a la insurgencia”. Es por tal motivo que en la historia constitucional de nuestro país debe hablarse de una segunda etapa de vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812, misma que corrió de 1820 a 1824.

Por lo que hace a instituciones o mecanismos que pudieran hoy catalogarse como procesos o garantías constitucionales, quizá podría citarse —guardando las debidas proporciones— el mecanismo establecido en el art. 107 como una institución similar a la controversia constitucional contemporánea, toda vez que se le otorgaba al Supremo Congreso resolver las dudas de hecho y de derecho que se ofrecieran en orden a las facultades de las supremas corporaciones, es decir, resolver los conflictos competenciales entre el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia.

*Francisco Vázquez Gómez Bisogno*

## CONSTITUCIÓN EN SENTIDO FORMAL

La palabra “Constitución”, aun en el lenguaje jurídico, es utilizada en sentidos diversos a pesar de que en principio refiere el documento fundante de un Estado de carácter jurídico-político. El significado de este término depende de su contextualización histórica, temporal e incluso cultural, además de que el constitucionalismo, entendido como conjunto de factores que pretenden



calificar una Constitución, es un conjunto de ideas o principios que se basa en determinada filosofía política. No obstante, se puede decir que en términos generales este vocablo, en un sentido amplio, se utiliza para referirse a la Constitución como la norma jurídica que establece las bases organizativas de un Estado.

El Estado constitucional aparece como consecuencia de la Revolución Francesa y reacción a la supremacía del legislador; por lo que la ley era considerada como la norma superior; en esta época prevalece la teoría de la Constitución rígida, la codificación y el derecho escrito, a efectos de que sólo el poder constituyente pudiera modificarla. Por estas razones se produjo un largo debate entre elaborar una Constitución o un conjunto de leyes fundamentales, eligiendo la primera opción debido a la posibilidad de realizar una interpretación sistemática.

El estudio del derecho constitucional tiene sus orígenes en la teoría del Estado, en virtud de la existencia de una sociedad que se organiza en torno al fenómeno del poder. Se puede hablar de Estado solamente a partir del siglo XVI, pero de la Constitución, en su calidad de fenómeno jurídico que organiza el poder, sólo con posterioridad. Por lo que para explicar el significado formal de Constitución es conveniente comenzar por recordar que originalmente las Constituciones son concebidas como documentos fundacionales de carácter político apenas a partir del siglo XVIII, tras la independencia de las colonias inglesas del Norte en América y del triunfo de la Revolución Francesa. En Francia se producen históricamente dos documentos diversos, uno que organiza el ejercicio del poder y otro que reconoce derechos fundamentales; no obstante, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se encuentra la base del concepto formal de la Constitución, cuyo art. 16 establece que: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni establecida la separación de poderes no tiene Constitución”.

El sentido político de la Constitución proclama su finalidad política, la ideología política a la que sirve, lo que evoca ideas como libertad, democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación del poder. Este significado responde al sentido histórico del constitucionalismo como movimiento político e ideológico, por lo que se puede afirmar que el fin de la Constitución es la estabilidad, establecer un orden, limitar el poder público, y se identifica con el programa del poder público. El concepto formal de Constitución surge a partir de la reflexión acerca de la misma como ley, pero como ley especial dotada de peculiaridades formales que desempeña un papel fundamental en el sistema jurídico.

De modo que toda Constitución tiene un cierto carácter político, y dado que en un principio no se le consideraba como norma jurídica, el sistema jurídico iniciaba con el Código Civil, notorio en la época del imperio de la ley y sujeción del juez a la letra de la ley para su interpretación. El cambio de concepción se produce en Europa con la creación de los tribunales constitucionales austriaco y checo a principios del siglo XX, cuyo fundamento es la teoría de las nulidades de Hans Kelsen. En América, en cambio, se produce a raíz de la sentencia del juez Marshall al caso *Marbury vs. Madison* en 1803, en que resuelve que la ley contraria a la Constitución debe inaplicarse.

El sentido jurídico de Constitución resulta del examen de las formas y de la estructura interna de la Constitución, y su consideración como norma. De tal forma que la Constitución se concibe como norma que obliga a los poderes del Estado y cuya infracción es antijurídica, pero sólo puede ser considerada así, si el sistema jurídico establece que su cumplimiento es obligatorio. Como norma suprema, además, presupone determinada estructura del orden jurídico y puede ser identificada por la relación que tiene con la legislación. Esta supremacía no solamente refiere su posición en el sistema jurídico, sino también, y sobre todo, su eficacia y su fuerza derogatoria.

Esto implica considerar a la Constitución como norma suprema; los presupuestos de la supremacía son que la función legisladora como función de crear normas se sujete a las normas constitucionales que son fundamento y límite de su validez; y que prevea una cierta estructura del orden jurídico, lo que determina la relación entre las normas del sistema, así, la Constitución se identifica por su relación con la legislación como creación normativa. Por lo que en el sentido formal, la Constitución, como señala De Otto, “es el conjunto de normas a las que está sujeta la creación normativa por los órganos superiores del Estado”.

La concepción formal de la Constitución hace énfasis en su carácter de conjunto de normas jurídicas sin establecer cuál es el contenido de las mismas. Las concepciones formales de la Constitución desde el punto de vista jurídico giran en torno a tres aspectos relevantes: que la Constitución es una norma o un conjunto de normas escritas; de un tipo especial, elaborada mediante un procedimiento especial, y es norma suprema porque establece los órganos y los procedimientos de creación de las normas, prevé sus competencias y funciones, así como la fuerza y rango de las normas creadas. Por lo que la validez de las normas del sistema jurídico depende de su conformidad con la Constitución. La Constitución se configura, así, como norma suprema y norma de normas.

En su origen, las concepciones formales de la Constitución se asocian a un concepto liberal de Constitución que, además de garantista, es racional y normativo, en tanto determina la existencia de un documento escrito y solemne cuyo objeto es garantizar los derechos de los ciudadanos y la organización del poder político del Estado. Actualmente, la Constitución en sentido formal se diferencia del resto de las normas de un Estado por su superioridad, de modo que las demás normas del sistema jurídico no deben contravenirla, pues de hacerlo pueden ser declaradas inconstitucionales y no ser aplicadas, o incluso llegar a ser anuladas. La Constitución además está protegida por un procedimiento especial de reforma agravado y de mayor solemnidad que el previsto para las leyes y otras normas.

Las Constituciones modernas tienen, entre otras funciones, las de prever y regular el funcionamiento de los controles de poder políticos. La Constitución es el elemento de cohesión y unidad de un Estado, y norma su organización y funcionamiento, así como los derechos de los individuos que sanciona y protege. Hablar de Constitución en sentido jurídico significa asumir que la función legislativa, como función creadora de normas, queda sujeta a las normas constitucionales que se configuran como su fundamento y límite de su

validez. Por lo tanto, la Constitución se identifica más bien por su relación con la legislación, es decir, como creación normativa.

La Constitución en sentido formal es un conjunto de normas a las que está sujeta la creación de normas por los órganos superiores del Estado, cuya validez se determina en el aspecto formal por su conformidad con los procesos de creación normativa establecidos en la norma superior y de la competencia del órgano que la emite, y en el material por la adecuación del contenido de la norma inferior al contenido de la norma a la que se encuentra jerárquicamente subordinada, así como a la norma suprema.

En síntesis, en sentido formal, la Constitución es la norma fundamental y suprema del sistema jurídico, lo que refiere su posición y fuerza en el orden jurídico. Loewenstein menciona que en el sentido formal la Constitución es “...un documento escrito y unificado por normas fundamentales” y “dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”.

*Carla Huerta Ochoa*

## CONSTITUCIÓN EN SENTIDO MATERIAL

La palabra “Constitución” se utiliza en el lenguaje ordinario con distintos significados. El *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española ofrece varias acepciones distintas del término, unas propiamente jurídicas, otras vulgares en cambio. Por una parte, la define como la “esencia y calidades de una cosa que la constituyen tal y la diferencian de las demás”. En este sentido es que se puede identificar con la Constitución material, porque refiere los elementos necesarios para poder considerar un texto jurídico como la norma fundamental de un Estado.

El término “Constitución”, por lo tanto, se refiere a las disposiciones o decisiones de carácter fundamental que resultan de la organización del ejercicio del poder. Se puede sugerir un primer significado de Constitución en sentido material como “el conjunto de normas que establecen la estructura esencial de un Estado, es decir, que lo constituyen”. A este primer sentido se le denomina material o sustantivo porque se refiere al contenido de las normas constitucionales sin ocuparse de la forma en que sean recogidas. Es por ello que se puede decir que toda Constitución cuenta con un modelo fundacional que se integra por las instituciones que se consideran fundamentales para el Estado.

La concepción material de la Constitución se entiende como distinta a la jurídica, por lo que, en general, las explicaciones de este concepto se han elaborado por oposición al concepto formal de Constitución. El sentido material se puede entender como el contenido de la Constitución, esto es, la función de las normas constitucionales, que consiste en delimitar los derechos que deben ser protegidos y conformar el sistema jurídico y los órganos de poder. En ese sentido, Jellinek propone una definición según la cual se concibe a la Constitución como “el conjunto de normas jurídicas que regulan los supremos órganos del Estado, su formación, su relación recíproca y competencia, así como la posición del individuo frente al Estado”. Esto hace referencia a su

contenido tanto desde la perspectiva orgánica y funcional, como en relación con las libertades y derechos de los individuos.

La Constitución en sentido material debe establecer los principios generales respecto de los órganos, los procedimientos y los contenidos, elementos que integran el contenido de la Constitución como sostiene Kelsen, ya que su función es controlar el ejercicio del poder. La Constitución es norma suprema con eficacia práctica, y para asegurar su aplicación existen medios de control de la constitucionalidad y tribunales constitucionales, intérpretes últimos de la Constitución. La Constitución establece los principios básicos de la producción de las demás normas jurídicas del sistema que se subordinan a la Constitución, éste es su sentido jurídico. En los sistemas jurídicos que se desarrollan en el marco de un Estado de derecho se puede afirmar que una Constitución posee una estructura común, formada por una o varias instituciones básicas. A esta estructura corresponden en primera instancia los derechos fundamentales y la distribución funcional que se expresa mediante el principio de división de poderes, así como el control de la constitucionalidad.

Desde finales del siglo XVII, y sobre todo a lo largo del siglo XIX, se llevó a cabo la tarea de positivizar, de forma completa y ordenada, las normas que habían de regular las relaciones de poder y de libertad, es decir, la Constitución material. Pero el derecho no es tan solo el texto normativo, sino también la interpretación que el juez hace del mismo. Las primeras interpretaciones de la Constitución fueron políticas, lo que pone de manifiesto que la Constitución en sentido material se entiende tomando en cuenta los aspectos sociológicos, antropológicos, morales y valorativos, entre otros que subyacen a ella.

Lassalle hace explícita la tensión entre la Constitución formal y la material, al proponer un concepto sociológico de Constitución que determina la existencia de dos Constituciones: la escrita y la real. La Constitución real se integra por los factores reales y efectivos de poder, por lo que, en su opinión, la Constitución escrita sólo tiene valor si realmente expresa los factores de poder que rigen en el país, pues de lo contrario la Constitución escrita sería una mera hoja de papel en blanco.

Según Loewenstein los elementos fundamentales mínimos de una Constitución en sentido material, que garantizan el libre desarrollo político de un Estado, son la diferenciación y asignación de funciones estatales a diferentes órganos para evitar la concentración de poder; los mecanismos de cooperación de los órganos de poder; la distribución y limitación del poder político mediante dispositivos e instituciones en forma de frenos y contrapesos; los mecanismos que eviten bloqueos entre los órganos de poder autónomos para impedir que en caso de no cooperar, se resuelva el *impasse* por sus propios medios; un método de reforma racional que evite la ilegalidad, la fuerza o la revolución, y el reconocimiento a la autodeterminación individual, es decir, a derechos individuales y libertades fundamentales, y su protección frente a quienes ejercen el poder.

Para Kelsen, la Constitución es normativa, un “deber ser”, es norma, y en el sentido material su función es designar los órganos encargados de la creación de normas generales y determinar el procedimiento; el derecho regula su propia creación en la Constitución. La Constitución es la norma fundamen-

tal, una regla según la cual son creadas las normas jurídicas y de la cual deriva el principio mismo de su creación; es norma fundamental de la que desciende por grados el resto del orden jurídico.

Se considera que las normas que establecen los órganos que ejercen el poder, los límites que los gobernantes deben respetar, esto es los derechos y libertades de las personas, y la forma en que la Constitución los garantiza son parte de la Constitución material de un Estado. Por lo que la Constitución material de una sociedad política puede entenderse como el conjunto de normas que determinan quiénes ejercen el poder y la forma en que lo hacen. Las normas que establecen estas cuestiones se consideran materialmente constitucionales, aun si sólo se trata de costumbre jurídicamente aceptada o de interpretación jurisprudencial.

Aunque la Constitución en sentido formal, el texto concreto, recoge la Constitución material de un Estado, su contenido, se considera posible que algunas normas materialmente constitucionales no se encuentren expresadas en dicho texto; no obstante, son consideradas formalmente superiores a las ordinarias, como parte de la Constitución, como algo añadido a la Constitución formal. Como puede ser el caso de los tratados internacionales, que por disposición expresa de una Constitución adquieren rango constitucional, por ejemplo.

*Carla Huerta Ochoa*

## CONSTITUCIÓN EN SENTIDO SUSTANCIAL

Se entiende por *Constituciones en sentido sustancial* todos los actos normativos a los que la doctrina de un ordenamiento reconoce relevancia constitucional, incluyendo, además de la Constitución formal, también fuentes que no tienen dicho rango, pero que contribuyen a definir la “materia constitucional”, es decir, la estructura fundamental de una comunidad estatal (Spagna Musso). El concepto debe mantenerse separado tanto de aquel de Constitución material, entendida como un conjunto de decisiones políticas fundamentales que integran el texto constitucional, como del de “Constitución viviente”, que es la Constitución así interpretada y aplicada por los distintos actores políticos-instituciones.

*Silvia Bagni*

*(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)*

## CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1824

Precedida por el “Acta Constitutiva de la Federación”, del 1o. de abril al 3 de octubre de 1824 el Congreso discutió el proyecto de norma fundamental, que publicó el cuarto día del mismo mes, con la denominación de “Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos”, que no fue simple copia de los patrones que le sirvieron de modelo, sino que en su articulado se percibe un esfuerzo por acoplar el funcionamiento de ciertas instituciones a la realidad de la época, de manera que se advierte una combinación de procesos y proce-

dimientos para la tutela de las normas constitucionales que fueron adoptadas sin una clara comprensión de su alcance.

En este orden fundamental nace el precedente de la jurisdicción del amparo federal a través del art. 123. También esta Constitución crea el precedente de la jurisdicción del amparo local, por medio del art. 160. En conjunto, ambos preceptos instituyen una doble jurisdicción, sustento del federalismo judicial. Asimismo, ella instaaura el precedente del control de constitucionalidad y legalidad, de conformidad con el art. 137, frac. V, inciso 6. Además, contiene en los arts. 137, frac. I, y 38, un par de garantías constitucionales objeto de estudio del actual derecho procesal constitucional mexicano. Inclusive el nombre oficial de tal ley suprema verifica que el calificativo “federal” ha sido la estructura adoptada (con excepción del periodo de centralismo) por nuestra nación hasta la actualidad.

La tradición jurídica la ha considerado como la primera Constitución mexicana, la cual estuvo vigente hasta 1836, año en que se expidieron las “Siete Leyes Constitucionales” de corte centralista. En tal virtud, el Congreso Constituyente expresó en el preámbulo de ese documento fundacional que éste se expedía para fijar la independencia política, establecer y afirmar la libertad, y promover la prosperidad y la gloria de la nación mexicana; y en el singular marco histórico de un país recién emancipado que daba los primeros pasos en el camino de su organización jurídica, y con la esperanza de un pueblo que había derramado sangre, en once años de insurgencia. El referido Congreso Constituyente dio término a sus labores el 4 de octubre, fecha memorable en la que envió al Poder Ejecutivo, ya debidamente aprobada, la primera Constitución que tuvo vigencia.

En esta misma Constitución Federal, y debido a la influencia del orden jurídico norteamericano, se consagraron dos de los instrumentos que se desarrollaron con posterioridad para resolver los conflictos de carácter constitucional. En primer término las llamadas “controversias constitucionales”, inspiradas en el art. III, sección 2, de la ley fundamental norteamericana, ya que en el art. 137, frac. I, del orden fundamental de 1824, que se refiere a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, se dispuso, en su parte conducente: “Conocer de las diferencias que puede haber de uno a otro estado de la Federación siempre que las reduzca a un juicio verdaderamente contencioso en que deba recaer formal sentencia y de las que se susciten entre un estado y uno o más vecinos de otro”.

También en dicha Constitución Federal se introdujo la garantía del “juicio político de los altos funcionarios de la Federación y de los estados”, con algunos matices, especialmente en cuanto al enjuiciamiento de los magistrados de la Suprema Corte de Justicia. En efecto, el art. 38 estableció las reglas del citado juicio político, que encomendó a cualquiera de las dos cámaras del Congreso General, en calidad de gran jurado. Aunque no existía una estricta separación entre la responsabilidad política y la imputación penal, pero se tomaba del modelo estadounidense la necesidad de seguir un procedimiento previo ante una de las cámaras del Congreso de la Unión, pero se apartaba del propio modelo en cuanto el proceso criminal no se seguía ante los tribunales ordinarios, sino ante la Suprema Corte de Justicia, con excepción del

enjuiciamiento especial de los magistrados de la propia Corte, lo que influyó de cierta manera en el sistema del juicio político y penal de los funcionarios en la Constitución Federal de 1857.

A pesar de que no existe en la Constitución de 1824, a la cual está incorporada el Acta Constitutiva, precedente del juicio de amparo, esto es, no hay más que aquel artículo del Acta en el cual se dice que los derechos del hombre y del ciudadano serán protegidos por leyes sabias y justas; no obstante, dicha norma suprema sí previó una institución común a todas las ramas de enjuiciamiento del derecho procesal o una categoría procesal: la *jurisdicción*. Justamente en la última parte del inciso sexto de la frac. V del art. 137, que al mismo tiempo sobre el particular se inspiraba en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, se descubre una facultad con la que se investió a la Suprema Corte de Justicia para “conocer de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según se prevenga por la ley”, atribución que, podría suponerse, pudiera implicar un verdadero control de constitucionalidad y de legalidad, según el caso, ejercitado por dicho cuerpo jurisdiccional. Lo anterior constituye un precedente legislativo de la categoría procesal de la *jurisdicción* tanto para las controversias constitucionales como para el juicio de amparo, puesto que al encomendarse al más alto órgano jurisdiccional del país las violaciones constitucionales, se tutelaba la configuración del poder y se salvaguardaban los derechos fundamentales estatuidos por la propia Constitución; pero dicho precepto no llegó a reglamentarse y por lo mismo no tuvo aplicación, no obstante algún intento que se hizo para que la propia Corte conociera de dichas cuestiones. Lo cierto es que predominó la influencia hispánica, ya que el Congreso de la Unión, con apoyo en la facultad exclusiva que le otorgó el art. 165 de la citada Constitución Federal para resolver las dudas sobre el alcance de los preceptos constitucionales, anuló varias leyes expedidas por los órganos legislativos de las entidades federativas, por considerarlas contrarias a la propia Constitución Federal.

Más aún, con base en el art. 137 de la Constitución Federal de 1824 se crea también el precedente de la *jurisdicción* del amparo local, ello debido a la existencia de instituciones duales en la impartición de la justicia. Precisamente, en México, la doble jurisdicción federal y local fue implantada desde los arts. 123 y 160. El primero dispuso: “El Poder Judicial de la Federación residirá en una Corte Suprema de Justicia, en los tribunales de circuito, y en los juzgados de distrito”. El último previó: “El Poder Judicial de cada estado se ejercerá por los tribunales que establezca o designe la Constitución; todas las causas civiles o criminales que pertenezcan al conocimiento de estos tribunales serán fenecidas en ellos hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia”. Estas normas supremas instituyeron el dogma del federalismo judicial, el que con motivo del reconocimiento contencioso que el Estado mexicano ha hecho de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, amplía su horizonte de la adecuada relación entre los tribunales federales y locales a la adecuada relación entre éstos y la jurisdicción internacional.

No es ocioso mencionar que la Constitución de 1824 adoptó la forma federal, y su evolución histórica puede describirse, en su etapa originaria, a partir de esta norma fundamental. Ciertamente, la referida evolución se



circunscribe en las distinciones siguientes: 1) se establece un sistema federal basado en “estados” y “territorios” de la Federación; 2) no se instaure una fórmula de distribución de competencias específica; 3) se establece el bicammarismo, con una Cámara de Diputados y una de Senadores; 4) se define por el Congreso general, la residencia de los poderes federales, establecida en un distrito en el cual el propio Congreso ejercería las atribuciones del Poder Legislativo de un estado; 5) se previó un presidente de los Estados Unidos Mexicanos, como titular del Poder Ejecutivo Federal; 6) se creó un Poder Judicial de la Federación, organizado en una Corte Suprema de Justicia, tribunales de circuito y juzgados de distrito, y 7) se instauró un Poder Judicial de cada estado, estructurado con los tribunales que establezca o designe la Constitución respectiva.

Conviene mencionar que el acceso a la justicia fue un derecho contenido en el art. 18 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana del 31 de enero de 1824, que disponía: “Todo hombre que habite el territorio de la Federación tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia”. Sin embargo, a pesar de su estrecha relación con la norma fundamental de 1824, ésta lo omitió, y no fue sino hasta el art. 17 de la Constitución de 1857 cuando se estableció este derecho de carácter programático, que viene a constituir la categoría procesal de la *acción* de los procesos y procedimientos para la defensa de la Constitución.

*Juan Rivera Hernández*

## CONSTITUCIÓN FLEXIBLE/RÍGIDA

Sobre la base de la superioridad de la Constitución con respecto a las otras fuentes, son “rígidas” las Constituciones para cuya modificación se requiere un procedimiento agravado (en el tiempo, en los quóruns, con la participación de órganos ad hoc o mecanismos como el referéndum, etcétera) con respecto a la tramitación normal prevista para las leyes ordinarias (procedimiento suficiente, en cambio, para la modificación de las Constituciones flexibles), al efecto de ofrecer una mayor garantía y defensa de la propia Constitución y de los valores y principios en ella contenidos. La mayor parte de las Constituciones actuales son rígidas, con algunas excepciones (la Constitución del Reino Unido es un caso típico de Constitución flexible), mientras que flexibles eran por ejemplo las Constituciones liberales decimonónicas.

*Giorgia Pavani*

*(traducción de Mayte Salvador Crespo)*

## CONSTITUCIÓN HISTÓRICA

Las visiones historicistas de la Constitución ponen el énfasis en el sedimento que el paso del tiempo y las circunstancias del comportamiento humano van imprimiendo en las instituciones, principios, valores y regulaciones fundamentales de una sociedad política y jurídicamente organizada. Interpretaciones y adherencias excesivas del y al concepto han generado ideas no exentas de falacia, como las que colocan a la historia en calidad de potestad constituyente,

si bien no cabe duda de que un sano acercamiento con perspectiva histórica al concepto de Constitución permite interpretaciones realistas y sólidamente fundadas.

A decir de Maurizio Fioravanti, las libertades han podido ser fundamentadas historicistamente merced a los análisis que hacen depender de la historia la configuración procesal del goce efectivo de los derechos. Así, en la tradición anglosajona, el *Rule of Law* hace referencia a prerrogativas de carácter fundamental e indisponible que dan lugar, al paso de los siglos, a sociedades que se oponen radicalmente al desconocimiento de las tradiciones que han hecho de sus miembros seres libres e iguales. Existe en la concepción de “Constitución histórica”, pues, una animadversión muy marcada hacia soluciones voluntaristas que puedan poner en entredicho tradiciones y costumbres que se han conquistado con los siglos, entre ellas principalmente, acaso en razón de una superlativa influencia de la Carta Magna (1215), las que componen el proceso debido. Detrás de la discusión del *No taxation without representation* de los colonos angloamericanos en la Revolución de Independencia de las Trece Colonias podemos hallar un ejemplo muy claro de reivindicación de derechos fundamentales que la categoría de *Englishmen* les concedía desde tiempos, si no inmemoriales, ciertamente muy lejanos.

Las tradiciones continentales, con ser también bajomedievales, se fundan por contraste en un *ordo iuris* indisponible y dado, integrado por un conjunto de leyes fundamentales preconfigurado que, sin embargo, requiere de la labor cotidiana del jurista para adaptarse a las cambiantes condiciones del medio social. Esta suerte de *Ius Commune*, que no debe confundirse con el *Common Law* anglosajón, entrará en conflicto al momento de las revoluciones atlánticas con la dogmática jurídica del racionalismo que pretendió expresarse ante todo en Constituciones escritas, emanadas de la voluntad de un todopoderoso Poder Constituyente, y en códigos derivados de la voluntad de un legislador no sólo imbatible sino imposible de criticar, con soberana capacidad de disposición sobre un *Ordo iuris* en acelerado trance de abandono respecto de su calidad de “ordenamiento”. De ahí que Edmund Burke expresara su célebre crítica a la pretensión de la Francia revolucionaria en el sentido de expedir Constituciones como si de la cocción de un *pudding* se tratara.

Y es que, en efecto, la Francia posterior a 1789 manifestará una enemiga antihistoricista que, con la sustitución de la labor jurisprudencial del *Ius Commune* por la legislativa propia de un “Estado de derecho” que los alemanes sistematizarán, no sin vacilaciones como las de la Escuela Histórica del Ochocientos, como *Rechtsstaat*, vendrá a robustecer el carácter individualista y estatalista de la fundamentación teórica de las libertades en la Europa de la restauración, para la cual “Constitución histórica”, en el más aventurado de los casos, resultaría ser poco más que el rescoldo cultural y tradicional de una Constitución-ley expedida por la nación reunida en Parlamento.

En Iberoamérica, las concepciones históricas del fenómeno constitucional se hallarán marcadas por las Cortes Constituyentes de la Monarquía española reunidas en Cádiz entre 1810 y 1813 (con una extensión ordinaria hasta 1814), en las que la mayoría peninsular apeló a una “Constitución histórica de España” que, en concepto de Martínez Marina, habría contenido a las

libertades visigóticas manifestadas, ante todo, en los ámbitos municipales, y desconocidas en forma definitiva al advenimiento del absolutismo austracista de la mano de Carlos V (derrota de las Comunidades en Villalar, 1519). Los insurgentes americanos, tanto como los diputados de los reinos y provincias de ultramar que se desempeñaron en Cádiz, basarán sus alegatos independentistas en argumentaciones constitucionales historicistas (como las de Servando Teresa de Mier en el libro XIV de su *Historia de la revolución de Nueva España antiguamente Anáhuac*, publicada en Londres en 1813). Pretendiendo que sus naciones recuperaban las soberanías prehispánicas perdidas en razón de la acefalía de la Monarquía causada por el cautiverio de Fernando VII se darán, sin embargo, a la tarea de expedir Constituciones escritas de signo racionalista y voluntarista, alejadas en ocasiones casi totalmente de las realidades históricas de sus pueblos. Algo muy semejante a lo que, para la península, obtuvieron los diputados constituyentes en 1812: pretexto historicista, Constitución como acto legislativo, constitucionalidad prácticamente incontrolable.

Y es que una de las principales características del modelo histórico de Constitución radica en la importancia que se concede al aparato judicial, desarrollado en Inglaterra casi sin solución de continuidad desde la baja Edad Media y que en los Estados Unidos dio lugar a la célebre *judicial review* apenas alboreaba el siglo XIX, con un acento muy perceptible en las interpretaciones originalistas de la Constitución, esto es, en la búsqueda de lo que los *founding fathers* de Filadelfia quisieron realmente establecer. En los países de tradición continental, en cambio, la voluntarista adscripción de poderes legislativos no justiciables a la nación, al pueblo o a la voluntad general trajo consigo un recelo bastante marcado hacia los jueces y la imposibilidad de establecer tribunales de constitucionalidad auténticamente operativos hasta bien entrado el siglo XX.

*Rafael Estrada Michel*

## CONSTITUCIÓN LOCAL

La locución es utilizada en los países definidos por la forma federativa en el continente con sistemas legales diferenciados, basados en un doble nivel constitucional, siguiendo la influencia de los Estados Unidos de América, siendo ellos Argentina, Brasil, México y Venezuela, aunque en este último la organización de los poderes públicos locales, municipios y la administración de bienes es regulado por la Constitución de la República.

Las cuatro naciones erigidas bajo la forma federal de Estado en Latinoamérica tienen como característica la existencia de una división política y administrativa en estados, provincias, distrito federal y municipios, cuya autonomía es reconocida mediante un sistema representativo y democrático de la organización política del país. En los mencionados países prevalece el modelo de federalismo residual o de origen a favor de los estados miembros, por medio del cual sus autoridades conservan las facultades que no estén expresamente delegadas a las autoridades federales, de manera tal que se organizan y rigen por Constituciones propias que, si bien se expiden sin intervención de ningún poder de la Federación, no pueden ser contrarias a la Constitución federal.

A diferencia de América Latina, el federalismo norteamericano se crea al concurrir las soberanías originarias de los estados miembros, suficientemente autónomos para determinar su gobierno y administración, por lo que el constitucionalismo revela peculiaridades propias de su régimen federal para la distribución del poder político, y las cincuenta Constituciones locales en los Estados Unidos reconocen la división tripartita de poderes, regulan un sistema electoral, proveen un catálogo de derechos y organizan una legislatura bicameral (G. Alan Tarr, 2009).

En Argentina, las provincias crean sus propias instituciones locales a través del acto de expedir autónomamente las Constituciones bajo el sistema representativo y republicano de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías que establece la Constitución Nacional, señalando para ello que se debe asegurar la administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria (art. 5o.). En cuanto a la autonomía municipal corresponde, se impone el deber a cada provincia de que su Constitución reglamente su alcance y contenido institucional, político, administrativo, económico y financiero (art. 123).

En Brasil, los estados se organizan y rigen por las Constituciones que ellos mismos expiden, observando lo principios de la Constitución de la República Federativa y las reglas de competencia atribuidas a los estados y municipios (arts. 25 a 29).

La situación que priva en México consiste en que el pueblo mexicano decide constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta por estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios constitucionales; las Constituciones particulares de los estados en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal (arts. 40 y 41).

Atendiendo a lo que literalmente disponen las cartas constitucionales de los cuatro países, se percibe que los estados o provincias gozan de amplias facultades, aunque ello se minimiza en el debate acerca del carácter nominalista del federalismo, pues la realidad latinoamericana demuestra un alto nivel de centralización del poder en torno de las competencias constitucionales atribuidas al gobierno federal.

De entre las características que sobresalen en los estados o provincias, es que sus Constituciones deben respetar el sistema representativo republicano y democrático; estar de acuerdo con los principios y declaraciones fundamentales de la Constitución federal; adoptar las bases mínimas sobre la organización de los poderes y del municipio, así como acogerse a la protección de la garantía federal para repeler, en caso necesario, invasiones externas o sublevaciones internas.

En cuanto al fenómeno constitucional estatal en México, con un universo de 31 cartas políticas estatales y un Estatuto del Distrito Federal, la reformabilidad y el reemplazo han sido una constante, por lo que Diego Valadés dice que “la positividad de las Constituciones estatales ha provocado que exista un alejamiento de la sociedad civil a las normas que ellas regulan [y] sobre todo cuando esas modificaciones responden a políticas gubernamentales o a

intereses de grupos de relevancia política, religiosa o empresarial”, por lo cual considera al orden local como derivado del marco constitucional general y lo denomina “constitucionalismo reflejo” (Valadés, Diego, *Constitución y política*).

Teniendo en cuenta la forma en que se concreta el federalismo en la extensa división geográfica de las entidades federativas mexicanas, así como los patrones culturales propios de las regiones, en la actualidad la tendencia del constitucionalismo es su creciente normatividad, al adicionarse catálogos de derechos ciudadanos y medios para su control y defensa de la supremacía constitucional ante órganos judiciales o administrativos, lo cual ha venido convirtiendo gradualmente a las Constituciones locales en ordenamientos políticos fundamentales que organizan el gobierno y aseguran un sistema de libertades y el respeto a la dignidad humana de la población.

Elisur Arteaga Nava, al argumentar que una Constitución es un complejo normativo cuya normatividad es de jerarquía superior, permanente, escrita, general y reformable, sostiene que debido al principio de generalidad de la Constitución federal, cualquier modificación obliga a los estados a adecuar sus Constituciones en forma perentoria.

Una nota relevante es que sus normas son reglamentarias de la carta magna, ya que desarrollan sus preceptos; sin embargo, es criticable que algunas reproduzcan los artículos de la Constitución federal, aunque en muchos casos los constituyentes locales suelen abundar a detalle en catálogos de derechos a favor de las personas, imponiendo obligaciones al poder público. Conforme el derecho constitucional correlativo de las entidades federativas, es de sostenerse que las Constituciones locales son de naturaleza complementaria de la carta magna.

Finalmente, poseen los elementos esenciales de toda Constitución: ser la norma suprema del ente político; respetar los parámetros del orden político y jurídico establecidos en la Constitución federal y servir como un cauce de libertades para la gobernabilidad democrática, expresando la escala de valores fundamentales que impera en una comunidad política para su reconocimiento y desarrollo. Este cuerpo de normas prevalece sobre cualquier otro legal o secundario, los cuales están sujetos a ella. Debe subordinación únicamente a dos categorías: a la Constitución federal y al Poder Constituyente.

No obstante que la subordinación se traduce en la potestad de actuar dentro de los límites explícitos e implícitos que una entidad federativa debe respetar, puede constatare que las Constituciones locales son verdaderos textos fundamentales porque organizan la vida política de los estados y juegan un papel preponderante en un régimen federal de gobierno.

*José Miguel Madero Estrada*

## CONSTITUCIÓN OCTROYÉE (O CONCEDIDA)

Se define *octroyée* (o *concedida*) una Constitución otorgada por el soberano como autolimitación a su poder. Se trata de una clasificación basada sobre el criterio de la naturaleza del Poder Constituyente, que en este caso no es expresión del ejercicio de soberanía popular. Ejemplos típicos de Constituciones *octroyées*

son, entre otros, el Estatuto Albertino italiano de 1848, la Constitución de Bayona (España, 1808) y el Manifiesto de la Libertad de Nicholas II de Rusia en 1905.

*Silvia Bagni*

*(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)*

## CONSTITUCIÓN OTORGADA

Según el origen, una Constitución puede ser otorgada, impuesta, pactada o expedida como resultado de la voluntad popular soberana. Cuando no deriva de un poder constituyente, cuyo titular como se sabe es el pueblo en un régimen democrático, se está en presencia de una Constitución “otorgada”, término que tiene su origen en la voluntad misma de los detentadores del poder político.

Por tal motivo se afirma que este tipo de carta política suele ser contraria a la concepción del constitucionalismo liberal y es propia del *ancien régime*, la cual se apoya en doctrinas encaminadas a denegar radicalmente la Constitución como acto de voluntad del Constituyente, acogiendo la idea de la Constitución-acto, que corresponde tradicionalmente a un Estado monárquico donde el soberano o monarca, como titular de la soberanía, es quien unilateralmente la otorga (*octroyées*), por lo que la relación entre el monarca y el pueblo, que se concreta a través de la Constitución, se reduce a que este último es simplemente receptor de lo que el monarca decida otorgar y reconocer como derechos para sus súbditos.

De manera que es Constitución “otorgada” aquella que, no obstante poseer el carácter de ley suprema, se genera por una concesión que hace el depositario del poder político. Al respecto, este tipo de Constitución ha tenido lugar cuando el rey o monarca, por un acto de gracia hacia su pueblo, otorga una carta magna mediante la cual, de manera voluntaria, reconoce ciertos derechos, acota sus facultades al conceder contrapesos de poder a otras instancias —principalmente de carácter parlamentario— y con ello queda subordinado al mandato de la propia Constitución. Como un ejemplo clásico podemos citar la Carta Constitucional de Luis XVIII del 4 de junio de 1814, que, a sugerencia del ministro Talleyrand y ante el temor del surgimiento de un nuevo movimiento revolucionario, se concluyó que no era posible sostener la Monarquía sin limitar el poder real. Entonces, el monarca recurrió al subterfugio de dotar de una Constitución a sus súbditos franceses; por lo que tuvo apariencia de ser una dádiva del rey a sus gobernados.

Sin embargo, para evitar ciertas confusiones, conviene aclarar las diferencias entre “Constitución otorgada” y “Constitución impuesta”. La primera, como ya se dijo, es una concesión dada por el titular del poder político en aras de evitar movimientos enardecidos revolucionarios, pero que disminuían su ámbito de poder, generando cierta reestructuración de la organización estatal. En cambio, la segunda ha tenido lugar al generarse un nuevo Estado, o bien al perder su plena soberanía a consecuencia de una confrontación bélica y en el caso de territorios coloniales que logran adquirir su independencia. Este tipo de Constitución se caracteriza por la intervención de un Estado diferente

que impone un ordenamiento constitucional, es decir, existe un procedimiento formativo de Constitución *externa*, que impone a la fuerza un ordenamiento constitucional.

Algunos ejemplos dan cierta pauta para aclarar de mejor forma esas diferencias, tal como nos ilustra el caso del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano expedido el 10 de abril de 1865 por Maximiliano de Habsburgo, mismo que tuvo por objeto organizar su gobierno, dentro del cual se estipuló que el emperador representaba la soberanía nacional y la ejercería en todos sus ramos, garantizando a los gobernados la igualdad ante la ley, la seguridad personal, la propiedad y el ejercicio de su culto.

Lo mismo puede decirse de la Constitución japonesa de 1946, que siguió el modelo impuesto por un órgano de un Estado extranjero; igualmente, la Ley Fundamental alemana de 1949 fue condicionada por las potencias ocupantes, ya que el proyecto debe someterse a la aprobación de la jefatura de las potencias occidentales; del mismo modo, numerosas Constituciones en territorios dominados por los ingleses fueron dictadas por el Parlamento británico (Canadá, 1867; Austria, 1901; Sudáfrica, 1909), o por actos gubernativos (*orders in council*) para Estados recién independizados en diversos continentes (Nigeria, 1946; Jamaica, 1962; Bermudas, 1962; Anguila, 1967; Mauricio, 1968; Fidji, 1970, y Malta, 1964).

Así pues, a diferencia de las cartas políticas impuestas, la “Constitución otorgada”, cuya clasificación es idea de James Bryce, resulta ser producto de un acto concesorio unilateral del órgano que detenta el poder político, sobre ciertas y cuales prerrogativas dirigidas a los gobernados, estableciendo al mismo tiempo controles al poder público, lo que si bien limita o reduce el campo de actuación estatal en favor de gobernados, son decisiones que entrañan cierta regularidad constitucional para evitar insurrecciones que den al traste con el poder político que se detenta.

*José Miguel Madero Estrada*

## CONSTITUCIÓN PACTADA

Se define *pactada* una Constitución que encuentra legitimidad en el acuerdo entre el Soberano y la asamblea representante del pueblo. Se trata de una clasificación basada sobre el criterio de la naturaleza del Poder Constituyente (véase clasificaciones). La Constitución pactada representa una forma intermedia entre aquellas de origen popular y aquellas *octroyées* (véase Constitución *octroyées* (o concedida). Se consideran ejemplos de Constituciones pactadas la sueca de 1809, la francesa de 1830 y la de Prusia de 1850.

*Silvia Bagni*

*(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)*

## CONSTITUCIÓN PROVISIONAL

Se habla de *Constituciones provisionales* para indicar los textos constitucionales que, si bien plenamente en vigor, deben ser reemplazados en el corto plazo por las nuevas Cartas constitucionales con un contenido más profundo y com-



pleto, o después de un proceso constituyente que necesita condiciones sustanciales o de procedimiento que en la actualidad no existen. Se define provisional, por ejemplo, la Constitución de Nepal de 2007; ha sido una Constitución provisional el *Constitutional Framework* de Kosovo antes de la Constitución de 2008; era provisional la Constitución de Sudáfrica de 1993, luego sustituida por la actualmente en vigor desde 1997.

*Silvia Bagni*

(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

## CONSTITUYENTE PERMANENTE

La expresión se ha utilizado, sobre todo en México —a partir de la obra de Felipe Tena Ramírez—, para designar la potestad revisora y modificadora de la Constitución, entendida ésta como ley suprema y pináculo del sistema de fuentes legislativas.

La consideración de un poder constituyente distinto al originario, esto es, al propio del momento privilegiado en que, al decir de Schmitt, un pueblo toma conciencia de su ser político y se dota con una Constitución, no deja de ser problemática. Lo es en lo referente a los límites de su accionar, en lo procedimental y en lo material, pero también en lo que se refiere a su configuración y legitimación como órgano de actuación prácticamente autónomo.

En países de estructura compuesta, la revisión y la eventual modificación de la Constitución traen consigo la cuestión de lo que García-Pelayo ha llamado las funciones de innordinación, es decir, la cuestión de la participación de las unidades políticas y administrativas menores en la formación de la voluntad del conjunto, sea éste una Federación, una Confederación o un Estado autonómico como el español. Las soluciones (someter las modificaciones a referéndum por parte de las regiones, exigir en él la unanimidad, solicitar la aprobación por simple mayoría de los órganos legislativos locales, conformarse con la autorización por parte de una cámara a la que se considere representación de la estructura compuesta del Estado, etcétera) distan de ser pacíficas. Se entiende casi universalmente que el consenso existente en el momento originario debe tratar de reproducirse con la mayor fidelidad posible al tiempo de la reforma constitucional, pero la estructura y mecanismos de tal reproducción resultan, como hemos dicho, problemáticos.

Llamar “poder constituyente permanente” al órgano revisor de la Constitución puede acarrear la implicación, como criticó en su momento Sánchez Meda, de que la reforma constitucional no posee límites en lo tocante a lo material. Así, en sistemas como el mexicano, que carecen de cláusulas intangibles y de “núcleos duros” de derechos irreformables, las reformas y adiciones constitucionales resultarían válidas en sí mismas siempre que hayan seguido el proceso adecuado al efecto (regulado sin mayor precisión en el art. 135 de la Constitución general de la República), incluso si resultan incongruentes o contradictorias respecto de otras disposiciones fundamentales. Siguiendo este razonamiento, tales Constituciones carecerían de cláusulas de “eternidad no escritas” (Häberle) y podría asumirse la perpetua inconstitución de la República, según expresó a mediados del siglo XIX Mariano Otero.

Si bien es cierto que ninguna generación tiene derecho a pretender que las generaciones futuras sean rehenes de sus decisiones (la frase es de Jefferson), resulta claro que en los Estados constitucionales y democráticos de derecho la reforma constitucional posee un límite primerísimo de orden material, como ha señalado Böckenförde: debe poseer una “voluntad de Constitución” para referirse a lo propiamente constitucional, no sólo en lo que respecta a la estructuración y reparto fundamental de los poderes del Estado, sino en lo tocante al respeto y garantía irrestrictos de la única razón que posee el propio Estado, es decir, los derechos universales e inalienables de las personas. Así, toda reforma que en el papel atente en contra de la dignidad humana asumida como cláusula de apertura y cierre del razonamiento constitucional (párrafo 5 del nuevo art. 1o. de la Constitución mexicana) debe entenderse como impropia del ordenamiento y debe, por tanto, expulsarse del mismo, independientemente de la colocación que le haya asignado una mayoría legislativa usualmente proclive a tratar de fijar su programa partidista en la ley básica del Estado.

En este sentido, puede afirmarse válidamente que los derechos fundamentales y la protección más amplia que se debe dar a las personas conforman, en el sentido de Grimm, la “identidad constitucional” de una Constitución que, como la mexicana, carece de límites explícitos a la acción del órgano reformador, si bien posee referentes principialistas que evidentemente vinculan al llamado “constituyente permanente”. Las “reformas demolitorias de la Constitución” (de nuevo Sánchez Medel) devienen, pues, en fundamental contrasentido, y los tribunales nacionales e internacionales han tendido en los últimos años a considerarlas contrarias al orden constitucional, si bien nuestra reciente Ley de Amparo insiste en la añeja posición de considerar impropio una reclamación incoada en contra de una reforma fundamental a través del juicio de amparo.

*Rafael Estrada Michel*

## CONTROL ABSTRACTO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El control abstracto de inconstitucionalidad (de las leyes parlamentarias) se contrapone al llamado control concreto. Es la clasificación más tradicional e importante del control de la constitucionalidad, tras la que opone el control concentrado y el que Schmitt acuñara como “control difuso”, y con la que la primera está estrechamente relacionada y entrelazada.

La distinción entre control abstracto y control concreto (*abstrakte, konkrete Normenkontrolle*) surge en la doctrina germana para contrastar dos modalidades de control de la constitucionalidad de las leyes parlamentarias por el Tribunal Constitucional: *a)* el control de constitucionalidad de una ley llevado a cabo a instancia de ciertos órganos políticos y *completamente al margen de todo caso o litigio concreto* y de la aplicación que haya podido tener esa ley (que a veces todavía no se ha aplicado siquiera), y *b)* el control de la constitucionalidad de las leyes que el Tribunal Constitucional ejerce a instancias de un juez o tribunal que, a la hora de resolver un determinado litigio, se encuentra en la necesidad de aplicar una ley sobre cuya constitucionalidad se le plantean dudas o existen di-

vergencias de opinión, por lo que eleva la cuestión sobre la constitucionalidad de la ley al Tribunal Constitucional. Mientras que en este último supuesto, la dialéctica del caso concreto tendrá, por lo general, un juego importante, no será así en el primer caso, en el que el tribunal lleva a cabo un control de la constitucionalidad con total abstracción de la aplicación concreta del derecho y se limita a resolver una discrepancia abstracta en torno a la conformidad (o desconformidad) de un texto legal con el texto de la propia Constitución. Se trata de dos mecanismos diferentes con un mismo fin: garantizar la seguridad jurídica en su modalidad de protección de la Constitución frente al legislador por la jurisdicción (*Hüter der Verfassung*). El control concreto se basa en la desconfianza frente al juez ordinario, evitando que cualquier juez pueda cuestionar la voluntad y autoridad del legislador democrático posconstitucional, así como en la mayor eficacia de ese control concentrado en un órgano y que además muchas veces sienta doctrina constitucional vinculante frente a diversas interpretaciones en disputa de los tribunales ordinarios.

Y si en los sistemas con control concentrado, y además monopolio de control (*Verwerfungsmonopol*), de la constitucionalidad (como el alemán, el español o el italiano) es posible establecer esta contraposición entre control abstracto y control concreto; el contraste es todavía mayor —y por ello, menos artificial— entre ese control abstracto dotado de efectos generales y el control *absoluta o genuinamente* concreto, característico del modelo norteamericano o difuso, y luego de tantos otros sistemas que lo siguen o los sistemas mixtos o duales de control difuso y concentrado. Ese control difuso y concretísimo de la constitucionalidad permite a cualquier juez resolver, directamente y por sí mismo —sin necesidad de remitir la cuestión de constitucionalidad a la Suprema Corte o al Tribunal Constitucional—, sobre la constitucionalidad de una ley que deba aplicar al caso que esté conociendo, con eficacia limitada a las partes que intervienen en el proceso.

El carácter abstracto del control hay que ponerlo en inmediata relación con la legitimación para su interposición, pues si bien existen algunos países (así, ya desde el siglo XIX, Colombia o Venezuela, o Hungría) o Estados federados (Baviera) en los que existe una legitimación popular para instar el control abstracto de la constitucionalidad, en general puede decirse que el control abstracto está ligado, en principio, a la legitimación orgánica (*Organklage*), restringida a ciertos órganos políticos que, en su caso, ejercerán la acción no para defender sus propios derechos o intereses, sino más bien para actuar en defensa *objetiva* de la Constitución, “en interés de la Constitución y su primacía”, dando lugar a un control de la constitucionalidad de tipo abstracto, desligado del caso concreto y de todo interés particular de los sujetos legitimados.

Es fácil imaginar que el carácter abstracto de la acción —al margen, pues, de todo supuesto particular de aplicación de la norma y de cualquier situación jurídica subjetiva—, así como la naturaleza política de los órganos legitimados para impetrarlo, lleva a que estos juicios tengan una gran carga política, y en ocasiones no sean más que una forma de prolongar, en la vía procesal, un enfrentamiento entre mayorías y minorías parlamentarias o entre centros de poder territorial (generalmente entre los gobernados por partidos de tenden-

cia política diversa). Este riesgo de politización se acentúa si, como ocurre en algunos países como Alemania o España, el control abstracto da lugar a que cualquier ley controvertida sea sometida al Tribunal Constitucional inmediatamente después de ser aprobada en el Parlamento. Esta elevada politicidad de la acción de inconstitucionalidad hace que quede en entredicho el carácter pretendidamente objetivo de esta vía procesal, pues no ofrece dudas que cada parte defenderá una posición política, y el órgano de la constitucionalidad acabará dando la razón a una u otra fuerza política. Ello puede llevar a que las decisiones del tribunal sean valoradas como una victoria política, pudiendo llegar a ver la opinión pública al órgano de la constitucionalidad como una suerte de “tercera cámara”, lo que explicaría que algún sector de la doctrina alemana hable, un tanto irónicamente, de la “cuarta lectura” de la ley, o incluso del Tribunal Constitucional como soberano oculto (*heimlichem Souverän*).

E incluso se propugna por algunos la abolición del control abstracto, lo que sin embargo no es una opinión mayoritaria al día de hoy y no prospera en ningún país. Frente a las propuestas de supresión, por otra parte, otros consideran que el control abstracto puede ser un instrumento para llevar a cabo una notable depuración del ordenamiento jurídico, y para lograr el reconocimiento efectivo del valor normativo de la Constitución en la vida política cotidiana, mediante la aceptación por todas las partes de las soluciones *constitucionales al llevar a cabo este control*; que el mismo permite poner fin a conflictos políticos que difícilmente habrían encontrado una solución por otra vía, sino que más bien se habrían agudizado y encrespado de manera indefinida en la vida política, con efectos corrosivos sobre todo el sistema, y que en todo caso podrían ser un “león durmiente” de la vida político-constitucional del país. Es cierto que, en muchas ocasiones, el control abstracto puede operar como medio de prorrogar por la vía judicial un conflicto que en la vía política no ha hallado solución adecuada, más todavía si se tiene en cuenta la fugacidad del plazo para instarlo que suele preverse; pero —se afirma por sus defensores—, de un lado, no cabe desconocer que, como dijera Wilhem Wangler y nos recuerda Bachof, ni el carácter político de un acto excluye su conocimiento jurídico, ni el efecto político del enjuiciamiento le priva de su carácter jurídico, y este control abstracto garantiza la protección de la jerarquía normativa nada menos que en su cúspide frente al legislador ordinario e incluso frente al poder constituyente constituido (o de reforma de la Constitución); y de otro lado, la verificación del control abstracto de la ley por un tribunal independiente logra en general una “paz jurídica” y ello por medio de la aceptación, aunque sea “a regañadientes”, por ambas partes contendientes de la resolución que se dicte, en la que normalmente tanto la mayoría como la minoría encontrarán puntos en los que se verán “derrotados” y otros en los que se sentirán “vencedores”, siquiera de modo interesado, a lo que se prestan técnicas sentenciadoras como la de las sentencias interpretativas, lo que propicia un importante “factor integrador” del control abstracto.

Tanto en el control abstracto como en el concreto se lleva a cabo un juicio lógico y ponderativo de contraste entre dos normas: la ley parlamentaria (o, en su caso, el tratado internacional), su objeto de control, y la Constitución, parámetro de dicho juicio. Ahora bien, mientras que en el control concreto

la dialéctica del caso concreto tiene un peso específico, en el control abstracto no es así, sino que se juzga a la ley en sí misma (*on its face*). Por su propia naturaleza, en el control abstracto, que siempre es concentrado, los efectos de la decisión son generales, y de ahí que cuando lo lleva a cabo un tribunal constitucional, se designe a éste gráficamente de “legislador negativo”, según la clásica caracterización de Hans Kelsen.

*Joaquín Brage Camazano*

## CONTROL CONSTITUCIONAL DE JURISDICCIÓN CONCURRENTE

De acuerdo con el modelo de Estado federal que tenemos, el fortalecimiento de la justicia constitucional requiere su realización desde dos grandes espacios: 1) *desde el ámbito federal*, donde se sitúa la justicia constitucional por antonomasia mediante la defensa y salvaguarda de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 2) *desde el ámbito de las entidades federativas*, desde donde es posible coadyuvar a la defensa de la Constitución federal, mediante acciones que pueden llevarse a cabo ante determinados órganos locales especializados en justicia constitucional.

La justicia constitucional, desde el ámbito de las entidades federativas, será posible en la medida en que el propio federalismo pueda ser revitalizado en todos los órdenes que la lógica del sistema federal concede indiscutible valor e importancia a la participación de los estados miembros.

Para poder hacer partícipes a los estados en la materia que nos ocupa, nos parece que la justicia constitucional local debe establecerse en dos modalidades:

1) *Como control constitucional local puro*. Este modelo de control deberá ser diseñado para la salvaguarda de la Constitución local, particularmente por cuanto hace al mantenimiento de las *declaraciones o principios* contenidos en su preámbulo. Tratándose de un tipo de control local, su competencia estará orientada hacia dos cuestiones de orden local:

a) Control constitucional de actos locales. La competencia en este caso buscará mantener dentro del orden previsto por la Constitución particular de la entidad federativa en cuestión, la actuación de cualquiera de los órganos locales. Esto es, la justicia constitucional local o el control constitucional local, en esta modalidad, servirá para exigir a los servidores públicos de tipo local que su desempeño se ajuste a las prescripciones, más aún, a los principios contenidos en la Constitución local.

b) Control constitucional de leyes locales. El control constitucional deberá incluir de la misma manera el control sobre la producción jurídica de las legislaturas locales. En este sentido, debe caber la posibilidad de que el órgano diseñado para tal efecto pueda realizar las tareas de control previo de la constitucionalidad que debemos atribuir al Tribunal Constitucional federal; en este supuesto, el pre-control legislativo funcionará respecto de las leyes emanadas de los Congresos locales.

Ahora bien, para que el control constitucional local aquí señalado pueda tener viabilidad es necesario cumplir con algunas condiciones, como las si-

guientes: *primera*, que el control constitucional local deberá verificarse de manera exclusiva en el marco de la Constitución local. Esto quiere decir que si en algún caso planteado ante el órgano de control constitucional local, surgiera algún punto que hiciera necesaria la *interpretación* de la Constitución general, en tal supuesto el asunto deberá remitirse de inmediato al Tribunal Constitucional federal; *segunda*, tanto las acciones de pre-control como las de control constitucional a nivel local servirán para obligar a todos los órganos de la entidad federativa en cuestión a sujetar sus actos a lo prescrito por la Constitución local.

2) *Control constitucional local de jurisdicción concurrente*. Uno de los temas de mayor cuidado debe ser el referente a los alcances del control constitucional local en relación con la Constitución federal. Este mecanismo, que hemos denominado *control constitucional de jurisdicción concurrente*, permitirá a un órgano local determinado llevar a cabo el control constitucional respecto de la carta magna y con ello materializar —en un claro ejercicio de federalismo— la participación del estado miembro en la defensa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta competencia deberá ser reconocida a un órgano jurisdiccional local y podrá tener las siguientes dimensiones:

a) Control constitucional dual o absoluto. Este tipo de control permitirá que el órgano local encargado de hacer partícipe a la entidad federativa en la defensa de la Constitución federal pueda intervenir para salvaguardar cualquier disposición jurídica de la carta magna.

En este caso, la competencia del referido órgano local de control constitucional podrá extender su competencia originaria hasta la defensa y control del contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La competencia concurrente, aquí diseñada, fortalecerá el sistema mexicano de justicia constitucional, una vez que se reconozca a los órganos locales la capacidad para participar en la defensa de la Constitución general de la república.

b) Control constitucional relativo. Este tipo de control constitucional local funcionará sólo respecto de las decisiones políticas fundamentales plasmadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo pronto, el control constitucional de jurisdicción concurrente de tipo relativo podrá garantizar la permanencia de los principios constitucionales (decisiones políticas fundamentales) a través de la defensa de la Constitución en general.

Por otro lado, no hay que perder de vista que también las Constituciones de los estados miembros pueden contener *declaraciones* (no principios constitucionales) que sin contravenir a las decisiones políticas fundamentales de la carta magna, sirven para definir su autonomía y peculiares condiciones de existencia. Para la salvaguarda de tales declaraciones, es posible establecer el control constitucional local respecto de su propia Constitución.

Todo parece indicar que el control constitucional local es necesario para vigilar que las autoridades locales sujeten su actuación a las disposiciones constitucionales contenidas en la propia Constitución local. A través de dicho

control será posible, además, defender las *declaraciones* contenidas en el preámbulo de la misma Constitución.

Luego entonces, el control constitucional de jurisdicción concurrente, realizado desde las entidades federativas, es recomendable porque permitirá garantizar:

a) La constitucionalidad dual de las leyes locales. Es decir, permitirá que las leyes aprobadas por las legislaturas de las entidades federativas se adecuen tanto a los principios contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como a los previstos por las Constituciones locales.

b) La racionalidad y jerarquía del orden normativo. Parte importante de las tareas asignadas a los órganos de control constitucional local se materializará en la construcción de un sistema jurídico lógico a partir de la aprobación de leyes que guarden congruencia con el texto de las dos Constituciones, la Federal y la particular de la entidad federativa de que se trate.

c) La eficacia normativa. Con la aprobación de las leyes que sujeten su redacción a los principios y prescripciones de mayor jerarquía de las Constituciones será más fácil cumplir con los “contenidos” de la carta magna y con los propios principios redactados en las Constituciones locales. Con un sistema federal de justicia constitucional como el aquí propuesto, podrá acortarse la enorme distancia que en muchos casos hay entre lo que dice la Constitución y lo poco que las leyes secundarias son capaces de convertir en posibilidad y acción.

*Enrique Uribe Arzate*

## CONTROL CONSTITUCIONAL DE OFICIO

Debe quedar bien en claro que la problemática *del control judicial de las leyes* aparece en aquellos países que tienen Constituciones rígidas, pues en los que la carta suprema es flexible —como por ejemplo en Inglaterra o en Italia antes de la reforma de 1948— los conflictos normativos se resuelven en la escala horizontal, en los que la *lex posterior* deroga a la anterior. En esta última circunstancia, al no haber una jerarquía piramidal de las reglas por falta de una ley fundamental única, rige el principio cronológico antes apuntado.

Con respecto a la factibilidad de que el Poder Judicial declare la inconstitucionalidad de oficio, gran parte de los publicistas se han plegado a la doctrina permisiva, considerando, entre otros argumentos, que la experiencia comparativa demuestra que es éste el camino correcto.

En efecto, repárese —por ejemplo— que en el sistema hispano, el Tribunal Constitucional está potenciado para fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto de la carta suprema, *haya o no sido invocado en el proceso*.

Como se trata de un andarivel de tipo concentrado, los jueces inferiores no pueden decidir el tema constitucional, mas la Ley Orgánica les permite plantear —de oficio o a pedido de parte— la cuestión ante el Tribunal Constitucional (art. 35.1, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

En Francia, el Consejo Constitucional controla “obligatoriamente” las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias.



Hemos dicho que la mayoría de los autores, salvo escasas excepciones, está por la corriente permisiva, sobre la base de una serie de fundados basamentos. Desde tal área conceptual se ha expresado que la temática constitucional es una cuestión de derecho (*iuris novit curia*), por lo que puede ser resuelta por el juez, aun ante el silencio de las partes.

Se añadió, siempre en el mismo orden de pensamiento, que muchas veces el planteo de inconstitucionalidad surge tácitamente cuando se infiere de la pretensión o de la excepción puestas en juego por los intervinientes en el juicio. Puede suceder, por ejemplo, que el litigante se resista a la posición fáctica del contrario, sin invocar la subversión del orden jurídico supremo, y en esas circunstancias resulta factible colegir que el judicante no actúa *motu proprio*, sino a impulso del justiciable.

La veda de intervenir *ex officio* debe entenderse, en una interpretación finalista y abarcadora, en el sentido de que el órgano jurisdiccional está imposibilitado para obrar *fuera del proceso*; vale decir que no está habilitado para hacer esta declaración más allá de los límites del litigio, ya que en esas circunstancias no cabe duda que podría producirse un conflicto entre los poderes del Estado.

Además, en las condiciones precedentemente indicadas no es correcto decir que haya violación del principio de congruencia, si recordamos que, tratándose de un tema jurídico, la regla es que no se necesita planteamiento expreso de las partes.

Por último, considero que tampoco tiene peso suficiente la opinión que expresa que la falta de planteo de la cuestión constitucional implica una renuncia, ya que por un lado ésta no se presume y, por otro, no es posible que en determinados pleitos los justiciables abandonen las garantías de la carta magna, y que ello vincule al juez.

Por eso se dice que si la autonomía de la voluntad cede en el derecho privado, con más razón ello debe suceder en los limbos del orden público y sobre todo cuando está en juego la aplicación del estatuto supremo de cada país.

Los epígonos de la tesis negativa han utilizado un soporte argumental trifásico, llegando a la conclusión de que no es posible la declaración oficiosa de inconstitucionalidad. Ello es así, primero, pues —según dicen— de lo contrario se altera la división de los poderes; segundo, porque se atenta contra la presunción de legitimidad de los actos estatales, y tercero, en virtud de que se roza el postulado de la defensa en juicio, al admitirse la ruptura del principio de congruencia.

La corriente permisiva —expuesta al principio— ha rebatido tal basamento sobre la base de los siguientes argumentos:

Con respecto a la descompensación del principio de división de los poderes, se ha retrucado que la declaración de inconstitucionalidad, dicha en una causa judicial, *con efectos limitados a las partes*, no puede producir el desbalance del sistema de libre flotación de los poderes del Estado; y en todo caso, si fuera así, en nada cambia que exista o no pedimento de los justiciables.

Ello, computando que —por regla— la decisión de referencia tiene viabilidad —como vimos— sólo en el proceso en que se dicta, y por ende no “deroga” al precepto discutido.

Con referencia a la presunción de legitimidad de los actos estatales, la misma es sólo *iuris tantum*, y por ende cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, circunstancia que opera si las leyes o los actos administrativos desoyen la prédica de la carta suprema.

La sentencia judicial también goza de esa “presunción” o película protectora, pero a nadie se le ocurre actualmente pensar que la misma sea irrevocable cuando está apoyada en circunstancias fácticas que *a posteriori* quedan desbaratadas (revisión de la cosa juzgada).

Otro de los fundamentos que sostuvieron los que proponen la corriente negatoria referida a los postulados de la defensa en juicio y de congruencia es que —según ellos— los que imparten justicia están imposibilitados de ocuparse de las cuestiones no llevadas por las partes al pleito.

Esta argumentación es la más fácil de rebatir, pues —repetimos— dicha temática es típicamente jurídica (de derecho); de ahí entonces que el *judex* pueda llevarla al momento de sentenciar sin que sea necesario el impulso o el empujón de los justiciables.

En suma, la tesis más generalizada en el derecho comparado sostiene que si estamos en el campo de la interpretación, es el juez —dentro de su competencia— quien pone en juego los preceptos normativos sin necesidad de pedimento alguno. Por ello puede concluirse que si la sentencia debe recaer sobre el objeto litigioso, abarcando no sólo la cuestión principal sino también las accesorias e incidentales, parece notorio que en la aplicación del derecho, lo atinente a la constitucionalidad implica, aun ante el silencio de los intervinientes, un aspecto central de *iuris* que debe resolverse de oficio.

En la República Argentina —se trata de un país federal— impera el sistema de control de constitucionalidad difuso, similar al esquema norteamericano. La Corte Suprema de la Nación, que ejerce las funciones de Tribunal Constitucional, se ha plegado en los últimos tiempos a la doctrina permisiva, sosteniendo que al haberse incorporado a la Constitución Nacional los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 25, inciso 22), rige la regla interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que permite esta posibilidad. Ello es así siempre y cuando se ejerza en el marco de las respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes.

En ese país la mayoría de los autores y la jurisprudencia coinciden en la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio tanto en el orden nacional como en gran parte de las provincias (estados), donde se ha aplicado dicha postura, cristalizada en las Constituciones locales, como por ejemplo las de La Rioja, San Juan, Río Negro, San Luis, Tierra del Fuego y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El art. 43 de la Constitución Nacional dispone que toda persona puede interponer la acción de amparo en determinadas circunstancias, y en el caso el juez puede decretar la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Si utilizamos los parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito del control de convencionalidad cuyos postulados generales son válidos para la revisión de constitucionalidad, tengamos presente que ese cuerpo jurisdiccional, a partir del *Caso Almonacid Arellano* ha puesto de relieve que los jueces deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad,

sino también un control de convencionalidad *ex officio*, criterio que se ha ido convalidando en fallos posteriores, sosteniéndose que esta tarea deben hacerla “todos los jueces de cualquier jerarquía” (*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, entre otros). También dijo ese organismo que esta inspección puede llevarse a cabo aun antes de que la norma sea aplicada en el caso concreto.

*Juan Carlos Hitters*

## CONTROL CONSTITUCIONAL LOCAL

En relación con el control de la constitucionalidad, Manuel Aragón señala: “El control jurídico no tiene por objeto a las personas, ni siquiera, exactamente, a los órganos, sino a los actos de esos órganos o autoridades. Y no a los actos ‘políticos’... sino a los actos jurídicamente relevantes” (Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*).

Podemos resaltar un vínculo directo entre la defensa de la Constitución y el control de la constitucionalidad. Esto es, que el mantenimiento del texto constitucional, el cuidado para evitar que sea violentado o vulnerado, son tareas que conforman una parte del sistema integral de justicia constitucional, el cual se complementa con las acciones que sirven para llevar a cabo el control constitucional de actos y de leyes; dicho control, ideado para exigir a todos los órganos el respeto irrestricto del texto constitucional, sirve a la vez para realizar de manera concomitante la defensa de la carta magna.

De acuerdo con esto, es preciso insistir en que el control de la constitucionalidad tiene como propósito ejercer los mecanismos jurídicos que tanto en el aspecto preventivo como en las tareas de tipo correctivo pueden servir para contener en los límites de la Constitución a toda la producción jurídica del Estado y, asimismo, para obligar a las autoridades a que sometan su desempeño a lo prescrito por la carta magna.

Podemos afirmar entonces que con la defensa constitucional se protege la estructura del máximo ordenamiento legal en una entidad federativa y, al mismo tiempo, al mantener inalterado el texto de dicho ordenamiento, se defienden las decisiones políticas fundamentales que tienen en el control de la constitucionalidad su más firme límite. Así, “Las normas constitucionales de estabilización (o defensa) de la Constitución nos indican, no sólo las técnicas y los medios para ello, sino también: *a)* a quién cabe defenderla y guardarla; *b)* contra quién se dirigirá la defensa y guarda” (Afonso da Silva, José, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*).

Al interior de las entidades federativas que integran el Estado mexicano, la parte correspondiente al control constitucional se debe desglosar en dos grandes ámbitos: el pre-control constitucional legislativo y el control constitucional orgánico.

De acuerdo con este diseño, el control previo de constitucionalidad se debe integrar con aquellos instrumentos jurídicos de carácter técnico-consultivo que tienen como propósito vigilar que la producción jurídica estatal se apegue siempre a las disposiciones constitucionales. Al respecto se ha dicho que: “El Tribunal Constitucional realiza dos clases de control: uno preventivo y otro *a posteriori*. El control preventivo lo ejerce sobre las leyes orgánicas

constitucionales antes de su promulgación y de las leyes interpretativas de la Constitución. En este caso la Cámara de origen tiene obligación de recurrir al Tribunal enviando el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que queda totalmente tramitado por el Congreso” (Quinzio Figueiredo, Jorge M., *Justicia constitucional en Chile*). Para el caso del control constitucional orgánico, es urgente imponer limitaciones jurídicas absolutas a la actuación de los titulares de los órganos primarios del Estado, a fin de evitar la violación de la Constitución y, en su caso, hacer posible su reparación.

La parte correctiva de la defensa de la Constitución merece un tratamiento especial que nos permita contener y mantener el desempeño de quienes ejercen el poder público, en los límites impuestos por la propia *norma normarum*.

En las líneas que siguen nos permitimos esbozar en un estudio *de lege ferenda*: cómo puede operar el derecho procesal constitucional en el Estado mexicano, sin perder de vista la capacidad que en esta relevante materia tienen y debe reconocerse a las entidades federativas. Nos parece que ya es tiempo de engarzar las tareas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con las que —en un Estado federal— deben tener los tribunales de justicia locales (véase Uribe Arzate, Enrique, *El Tribunal Constitucional*).

I. EL PRE-CONTROL CONSTITUCIONAL LEGISLATIVO. Teóricamente, esta forma de control constitucional tiene como propósito vigilar que la producción jurídica estatal se apegue siempre a las disposiciones constitucionales.

Durante el proceso de creación de la ley, y en el caso de las propuestas de reforma constitucional, el órgano encargado del control constitucional al interior de las entidades federativas deberá hacerse cargo de dos tipos de funciones, igualmente importantes:

a) *Opiniones consultivas*. Una exigencia primaria se traducirá en las consultas que de manera obligatoria deberán ser formuladas por los órganos encargados de la creación de la ley (trátase del Poder Legislativo federal o de las legislaturas de las entidades federativas) para saber si determinado proyecto legislativo se adecua al contenido de la Constitución.

b) *Resoluciones con fuerza obligatoria*. Estas resoluciones se emitirán una vez que el órgano responsable del control constitucional conozca, incluso de oficio, de irregularidades en los procedimientos de creación de la ley o de reforma constitucional; en este caso, la resolución que se emita tendrá el propósito de inhibir al órgano de mérito para que no continúe con el procedimiento legislativo.

En este ámbito, se deberán atender dos tareas de singular relevancia: 1) el pre-control legislativo en *los procesos de creación de la ley*, y 2) el pre-control legislativo en *los procesos de reforma constitucional*.

II. EL CONTROL CONSTITUCIONAL ORGÁNICO. Es evidente que la justicia constitucional debe incluir el escenario propio de la reparación constitucional cuando los titulares de los órganos del Estado hayan trastocado el orden o los principios de la carta magna. En este caso, será indispensable contar con los mecanismos que hagan posible la reparación constitucional.

Para llevar a cabo el control constitucional orgánico es preciso contar con las *acciones de reparación* viables y de alcances ciertos, a fin de restaurar el orden

constitucional que sea vulnerado con determinaciones de los servidores públicos de la entidad federativa.

Cada una de las entidades federativas debe garantizar al interior de su territorio la supremacía de su Constitución. Para ello requiere del establecimiento de medios e instrumentos que en la medida de lo posible eviten violaciones al texto de esa norma, mediante el control de los actos de los servidores públicos, y al mismo tiempo permitan su reparación en caso de que el daño a la supremacía constitucional sea inevitable.

*Enrique Uribe Arzate*

## CONTROL CONSTITUCIONAL POR ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

En la doctrina se emplea la locución control constitucional en alusión a los dispositivos jurídicos creados para asegurar la vigencia efectiva de los preceptos constitucionales y, en consecuencia, invalidar los actos o normas que la contradigan, en aras de la supremacía constitucional.

Se encomienda el control constitucional, principalmente, a instituciones jurisdiccionales que en México lo ejercen a través del juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

Al lado de las instituciones jurisdiccionales encargadas del control jurisdiccional surgen, en el derecho comparado, órganos u organismos que participan en esas tareas, entre los que destacan el *Ombudsman* y el Consejo de Estado.

Uno de los temas más importantes del control constitucional es el relativo a los derechos humanos, que en México adquiere mayor relevancia a raíz de la modificación a la denominación del capítulo I del título primero de la Constitución, y la reforma y adición a su art. 1o. (*Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011), en cuya virtud el nuevo rótulo del referido capítulo I es, ahora, “De los derechos humanos y sus garantías”, y se determina que la normativa correspondiente a los derechos humanos se interprete de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales sobre esa materia, y previene que las autoridades promoverán, respetarán, protegerán y garantizarán los derechos humanos de las personas en consonancia con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; consecuentemente, el Estado habrá de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos previstos en ley.

Para el control constitucional en materia de derechos humanos, el orden jurídico mexicano ha recurrido a la institución jurídica sueca del *Ombudsman*, que empezó a gestarse en 1713 cuando el rey Carlos XII creó el cargo de supremo representante del monarca, *Hagste ombudsmannen*, cuya función consistía en que los funcionarios cumplieran sus funciones con apego a la ley, y se consolidó en la Constitución sueca de 1809, cuyo art. 96 dispuso que el Parlamento designara un jurisperito de reconocido prestigio como *Ombudsman* (representante) del *Riksdag* (Parlamento), para vigilar a los tribunales y funcionarios a efecto de que éstos actuaran con apego a las leyes y, en su caso, perseguir a los que en el desempeño de sus funciones incurrieran en ilegalida-

des o negligencias, ya fuera por parcialidad, favor o cualquier otra sinrazón. En la Constitución sueca del 28 de febrero de 1974 se dispone: “Artículo 6o. El Parlamento elegirá uno o varios Ombudsman para que, con arreglo a las instrucciones que el propio Parlamento acuerde, ejerzan supervisión sobre la aplicación en la administración pública de las leyes y demás disposiciones. El Ombudsman podrá entablar acción judicial en los supuestos que las instrucciones especifiquen”.

Al final de la Primera Guerra Mundial, en 1919 Finlandia asumió su independencia, separándose de Rusia, y en el art. 49 de su Constitución del 17 de julio de aquel año creó al *oikeusasiamies eduskunnan* (delegado del Parlamento), que vino a ser el *Ombudsman* finlandés.

Concluida la Segunda Guerra Mundial, Dinamarca y Suecia incorporaron en sus respectivos órdenes jurídicos la institución del *Ombudsman*, con lo que adquirió éste un talante escandinavo.

En la segunda mitad del siglo XX, numerosos países, Alemania, España, Francia, Israel, Nueva Zelanda y Portugal, entre otros, incorporaron a sus correspondientes estructuras políticas, con mayores o menores variantes y diversas denominaciones, al *ombudsman* —comúnmente caracterizado porque sus resoluciones no son vinculatorias, y sólo se apoyan en su *auctoritas*—, lo que le imprimió un carácter internacional.

En México se ha incorporado el *Ombudsman* al orden jurídico nacional mediante la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las instituciones homólogas en las entidades federativas, en cumplimiento de lo previsto en el apartado B del art. 102 constitucional, que ordena: “El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos”.

Entre los atractivos del *Ombudsman*, como dispositivo de control constitucional, figuran la sencillez y rapidez de su trámite, que evitan al agraviado el apoyo de un profesional del derecho, pues se inicia con una simple queja que en México puede ser oral.

En varios países que han adoptado al *Ombudsman* se le ha denominado Defensor del Pueblo, como ha ocurrido en Bolivia, España y Guatemala, por ejemplo.

Otro dispositivo de control constitucional en sede administrativa es el inserto en el instituto de origen francés denominado Consejo de Estado, creado durante la Revolución Francesa por decisión del primer cónsul Napoleón Bonaparte, y que con mayores o menores variantes ha sido adoptado por diversos países como Bélgica, España, Italia y Colombia.

Conforme al modelo original francés, previsto en la Constitución de 1799, el Consejo de Estado ejercía una función consultiva, al servicio de los cónsules, respecto de leyes y reglamentos de la administración pública. El 5 nivoso del año VIII se expidió una disposición reglamentaria en cuya virtud

el Consejo de Estado se encargó de los asuntos contenciosos, en un esquema de justicia retenida, pues su función se reducía a proponer, al primer cónsul, la solución a cada reclamación administrativa presentada por los gobernados.

En México, la Constitución de 1836 previno la existencia del Consejo de Estado, bajo la denominación de Consejo de Gobierno, compuesto por 13 miembros, al que encomendó la función consultiva, en cuyo desempeño debía dar al gobierno su dictamen en todos los casos y asuntos que se le consultaran. Posteriormente, la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, del 25 de mayo de 1853, en su art. 4o., dispuso la existencia, en el Consejo de Estado, de una sección —que nunca se creó— compuesta por cinco abogados nombrados por el presidente de la República, para conocer de lo contencioso administrativo. El derrocamiento de la dictadura de Antonio López de Santa Anna se tradujo en la abolición de la Constitución de 1836 y de la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo del 25 de mayo de 1853, sin que nunca se haya reinstaurado el Consejo de Estado en México.

Como en otros países, en España subsiste el Consejo de Estado, caracterizado por el art. 107 constitucional como supremo órgano consultivo del gobierno, dotado de autonomía orgánica y funcional, para asegurar que pueda ejercer la función consultiva de manera objetiva e independiente.

Habida cuenta que conforme al art. 21 de la Ley Orgánica 3/1980, del 22 de abril, del Consejo de Estado, éste debe ser consultado, entre otros asuntos, en tratándose de anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo; podrá ejercer control constitucional mediante dictamen adverso al anteproyecto, cuando éste contravenga la Constitución.

*Jorge Fernández Ruiz*

## CONTROL CONSTRUCTIVO (POSITIVO) DE CONVENCIONALIDAD

I. CONTROL REPRESIVO Y CONTROL CONSTRUCTIVO DE CONVENCIONALIDAD. En cuanto a sus resultados, el control de convencionalidad sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos asume dos papeles distintos, en aras de afirmar la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El primero, afirmado a partir de *Almonacid Arellano vs. Chile*, es de tipo *represivo*, y procura la inaplicación de las reglas nacionales (incluyendo las constitucionales) opuestas a aquellos dos parámetros (la Convención Americana y la doctrina de Corte Interamericana). En duras palabras de este último tribunal, tales normas “inconvenionales” carecen, desde su inicio, de efectos jurídicos. Conviene aclarar que el control de convencionalidad no se ciñe exclusivamente a tutelar la referida convención, sino todas las concernientes a derechos humanos.



El control *constructivo* o positivo de convencionalidad, paralelamente, y tan importante como el anterior, propone un reciclaje o *aggiornamento* de todo el derecho interno en función, igualmente, de los dos elementos señalados: la Convención y la jurisprudencia interamericana. En concreto, desde *Radilla Pacheco vs. México*, pasando por otros casos como, a título de ejemplo, *Comunidad Indígena Xákmok Kasek*, párrafo 311, *Fernández Ortega*, párrafos 236 y 237, *Cabrera García-Montiel Flores*, párrafo 233, la Corte Interamericana indica que los jueces nacionales deben aplicar y hacer funcionar el derecho local en armonía, “conforme” a los parámetros citados.

II. SECUELAS DEL CONTROL CONSTRUCTIVO. SELECCIÓN DE INTERPRETACIONES. El primer efecto de esta doctrina es diferenciar las “interpretaciones convencionales” de las “interpretaciones inconvencionales” del derecho interno. En otras palabras, el juez local, cuando tiene que instrumentar una regla doméstica, tendrá que averiguar cuáles son sus posibles interpretaciones. Si la norma del caso admite varias exégesis, tendrá que calificarlas como interpretaciones “convencionales” (las que no se oponen a la Convención o a la doctrina de la Corte Interamericana) o descalificarlas como “inconvencionales” (las que sí se oponen). Las inconvencionales deben descartarse. De las convencionales, podrá aplicar en concreto la que le parezca más adecuada.

La Corte Interamericana, en efecto, se satisface cuando el operador local utiliza una norma, o una interpretación de esa norma, compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Entre esas interpretaciones compatibles opera un margen de apreciación judicial para escoger y aplicar la que razonablemente le resulte preferible.

En un primer movimiento, entonces, el control constructivo de convencionalidad actúa como método de selección de interpretaciones de normas nacionales.

III. CONSTRUCCIÓN DE INTERPRETACIONES. No termina ahí, sin embargo, el trabajo del juez nacional. En aras de afinar su esfuerzo y lograr una mayor compatibilización entre el derecho doméstico, la Convención Americana y la doctrina sentada por la Corte Interamericana puede exigirle una labor extra, por cierto más esforzada y que requiere mayor ingenio jurídico.

Aludimos a la *construcción de interpretaciones*, que se logra, a menudo, con base en interpretaciones *mutativas* del derecho, ya infraconstitucional, ya constitucional. En el caso que nos ocupa, si el juez local, mediante un proceso de selección de interpretaciones (detallado en los párrafos anteriores), no encuentra en el texto normativo nacional una exégesis que lo amalgame con la Convención Americana o la jurisprudencia de la Corte Interamericana, antes de sepultar a esa regla y reputarla inconvencional (control “represivo” de convencionalidad), todavía podría intentar rescatarla mediante una interpretación mutativa del precepto del caso, que lo achique, amplíe o, llegado el caso, lo sustituya. Aclaremos sobre esta empresa que en la mutación el texto de la norma permanece incólume, pero su contenido material varía, sea por restricción, aumento o reemplazo.

La *interpretación mutativa por adición* suma al contenido original del mensaje normativo, un ingrediente suplementario para tornar a esa norma compatible, por ejemplo, con la Constitución o, en el terreno donde estamos, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ejemplo clásico de lo primero ha sido el trabajo judicial de añadir a las normas procesales penales italianas, que en el artículo legal respectivo no mencionaban la presencia del abogado defensor en la indagatoria de un inculcado, tal asistencia, juzgando que la descripción legal era meramente enunciativa y no exclutoria de dicho defensor, sujeto indispensable para garantizar el debido ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Al revés, la *interpretación mutativa por sustracción* quita —por vía de interpretación— al contenido material de una norma un ingrediente anómalo, incompatible con la Constitución, con la Convención Americana o con la doctrina de la Corte Interamericana. Y la *interpretación mutativa mixta, por sustracción-adición*, por cierto más atrevida, realiza un operativo doble, con el mismo fin de salvar a una cláusula normativa de su aniquilación como inconstitucional o inconvencional: disminuye un tramo del contenido material de una norma, y le inserta otro. Nos remitimos, al respecto, a nuestro trabajo *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*.

Al tratar ahora la expresión “Constitución convencionalizada”, consideramos la aplicación puntual de la metodología apuntada, para la Constitución argentina.

IV. EL MARGEN DE MANIOBRA DEL JUEZ NACIONAL ANTE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. Alguna vez se ha pensado que el campo de acción del juez local se encuentra seriamente restringido por la doctrina del control de convencionalidad, ya que su capacidad decisoria se encuentra recortada por la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que si ella define algo, a ese algo tendría que someterse el operador interno.

Sin embargo, vemos que con el control *constructivo* de convencionalidad, el trabajo del juez nacional se ha, en verdad, incrementado, puesto que no debe solamente inaplicar reglas locales, sino también reciclarlas mediante una compleja gestión de selección de interpretaciones y de construcción de interpretaciones.

Además, cuando la Corte Interamericana no se ha expedido en algún punto, el operador interno tendrá de todos modos que reflexionar si la regla interna (constitucional, civil, comercial, penal, laboral, etcétera) que le toca efectivizar, coincide con las directrices del Pacto de San José de Costa Rica, para lo cual, aun, repetimos, en ausencia de pautas jurisprudenciales de la Corte Interamericana deberá interrogarse sobre el punto y, de ser necesario, practicar operativos de selección y de construcción de interpretaciones.

Todo ello importa un significativo cambio en la cultura jurídica de los operadores nacionales, ante un derecho internacional de los derechos humanos cada vez más amplio (en la medida en que aumentan las convenciones sobre tal temática) y exigente.

*Néstor Pedro Sagüés*

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La expresión “control constitucional” conlleva varias acepciones. La primera implica la existencia de uno o varios mecanismos de defensa, cuya finalidad es mantener la vigencia del orden constitucional. Desde la Antigüedad, civilizaciones como la helénica advertían la existencia de un orden supremo que regía los destinos de la *polis*. Este orden intangible llamado *politeia* se conformaba por los principios y valores —considerados— fundamentales por los miembros de la comunidad. Para preservar la vigencia de la *politeia*, los órganos de poder debían orientar sus actuaciones hacia ésta, y así evitar cualquier exceso en el ejercicio del poder. En Roma, durante el periodo de la *República* se crearon órganos de representación con facultades específicas y de control recíproco, propiciando con esto un equilibrio inter-orgánico.

En el sistema constitucional inglés de los siglos XVI y XVII comenzaron a surgir mecanismos de control orientados a evitar cualquier ejercicio desproporcionado del poder, que trajera consigo una afectación a la armonía social y política. Con tal razón, se estableció una serie de frenos y contrapesos recíprocos entre los distintos órganos de poder. El modelo de control constitucional inglés conocido como “constitución —de forma— mixta” se caracterizó por la pluralidad y convergencia de distintos sectores sociales y económicos en la toma de decisiones políticas. La diversificación de funciones entre varios poderes dificultó el ejercicio indebido del poder por parte de alguna autoridad.

Otro significado del vocablo “control constitucional” es el referido al hecho de que toda Constitución debe fungir como instrumento de limitación del poder. Desde la ley fundamental se establecen las facultades que deberán desplegar los órganos de poder, sin que puedan exceder sus alcances. Un ejercicio desmedido del poder por parte de cualquier autoridad merma la eficacia del contenido constitucional, por lo que se puede advertir que el control constitucional condiciona la eficacia de la fuerza normativa de la Constitución. Para que exista un despliegue integral de todos los dispositivos constitucionales, es necesaria la implementación de instrumentos de defensa que garanticen de forma óptima, el cumplimiento de lo dispuesto por el Constituyente al momento de haber diseñado el marco constitucional. Sólo una Constitución democrática puede prever el establecimiento de controles adecuados, proporcionales y orientados a mantener la vigencia de los principios constitucionales.

La locución “control constitucional” conlleva tres vertientes conforme a la teoría constitucional contemporánea: control político, control jurisdiccional y control social. El político fue el primero de los controles previstos en los marcos constitucionales. Fue en la Constitución norteamericana de 1787 donde se estableció una serie de frenos recíprocos entre los poderes públicos, con el fin de evitar cualquier ejercicio extralimitado de facultades, y de esta forma garantizar un balance en la actuación de dichos órganos. Los controles políticos están orientados a fungir como factores de equilibrio, conservando la vigencia del principio de división de poderes. Fue en Francia, en el seno de la Constitución del año VIII (1799), en donde se creó el primer ente encargado de mantener la vigencia del orden constitucional, el cual fue denominado *Senado Conservador*. Junto con las ideas de Benjamin Constant, el *Senado* influyó para la creación en México del Supremo Poder Conservador, órgano instituido en la Constitución

de 1836, cuyas facultades, al igual que el órgano francés, estaban destinadas a ejercer un control rígido sobre los poderes públicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), y de esta forma propiciar que sus actuaciones se sujetaran única y exclusivamente al ámbito de sus competencias. Si bien no hubo una réplica de estos modelos en la mayoría de los sistemas constitucionales, las Constituciones de los siglos XIX y XX adoptaron mecanismos de control recíproco entre los poderes públicos, buscando con esto asegurar el equilibrio político y social; aunque en el devenir del constitucionalismo, los controles de tipo jurisdiccional fueron los que prevalecieron como custodios del orden constitucional.

En Inglaterra, en los albores del siglo XVIII, se suscitó el primer antecedente de invalidación de una ley por parte de un órgano jurisdiccional. El caso *Thomas Bonham* evidenció la importancia del papel del juez como garante del cumplimiento efectivo del orden constitucional, en este caso del *Common Law*. No sería sino hasta 1803, con el célebre caso *Marbury vs. Madison*, resuelto por John Marshall, *Chief of Justice* de la *Supreme Court of the United States of America*, cuando quedó de manifiesto la trascendencia del control constitucional vertido por parte de un órgano jurisdiccional. En el *Marbury vs. Madison*, por primera vez una norma contraria a lo dispuesto por la Constitución fue declarada inconstitucional por un alto tribunal, haciendo uso también de la interpretación como mecanismo de preservación del orden constitucional. Con el caso citado se instauró la revisión judicial de las leyes (*Judicial Review*).

Los controles jurisdiccionales tienen como finalidad la conservación de la supremacía constitucional; para ello el juez, en el ámbito de sus funciones, se erige como órgano controlador, verificando que las autoridades actúen dentro del marco de sus atribuciones, sujetándose a los límites previstos en la Constitución. Esta verificación se lleva a cabo a través de los instrumentos de tutela constitucional, diseñados para el mantenimiento del orden constitucional. En el momento en que un juez lleva a cabo una valoración sobre el apego o no de una ley a los preceptos constitucionales, puede obtener dos resultados. El primero, la confirmación de que la ley se adecua a las disposiciones constitucionales, y por ende es confirmada como válida. El segundo se deriva de la valoración vertida por el juez, cuyo resultado es negativo, trayendo como consecuencia la nulidad de la ley en cuestión. Cuando un órgano jurisdiccional declara la inconstitucionalidad de una disposición normativa, no significa que se coloque por encima de los órganos emisores de la misma, por el contrario, a través de la aplicación o revisión de los preceptos aplicables al caso, o sometidos a su validación, es que se advierte si se ha cumplido con los límites constitucionales, contruidos para garantizar la vigencia del orden constitucional.

Por último, la locución control social constitucional hace referencia a la forma en que agentes no institucionalizados llevan a cabo un control sobre la Constitución, a través de medios no previstos como controles de constitucionalidad ordinarios. Este tipo de control escapa de los límites de actuación que los controles jurídicos y políticos poseen, pues operan en la discrecionalidad, pudiendo variar la forma de cómo ejercerlo. Si bien no es un control jurídico *per se*, sus efectos sí trascienden al plano jurídico, y por ello requieren ser analizados, y sujetos a un control.

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO

El control de constitucionalidad concentrado de leyes, contrariamente al método de control difuso, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere expresamente a un solo órgano estatal, el poder de anular las leyes sancionadas por el Parlamento que se consideren inconstitucionales. Por ello, tratándose de un poder de anular las leyes, el método de control concentrado siempre tiene que emanar del texto expreso de la Constitución, es decir, debe estar previsto *expressis verbis* por normas constitucionales, siendo inconcebible su desarrollo pretoriano como ocurrió con el control de constitucionalidad difuso.

En el caso del control de constitucionalidad concentrado, la atribución constitucional expresa a un Tribunal Constitucional especializado o al Tribunal o Corte Suprema de un país, de la potestad exclusiva para anular las leyes por inconstitucionalidad, es lo que lo convierte en la jurisdicción constitucional. Existiendo, como existía en Europa, una honda desconfianza respecto de los jueces para que pudieran declarar las leyes como inconstitucionales y decidieran no aplicarlas, el compromiso entre la necesidad de un sistema de justicia constitucional derivado de la noción de supremacía constitucional y la concepción tradicional europea de la separación de los poderes, fue lo que llevó a establecer los tribunales constitucionales fuera del Poder Judicial, con poderes anulatorios de las leyes inconstitucionales, a los cuales los jueces ordinarios están obligados a someterles las cuestiones de constitucionalidad que surjan en los procesos en curso. Ello, sin embargo, no les impedía que en virtud del principio de la supremacía constitucional pudieran tener la potestad para decidir sobre la constitucionalidad de las normas sublegales aplicables en cada caso concreto.

Si bien el control de constitucionalidad concentrado encontró por primera vez consagración expresa en la Constitución de Venezuela de 1858, como potestad atribuida a la Corte Suprema para anular las leyes provinciales contrarias a la Constitución, fue después de la Primera Guerra Mundial cuando encontró pleno desarrollo a partir de la multiplicación de los tribunales constitucionales en Europa. Por ello, al método de control concentrado se lo conoce como el “sistema austriaco” o el “modelo europeo”, por la difusión de los tribunales constitucionales especiales originados en Europa con la propuesta de Hans Kelsen para Austria y Checoslovaquia en 1920. Sin embargo, ello no implica que para que exista un sistema de control de constitucionalidad concentrado necesariamente deba crearse un tribunal o consejo constitucional especial, ubicado dentro o fuera del Poder Judicial, como sucedió en Austria, Alemania, España, Italia, Portugal y Francia; y en América Latina, en Guatemala, Perú, Chile, Ecuador, Colombia y República Dominicana.

Lo que caracteriza al control de constitucionalidad concentrado, en realidad, es el hecho de que la potestad anulatoria de las leyes inconstitucionales esté atribuida a un solo y único tribunal, que puede bien ser el Tribunal o Corte Suprema del país. Este fue el caso, por ejemplo, en América Latina, en países en los cuales coexisten el método difuso y el método concentrado, como Brasil, México, Nicaragua y Venezuela. No obstante, algunos sistemas

de América Latina han permanecido con un sistema de control de constitucionalidad exclusivamente concentrado, como ha sido el caso, por ejemplo, de Bolivia y Chile con tribunales constitucionales, y de Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay, donde la Corte Suprema de Justicia es la que tiene asignada la Jurisdicción Constitucional de control de la constitucionalidad de las leyes.

El fundamento del establecimiento del control de constitucionalidad concentrado de las leyes, por supuesto, también es la noción de supremacía de la Constitución, lo que afecta de inconstitucionalidad las leyes que sean contrarias a la misma. Sin embargo, al regularse por el Constituyente, al establecer la jurisdicción constitucional, la garantía adoptada para preservar la supremacía, como también lo indicó Hans Kelsen, no es la declaración de la nulidad de las leyes inconstitucionales, sino su anulabilidad mediante una decisión judicial.

Ello implica que una vez sancionada una ley, aun cuando irregular o inconstitucional, debe considerarse como un acto estatal válido y efectivo hasta que el órgano que lo produjo lo derogue, o hasta que se decida su anulación por la jurisdicción constitucional. En este caso, la garantía de la supremacía de la Constitución es la anulabilidad de la ley, y al pronunciarse el acto queda anulado con efectos generales, puesto que es considerado o declarado nulo, no solamente respecto de un caso particular, sino en general, con efectos *erga omnes*. Ello fue lo que llevó a Kelsen a sostener que cuando el Tribunal Constitucional declaraba la inconstitucionalidad de una ley, la decisión, por tener efectos *erga omnes*, era una “acción legislativa”, y que la decisión del Tribunal Constitucional tenía “fuerza de ley”, pues se lo consideraba como el complemento natural del Parlamento.

En todo caso, siendo el objeto del proceso ante la jurisdicción constitucional la anulación de una ley por inconstitucional, el proceso constitucional puede tener un carácter principal cuando la cuestión constitucional relativa a una ley es la cuestión principal de un proceso iniciado mediante acción directa, interpuesta por los ciudadanos en general, mediante un *actio popularis*, o regida por reglas de legitimación particulares, atribuida, por ejemplo, a ciertos funcionarios o autoridades públicas. El proceso constitucional de anulación, además, puede tener carácter incidental cuando las cuestiones constitucionales relativas a las leyes llegan a la jurisdicción constitucional en virtud de remisión o referencia formulada por un tribunal inferior, donde, a instancia de parte o *ex officio*, se haya planteado la cuestión constitucional respecto de una ley, para poder luego decidir de acuerdo con la decisión tomada por la jurisdicción constitucional.

En los casos de control de constitucionalidad concentrado, tanto ejercido por la vía principal —de la acción de inconstitucionalidad— como por la vía incidental —de la cuestión de constitucionalidad—, si el proceso constitucional concluye con una decisión de la jurisdicción constitucional de carácter anulatorio, la misma siempre tiene efectos generales *erga omnes*. En ambos casos, la jurisdicción constitucional debe decidir de manera abstracta la cuestión de la constitucionalidad de la ley, sin referencia alguna a los hechos ni al juicio concreto en el cual se pudo plantear la cuestión constitucional. En todo caso,

la anulación pronunciada en la sentencia es de carácter constitutivo, en el sentido de que la ley anulada en principio debe considerarse como habiendo producido efectos válidos hasta el momento de su anulación, a menos que la nulidad que lo afecta sea una nulidad absoluta. Por tanto, la decisión, en principio, tiene efectos *ex nunc* y *pro futuro* en el sentido en que no son retroactivos, es decir, que no se remontan al momento de la promulgación de la ley considerada inconstitucional; excepto en casos de nulidad absoluta en los cuales el juez la puede considerar nula *ab initio* y le puede dar a la decisión efectos *ex tunc*, *pro praeterito*, pues una ley considerada nula de manera absoluta no puede producir ningún efecto. En todo caso y en definitiva, es el juez constitucional el que debe determinar los efectos de su decisión en el tiempo.

*Allan R. Brewer-Carías*

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales consiste en la valoración de la legalidad —constitucional— de aquellos instrumentos normativos que aportan una modificación a las cartas fundamentales. Representa una función específica que los tribunales constitucionales o supremos a veces tienen y ejercen por expresa voluntad del Constituyente, y otras veces reclaman en ausencia de atribución explícita. Por ello hay que distinguir en primer lugar entre ordenamientos donde esta facultad está reconocida en la Constitución, y ordenamientos donde se ha afirmado a través de la misma jurisprudencia constitucional: control codificado y control reivindicado. Un segundo factor esencial de clasificación reside en el carácter formal o sustancial de los vicios que pueden ser evaluados en los juicios.

Los fundamentos teóricos de este tipo de función han sido considerados, por un lado, la dicotomía entre poder constituyente y poder constituido (es decir, el poder de reforma, que fue previsto y regulado por el primero y subyace a los límites que el mismo estableció) y, por otro lado, la jerarquía de las fuentes con la supremacía constitucional. La paradoja principal, desde un punto de vista dogmático, consiste en la superposición del objeto del control y de su parámetro, pues los dos se encuentran en el mismo acto jurídico: pero ello es cierto sólo en los casos de valoración *a posteriori*, después de la entrada en vigor de la norma. En consecuencia, el tercer elemento a considerar es el momento en el que se realiza el control: antes o después de que la reforma haya modificado en concreto el texto constitucional, transformándose en una parte del mismo.

Mediante el empleo de los tres criterios mencionados de forma combinada se pueden crear diferentes clases, que a su vez incluyen a varios ordenamientos.

Existen sistemas donde el control codificado es sólo anterior a la entrada en vigor de la reforma (como en Chile, art. 93 de la Constitución) o puede ser anterior o posterior, según el procedimiento adoptado para aprobarla, como por ejemplo en Colombia (art. 241), donde la Corte Constitucional puede enjuiciar la constitucionalidad de los denominados “actos legislativos” si es plan-



teada una acción por vicios procedimentales y tiene que realizar un control preventivo obligatorio, antes de que se exprese el pueblo, sobre las convocatorias de un referéndum o de una Asamblea Constituyente, también por vicios formales (acerca del tipo de vicio resulta de gran interés toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el “vicio de competencia”, vicio formal que se da cuando el poder de reforma se extralimita, llegando a sustituir el texto constitucional: véase la sentencia C-551 de 2003 y todas las que posteriormente han seguido la misma línea). Asimismo, hay ordenamientos donde el control está regulado en la Constitución y se ejerce sólo *a posteriori* (como en Turquía: art. 148 constitucional o Sudáfrica: art. 167).

Queda claro que las cuestiones críticas de mayor calado se dan en relación con aquellos tribunales constitucionales y supremos que han reivindicado esta función, sin que los constituyentes se la hubiesen atribuido. En esta perspectiva, resulta esencial para la clasificación el empleo del parámetro del vicio evaluable, formal o material, puesto que siempre se trata de un control *a posteriori*.

El precedente más antiguo al respecto es una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1798 (caso *Hollingsworth vs. State of Virginia*), en la cual se abrió paso al examen de los eventuales defectos formales de las enmiendas. Esta jurisprudencia tuvo séquito durante más de un siglo, ya que fue superada en 1939 (caso *Coleman vs. Miller*) cuando la Corte aplicó la doctrina de las cuestiones políticas. También se basó en un vicio formal la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina a la hora de resolver el denominado caso *Fayt c. Estado nacional* en 1999: su juicio se basó en la imposibilidad de reformar la inamovilidad de los magistrados, pues no estaba incluida entre los aspectos que el Parlamento había deliberado someter a reforma en la convocatoria de la Convención Constituyente.

Finalmente, hay una pluralidad de sistemas donde la labor hermenéutica de los tribunales ha sido aún más indispensable para articular aquellos principios y valores esenciales que justifican el control de las reformas, especialmente a través de la exégesis de las cláusulas de intangibilidad y del concepto de “ley” sometida al control de constitucionalidad. La Corte Constitucional italiana, entre otras, ha afirmado (sentencia 1146/1988) que existen algunos principios que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial mediante reformas, porque reflejan los valores supremos del ordenamiento constitucional. Desde la década de los setenta, por otra parte, la Suprema Corte de la India ha ido elaborando la denominada “doctrina de la estructura básica” para individualizar aquellos elementos irreformables de la Constitución, y más recientemente el Tribunal Constitucional peruano ha hecho referencia a los “contenidos fundamentales”.

Aunque los ejemplos que se han podido mencionar no son muchos, la presencia de casos de diferentes continentes y de diferentes familias jurídicas y modelos de justicia constitucional (entendidos habitualmente como americano y austriaco) demuestra que la cuestión tiene un alcance universal, no pudiéndose circunscribir en una sola tradición jurídica.

Además, se trata de una forma de control que difiere del control sobre las leyes ordinarias por dos factores: por un lado, por la misma naturaleza de la

fuente sometida al examen del Tribunal Constitucional o Supremo (que en este caso está habilitada a modificar el acto supremo del sistema) y, por otro lado, por el parámetro, que consiste sólo en las cláusulas de intangibilidad y eventualmente en aquellos principios esenciales, pero no en todo el conjunto de las normas constitucionales.

*Sabrina Ragone*

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO

El control de constitucionalidad difuso es uno de los métodos desarrollados en el derecho procesal constitucional para asegurar la supremacía de la Constitución, consistente en otorgar el poder-deber para controlar la constitucionalidad de las leyes a todos los jueces de un país, y no a uno solo. Tuvo su origen en los Estados Unidos de América, respecto de leyes federales, con ocasión de lo resuelto en la sentencia de la Corte Suprema del caso *Marbury vs. Madison* de 1808, aun cuando se había aplicado con anterioridad en relación con las leyes de los estados de la Unión, como sucedió en el caso *Vanhorne's Lessee vs. Dorrance* (1795). Por ello se le conoce también como el “modelo americano” de control de constitucionalidad, el cual, sin embargo, a pesar de su origen, no puede considerarse como propio de los países con tradición del *Common Law*, habiéndose desarrollado desde el siglo XIX en muchos países de América Latina, como por ejemplo en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México y Venezuela; y en otros países como Grecia, Australia, Canadá, India, Japón, Suecia, Noruega y Dinamarca.

El control de constitucionalidad difuso, en algunos países está concebido como el único método de control de constitucionalidad de las leyes existente, como es el caso de los Estados Unidos y de Argentina; y en otros muchos países se han ido desarrollando como parte de un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad, que funciona en paralelo con el control de constitucionalidad concentrado, como es el caso de Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, El Salvador, Brasil, Nicaragua, México, República Dominicana y Venezuela. En los primeros casos, en general, el método resultó de una creación jurisprudencial para asegurar la supremacía constitucional; y en los otros casos, derivó, con el mismo propósito, de su consagración expresa en los textos legales o constitucionales, como sucedió en Venezuela desde el Código de Procedimiento Civil de 1879, y en Colombia, desde la Constitución de 1910. Siguiendo el antecedente colombiano, luego se estableció en forma expresa en muchas Constituciones, siendo de las más recientes la Constitución de Venezuela de 1999, cuyo art. 334 establece que: “En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente”.

Como en todo sistema de control de constitucionalidad, lo que justifica este poder otorgado a los jueces es el carácter supremo de la Constitución, lo que implica que ninguna ley que sea contraria a la misma puede ser una ley efectiva; al contrario, debe ser considerada como nula y sin valor alguno, lo que a comienzos del siglo pasado Hans Kelsen denominó como una de la

“garantías objetivas de la Constitución”, lo que implica que siendo una ley inconstitucional un acto nulo, no puede producir efectos, correspondiendo a todos los jueces el poder para considerar y declarar dicha nulidad, “desaplicando la ley inconstitucional” al decidir el caso concreto, dando preferencia a la Constitución.

En estos casos, el juez, al decidir y declarar como inconstitucional la ley y, por tanto, considerarla como inaplicable para resolver el caso concreto, lo hace estimándola como nula y sin valor; *ab initio*, tal como si nunca hubiera existido. En estos casos, el juez no anula la ley, sino que por considerarla inconstitucional y nula desde que se dictó, la considera como si siempre hubiera sido nula y sin valor. Por ello, la decisión adoptada por el juez al ejercer el control de constitucionalidad difuso tiene sólo efectos declarativos, y por tanto, efectos *ex tunc*, *pro preterito* o de carácter retroactivo. Ello implica que dichos efectos se retrotraen al momento en el cual la norma considerada inconstitucional fue dictada, evitando que la ley pueda tener efectos, por supuesto, solamente en lo que concierne al caso concreto decidido por el juez y en relación con las partes que intervinieron en el proceso.

Todo ello implica que el control de constitucionalidad difuso sólo puede ser cumplido *incidenter tantum*, es decir, en un proceso concreto que el juez esté conociendo conforme a su competencia judicial ordinaria, en el cual, por tanto, la inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el objeto principal de dicho proceso ni el *thema decidendum* del mismo, sino que es un pronunciamiento que tiene carácter incidental. Es decir, la cuestión de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, en el método difuso, se plantea en un caso o proceso concreto (*cases and controversies*), cualquiera sea su naturaleza, en el cual la aplicación o no de una norma concreta es considerada por el juez como relevante para la decisión del caso.

Por otra parte, tratándose de un deber de los jueces el aplicar la Constitución en un caso concreto y, para su decisión, desaplicar la ley que consideren inconstitucional, si bien en la mayoría de los países se deja el planteamiento de la cuestión como excepción que deben formular las partes, en otros países, como sucede en Venezuela y Grecia, el juez tiene poderes para ejercer de oficio el control de constitucionalidad difuso.

Por último, siendo una decisión que el juez adopta como cuestión incidental en un proceso concreto, dicha decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad al caso concreto sólo tiene efectos *in casu et inter partes*, es decir, en relación con las partes en el proceso concreto en la cual aquélla se adopta, por lo que no puede ser aplicada a otros particulares extraños a la relación procesal.

Por supuesto, el control difuso podría originar decisiones disímiles en el orden judicial, o como lo destacó Kelsen, “la ausencia de unidad en las soluciones” y “la incertidumbre legal” que resulta cuando “un tribunal se abstiene de aplicar una ley considerada irregular, en tanto que otro tribunal hace lo contrario”. En sentido similar, Mauro Cappelletti y Adams insistieron en que el control difuso de constitucionalidad podía “llevar a una grave incertidumbre y confusión, cuando un tribunal decide aplicar una ley y otro la considera inconstitucional”.

Todo ello, aunado al temor al “gobierno de los jueces” en la doctrina europea de comienzos del siglo pasado, contribuyó a que los temores quedaran disipados con soluciones en los diversos sistemas donde se aplica el control de constitucionalidad difuso, lo cual ocurrió, primero, a través del desarrollo de la doctrina *stare decisis*, como sucede en los Estados Unidos, derivada del carácter vinculante de las interpretaciones que adopte la Corte Suprema, ante la cual se puede acceder mediante el *writ of certiorari*; segundo, a través de la regulación expresa de recursos extraordinarios de revisión de las sentencias que resuelvan las cuestiones incidentales de constitucionalidad que se pueden ejercer ante el Tribunal Supremo, como sucede en Argentina, Brasil, Colombia, Venezuela, Portugal, Suiza y Grecia, con decisiones que en algunos casos se las declara como vinculantes; o tercero, mediante el establecimiento, en paralelo al método de control de constitucionalidad difuso, del método de control de constitucionalidad concentrado, como es el caso en América Latina de Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Venezuela, con la posibilidad de que con motivo de una acción de nulidad, la ley en cuestión sea anulada con efectos *erga omnes*.

*Allan R. Brewer-Carías*

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN VÍA INCIDENTAL

I. El control de constitucionalidad de tipo centralizado —ejercitado en forma exclusiva por un Tribunal Constitucional— puede ser activado ya sea por un recurso por parte de determinados órganos (por ejemplo, el gobierno, un cierto número de parlamentarios, o el Defensor del Pueblo) o seguido de una cuestión planteada por un juez en el curso de un juicio. El juicio de constitucionalidad se define “incidental” porque no se instaura autónomamente, sino que surge como incidente en el curso y en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional que se desarrolla ante un juez del orden común, llamado “juez *a quo*”.

A este último es confiada la tarea de desarrollar una actividad preliminar, de deliberación, para efectos de impedir que le sean presentadas al juez del Tribunal constitucional cuestiones ausentes de una adecuada base jurídica —debe subsistir una duda de legitimidad constitucional— o solucionables por el mismo juez en el ejercicio de su actividad interpretativa —cuando sea posible atribuir a las normas un significado compatible con la Constitución—.

De cualquier manera, es necesario evitar que tal filtro pueda transformarse en un indebido obstáculo a la posibilidad de presentar una norma de la ley ante la Corte; por tal razón, la normativa que regula el proceso constitucional y la misma jurisprudencia de los tribunales constitucionales favorece una interpretación extensiva de la noción de “juez”, que comprende no sólo aquella de los jueces ordinarios o especiales, sino también de aquellas autoridades que, sin pertenecer formalmente al Poder Judicial, desarrollan una actividad objetiva y materialmente jurisdiccional.

Los sistemas que prevén tal forma de acceso a la justicia constitucional individualizan, en general, dos presupuestos procesales: la relevancia, y no ser

notoriamente infundada la cuestión. La primera impone al juez *a quo* controlar si la norma que presenta perfiles de inconstitucionalidad debe ser aplicada en el desarrollo del proceso. Además, el juez debe nutrir un cuestionamiento sobre la legitimidad constitucional de la norma, debe evaluar si tal cuestionamiento tiene un cierto *fumus*, una apreciable base jurídica.

Al verificar tales presupuestos el juez suspende el juicio y hace del conocimiento del Tribunal Constitucional sobre tales actos con una resolución fundada y motivada —llamada resolución de remisión— que debe contener también el objeto (la norma que se presume contraria a la Constitución) y el parámetro (la disposición constitucional violada) del juicio de constitucionalidad. De este modo, el juez define el *thema decidendum* sobre el cual el Tribunal Constitucional debe decidir.

II. El juicio en vía incidental constituye un *genus* intermedio respecto a los “prototipos de la justicia constitucional” representados por el control difuso (*Judicial Review*) y aquel centralizado (sistema austriaco): de hecho, en el juicio incidental el órgano competente para asumir la decisión final es único (como en los sistemas centralizados), pero cada juez posee una cierta discrecionalidad en la valoración de si una determinada norma pone en duda la legitimidad o la inaplicación —en situaciones particulares— de la normatividad que se cree no encontrarse conforme a la Constitución (como en los sistemas difusos).

El interés manifiesto en este tipo de acceso a los tribunales constitucionales deriva también del hecho de que el juicio de constitucionalidad en vía incidental representa un punto de contacto entre los sistemas abstractos y concretos. El carácter de la concreción deriva del estrecho vínculo que une —mediante el necesario requisito de la relevancia— la decisión de la Corte al “caso concreto” que ha generado el proceso; aun el juez del Tribunal Constitucional conserva los caracteres propios de un “proceso de derecho objetivo”, con la finalidad principal de garantizar el interés del ordenamiento de expulsar del sistema de derecho positivo las normas contrarias a la Constitución.

El juez constitucional, a través de los casos concretos, desarrolla una actividad orientada a hacer generales las exigencias de justicia, imponiendo que una norma susceptible de atentar contra las disposiciones de la Constitución pueda continuar siendo aplicada: esto sucede con base en el valor *erga omnes* de sus decisiones de aceptación o al catálogo de precedentes de su jurisprudencia.

Como consecuencia de la relación particular que se instaura entre los tribunales constitucionales y los jueces del orden común, parece intuitivo que los sistemas de control de constitucionalidad en vía incidental funcionen perfectamente ahí donde se consigue instaurar una “relación comunicativa”, una colaboración entre las dos jurisdicciones, que se puede manifestar sobre diversos planos.

Por ejemplo, los jueces pueden evitar plantear una cuestión de legitimidad constitucional, atribuyendo a la disposición que deben aplicar un significado conforme con la Constitución, o invocando los principios de derecho y la interpretación de las normas constitucionales dadas por el juez constitucional. Por su parte, el juez constitucional tiende a interpretar la disposición de ley no por su significado abstracto, sino por el significado producto de su concreta

operatividad en el sistema jurídico: hace referencia al “derecho viviente” producto de la jurisprudencia.

III. El control de constitucionalidad en vía incidental, que ha tenido aplicación primeramente en el sistema italiano y en aquel de la República Federal de Alemania, ha circulado ampliamente, contaminando —en razón de su ductilidad— sus experiencias de justicia constitucional.

Actualmente se encuentra presente en Europa en aquellos sistemas que históricamente se inspiran en el “sistema austriaco” y que pretenden abrirse hacia formas de *Judicial Review* (Italia, República Federal de Alemania, Austria, España, Bélgica).

Es interesante evidenciar cómo también en Francia la justicia constitucional —mucho tiempo limitada a un mero control preventivo de constitucionalidad— ha previsto recientemente el instituto de la cuestión de constitucionalidad, aunque el procedimiento se distingue significativamente de las experiencias italiana, alemana y española por diversos elementos: principalmente el parámetro no está constituido genéricamente para todas las disposiciones constitucionales, sino que se encuentra limitado a los derechos y las libertades constitucionalmente garantizadas. En segundo lugar, la cuestión es analizada por el Consejo Constitucional después de haber superado un doble filtro: no sólo aquel del juez *a quo* —que debe verificar la consistencia de la cuestión de legitimidad constitucional—, sino también aquel ejercitado por la Corte de Casaciones y por el Consejo de Estado a quien compete la decisión final de hacer del conocimiento del juez constitucional dicha cuestión.

De Europa, la cuestión de legitimidad constitucional ha “emigrado” también a sistemas pertenecientes a otros continentes: experiencias interesantes se encuentran en algunos países de América Latina (por ejemplo Colombia, Costa Rica, Uruguay) y —con respecto a África— en Sudáfrica.

*Giancarlo Rolla*  
(traducción de Emanuel López Sáenz)

## CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MIXTO

En el derecho procesal constitucional, la potestad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes se puede atribuir a todos los jueces que integran el Poder Judicial, o a un solo órgano judicial o con funciones jurisdiccionales, lo que origina la clásica distinción de los sistemas de justicia constitucional según el método de control que se ejerce: en primer lugar el método de control de constitucionalidad difuso, cuando el poder para apreciar la constitucionalidad de las leyes y, en su caso, declarar su inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso concreto se atribuye a todos los jueces de un país, cualquiera que sea su jerarquía; y en segundo lugar el método de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, conforme al cual el poder anulatorio respecto de las mismas, cuando sean contrarias a la Constitución, se atribuye a un solo órgano estatal, sea a la Corte o Tribunal Supremo de Justicia del país o a un Tribunal Constitucional especialmente creado para ello. Ambos sistemas de justicia constitucional, sin duda, responden a principios diferentes, pero pueden coexistir en paralelo, como ha sucedido en buena parte de los

regímenes constitucionales de los países latinoamericanos, donde se ha venido configurando un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad de las leyes.

En efecto, dentro de los sistemas de justicia constitucional, además de aquellos que adoptan en exclusiva el método de control de constitucionalidad difuso, como sucede en los Estados Unidos o en Argentina; y de aquellos que adoptan también en exclusiva el modelo de control de constitucionalidad concentrado, atribuyendo la jurisdicción constitucional, esto es, la potestad para anular las leyes, a un Tribunal o Corte Constitucional, como sucede por ejemplo en Austria, Alemania, España, Italia, Bolivia y Chile; al Tribunal o Corte Suprema del país, como sucede en Panamá y Uruguay; o a una Sala Constitucional especializada dentro del mismo, como sucede en Paraguay, Costa Rica, El Salvador y Honduras. Se ha venido configurando un sistema mixto o integral de justicia constitucional que se caracteriza por combinar a la vez y en paralelo, el control de constitucionalidad difuso y el control de constitucionalidad concentrado.

En Europa es el caso de Portugal, y en América Latina el sistema mixto o integral se ha adoptado en Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, México y Venezuela, donde además del control de constitucionalidad difuso, establecido en muchos casos desde el siglo XIX, se ha atribuido la potestad para ejercer el control de constitucionalidad concentrado a una jurisdicción constitucional ejercida por un Tribunal Constitucional (Colombia, Guatemala, Ecuador, Perú); por el Tribunal o Corte Suprema del país (Brasil), o por una Sala Constitucional dentro del mismo (México y Venezuela).

En los países en los cuales existe un sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad, dado el funcionamiento paralelo del método de control de constitucionalidad difuso que ejercen todos los jueces, el control de constitucionalidad concentrado de las leyes es siempre de carácter principal, del cual conoce la jurisdicción constitucional cuando se ejerce una acción de inconstitucionalidad ante la misma, siendo el método incidental, en general, incompatible con el mismo. En estos casos de sistemas mixtos o integral, los jueces no están autorizados para abstenerse de ejercer el control de constitucionalidad difuso y remitir la decisión de la cuestión constitucional ante la jurisdicción constitucional. En cambio, lo que se ha establecido en algunos países, como Venezuela, es la obligación para los jueces que ejerzan el control difuso de la constitucionalidad de informar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación de la ley que sea adoptada, para que ésta pueda, de oficio, proceder a ordenar el inicio del procedimiento de nulidad y efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión.

*Allan R. Brewer-Carías*

## CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (SEDE INTERNA)

Uno de los más recientes y efectivos esfuerzos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para incrementar el nivel de cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nivel nacional es la creación



de la doctrina del “control de convencionalidad”. La Corte la ha entendido como “una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional”, principalmente “el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia” de dicho Tribunal.

Esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el *corpus juris interamericano*; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el *corpus iuris interamericano*, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer *de oficio* el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno.

La doctrina se estableció por la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en 2006. Este caso trata, entre otras cuestiones, sobre la responsabilidad internacional del estado chileno por la adopción y aplicación del Decreto-ley 2.191 de 1978, el cual concedía una amnistía general a todos los responsables de hechos delictivos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. La aplicación de este decreto por parte del Poder Judicial tuvo como efecto inmediato el cese de investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, quien fue ejecutado por la policía en el contexto de graves violaciones a derechos humanos que siguieron al golpe de Estado presidido por el general Augusto Pinochet, en 1973, lo cual constituyó una violación a los arts. 1.1, 8o. y 25 de la Convención Americana. Siguiendo su jurisprudencia en materia de justicia transicional, la Corte Interamericana declaró la nulidad *ab initio* del referido Decreto-ley, estableciendo que en casos donde el Poder Legislativo falle en su tarea de suprimir leyes contrarias al Pacto de San José, el Poder Judicial permanece obligado a respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y, por lo tanto, debe realizar un control de convencionalidad, de forma tal que los jueces velen porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

El precedente creado en el caso *Almonacid* ha sido reiterado en más de 20 sentencias posteriores, en algunas ocasiones con matices sustanciales que precisaron algunos de sus aspectos conceptuales, entre los que destacan: *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006), *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008), *Radilla Pacheco vs. México* (2009), *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), y *Gelman vs. Uruguay* (2011), así como la supervisión de cumplimiento de esta última sentencia (2013).

El *fundamento normativo* de la doctrina se encuentra principalmente en los arts. 1.1, 2o. y 29 de la Convención Americana, y en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De los arts. 1.1 y 2o. del Pacto de San José se desprende la obligación de desarrollar prácticas

estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, por lo que es necesario que la interpretación de las leyes domésticas se encuentre ajustada a cumplir con la obligación de respeto y garantía. Del art. 29 de la Convención se desprende la obligación de las autoridades de permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos establecidos en el Pacto de San José o en otros instrumentos nacionales o internacionales. Finalmente, de manera subsidiaria, los principios de buena fe, efecto útil y *pacta sunt servanda*, y la prohibición de invocar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado, de conformidad con los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena, complementan el deber de las autoridades estatales de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado conforme a la Convención Americana. Estos elementos, tomados en conjunto, sustentan la existencia del control de convencionalidad.

Estimo que también el art. 25 del Pacto de San José constituye un fundamento por lo que hace al control de convencionalidad judicial, en tanto que dicho precepto se refiere al derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante jueces o tribunales competentes que “ampare” contra actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, las leyes o la propia Convención Americana; de esta forma, este precepto conforma un elemento integrador de los derechos, estableciendo un *derecho a la garantía de los derechos fundamentales* de fuente nacional y convencional.

Los *elementos* que componen el control de convencionalidad pueden clasificarse de acuerdo con a) las autoridades a las que obliga; b) la intensidad con la que las autoridades deben efectuar el control, y c) el parámetro con el cual se efectúa dicho control. En relación con el *primer elemento*, es posible afirmar que se trata de un control extenso que alcanza a todas las autoridades del Estado, sin importar si pertenecen al Poder Ejecutivo, al Legislativo o Judicial, puesto que la obligación de respetar y garantizar los derechos conforme a los arts. 1.1 y 2o. de la Convención Americana le corresponde al Estado como un todo y, por lo tanto, no puede estar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. Sin embargo, el cumplimiento de esta obligación recae especialmente en el poder judicial y/o tribunales, cortes y salas constitucionales, al tener un rol central en la salvaguarda de los derechos fundamentales (nacionales y convencionales) en el orden jurídico interno de conformidad con los arts. 25 (protección judicial) y 1.1 de la Convención Americana (deber de respeto y garantía); por lo que los jueces nacionales, sin importar su jerarquía, grado de competencia o materia de especialización, deben actuar como el primer y auténtico guardián de los derechos previstos en la Convención Americana.

Lo anterior no significa que todas las autoridades deban ejercer el control con la misma intensidad, pues la manera en que es realizado está condicionada por el derecho nacional. Sobre este *segundo elemento*, la Corte estableció este criterio en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006), en donde determinó que las autoridades (los jueces, en este caso) debían realizar el control de convencionalidad “de oficio”, pero “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”; de esta forma, por ejemplo, en los sistemas de control difuso, donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por

contravenir la Constitución nacional, el grado de control de convencionalidad resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional. En cambio, el grado de intensidad disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el control difuso de la constitucionalidad, estando obligados en todo caso a realizar una interpretación conforme a la Convención. Por supuesto, el hecho de que existan estas graduaciones en la intensidad del control es independiente de la obligación de las autoridades de ejercerlo *ex officio*, conforme a sus competencias y regulaciones procesales correspondientes.

En relación con el *tercer elemento*, relativo al parámetro de control, las normas que sirven como base para su ejercicio son aquellas contenidas en el *corpus juris interamericano*, el cual se integra, en general, por los tratados internacionales de derechos humanos creados en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) y su interpretación por la Corte Interamericana. De esta forma, el catálogo de normas que sirve de parámetro al control (dependiendo de la firma, ratificación o adhesión de cada Estado, así como en consideración a las reservas que no sean contrarias al objeto y fin del tratado) son las establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus dos protocolos adicionales relativos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), y sobre la Abolición de la Pena de Muerte; y otros tratados, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. De esta manera, es posible afirmar que el parámetro de control puede llegar a formar un auténtico “bloque de convencionalidad” (que eventualmente puede quedar comprendido dentro del “bloque de constitucionalidad” en el ámbito nacional).

Las acciones concretas que deben ser llevadas a cabo por las autoridades estatales en el cumplimiento de la obligación de realizar un control de convencionalidad son variadas. La primera es interpretar la norma nacional de conformidad con el *corpus juris interamericano*, e inaplicar dicha norma en aquellos casos en donde no admita interpretación conforme posible y la autoridad tenga dicha competencia. Resulta, incluso, posible que ahí donde la autoridad encuentre una norma manifiestamente incompatible con la Convención, y tenga las facultades para declarar su invalidez con efectos generales (competencia de ciertos tribunales o salas constitucionales) la autoridad debe hacerlo para evitar futuras vulneraciones. Asimismo, el control también posee un rol importante en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de jueces nacionales, tal y como lo estableció la Corte Interamericana en la ya mencionada supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2013).

En consideración de lo anterior, es posible determinar *tres objetivos* principales perseguidos por la doctrina del control de convencionalidad. El *primero* es prevenir la aplicación de normas nacionales que manifiestamente sean

incompatibles con la Convención Americana y que resultan nulas *ab initio*, como sucede con las leyes de amnistía que permiten impunidad en casos de desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad, y otras graves violaciones de los derechos humanos. El *segundo* objetivo es servir como una institución que permita a todas las autoridades del Estado cumplir adecuadamente con su obligación de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana y otros tratados, y con el cumplimiento de sentencias dictadas en contra del Estado al que la autoridad pertenece. De esta forma, la doctrina busca fortalecer la complementariedad (subsidiariedad) de los sistemas nacionales y el sistema interamericano en la protección de los derechos fundamentales. Finalmente, el *tercer* objetivo es servir como un medio para permitir y acrecentar el *diálogo*, especialmente un *diálogo jurisprudencial* en materia de derechos humanos, entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana que permita efectivizar los derechos fundamentales, constituyendo un elemento esencial en la formación e integración de un *ius constitutionale commune* en beneficio de la protección de la dignidad de todas las personas en la región.

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor*

## CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (TEST DE)

Deducimos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana la realización de un test de convencionalidad que comprende las siguientes fases cuando el tribunal activa el control de convencionalidad de las leyes y/o de la jurisprudencia nacionales, en el evento de que el derecho interno no se *adeque* (incompatible) a la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con fundamento en el art. 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Veamos.

En primer lugar, la Corte Interamericana verifica, precisa y califica el supuesto  *fáctico* (los hechos probados) del caso contencioso concreto a resolver.

En segundo lugar, la Corte Interamericana establece un conflicto  *normativo de inconventionalidad* en concreto entre el derecho interno (independientemente de la jerarquía: normas constitucionales, legales o reglamentarias, jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas) y el derecho internacional de los derechos humanos (la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana: *acquis conventionnel*, siendo éste el parámetro de convencionalidad), resultando incompatibles entre sí para resolver el caso, en el momento de su aplicación, en el marco de la calificación del supuesto  *fáctico*.

En tercer lugar, el conflicto normativo de *inconventionalidad* —que ha de ser sustancial— presupone que la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos aplicables conforman el derecho interno del Estado parte en dichos tratados, y el conflicto supone la existencia y validez de dos normas jurídicas contradictorias y aplicables en la jurisdicción interna del Estado, en el siguiente orden.

En efecto, para que exista conflicto normativo sustancial de *inconvencionalidad* hay que verificar en el caso concreto, cuando ocurrieron los hechos:

a) La vigencia del derecho interno (normas constitucionales, legales o reglamentarias, jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas) y su aplicabilidad.

b) Que están en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en el derecho interno.

c) Que en su aplicabilidad se relacionan el *vigor* de la Convención Americana u otros tratados con la *vigencia* del derecho interno para resolver el caso concreto.

d) La aplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana *respecto* de la jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas nacionales aplicables con aquélla, por tratarse del mismo o similar supuesto *factico* en el caso concreto a resolver.

En cuarto lugar, debe existir una real *contradictio in terminis* directa entre la norma jurídica o la jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas internas y la norma sustancial convencional y/o la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En quinto lugar, el *escrutinio de adecuación* material que hace la Corte Interamericana, en el caso concreto, consiste en el examen de confrontación normativo del derecho interno (norma constitucional, legal o reglamentaria, prácticas judiciales o administrativas) y/o de la jurisprudencia nacional frente a la Convención y a la jurisprudencia interamericanas —*acquis conventionnel*—, con el objeto de establecer la incompatibilidad directa (*contradictio in terminis*) de la norma, de la jurisprudencia o de las prácticas nacionales con el *acquis conventionnel*, generando el incumplimiento de las obligaciones internacionales específicas (derechos humanos civiles y políticos, arts. 3o. a 25) en relación con el incumplimiento de las obligaciones internacionales generales derivadas de los arts. 1.1 y 2o. de la Convención.

En sexto lugar, para establecer la *contradictio in terminis de inconvencionalidad* además hay que interpretar la Convención Americana u otros tratados y el derecho interno. Se trata de la interpretación de normas *en concreto*, “que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada «en abstracto»”. En otras palabras, la interpretación la realiza la Corte en el marco de la calificación de *facto* y de *jure* de los hechos del caso concreto que resuelve aplicando la Convención Americana y la jurisprudencia convencional, concluyendo que el derecho interno (normas, jurisprudencia o prácticas) aplicado por el juez nacional para resolver el caso es *inconvencional*; examen de confrontación normativo del que se deriva la *primacía* de la Convención Americana sobre el derecho interno, incluida la Constitución.

En séptimo lugar, la Corte establece, en el caso concreto, las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana y/o la transgresión de la jurisprudencia interamericana —*acquis conventionnel*—, que con la *aplicación* de la norma (constitucional, legal o reglamentaria) y/o de la juris-

prudencia, de las prácticas judiciales o administrativas internas inconvenionales *afectaron* a una persona humana o a un grupo de personas determinadas, individualizadas e identificadas —presuntas víctimas y/o sus familiares—.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado progresivamente, distinguiendo si la norma nacional es o no de aplicación inmediata. Dependiendo del caso concreto, la Corte se ha referido a la *existencia* de la norma interna, a su *expedición* (o *inicio*), su *vigencia* o su aplicación.

En octavo lugar, como consecuencia de lo anterior (la inconvenionalidad normativa, jurisprudencial o de prácticas) se configura un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado parte de la Convención Americana u otros tratados, generando de inmediato la responsabilidad internacional del Estado (*tempus commisi delicti*) por dichas violaciones a los derechos convencionales y/o la jurisprudencia convencional (*acquis conventionnel*) y, por consiguiente, nace la obligación internacional a cargo del Estado de reparar integralmente los daños materiales e inmateriales a las presuntas víctimas y/o sus familiares (*restitutio in integrum*), según la calificación de los hechos —probados—.

En noveno lugar, la Corte Interamericana —mediante sentencia— ordena al Estado las reparaciones integrales de los daños, disponiendo el *cese* (*poner fin* a la conducta estatal inconvenional) de los efectos jurídicos de las normas, jurisprudencia y prácticas nacionales inconvenionales (hechos internacionalmente ilícitos de carácter *continuo*), estableciendo además las obligaciones internacionales *de resultado de naturaleza jurídica* de adoptar *seguridades y garantías de no repetición*; para hacer efectiva estas obligaciones y las siguientes, el Estado deberá: reformar la Constitución, derogar, modificar o anular la ley o el acto administrativo, o completar sus contenidos; expedir una ley o un acto administrativo; adecuar la jurisprudencia o prácticas internas a la jurisprudencia de la Corte, y las demás reparaciones que fueren necesarias para restablecer la situación jurídica anterior (*restitutio in integrum*) a las violaciones y que el Estado garantice a las víctimas y/o sus familiares el respeto y el libre y pleno ejercicio de sus derechos reconocidos en la Convención; adecuando de esta forma el derecho interno al estándar mínimo interamericano (el derecho internacional de los derechos humanos).

*Ernesto Rey Cantor*

*Ángela Margarita Rey Anaya*

## CONTROL DE LEGALIDAD

El control de legalidad es una concepción que tiene su origen en el derecho moderno. Su aparición se encuentra estrechamente relacionada con la centralización del poder en el Estado, su consecuente reivindicación del monopolio de la producción legislativa y la necesidad de hacer efectivo el mandato de las leyes. Como resultado de esta nueva configuración, resultaba indispensable obligar no sólo a los gobernados, sino a la administración pública en general y a los jueces en lo particular, a apegarse al mandato estricto de la ley. Para tal efecto, se diseñaron instrumentos procesales como la casación, entre cuyos objetivos se encontraba revisar que una resolución impugnada (casada) fuera efectivamente apegada al mandato de la ley. Desde el punto de vista

práctico, la labor de los tribunales de casación en su vertiente de instrumentos de control de la legalidad consistía en depurar a las sentencias de todo aquel contenido normativo que no tuviera un origen estrictamente legislativo. De esta manera, otras fuentes del derecho, como la doctrina o la costumbre, debieron ceder su lugar a la ley. Con el paso del tiempo la función del control de legalidad se transformó. Pasó de ser un instrumento encargado de verificar la estricta aplicación de la ley, a uno cuya función consistió en evaluar la correcta aplicación de la ley. En el primer caso, la labor se centraba en constatar que las leyes fueran efectivamente aplicadas y que no se emplearan fuentes que no tuvieran un origen legislativo. En el segundo caso, en cambio, el objetivo consiste en emitir una valoración para determinar si un precepto ha sido correctamente aplicado para resolver una cuestión en particular. Por decirlo de alguna manera, si la ley X fue correctamente aplicada, o si dicha ley no era aplicable y en su lugar debió aplicarse la ley Y. En este último caso, el tribunal encargado de realizar el control de la legalidad debe verificar no sólo la ley aplicada sino que la misma sea la que corresponda a la situación fáctica sujeta a juicio.

El control de la legalidad en México tuvo sus primeras expresiones a mediados del siglo XIX con la instauración de tribunales de casación en diversas entidades federativas. Sin embargo, dados los complejos requisitos técnicos exigidos para la procedencia de la casación, su empleo era poco frecuente. En la década de los años sesenta del propio siglo XIX, los abogados mexicanos empezaron a recurrir al juicio de amparo para impugnar en forma extraordinaria resoluciones judiciales bajo el argumento de que se oponían al mandato constitucional de apego a la legalidad establecido en el art. 14 de la Constitución. Así apareció el llamado amparo casación, como un instrumento menos formalizado que el recurso de casación, y eficaz para impugnar la legalidad de las resoluciones judiciales. Los tribunales federales no siempre fueron proclives a escuchar este tipo de argumentos. Al efecto sostenían que se violentaba la cosa juzgada establecida por los tribunales ordinarios. En algún momento dicha postura fue incluso sostenida por el legislador (art. 80. de la Ley de Amparo de 1868), quien estableció la prohibición de recurrir al amparo para impugnar resoluciones provenientes de tribunales ordinarios. A finales del siglo XIX la ley y los criterios jurisprudenciales cambiaron. Desde entonces el amparo casación o amparo directo es una herramienta ampliamente utilizada en la práctica forense mexicana.

En la actualidad, los instrumentos de control de la legalidad se han diversificado; ejemplo de ello es el juicio contencioso administrativo. Sin embargo, el amparo, tanto el indirecto en contra de autoridades no jurisdiccionales, como el directo contra resoluciones de tribunales, se mantienen como los principales mecanismos de control de la legalidad en México. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales colegiados de circuito dan cuenta de la extensión y minuciosidad con la que se trata la legalidad a propósito de la interpretación de los alcances de los arts. 14, 16 y 31, frac. IV, de la Constitución.



## CONTROL DIFUSO POR JUEZ LOCAL

En un país federal, hay control difuso por jueces locales cuando éstos tienen competencia para dejar de aplicar en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, aquellas normas jurídicas que sean incompatibles con las normas jurídicas de jerarquía suprema en el respectivo Estado.

En México, el control difuso a cargo del juez local puede ser de tres tipos, en función de la norma de jerarquía suprema que se utilice como parámetro de interpretación y de validez ante el cual se confronta la norma local: control difuso de *constitucionalidad*, cuando el juez local verifica la compatibilidad de las normas locales con la Constitución federal; control difuso de *convencionalidad*, cuando la norma local es evaluada desde el mirador de los tratados internacionales considerados como de jerarquía superior; y control difuso de *constitucionalidad local*, cuando el examen de compatibilidad de la norma local se hace para garantizar la supremacía, en todo lo concerniente al régimen interior del Estado, de la respectiva Constitución estatal.

Sobre el control difuso de constitucionalidad por juez local, revisando el derecho comparado, lo que encontramos es que el modelo emblemático de este sistema es el que opera en los Estados Unidos de América, donde la Constitución de 1787, en su art. VI, faculta expresamente a los jueces locales a ejercer dicho control. Disposición ésta que es similar o idéntica a la prevista en varias Constituciones latinoamericanas, no obstante lo cual, el control difuso de constitucionalidad en América Latina funciona en muy pocos países de manera similar a los Estados Unidos de América, destacando el caso de Argentina, que es el que con mayor fidelidad ha seguido este modelo. Otros países, como Brasil y más recientemente México, combinan el control difuso de constitucionalidad con otros medios jurisdiccionales de control concentrado de constitucionalidad, que sólo pueden ser planteados ante ciertos tribunales y cortes supremas o constitucionales.

En México, el control difuso de constitucionalidad estuvo prohibido para los juzgadores locales hasta 2011. Sólo podían ejercerlo los juzgadores integrantes del Poder Judicial de la Federación. Y esto porque la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde la Quinta Época de su jurisprudencia, había reiterado el criterio de que del art. 133 de la Constitución no se derivaba la facultad de los jueces locales de ejercer control de constitucionalidad. Como ejemplo de las tesis que prohibían este control difuso cabe citar las siguientes: “Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación” (tesis P./J. 73/99) y “Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución” (tesis P./J. 74/99).

Por lo que hace al control difuso de convencionalidad a cargo del juez local en América Latina, éste tiene sus orígenes en la jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido consolidando a partir de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, entre otros), y en la cual se sostiene que todos los jueces y tribunales internos de los países suscriptores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco de sus respectivas atribuciones, deben ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas nacionales internas y la citada Convención.

En México no existía un criterio que expresamente prohibiera a los jueces locales el control difuso de convencionalidad, aunque sí existían algunas tesis de jurisprudencia que establecían que los derechos humanos previstos en tratados internacionales no podían utilizarse directamente como parámetro para juzgar la validez de una ley. Así, por ejemplo, en la tesis con rubro “Acción de inconstitucionalidad promovida por un organismo de protección de los derechos humanos. En la demanda respectiva pueden plantearse violaciones al principio de legalidad y, por ende, la inconstitucionalidad indirecta de una ley por contravenir lo establecido en un tratado internacional sobre derechos humanos” (tesis P./J. 31/2011), la Suprema Corte estableció que la incompatibilidad de una ley con un tratado internacional sólo podía plantearse en un medio de control de constitucionalidad, como violación a las garantías constitucionales de legalidad previstas en los arts. 14 y 16 de la carta magna. Bajo esta óptica, el control de convencionalidad sólo podía ejercerse de manera subsumida en el control de constitucionalidad, pero como éste le estaba vedado a los jueces locales, por consecuencia tampoco podían ejercer el control difuso de convencionalidad.

En relación con el control difuso de constitucionalidad local, éste sí lo podían ejercer los jueces locales en México, incluso antes de 2011, pero sólo para garantizar los derechos humanos previstos en su respectiva Constitución estatal, y siempre y cuando fueran distintos a los previstos en la Constitución federal, ya que estos últimos sólo podían ser garantizados por el Poder Judicial de la Federación. Por esto, cuando el estado de Veracruz implementó un sistema de justicia constitucional local en el año 2000, la citada Corte resolvió que “...la facultad otorgada a la sala constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave para conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos, previsto en la Constitución Política de esa entidad federativa, no invade la esfera de atribuciones de los tribunales de la Federación, pues aquél se limita a salvaguardar, exclusivamente, los derechos humanos que establece el propio ordenamiento local” (tesis P. XXXIII/2002). Actualmente, las Constitución del Estado de Coahuila (art. 158) establece expresamente el control difuso de constitucionalidad local.

Ahora bien, el estatus del control difuso por juez local cambió radicalmente a partir de 2011, por dos razones:

a) Por la reforma constitucional de junio de ese año, que expresamente estableció en el art. 1o. de la Constitución mexicana que “todas las autoridades” debían proteger y garantizar los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales, y que además introdujo el principio *pro persona* para que prevalezca la norma más favorable a la protección de los derechos humanos.

b) Por la resolución de julio de 2011, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente Varios 912/2010 relativo a la sentencia que a su vez había dictado en noviembre de 2009 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia esta última en la que también se expresa la doctrina del control difuso de convencionalidad (párrafo 114).

En apego a lo anterior, la Suprema Corte estableció una serie de criterios que no sólo autorizan, sino que obligan a todos los jueces, incluyendo desde luego a todos los jueces locales, a ejercer un control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos. La Corte ha dicho que “...todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona...” (tesis P. LXVII/2011). Por último, es importante destacar que el juez local deberá ejercer este control difuso de manera metódica y con prudencia. Particularmente, entendiendo que el control difuso implica: *a)* partir de la presunción de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma local; *b)* privilegiar la interpretación de la norma local que sea conforme con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, y *c)* sólo en casos de incompatibilidad insubsanable, acudir a la inaplicación de la norma local como *ultima ratio* del control difuso.

*Carlos Emilio Arenas Bátiz*

## CONTROL DIRECTO DE CONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad de las leyes —y normas jurídicas en general— puede ser *directo*, esto es, ante los organismos o tribunales encargados con exclusividad para esa tarea (control concentrado), o *indirecto* (difuso), donde el planteamiento se debe hacer ante cualquier juez competente, sin importar el rango, y luego puede llevarse por vía recursiva hasta el más alto tribunal del país.

El esquema mixto intenta compaginar las ideas del sistema difuso y del concentrado. Así, por ejemplo, todos los jueces resuelven las cuestiones de constitucionalidad en las acciones ordinarias con efectos inter partes, pero en algunas vías especiales, generalmente reservadas a ciertos cuerpos (presidente, fiscal general), van directamente al Tribunal Constitucional, cuya sentencia será *erga omnes*. O bien el Tribunal conoce por apelación en los aspectos constitucionales de los casos comunes, pero es primera instancia en las acciones generales de inconstitucionalidad.

Desde el cuadrante subjetivo, el control de constitucionalidad puede ser *político o jurisdiccional*. El primero es —por regla— preventivo, y opera antes de que las leyes sean sancionadas.

En Francia —donde se ve con gran nitidez este modelo— no existe un canal “judicial” idóneo para inspeccionar la constitucionalidad de las leyes, pues dicha tarea es ejercitada por un cuerpo que por su estructura, funciones, y el trámite ritual que cumple, no debe ser considerado —como acotaba Capelletti— de esencia jurisdiccional.

El contralor político es cumplido por un órgano *judicial* —por ejemplo un Consejo Constitucional— que está facultado para abortar el procedimiento legislativo cuando estima que la ley es violatoria del estatuto fundamental.

Como vimos, coexisten en el mundo dos grandes sistemas que llevan a cabo este tipo de verificación: el *concentrado* o directo —como en Austria, Italia, España, Alemania, etcétera—, esto es, resuelto exclusivamente por un cuerpo especializado (Corte o Tribunal Constitucional); y el *difuso* —o *indirecto*—, como en los Estados Unidos y en la Argentina —y ahora en México—, donde cualquier juez está potenciado para declarar la inconstitucionalidad de las leyes en el caso que juzga.

En estas vertientes se ha seguido ideológicamente a la doctrina de Hamilton y de Marshall, partiendo de la base de que el judicante, en su función de juzgar, está obligado —dentro del campo interpretativo— a inaplicar el dispositivo legal que no encaja en los andariveles de la carta suprema.

En suma, el control concentrado (o directo) se cumple ante los tribunales constitucionales o ante salas constitucionales, según las características de cada país.

Conviene repetir que este modelo se da cuando la función de revisión de la constitucionalidad de los actos emanados de los poderes públicos está monopolizada en un único órgano. En cambio, en el difuso esta revisión puede ser ejercida por cualquier juez o magistrado, y debe llevarse a cabo generalmente en el ámbito de un caso o controversia.

En América Latina, a principios del siglo XIX tuvo gran incidencia el esquema “difuso” que algunos autores han denominado como “americano”, habida cuenta que lo ejercían jueces o tribunales de la función judicial.

Luego ha habido una tendencia creciente a la adopción del andarivel “directo”, que fue adoptado por Chile, Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia. Por ello se crearon tribunales constitucionales o salas específicas para la materia constitucional, como sucedió en Guatemala, El Salvador, Paraguay, Honduras y Costa Rica.

También existe un modelo llamado “mixto”, que tiene algunas variantes. En efecto, en muchos casos las naciones del *Civil Law* (o derecho continental), pese a trabajar sobre el sistema difuso, le han dado vida a vías alternativas, que permiten unificar la aplicación del derecho, como la posibilidad de que un cuerpo superior en la jerarquía judicial efectúe una declaración de inconstitucionalidad que derogue la norma con la finalidad de obtener un resultado que permita la uniformidad de criterios. Esto ha sucedido por ejemplo en Portugal y en Grecia, donde el Tribunal Superior está potenciado para ejecutar la revisión como control concentrado.

En tal sentido, debemos tener en cuenta que en algunos países donde se adopta el sistema americano o difuso de control, el cuerpo jurisdiccional de mayor jerarquía se transforma materialmente —como sucede en Argentina (art. 116 de la Constitución Nacional) y en los Estados Unidos de América— en un verdadero Tribunal Constitucional.

En esta última nación, si bien los fallos de la Corte Suprema federal sólo tienen valor *inter partes*, esto es para el caso particular; en la realidad a veces poseen efectos generales debido a la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial que se infiere de la doctrina del *stare decisis*.

En algunas provincias argentinas, como la de Buenos Aires, impera un esquema mixto, ya que coexisten el modelo difuso típico, como el norteamer-

ricano, y el concentrado —directo— para la acción de inconstitucionalidad, que sólo puede incoarse ante la Suprema Corte local (art. 161 de la Constitución provincial).

En México, a través de la reforma constitucional de 2011 (arts. 1o. y 33 de la carta magna), se ha cambiado el eje de rotación tradicional para admitirse el control difuso, donde todo juez puede resolver sobre la constitucionalidad de las leyes.

Luego se aprobó otra reforma constitucional en materia de amparo de gran importancia, pues se incorpora la posibilidad de que las sentencias tengan efectos *erga omnes*, admitiendo por ejemplo los casos de interés legítimo, etcétera.

En definitiva, puede decirse que el control de constitucionalidad en el derecho comparado puede ser *directo* (*concentrado*), planteado exclusivamente ante el organismo diseñado para resolver las cuestiones constitucionales, *difuso* —*indirecto*—, propuesto ante cualquier juez, y el esquema mixto participa, como vimos, de ambas modalidades.

*Juan Carlos Hitters*

## CONTROL PARLAMENTARIO

Karl Loewenstein (1989) señala que el control está vinculado con uno de los elementos esenciales de las democracias: la existencia de un gobierno responsable, lo cual lleva a establecer en las Constituciones mecanismos de control. De esta manera, explica el surgimiento histórico del control parlamentario como garantía del principio democrático, que implica un Estado democrático de derecho.

Tres grandes líneas doctrinales que conceptualizan al control parlamentario han surgido de su desarrollo histórico.

Una primera concepción, que fue la tradicional y por lo mismo dominó la doctrina constitucional hasta épocas muy recientes, asocia el control parlamentario con la idea de presión, influencia y predominio del Parlamento sobre el gobierno, que en última instancia significa la posibilidad de remoción del titular del Ejecutivo o alguno de sus más altos colaboradores, a través de la exigencia de responsabilidad política y censura (Santaolalla López, Lucas Murillo de la Cueva y Álvarez Conde, en España).

La segunda línea doctrinal entiende al control parlamentario como la comprobación, inspección, verificación y supervisión de la actuación del gobierno, por medio del cual el Parlamento ejerce presión y puede llegar a influir en la actuación del órgano controlado (Barthélemy, Duguit, en Francia; Aguiar de Luque, De Esteban, García Morillo, en España).

Expone que en las democracias actuales el control parlamentario resulta fundamental para consolidar el pluralismo político y hacer posible la alternancia en el poder, construyendo e ilustrando la opinión pública e influyendo en el elector.

Esta función es una competencia específica de los integrantes de las cámaras, que se diferencia de las demás, por lo que para su ejercicio existen instrumentos concretos que la hacen posible: las comisiones de investigación,

la facultad de formular preguntas e interpelaciones y la presentación de mociones o juicios políticos. Así, la función de control es claramente distinta de las funciones legislativa y presupuestaria, en cuanto al fin inmediato que persigue.

Finalmente, en una tercera línea doctrinal se encuentran para quienes el control parlamentario representa la materialización de la vaga situación de preponderancia del Parlamento sobre el gobierno, pero sin concretarse en ningún instrumento parlamentario en específico y encontrándose, a su vez, en todos; representa, así, un concepto más amplio de control (Rubio Llorente y Aragón, en España; Pedroza de la Llave y Mora-Donatto, en México).

Establecen que las cámaras, por medio de una multiplicidad de actos, inspeccionan, analizan, comprueban, examinan, revisan, registran, intervienen y verifican el funcionamiento del Ejecutivo y de los órganos de la administración pública, informando a la opinión pública, los medios de comunicación y el cuerpo electoral sobre sus actividades.

Con respecto a la primera concepción, el hecho de establecer que toda actividad de control exige, por definición, además de la supervisión o valoración de la actuación del gobierno, la adopción de medidas que pongan fin a la situación política en cuestión, por medio de la exigencia de responsabilidad política, entendida ésta como el mecanismo que puede cesar o remover al funcionario controlado, podría calificarla de reduccionista al emplear un concepto que no es útil en los sistemas presidenciales; recordando así la necesidad de que en las democracias parlamentarias como formas de Estado, se construya una noción de control parlamentario que rebase las limitaciones antes planteadas respecto a la relación control-remoción del gobierno.

Respecto a la línea doctrinal que busca “un concepto más amplio de control”, ésta corre el riesgo de disolver la noción misma de control parlamentario. Es necesario entender que existen procedimientos concretos y especializados, identificables e inconfundibles con los demás procedimientos parlamentarios que persiguen otras finalidades y que, por ejemplo, formalizan jurídicamente la voluntad del Congreso, a través de una votación, en actos del Estado —como sucede al sancionar una ley—.

En cambio, los efectos jurídicos del control parlamentario en el gobierno son de naturaleza procedimental, sin que produzcan efectos jurídicos reglados sobre su voluntad y, por tanto, los que pudiera tener de naturaleza política no los podemos conocer con rigor, obteniendo un carácter difuso.

Un aspecto más que debe resaltarse en cuanto al control parlamentario versa sobre el papel que desempeñan la oposición y las minorías parlamentarias en su desarrollo. Actualmente, éstas son las interesadas y deben ser las encargadas de desplegar los mecanismos específicos de control, teniendo por objeto no una sanción directa de la administración, sino un desgaste del gobierno ante la opinión pública y el electorado, es decir, el establecimiento de una responsabilidad difusa.

Al no tener posibilidades de conseguir que el Parlamento adopte decisiones contra el Ejecutivo, intentan movilizar a la opinión pública contra éste, en virtud de que aspiran a alcanzar el poder en las siguientes elecciones, por lo que se centran en descubrir cualquier falta del gobierno y su mayoría parlamentaria.

Y como en el desempeño de la función de control no se persigue alcanzar la voluntad estatal, es por ello que no debe exigirse el apoyo de la mayoría, más bien debe facultarse a los parlamentarios de manera individual, a los integrantes de la oposición que, al no ser poderes públicos, actúen libremente. De aquí la diferencia que la doctrina ha establecido entre el control efectuado *por* el Parlamento y el realizado *en* el Parlamento.

Así, la oposición y las minorías otorgan mayor efectividad al control parlamentario a partir de la transparencia y el debate libre y público, siempre y cuando existan garantías institucionales para poder acceder frecuentemente a los mecanismos de control.

Tal es la importancia de su actuación que se ha señalado que la oposición no nace de la práctica democrática, sino que ésta se presenta en realidad, a partir del surgimiento de la oposición (Landa, 1994).

Por ello, y de acuerdo con la Unión Interparlamentaria, alrededor de treinta naciones cuentan en sus legislaciones con un estatuto oficial para la oposición, entre los que destacan Australia, Brasil, Egipto, Irlanda, Italia, Filipinas, Senegal y Tailandia. En América Latina, Colombia reconoce a nivel constitucional a la oposición, y Ecuador lo hizo durante la vigencia de la Constitución de 1998.

De esta manera se puede establecer el concepto de control parlamentario, entendiendo que, en las democracias parlamentarias como formas de Estado, el control parlamentario debe ser concebido como un *control político* que se ejerce a través de *mecanismos concretos*, en cuya operación observan especial interés la *oposición gubernamental* y las *minorías parlamentarias*, teniendo por objeto la *fiscalización* de la actividad del gobierno y sus órganos administrativos; fiscalización que comprende la *valoración y el debate sobre ciertos hechos e información* obtenida respecto a la actividad controlada, otorgándole a la misma la *publicidad* de la cual carecía, dándola a conocer al electorado y produciendo, de esta manera, efectos de diversa índole y, por tanto, *difusos*.

*Pablo Abreu Sacramento*

## CONTROL PREVENTIVO

Es un sistema de control constitucional de corte concentrado, mediante el cual el tribunal constitucional realiza el examen de un texto legislativo una vez aprobado por la legislatura, pero antes de que entre en vigor, con el objeto de determinar si el mismo se ajusta a los postulados constitucionales.

A este tipo de control también se le conoce como control *a priori* de constitucionalidad y se identifica por los siguientes elementos:

a) Es un control concentrado de constitucionalidad; sólo puede ser resuelto por el Tribunal Constitucional.

b) Tiene un carácter declarativo y abstracto. La resolución que dicte el Tribunal Constitucional es de tipo declarativo, porque se concreta a pronunciarse respecto a si el proyecto de ley sometido al control es o no constitucional. Y al mismo tiempo es abstracto en razón de que el estudio de constitucionalidad se realiza a partir de la generalidad del proyecto de ley y no de un caso concreto. La norma aún no existe, por tanto no puede realizarse la



confronta de constitucionalidad desde la óptica de la aplicación a un caso en lo particular.

c) Es un control *a priori*. En cuanto a la oportunidad en que debe iniciarse este medio de control, la doctrina sostiene que el momento para ejercerlo es antes de que la norma sujeta a control sea definitiva, es decir, antes de que la misma se haya promulgado; que permita con claridad realizar el estudio de constitucionalidad a partir de un texto que ha sido ya aprobado por el órgano legislativo. Sin embargo, es importante distinguir en qué momento la norma no es aún definitiva; esto es, en el momento en que se presenta la iniciativa, en el momento en que se discute en la comisión legislativa competente, en el momento que la aprueba el pleno y antes de enviarse al Ejecutivo para su promulgación, o bien, una vez que el Ejecutivo recibe el proyecto legislativo aprobado y antes de que proceda a promulgarlo.

*Pedro Antonio Enríquez Soto*

## CONTROL PREVIO EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL LOCAL

I. INTRODUCCIÓN. También conocido como *preventivo* o *a priori*, es aquel control de la regularidad de la Constitución local que se realiza en sede jurisdiccional y que se ejerce sobre una norma jurídica antes de su entrada en vigor.

En principio afirmamos que es un control jurídico porque, al menos la mayoría de las veces, lo ejerce un Tribunal Constitucional —sentido estricto—. Además, porque es diverso a otro tipo de controles calificados como políticos, que también inciden en el proceso de creación de la ley hasta antes de su entrada en vigor, como por ejemplo el propio veto que ejercen los gobernadores de los estados —sentido amplio—.

Se trata de un control que, a diferencia de los controles sucesivos y concretos, se actualiza antes de que la ley entre en vigor, es decir, estamos en presencia de un control constitucional abstracto de carácter preventivo.

El control previo, al igual que los demás medios de control constitucional, es objeto de varias críticas; una que comúnmente se hace es la que afirma que hay un riesgo al judicializar un proceso evidentemente político, como el proceso legislativo, pues, según se ha dicho, el tribunal no puede intervenir en la soberanía del órgano legislativo ni ser un sujeto más dentro del proceso de creación de la ley. Empero, la única diferencia que se tiene respecto del control *a posteriori* es el momento en el cual se realiza, por lo demás, el mismo derecho procesal constitucional se encuentra en constante conflicto con el órgano legislativo. Podemos mencionar también que no existe invasión en la esfera del legislador, pues el tribunal conoce —la mayoría de las ocasiones— hasta que el legislador ha terminado su labor creadora, quedando sólo pendiente la promulgación y publicación de la ley.

Igualmente se ha sostenido que el control previo en la justicia constitucional local atenta contra el principio de división de poderes y distribución de competencias; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la validez del mecanismo en la justicia constitucional local, precisamente al resolver la acción de inconstitucionalidad

8/2010, en donde sostuvo básicamente que el control previo establecido en la Constitución de Yucatán es compatible con el principio de división de poderes y que la finalidad no es otra distinta a la de cualquier otro medio de control constitucional local.

II. CONTROL PREVIO EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL LOCAL. El control previo de constitucionalidad se encuentra incorporado en algunas entidades federativas, quienes han decidido establecerlo como mecanismo de defensa a su Constitución, aunque en algunos de ellos es más bien una consulta u opinión previa sobre la constitucionalidad de proyectos de ley; así hablamos en específico de Coahuila (Ley de Justicia Constitucional Local, arts. 71 y 90), Nayarit (Constitución Política del Estado, art. 53), Oaxaca (art. 106 de la Constitución Política del Estado), Yucatán (Constitución Política del Estado, art. 70, y Ley de Justicia Constitucional, arts. 114 a 130), y Zacatecas (art. 100 de la Constitución Política del Estado).

1. *Órgano que conoce del control previo.* Aquí tenemos dos modalidades, la primera es aquella donde el órgano controlador es el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado en su carácter de tribunal constitucional, como sucede en Coahuila de Zaragoza, Yucatán y Zacatecas. Por otro lado están los casos de Nayarit y Oaxaca, donde el órgano que conoce es la Sala Constitucional-Electoral y la Sala Constitucional, respectivamente, quienes desempeñan permanentemente y de forma especializada la jurisdicción constitucional local.

2. *Sujetos legitimados.* En este punto encontramos tres variantes. La primera es la que se ubica en Coahuila, donde la Ley de Justicia Constitucional solamente otorga legitimación al gobernador del estado, quien ejerce su derecho de veto y, si así lo desea, al mismo tiempo promueve acción de inconstitucionalidad en su modalidad de control previo, pues solicita la opinión del Pleno del Tribunal Superior de Justicia; es decir, la única forma de solicitar el control previo es porque en principio el Ejecutivo hizo efectivo su derecho de veto. Situación similar pasa en Zacatecas, donde el titular del Poder Ejecutivo pide la opinión, pero sin necesidad de vetar el proyecto, y se incluye por la Constitución local el hecho de que esa consulta no puede hacerse pública, situación que es altamente criticable, pues el legislador tiene que estar sujeto a que se cuestione su actividad y que la sociedad esté informada sobre su actuar.

La segunda variante sucede en Nayarit, donde el órgano facultado para solicitar la consulta de la constitucionalidad es la propia comisión legislativa encargada de hacer el dictamen del proyecto de ley o decreto.

El tercer caso se presenta en Yucatán y Oaxaca. Aquí la legitimación es mucho más amplia que en las entidades anteriores, ya que pueden promover la cuestión de control previo el gobernador, el treinta y tres por ciento de los integrantes del Congreso, los órganos autónomos y, en Yucatán, además, el fiscal general del estado y los presidentes municipales.

3. *Etapa en la que se ejerce el control.* Por lo que ve al momento en el que se activa el control en Coahuila, Yucatán, Zacatecas y Oaxaca, éste se plantea una vez que el órgano legislativo ha terminado su actividad legislativa, pero previo a su publicación por el Ejecutivo estatal. No pasa así en Nayarit, donde

el control se activa incluso antes de la deliberación del Congreso, pues lo que se somete a consideración de la Sala Constitucional es la iniciativa o el dictamen de ley o decreto de la comisión legislativa y no un texto definitivo; aquí se corre el riesgo de que pierda sentido la opinión de la Sala, pues esa iniciativa podrá sufrir modificaciones durante su tramitación.

4. *Procedimiento.* Las entidades que establecieron un procedimiento para sustanciar este tipo de control son Coahuila y Yucatán. En el primer caso se ejerce la acción de inconstitucionalidad en la modalidad de control previo, y el Pleno del Tribunal Superior de Justicia en su carácter de tribunal constitucional comunica al Congreso del medio de impugnación, quien puede o no suspender el procedimiento legislativo; si lo suspende, entonces el tribunal constitucional está en condiciones de resolver; pero si decide no suspender el procedimiento, por mayoría absoluta de votos, el control previo queda sin materia, es decir, la tramitación del control preventivo queda prácticamente a disposición del órgano legislativo.

En Yucatán la regulación es más acertada, pues después de que se promueve el requerimiento de control previo, el mismo Tribunal Constitucional suspende la publicación de la ley e incluso si el gobernador ejerció derecho de veto sobre lo mismo que se ventila en la cuestión de control previo, el recurso se declara improcedente; una vez suspendido el procedimiento, se da vista para que en quince días el Congreso rinda un informe, para lo cual también se cuenta con la intervención del fiscal, después se formulan alegatos y el Tribunal Constitucional dicta el fallo que corresponda.

Por lo que ve a Nayarit y Oaxaca, en sus Constituciones se dispone que realizada la consulta la Sala Constitucional tiene que resolver en diez días para el caso de Nayarit y quince para el caso de Oaxaca, sin hacer alusión a procedimiento alguno.

5. *Efectos de la sentencia.* La sentencia que se dicta en este tipo de mecanismos en Coahuila es obligatoria para el Congreso del estado, siempre y cuando éste haya decidido suspender el procedimiento para la publicación de la ley. En el estado de Yucatán el pronunciamiento es igualmente obligatorio para el Congreso, por lo que éste tendría que modificar el proyecto de ley en términos de la sentencia. En el caso de Nayarit, la resolución de la Sala Constitucional-Electoral no tiene efectos vinculantes, pues se trata de una opinión consultiva respecto de una iniciativa, susceptible de ser modificada en el transcurso del proceso legislativo, pero sí proporciona la seguridad desde un inicio del proceso acerca de la constitucionalidad de la propuesta de ley o decreto. Por lo que ve a Zacatecas y Oaxaca, no se señala si la resolución tendrá efectos vinculantes, por tanto la resolución puede servir como fundamento al gobernador para que ejercite su derecho de veto.

III. Un tema importante es determinar la procedencia de mecanismos de defensa constitucional una vez que el tribunal haya resuelto el control previo. Sobre este punto, la única entidad que reguló tal situación es Yucatán, al establecer que no es posible otro medio de defensa posterior sobre lo que ya fue objeto de la consulta en el control previo de constitucionalidad.

## CONTROL REPARADOR

Es un sistema de control constitucional mediante el cual el Tribunal Constitucional anula una norma jurídica por ser contraria a la Constitución. Se trata de un sistema *a posteriori*, es decir, se activa una vez que la norma impugnada entra en vigor. La sentencia que se dicta en este sistema puede ser para el caso concreto, o bien con efectos generales derogatorios, dependiendo de si el modelo de control es difuso o concentrado. Se llama reparador porque al anular la norma inconstitucional se restituye o repara la violación a la norma constitucional.

*Pedro Antonio Enríquez Soto*

## CONTROL SOCIAL

La expresión control social ha sido acuñada y desarrollada principalmente por los sociólogos norteamericanos, siendo un vocablo ligado con el orden, la estabilidad y armonía dentro del sistema social, pero que no implica una situación estática de la sociedad, porque prevé el cambio social siguiendo las normas, procesos e instituciones ya establecidos, dándose así un orden al cambio, un cambio dentro del sistema y no un cambio del sistema social.

Puede ser considerado como una institución, como un proceso o como resultado. Como institución hace referencia al conjunto de valores y pautas normativas existentes dentro de un sistema social, que tienden a ejercer sobre el individuo una influencia para que su acción social se adhiera a lo que se considera socialmente “correcto”, pero en caso de que no se ajuste o transgreda las normas sociales, tendrá como consecuencia una sanción con el fin de ejercer un control sobre la conducta y mantener la estabilidad del sistema social.

Sobre esta cuestión, T. B. Bottomore señala que el control social puede concebirse de dos maneras: 1) como una referencia al conjunto de valores y normas con que se resuelven o mitigan las tensiones y los conflictos entre individuos y grupos, y 2) como el sistema de instituciones que sirven para comunicar e inculcar dichos valores y normas.

En el mismo sentido, Recaséns Siches considera que el control social trata de designar en conjunto todas las normas colectivas, así como también las autoridades y los poderes sociales que, a diferentes niveles y de diversas maneras, regulan la conducta humana en sus aspectos o resultados exteriores.

Como proceso, es hacer alusión a la manera en que se emplean, aplican o ejecutan los valores y pautas normativas del sistema social; de esta forma, los mecanismos, vías o medios que constituyen los vehículos para ejercer el control deben estar establecidos con claridad, ser conocidos por los miembros de la sociedad, accesibles y eficaces, para que en caso de que la conducta humana no se ajuste o se desvíe de los valores o pautas normativas, se aplique la sanción correspondiente, a fin de mantener el orden dentro del sistema.

En este orden de ideas, J. S. Roucek refiere que la expresión control social es un término colectivo para aquellos procesos, planeados o no, por medio de

los cuales los individuos son enseñados, persuadidos o compelidos a adaptarse a los usos y a las valoraciones de los grupos de los que forman parte.

Como resultado, es la manera en que los valores o normas sociales han influido en el ser humano para determinar un cierto tipo de conducta, pudiendo darse la adhesión a dichos valores y normas sociales de manera voluntaria; que se acepten sólo bajo la amenaza o la aplicación de la fuerza física u otras sanciones; que se esté reluctante y se busquen alternativas pero siguiendo las instituciones del propio sistema, o bien que no influyan en la persona teniendo como consecuencia la desviación social, pero con la aplicación de la sanción se busca que la acción social se ajuste nuevamente a lo que se considera como socialmente correcto.

Los controles sociales dan cohesión a la sociedad, haciendo de las tensiones o desviaciones sociales un factor que se soluciona a través de las normas y los procedimientos diseñados por el sistema.

Entre los principales tipos de control social tenemos: la moral, la costumbre, la religión, el derecho, la educación y la opinión pública, tomando especial relevancia el derecho, por contar con la coacción. Roscoe Pound enfatiza que el derecho es una forma altamente especificada de control social mediante la aplicación sistemática de la fuerza en una sociedad organizada y políticamente desarrollada.

Del mismo modo, F. J. David, en la obra *Law as a Type of Social Control*, cataloga al derecho como un control social determinado por tener reglas de conducta explícitas protegidas por el uso de sanciones, interpretadas y aplicadas por agentes oficiales.

En la medida en que las personas reconocen, aceptan, ejercen y protegen los valores, principios y normas considerados como correctos dentro de una sociedad, más fuerte es el control social que se ejerce.

*Ulises Bonilla Constantino*

## CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

La controversia constitucional puede entenderse como un mecanismo de control constitucional, a través del cual se protege de manera directa al texto fundamental en su apartado orgánico y las competencias asignadas a los órganos del Estado. Asimismo, puede entenderse como el proceso mediante el cual se plantea un juicio con todas sus características: acción planteada en forma de demanda, una contestación, una etapa probatoria y una sentencia, cuyos efectos pueden ser *inter partes* o *erga omnes* y cuya finalidad es resolver un conflicto competencial entre los órganos del Estado y diversos órdenes jurídicos.

La controversia constitucional es un juicio de única instancia que en México se tramita ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dicho conflicto puede ser producido por una norma general o un acto, mismo que genera una violación directa a la Constitución y a los principios del federalismo y división de poderes, necesarios para la existencia del Estado de derecho, en donde la distribución de competencias resulta indispensable para la realización de las funciones y distribución equitativa del poder.

El juicio de controversia constitucional funge como un mecanismo de control abstracto y concreto, en virtud de que, por un lado, permite que un órgano de naturaleza judicial y jurisdiccional se pronuncie cuando algún órgano en ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales usurpe competencias de otro órgano, reconocidas en la carta magna y por lo tanto genere un daño; y por el otro, permite una revisión judicial de las normas que conforme a la Constitución presenten incompatibilidad, esto es, la violación se genera por la norma inconstitucional o en su caso por un acto; en ambos casos su confrontación será sujeta al texto fundamental. Este proceso tiene por objetivo dirimir los conflictos de competencias ante una instancia imparcial, objetiva e independiente, con lo cual se protege a la Constitución y se fortalece el equilibrio de los poderes, por lo que válidamente se encuadra dentro de la denominada justicia constitucional, pues permite que de una confrontación por vía procesal se estime su constitucionalidad y en su caso puedan suspenderse o invalidarse.

El primer antecedente de la figura en México se contempló en el art. 137, frac. I, de la Constitución Federal de 1824, que indicaba que la Suprema Corte podría conocer de las diferencias que pudiere haber de uno a otro estado de la Federación, siempre que se redujeran a un juicio verdaderamente contencioso en el cual debía recaer formal sentencia, y de las que se suscitaban entre un estado y uno o más vecinos de otro, o entre particulares, sobre pretensiones de tierras, bajo concesiones de diversos estados, sin perjuicio de que las partes utilizaran su derecho, reclamando la concesión a la autoridad que la otorgó.

El segundo antecedente corresponde al art. 112, frac. IV, del Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842, que señalaba que se consideraban atribuciones de la Corte de Justicia el conocer, de la misma manera, de las demandas judiciales que un departamento intentare contra otro, o los particulares contra un departamento cuando se redujeran a un juicio verdaderamente contencioso.

Las Leyes Constitucionales de 1836 también hacían referencia al tema, pues ya incluían un sistema de control de constitucionalidad que permitía declarar la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, siempre que existiera alguna invasión en las competencias. Asimismo, el voto particular de Mariano Otero y el Acta de Reformas de 1847 indicaban que existía la necesidad de conservar el régimen federal mediante la limitación de las esferas estatales consideradas en el texto fundamental, por lo que estimó indispensable dar al Congreso de la Unión el derecho de declarar nulas las leyes de los estados que implicaran una violación al pacto federal, o fueran contrarias a las leyes generales, porque de otra manera el poder de un estado sería superior al de la Unión, y el de éste se convertirá en irrisión.

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana también incluía a las controversias constitucionales, ya que facultó al máximo tribunal para conocer de las diferencias que pudiera haber de uno a otro estado de la nación, siempre que éstas se redujeran a un juicio verdaderamente contencioso en que debiera recaer formal sentencia, y las que se suscitaban entre un estado y uno o más vecinos de otro, es decir, en donde se entablara un verdadero proceso, o entre particulares sobre pretensiones de tierras, bajo concesiones de

diversos estados, sin perjuicio de que las partes usen de su derecho, reclamando la concesión a la autoridad que la otorgó.

Por lo que respecta al art. 98 de la Constitución de 1857, aprobado el 28 de octubre de 1856, disponía éste que correspondía a la Suprema Corte de Justicia, desde la primera instancia, el conocimiento de las controversias que se suscitaban de un estado con otro, y de aquellos en los que la Unión fuere parte.

En el proyecto de Carranza se indicó que correspondía sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se suscitaban entre dos o más estados, entre los poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellos en que la Federación fuera parte, de tal manera que el texto no tuvo mayores modificaciones; asimismo, no se reglamentó el proceso que sustanciaba el juicio, lo que motivó que la Corte aplicara el Código Federal de Procedimientos Civiles, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley de Coordinación Fiscal de 1978 y la Ley de Planeación de 1983, que facultaban al tribunal para conocer de conflictos suscitados por la aplicación de dichas leyes.

El art. 105, que recogió la garantía constitucional, tuvo diversas modificaciones: la primera el 25 de octubre de 1967, señalando que sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le competía conocer de las controversias que se suscitaban entre dos o más estados, entre los poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellas en que la Federación fuera parte en los casos que estableciera la propia ley.

El 25 de octubre de 1993 se reformó dicho artículo para afirmar que sólo competía a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se suscitaban entre dos o más estados; entre uno o más estados y el Distrito Federal; entre los poderes de un mismo estado y entre órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más estados, así como de aquellas en que la Federación fuera parte en los casos que establezca la Ley.

La modificación trascendental para este tipo de procesos orgánicos se da en 1994; en virtud de ello, el Ejecutivo Federal envió al Congreso una iniciativa con el objetivo de reformar diversos artículos de la Constitución y convertirse en una reforma transversal del Poder Judicial federal. La reforma del art. 105 constitucional permitía ampliar las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de las controversias que se suscitaban entre la Federación, los estados y los municipios; entre el Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión; entre los poderes de las entidades federativas o entre los órganos de gobierno del Distrito Federal. Del mismo modo, ampliaba la legitimación para promover las controversias constitucionales.

Desde su instauración en el texto constitucional de 1824, y en ausencia de una norma reglamentaria específica, el ejercicio de dicha garantía quedó supeditado a su reglamentación, misma que aconteció en 1995, con lo cual, los conflictos que tradicionalmente se resolvían por la vía política se plantean hoy a través de un verdadero proceso judicial. Las sentencias emitidas en una



controversia constitucional pueden dar lugar a dos posibilidades: por un lado, si éstas versan sobre disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por los estados o en tratándose del Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, de aquél y cualquiera de su cámaras, o en su caso la Comisión permanente, ya sea como órgano federal o del Distrito Federal; asimismo, de dos poderes de un mismo estado, de dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y si la resolución de la Suprema Corte las declara inválidas, dicha declaración tendrá efectos generales siempre que haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos; en los demás casos los efectos sólo surtirán para las partes.

El trámite de las controversias constitucionales se rige por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política, y supletoriamente por el Código Federal de Procedimientos Civiles.

*Fabiola Martínez Ramírez*

## CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL LOCAL (MÉXICO)

Las controversias constitucionales son precisamente el mecanismo de tutela constitucional que está regulado por la mayor parte de las entidades federativas, siguiendo en buena medida las características del instituto incorporado desde 1824 en las Constituciones mexicanas. Este tipo de instrumento hace alusión a los conflictos que pueden surgir entre los distintos órdenes normativos (constitucionales y legales) o los diversos órganos pertenecientes a ámbitos diferentes o iguales. A través de esta vía se busca garantizar el principio de división de competencias entre los diversos organismos locales.

Las leyes de justicia constitucional de los estados de Veracruz, Guanajuato, Coahuila, Querétaro, Nayarit, Tamaulipas, Estado de México, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo y Yucatán coinciden en regular las controversias que surjan entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo; entre el Poder Ejecutivo y uno o más municipios; entre el Poder Legislativo y uno o más municipios, y entre dos municipios. Tlaxcala, además, incluye los conflictos que puedan originarse entre el Poder Ejecutivo y los concejos municipales; aquellos que se ocasionen entre el Poder Legislativo y dichos concejos; al igual que los que surjan entre dos o más municipios de un mismo ayuntamiento o concejo municipal, incluidos los presidentes de comunidad.

El estado de Coahuila amplía los supuestos al contemplar los conflictos de competencia que se susciten entre el Poder Legislativo y una o más entidades paraestatales o paramunicipales del estado; uno o más municipios y una o más entidades paraestatales o paramunicipales del estado; uno o más entidades paraestatales y otra u otras paramunicipales del estado; uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros órganos del gobierno estatal o municipal.

En Nayarit y Yucatán los organismos autónomos pueden demandar o ser demandados en controversia cuando surja un conflicto con el Poder Legislativo o Ejecutivo, municipios o, incluso, entre los propios órganos autónomos.

En Guanajuato no se emplea el término controversias constitucionales para hacer referencia a este tipo de conflictos, sino el de controversias legales. En esta entidad se contempla como uno de los supuestos, los conflictos de límites territoriales que se originen entre los municipios del estado. En Tlaxcala, por el contrario, al señalarse los supuestos que se pueden dar en este tipo de juicios se establece que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia no puede analizar cuestiones relativas a límites territoriales de los municipios, los cuales serán resueltos por el Congreso del estado.

La legitimación procesal activa se confiere, regularmente, a los poderes estatales, en cuanto se trata de una disputa entre ellos respecto de las atribuciones que están delimitadas en las Constituciones locales. Por ello, en Veracruz, Chiapas, Quintana Roo, Estado de México, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán se reconoce legitimación a los municipios y a los poderes Ejecutivo y Legislativo. En el caso de los estados de Guanajuato y de México la legitimación se amplía al poder, y en esta última entidad también al estado, considerado en abstracto, y al comisionado de los derechos humanos.

Por su parte, en Querétaro y Tlaxcala se otorga legitimación también a la autoridad y a los particulares, así como a los partidos políticos en el caso de Tlaxcala. Y en Coahuila se extiende a cualquier persona, entidad u órgano que promueva la controversia.

Tienen legitimación procesal pasiva en los estados de Guanajuato, de México, Tamaulipas y Yucatán el poder o municipio que hubiere emitido o promulgado la disposición general o realizado el acto que sea objeto de la controversia (en el Estado de México se incluye al Estado). En Veracruz, Chiapas y Quintana Roo, además de contemplar a los municipios, se realiza una mayor especificación al contemplar a los poderes Legislativo y Ejecutivo. En Tlaxcala, Querétaro y Nayarit se establece una fórmula muy genérica, pues podrán ser demandados la autoridad o autoridades que emitan y promulguen la norma que se impugne y, en su caso, las que hubieren ordenado, ejecutado o traten de ejecutar el acto o resolución combatidos. Es Coahuila el estado en el que se introduce una legitimación más extensa, ya que incluye a cualquier entidad, poder u órgano.

En Veracruz, Chiapas, Tlaxcala, Guanajuato, Quintana Roo, Estado de México, Nayarit, Tamaulipas y Yucatán la vinculación entre concentración e instrumentos abstractos de constitucionalidad origina que los efectos de las sentencias sean *erga omnes*, siempre y cuando dichas resoluciones hayan sido aprobadas por el número de votos que cada legislación estatal contempla. En el caso de Veracruz se requiere el voto de las dos terceras partes de los miembros del Tribunal. En Chiapas, el voto de la mayoría de sus miembros (por más de cinco votos); en Tlaxcala, por cuando menos diez magistrados; en Guanajuato, la mayoría simple de votos de los integrantes del Pleno; en el caso de Quintana Roo una mayoría de por lo menos seis votos de los integrantes del Pleno; en el Estado de México por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional; en Nayarit cuatro votos de la Sala Constitucional, y en Tamaulipas al menos cuatro votos del Pleno, al igual que en Yucatán.

En el supuesto de que no se alcancen las mayorías indicadas, las sentencias tendrán efectos respecto a las partes en la controversia, con excepción de Tlaxcala, en donde si no se alcanza la mayoría indicada se desestima la impugnación. En Coahuila solamente se aplica este último supuesto, pues las sentencias en las controversias constitucionales tienen efectos exclusivos para las partes en conflicto.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

## CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES (BELÉM DO PARÁ)

La violencia contra la mujer, en todas sus formas, es una preocupación muy seria de los movimientos contemporáneos feministas en las Américas. El reconocimiento del problema, después de haber sido ignorado por tantos años, se ha convertido en una prioridad para la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos, y el principal foro generador de políticas hemisféricas para la promoción de los derechos de la mujer y la igualdad de género. Establecida en 1928 durante la Sexta Conferencia Internacional Americana (La Habana, Cuba), la CIM fue el primer órgano intergubernamental en el mundo creado expresamente con el propósito de asegurar el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de la mujer.

En 1990 la CIM convocó a la Consulta Interamericana sobre la Mujer y la Violencia. Esta reunión extraordinaria para tratar específicamente el tema de la violencia que afecta a la mujer, definió el problema de la siguiente manera: “En su sentido más amplio, se entiende que la violencia comprende la agresión física, sexual y psicológica contra la mujer. No respeta ningún sector de la sociedad, y aunque el predominio de este problema puede parecer un fenómeno reciente, o de mayor ocurrencia actual... este aumento aparente de la violencia tiene su origen básicamente en el hecho de que el tema de la violencia contra la mujer ya no está escondido ni es prohibido”.

En año 1993 la Reunión Intergubernamental de Expertas para Considerar el Proyecto de la Convención Interamericana sobre la Mujer y la Violencia celebró dos sesiones (en abril y octubre) y logró sus objetivos con tanta minuciosidad y celeridad que la CIM pudo convocar a una Asamblea Extraordinaria de Delegadas en abril de 1994 para estudiar y adoptar la Convención para presentarla a la Asamblea General. Después de ser adoptada por el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, que tuvo lugar en Belém do Pará, Brasil, en junio de 1994, varios gobiernos de los Estados miembros firmaron inmediatamente. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, no sólo reconoce que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos, sino que la define en la esfera pública y privada. Hasta la fecha, treinta y dos Estados miembros de la OEA han adoptado y/o ratificado esta convención interamericana.

El 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, Brasil, se firmó la Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos.

Consta de cinco capítulos que contienen 25 artículos en total. El capítulo I es “Definición y ámbito de aplicación”, el capítulo II “Derechos protegidos”, el capítulo III “Deberes de los Estados”, el capítulo IV “Mecanismos interamericanos de protección”, y el capítulo V “Disposiciones generales”.

En su art. 1o. la Convención define la violencia contra la mujer como “...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado...”.

El principal derecho que protege esta Convención es el que se encuentra en el art. 3o.: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”.

En cuanto a las obligaciones de los Estados parte, se refieren esencialmente a adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (art. 7o.).

Como mecanismo de protección, se prevé que los Estados partes informen a la Comisión Interamericana de Mujeres acerca de las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer (art. 10).

Los Estados partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención (art. 11).

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del art. 7o. de la presente Convención por un Estado parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 12).

Hasta la fecha (2013) es el único instrumento internacional vinculante sobre el tema específico de la violencia contra las mujeres.

*María de la Concepción Vallarta Vázquez*

## **CORPUS IURIS INTERNACIONAL**

Es el conjunto de instrumentos jurídicos internacionales (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) susceptibles de ser interpretados y aplicados para darle coherencia y armonía al contenido de una norma vinculante en la jurisdicción supranacional.

La expresión *corpus iuris internacional* es una contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la doctrina jurisprudencial suprana-

cional; el concepto fue definido por primera vez en la Opinión Consultiva OC-16/1999 (del 1o. de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto del “Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”). La Corte Interamericana partió del criterio adoptado en 1970 por la Corte Internacional de Justicia, al estimar en su *Advisory Opinion* atinente a “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)”, en donde se resolvió que debían tomarse en consideración las transformaciones ocurridas en el tiempo (en ese caso, en los últimos 50 años precedentes a la resolución), y su interpretación no podía dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho, resultando que un instrumento internacional debía ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación, teniendo como consecuencia real e inmediata que el *corpus iuris gentium* se enriquece considerablemente (evoluciona), y el órgano de impartición de justicia no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones.

Con base en lo anterior, el tribunal interamericano refirió que existe en el orbe un cúmulo de instrumentos internacionales, los cuales se encuentran en continua evolución, ejerciendo un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Así, por ejemplo, al resolver dicha consulta, la Corte Interamericana refirió que el derecho individual de información establecido en el art. 36.1.b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia el derecho al debido proceso legal consagrado en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la precitada Convención de Viena; asimismo, se enfatizó el valor de otros instrumentos universales de carácter no contractual, como el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión.

En esa misma línea jurisprudencial, al resolver la Corte Interamericana el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala* (sentencia del 19 de noviembre 1999), se aludió a que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) como la Convención sobre los Derechos del Niño conforman un *corpus iuris* internacional de protección de los niños que debe servir a ese tribunal para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el art. 19 de la referida Convención Americana. Además, la sentencia también citó algunas disposiciones de dos instrumentos universales no contractuales: las Reglas de Beijing y las Directrices de Riad. Ello permite confirmar que el *corpus iuris* de los derechos del niño está conformado por instrumentos regionales y universales, y por tratados e instrumentos no contractuales, que deben interpretarse y aplicarse en forma coherente y armoniosa.

En su Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, la misma Corte Inte-

ramericana se refirió al *corpus iuris* de derechos y libertades consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos. Ahí, a la par de los instrumentos citados en el caso de los “Niños de la Calle”, reconoció el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo como parte del *corpus iuris* internacional de protección de los infantes.

Es importante destacar que el origen de la cuestión proviene de la competencia por razón de materia que ejerce la Corte Interamericana, que conforme al art. 63.2 del Pacto de San José se circunscribe a cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de ese tratado. Empero, una interpretación gramatical de ese precepto conduciría a estimar que la Corte no puede aplicar otras normas de derecho internacional o del derecho internacional de los derechos humanos, así como para aplicar otros tratados interamericanos a fin de supervisar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificarlos, como son: el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Conviene decir que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos pueden dividirse en tres categorías, las cuales pueden servir para ubicar ese *corpus iuris*: a) la primera consiste en las grandes declaraciones de 1948: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; b) la segunda contiene a grandes tratados universales y regionales en materia de derechos humanos; en cuanto a los primeros, se da cuenta del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; a su vez, en el sistema americano se incluye a la Convención Americana y al Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y c) la tercera categoría consiste en los demás instrumentos sobre derechos humanos dedicados a derechos o principios específicos, o los derechos de determinados sectores de la sociedad humana, como los niños, los indígenas, los trabajadores migrantes, las personas con discapacidad, los presos, etcétera.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus inicios, ha establecido la *praxis* de citar y utilizar no sólo convenciones no regionales sobre derechos humanos, sino también jurisprudencia de tribunales internacionales para informar la interpretación de la Convención Americana. Dentro de este orden de ideas, merece mención especial la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Europea de Derechos Humanos. Si bien es cierto que esa jurisprudencia no es vinculante para dicha Corte Interamericana, no menos veraz resulta que constituye una fuente importante de interpretación, lo que conduce a considerar que también las sentencias de esos órganos formarían parte de ese *corpus iuris*, a lo cual diversos autores denominan *diálogo entre cortes*.

## CORTE CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008 (ECUADOR)

Como en ocasiones anteriores, la Corte está integrada por nueve magistrados titulares y nueve alternos; el periodo de duración se incrementó a nueve años con renovaciones por tercios cada tres años, y no tienen reelección inmediata (art. 432 de la Constitución). Son designados mediante un sistema cerrado en que los poderes o funciones Legislativo, Ejecutivo y de Transparencia y Control Social intervienen presentando los candidatos, entre los cuales se hará la designación a través de una comisión calificadora (designada por las mismas tres funciones ya mencionadas) y mediante concurso de méritos (art. 434 de la Constitución).

Como se observará, este sistema de designación es cerrado, poco democrático, pues solo intervienen los candidatos señalados de antemano, lo cual es otro aspecto que caracteriza al hiperpresidencialismo ecuatoriano, que tiene su punto de partida en los preceptos de la propia Constitución.

La Constitución de 2008 ha mantenido, de modo general, las mismas competencias y atribuciones que en el último tiempo se confirieron al Tribunal Constitucional, a las cuales se han agregado otras que son positivas para el mejor desarrollo de su función controladora. Aparte de los dictámenes que debe dar la Corte Constitucional, sus atribuciones se enfocan a cuestiones de inconstitucionalidad y a pronunciarse sobre las acciones de garantías jurisdiccionales que conozca, para la protección de los derechos fundamentales (véase El Ecuador y el derecho procesal constitucional).

En materia de inconstitucionalidad tenemos:

a) Las relativas a los actos normativos de carácter general —leyes y otras normas jurídicas— que por la forma o el fondo puedan ser inconstitucionales; esta declaratoria tiene efectos de invalidez de la norma.

b) La inconstitucionalidad de normas conexas cuando en los casos que conoce existan normas contrarias a la Constitución; aquí sus miembros pueden actuar de oficio, lo cual es una excepción puesto que generalmente actúan a petición de parte.

c) Respecto de los actos administrativos con efectos generales objetados por inconstitucionales, igualmente la inconstitucionalidad conlleva la invalidez del acto.

d) La inconstitucionalidad por omisión, que es nueva en el Ecuador, dispone que en los casos en que el poder público olvide poner en práctica los mandatos constitucionales, dentro del plazo señalado por la carta magna o en un plazo razonable, la Corte declarará este tipo de inconstitucionalidad; y si la omisión no se subsana el órgano constitucional deberá, con carácter provisional, expedir la norma o ejecutar el acto omitido. Este último aspecto convierte a los miembros de la Corte en legisladores temporales, cuestión no exenta de complicaciones.

Además, la Corte Constitucional debe dirimir aquellos casos de conflictos de competencias o de atribuciones entre las funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución, es decir, no se trata de competencias determinadas por la ley.



En materia de dictámenes, corresponde a la Corte pronunciarse sobre la constitucionalidad de los estados de excepción “cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales” (art. 436.8); sin embargo, de esta clara disposición constitucional la ley pertinente extendió el control a todo estado de excepción aunque no se decrete la suspensión de derechos fundamentales (lo cual en principio es óptimo pero no es lo que dispone la norma constitucional). Si bien en el estado de excepción el presidente de la República debe notificar de esta decisión dentro de cuarenta y ocho horas a la Corte (art. 166), ésta puede actuar de oficio.

Entre otros dictámenes a ser dados por la Corte y que señala la Constitución están: en aquellos tratados —señalados por la carta magna (art. 419)— que de alguna manera comprometen la soberanía del Estado, tiene el carácter de previo para que el Legislativo pueda aprobar el tratado (art. 438.1); las objeciones que por razones de inconstitucionalidad realice el presidente de la República en el proceso de formación de las leyes. En el Ecuador este tipo de control preventivo es antiguo, el primero se dio en el siglo XIX (Constitución de 1869).

Asimismo, la Corte Constitucional —de manera previa también— emite sus dictámenes sobre las convocatorias a consultas populares “de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados” (art. 438.2). Otro caso novedoso se presenta cuando el Legislativo quiere plantear un juicio político en contra del presidente o del vicepresidente de la República, en cuyo caso debe obtener previamente un dictamen de admisibilidad (art. 129); esta situación nunca la contempló el constitucionalismo ecuatoriano, cuestión que hoy se explica a causa del hiperpresidencialismo que busca el debilitamiento del Legislativo.

Si bien es diferente, vale mencionar que en los casos de disolución de la Asamblea Legislativa o de destitución del presidente, cuando la causal es la arrogación de funciones (arts. 130.1 y 148), la Corte Constitucional previamente dará su dictamen de admisibilidad.

Otras atribuciones de la actual Corte Constitucional son:

La de expedir sentencias que formen jurisprudencia vinculante en relación con las acciones de hábeas corpus, hábeas data, de protección, acceso a la información pública, de cumplimiento, “y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión” (art. 436.6). Esta última disposición revela el concepto flexible que hoy reviste la sentencia ejecutoriada.

Se establece que el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales debe ser conocido y sancionado por la Corte, cuestión que no debe ser confundida con la acción *por* incumplimiento. Algunos consideran que este tipo de petición a la Corte Constitucional se agrega a las seis acciones de garantías jurisdiccionales; personalmente no creo que tengan esa categoría.

Cabe anotar que la actual Constitución reconoce a la Corte como órgano de interpretación constitucional; curiosamente, en el Ecuador por diversas razones esta atribución quedó radicada en el Legislativo contra toda lógica.

También se debe señalar que en la Constitución vigente se eliminó una forma de modelo difuso de control de constitucionalidad por parte de los

jueces ordinarios, conocido como sistema de inaplicabilidad. Desde la carta política de 1967, el Ecuador estableció el modelo difuso junto al concentrado ejercido por el Tribunal de Garantías Constitucionales de la época. Para entonces, se facultó a la Corte Suprema para declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución con efectos *inter partes*, en los casos que estuvieren bajo su conocimiento y resolución.

El texto constitucional de 1998 amplió esta atribución permitiendo que todos los jueces y tribunales puedan declarar la inaplicabilidad, no sólo a petición de parte sino incluso de oficio, y —como es obvio— sin perjuicio de resolver la cuestión principal de la causa. La inaplicabilidad debía ser informada al Tribunal Constitucional para que lo resolviera con efectos *erga omnes*. Este sistema de inaplicabilidad tuvo un desarrollo aceptable. Ahora, en su reemplazo se ha establecido que el juez, de oficio o a petición de parte, suspenda la tramitación de la causa y envíe en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la cual debe resolver la constitucionalidad en un plazo de cuarenta y cinco días; caso contrario —si transcurre este plazo sin resolverse la cuestión— “el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente” (art. 428 de la Constitución).

*Hernán Salgado Pesantes*

## CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA

La justicia constitucional en Guatemala y la creación por primera vez de una Corte de Constitucionalidad se produjo con la Constitución de 1965, aunque no se trataba de un tribunal permanente, porque se integraba cada vez que se presentaba una acción de inconstitucionalidad de ley. Regula por primera vez el sistema mixto, sistematizando por una parte la declaratoria de inconstitucionalidad para casos concretos (*control judicial difuso*) introducido en la reforma constitucional de 1921), por el cual las partes pueden plantear en cualquier instancia y en casación, antes de dictar sentencia, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley, y el tribunal deberá pronunciarse al respecto. Y la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos generales y derogatorios (*control concentrado*) en vía principal, de leyes o disposiciones gubernativas que contuvieran vicio parcial o total de inconstitucionalidad.

En la Constitución Política de 1985 se establece la Corte de Constitucionalidad como tribunal especializado, permanente e independiente, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. El título VI, lo regula con el nombre de “Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional”; se mantienen las tres instituciones de garantía constitucional conocidas en nuestro derecho: la exhibición personal, el amparo y la inconstitucionalidad de las leyes, en sus sistemas difuso y concentrado. Se constituye como el primer tribunal de esta naturaleza en Latinoamérica.

La Constitución y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad le asigna a la Corte de Constitucionalidad las siguientes funciones:

a) Conocer en única instancia de las objeciones de inconstitucionalidad interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general.

b) Conocer en única instancia en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente y el vicepresidente de la República.

c) Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia.

d) Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia.

e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado.

f) Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad.

g) Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes.

h) Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad.

i) Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República.

Esta Corte, conforme el art. 269 constitucional, se integra con cinco magistrados titulares con su respectivo suplente. Duran en sus funciones cinco años y la Presidencia se ejerce por los mismos magistrados titulares que la integran, en forma rotativa, en periodos de un año, comenzando por el de mayor edad, y siguiendo en orden descendente de edades.

Son designados de la siguiente forma: *a)* un magistrado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia; *b)* un magistrado por el Pleno del Congreso de la República; *c)* un magistrado por el presidente de la República en Consejo de Ministros; *d)* un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala, y *e)* un magistrado por la Asamblea General del Colegio de Abogados.

En lo referente a las calidades de los magistrados, deben poseer dentro de sus cualidades personales, el ser de reconocida honorabilidad, poseer por lo menos quince años de graduación profesional, ser abogado colegiado y guatemalteco de origen.

El Pleno de la Corte, que se conforma con los cinco magistrados titulares, lo dirige el presidente de la Corte, quien es la autoridad administrativa responsable. Los magistrados suplentes integran la Corte en caso de ser llamados para resolver los asuntos en que se requiere el conocimiento de siete magistrados o en el caso de que algún titular se hubiere excusado.

En relación con el control de constitucionalidad de normas, conoce:

a) De la acción directa de inconstitucionalidad (*control concentrado*), en la cual las sentencias poseen efectos *erga omnes*; a través de ella se ejerce el control de constitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general.

b) Es importante destacar en cuanto a la legitimación activa, que en esta clase de inconstitucionalidad se introduce la “acción popular”, que permite

su planteamiento por cualquier persona únicamente con el auxilio de tres abogados.

c) Además, de conformidad con el art. 134 de la Ley de Amparo, están legitimados para promoverla: 1) la Junta Directiva del Colegio de Abogados; 2) el Ministerio Público; 3) el procurador de los Derechos Humanos, y 4) cualquier persona con el auxilio de tres abogados.

d) Inconstitucionalidades en casos concretos: prescriben los arts. 272, inciso *d*, de la Constitución, y 163, inciso *d*, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que la Corte tiene competencia para: “Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia”. En este caso no existe acción popular y los únicos legitimados para plantear la inconstitucionalidad son las partes en el caso concreto. Es requisito imprescindible acreditar el interés jurídico con que procede, que regularmente se presenta en los procesos judiciales. La sentencia se concreta a declarar la inaplicabilidad de la norma al proceso respectivo por contrariar la Constitución, pero no se anula.

En relación con el amparo, es un instrumento de garantía introducido en las reformas constitucionales de 1921, tomado del modelo mexicano, y a partir de la cual se introdujo en todas las Constituciones, hasta la actual de 1985, en donde adopta un sistema mixto con el español de 1978.

La carta magna establece: “el amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan” (art. 265).

La competencia de la Corte, conforme se encuentra constituida, permite decidir una amplia gama de asuntos con relevancia para la protección del orden constitucional.

*Mauro Roderico Chacón Corado*

## CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano jurisdiccional autónomo de la Organización de Estados Americanos (OEA) cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención” o “Pacto de San José”) y otros tratados de similar naturaleza en casos en donde sea competente. Junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos conforman el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos (sistema interamericano), que constituye un medio subsidiario y complementario a las instituciones estatales en la protección de los derechos humanos en el continente americano.

La Corte fue creada como resultado de la adopción del Pacto de San José el 22 de noviembre de 1969, instrumento que entró en vigor el 18 de julio de 1978 al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por

un Estado miembro de la OEA. Quedó integrada el 22 de mayo de 1979, fecha en que la Asamblea General de la OEA eligió a los primeros jueces que la compondrían. Su primera sesión fue celebrada en la sede de la OEA, en la ciudad de Washington, D.C., los días 29 y 30 de junio de 1979. Meses más tarde se realizó la instalación de la sede permanente en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979, lugar donde la Corte permanece hasta la actualidad. La primera sentencia de fondo de la Corte emitida en ejercicio de su jurisdicción contenciosa fue el paradigmático *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* en 1988, relacionado con la desaparición forzada de Manfredo Velásquez por parte de agentes del Estado.

La Corte está compuesta por siete jueces, para un periodo de seis años. Pueden ser reelegidos una vez, permaneciendo en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, aun cuando su mandato haya terminado, los jueces siguen conociendo de los casos a que ya se han abocado y que se encuentran en estado de sentencia, a cuyos efectos no son sustituidos por los nuevos jueces elegidos. No podrá haber dos jueces de la misma nacionalidad. Cada dos años se elige al presidente y vicepresidente, en votación secreta de los jueces titulares presentes, con posibilidad de reelección.

Los jueces son elegidos en la Asamblea General de la OEA de una lista de candidatos propuesta por los Estados partes de la Convención, en votación secreta, y por mayoría absoluta de votos de esos mismos Estados. Cada uno de los Estados partes puede proponer hasta tres candidatos, quienes pueden ser nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la OEA. Esto último significa que es posible que un ciudadano de un Estado que no es parte de la Convención Americana sea elegido juez de la Corte, como sucedió con el jurista estadounidense Thomas Buergenthal, en 1979, que fue propuesto por Costa Rica.

Para ser nombrado juez se requiere cumplir con los siguientes requisitos: ser nacionales de alguno de los Estados miembro de la OEA; ser elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral; gozar de una reconocida competencia en materia de derechos humanos, y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.

Ante el fallecimiento o renuncia de un juez titular se nombrará un *juez interino* para reemplazarlo, debiendo completar el periodo faltante; asimismo, sólo en casos contenciosos interestatales puede nombrarse un *juez ad hoc* en el supuesto en que entre los jueces llamados a conocer del caso, ninguno fuese de la nacionalidad de los Estados partes.

Las *competencias y funciones* de la Corte se despliegan en las siguientes vertientes: consultiva, contenciosa (individual e interestatal, y de supervisión), preventiva y reguladora.

La *competencia consultiva* otorga atribuciones a la Corte para conocer y resolver consultas sobre cuestiones relevantes en materia de derechos humanos presentadas por los Estados parte de la OEA y por otros de sus órganos, tales como la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, el Comité Jurídico Interamericano y la Comisión Interameri-

cana de Derechos Humanos. La función consultiva comprende dos hipótesis: la primera, la interpretación de las disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos; la segunda se refiere a la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas de los Estados miembros de la OEA y los mencionados instrumentos internacionales. La Corte ha emitido 20 *opiniones consultivas* hasta enero de 2014 (teniendo una pendiente por resolver sobre niñez migrante), mismas que han abordado temas como la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, las restricciones a la pena de muerte, entre otras.

La *competencia contenciosa* otorga a la Corte atribuciones para conocer de casos relativos a la interpretación y aplicación del Pacto de San José. Para ello, es requisito que el Estado parte en el caso haya reconocido dicha competencia. Han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte 23 Estados miembros de los 35 que conforman la OEA, habiendo denunciado la Convención dos Estados: Trinidad y Tobago (1999) y Venezuela (2013). Sólo los Estados parte (en conflictos interestatales) y la Comisión Interamericana tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. Por lo tanto, los individuos no tienen derecho a presentar peticiones de manera directa ante la Corte. Igualmente, es necesario que se agote el procedimiento ante la Comisión Interamericana. Cuando la Corte conozca de un caso y decida que existió violación de un derecho o libertad protegido por la Convención u otro tratado, dispondrá en la sentencia que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y dispondrá, en caso de ser necesario, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración a esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Las sentencias de la Corte son definitivas e inapelables. La Corte ha resuelto 172 casos en ejercicio de su jurisdicción contenciosa hasta enero de 2014, ninguno de ellos relativo a conflictos entre Estados hasta el momento.

La *competencia contenciosa* incluye la *competencia de supervisión*, la cual permite a la Corte verificar el cumplimiento de los deberes del Estado derivados de sus resoluciones. Esta competencia no está expresamente establecida en el Pacto de San José, pero la Corte ha entendido que dicha función es inherente a su jurisdicción, considerando la naturaleza y los valores comunes en los que se inspira la Convención Americana. En consecuencia, la Corte tiene la facultad de solicitar a los Estados responsables la presentación de informes sobre las gestiones para dar aplicación a las medidas de reparación ordenadas por ella en casos contenciosos, de evaluar dichos informes y de emitir resoluciones sobre el cumplimiento de sus fallos. Los medios para controlar el cumplimiento de las resoluciones incluyen ordenar a las autoridades ejecutivas o administrativas la ejecución forzada de los fallos, cambios legislativos, anulación de sentencias, entre otros. En este sentido, la Corte además puede señalar en su informe anual ante la Asamblea General de la OEA los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus resoluciones.

La *competencia preventiva* permite a la Corte adoptar las medidas provisionales en los asuntos que esté conociendo, o a solicitud de la Comisión Inter-

americana, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas. Las características principales de estas medidas es que son temporales, teniendo un doble carácter: *cautelar*, al buscar mantener la situación jurídica en un caso concreto, y *tutelar*, al buscar la preservación efectiva de los derechos fundamentales de las personas cuando enfrentan situaciones de extrema gravedad y urgencia. Más de 25,000 personas han sido beneficiarias de estas medidas. Los beneficiarios pueden ser individuos, comunidades o incluso colectivos de personas, siempre y cuando puedan ser identificables por elementos objetivos.

La Corte posee también *facultades reguladoras* en general, las cuales incluyen la capacidad autónoma de adoptar su Reglamento, designar su secretario, y aprobar el presupuesto de gastos, entre otras.

La fuente principal de derecho que la Corte utiliza en el ejercicio de su jurisdicción *rationae materiae* es la Convención Americana. Sin embargo, la Corte puede también pronunciarse sobre violaciones a otros tratados que están estructuralmente ligados al Pacto de San José, que gozan de una cláusula que otorga dicha competencia de manera implícita o explícita, y que han sido ratificados por el Estado parte en un caso. Estos instrumentos incluyen los dos protocolos adicionales a la Convención Americana, relativos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), y sobre la Abolición de la Pena de Muerte. Asimismo, comprenden la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Además, la Corte también puede utilizar otros instrumentos internacionales de derechos humanos para definir el alcance de las obligaciones establecidas en el Pacto de San José; esto sucede, por ejemplo, con la utilización de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, las Convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales, o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La Corte celebra actualmente seis periodos de sesiones al año, que pueden ser ordinarias (en su sede) y extraordinarias (fuera de su sede). El quórum para las deliberaciones es de cinco jueces, y las decisiones de la Corte se toman por mayoría de los jueces presentes en el momento de la votación, decidiendo el voto del presidente en caso de empate.

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor*

## **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA)**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (la “Corte”) es una institución judicial autónoma, ubicada en San José de Costa Rica. Su objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención. En la función jurisdiccional de la Corte, ésta debe determinar si existen violaciones a la Convención y, en su caso, declarar la responsabilidad estatal, velar por la protección de los



derechos y establecer la reparación requerida. La Corte tiene su origen en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la “Convención”) adoptada el 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José, Costa Rica, aunque el funcionamiento de la Corte inició hasta 1979 al aprobarse su Estatuto. Las funciones, mandato y organización de la Corte tienen sustento en la Convención, su Estatuto y su Reglamento.

La Corte se compone por siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, mismos que son elegidos por mayoría absoluta de votos de los Estados partes de la Convención, por un periodo de seis años y con derecho a ser reelegidos una vez.

La Corte procesa casos que le son presentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de los Estados (la CIDH es el canal a través del cual la Convención otorga al individuo el derecho de dar por sí solo el impulso inicial necesario para poner en marcha el sistema internacional de protección de los derechos humanos), o casos de Estados en contra de Estados y responde a peticiones de opiniones consultivas cuando los Estados u organismos de la Organización de Estados Americanos (OEA) solicitan la interpretación del marco jurídico interamericano.

La Corte debe verificar oficiosamente su competencia para conocer de un caso en razón de las partes que intervienen en el procedimiento, de la materia objeto de controversia y en atención al tiempo transcurrido desde la notificación al Estado demandado del informe de la CIDH. La Corte tiene la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia. En este sentido, la Corte sólo tiene competencia para conocer de violaciones ejecutadas después de que los Estados han reconocido su competencia contenciosa.

Al conocer de algún asunto, la Corte tiene las siguientes facultades (contenidas en el art. 63.1 de la Convención): *a*) la de disponer el goce de los derechos conculcados a favor de quienes la misma declare han sido afectados en ellos; *b*) la de ordenar la reparación de los derechos vulnerados y el pago de una indemnización a la parte lesionada, y *c*) la de adoptar medidas provisionales para evitar daños irreparables a las personas.

En relación con el derecho a la reparación, la Corte ha establecido que éste es un principio de derecho internacional. Así, ha determinado que la reparación del daño ocasionado consiste en la plena restitución, que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización. La Corte, en su jurisprudencia, se ha basado en la noción de reparación integral que comprende medidas de indemnización (como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales), restitución (restablecimiento de la situación existente antes de la violación a un derecho), compensación (pagos), rehabilitación (medidas de atención médica y psicológica para atender necesidades de las víctimas), satisfacción (medidas para redignificar a las víctimas) y garantías de no repetición (medidas para que no vuelvan a ocurrir las violaciones a derechos humanos en cuestión).

Cuando un caso es sometido a la jurisdicción de la Corte, su función se centra en analizar los hechos a la luz de la Convención u otros instrumentos

aplicables; determinar si los peticionarios son víctimas de las violaciones a derechos humanos alegadas; en su caso establecer la responsabilidad internacional; determinar si el Estado en cuestión debe adoptar medidas de reparación —mencionadas anteriormente—, y finalmente supervisar el cumplimiento de sus decisiones. El fallo de la Corte es definitivo e inapelable.

Los Estados tienen la obligación de cumplir de buena fe con las obligaciones de sus convenios. En este sentido, si un Estado se rehúsa a cumplir una sentencia de la Corte se estaría violando uno de los principios más importantes y fundamentales de la jurisprudencia internacional y de la mecánica jurídica de los tratados: el *pacta sunt servanda*, que prescribe la obligatoriedad de los pactos y de esta forma exige el cumplimiento de buena fe de los mismos.

No obstante lo anterior, en el sistema interamericano, a fin de supervisar el cumplimiento de sentencias con posterioridad a la emisión de las decisiones, y con fundamento en el reglamento de la Corte, ésta requiere informes de los Estados respecto del cumplimiento de las sentencias, mismos que serán observados y comentados por las víctimas o sus representantes. Asimismo, la Corte puede requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, y de estimarlo conveniente, convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones. Una vez que cuenta con la información pertinente, se determina el estado de cumplimiento de lo resuelto.

Posteriormente la Corte somete a consideración de la Asamblea General de la OEA, en cada periodo ordinario de sesiones, un informe sobre su labor en el año anterior, en el cual señala los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos. En este sentido, el 29 de junio de 2005 la Corte emitió una resolución relativa a la aplicabilidad del art. 65 de la Convención, en la que estableció que si el Estado en cuestión no acredita el cumplimiento de los puntos de la sentencia pendientes de acatamiento, la Corte continuará incluyendo dicho incumplimiento cada año, al presentar su informe anual a la Asamblea General. Sin embargo, a la fecha no se ha puesto en práctica esta disposición que faculta a la Corte a remitir los casos de incumplimiento de sentencias a la OEA.

*Juan Carlos Gutiérrez Contreras*

## **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (MEDIDAS PROVISIONALES)**

Una de las competencias fundamentales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la facultad de otorgar “medidas provisionales”, que deben diferenciarse de las “medidas cautelares” que dicta la Comisión Interamericana. Las medidas provisionales tienen su fundamento en el art. 63.2 del Pacto de San José, que prevé que “en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión [Interamericana]”.

La consagración de estas medidas en el Pacto de San José denota indiscutiblemente el *carácter vinculante* de las mismas respecto a los Estados partes de dicho instrumento internacional.

La Corte Interamericana ha reconocido que las medidas provisionales dictadas en el marco del derecho internacional de los derechos humanos tienen un doble carácter. Por un lado poseen un carácter *cautelar*, que tiene por objeto asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo a través del resguardo del procedimiento hasta la emisión de una decisión final, y por otro lado un carácter *tutelar*, puesto que busca la preservación efectiva de los derechos fundamentales en riesgo para evitar daños irreparables a las personas. Este último aspecto es el que ha permitido afirmar que la naturaleza jurídica de estas medidas sea de *auténtica garantía jurisdiccional de carácter preventivo*.

El otorgamiento de medidas provisionales por parte de la Corte Interamericana, por su propio objeto y naturaleza jurídica, constituye siempre una protección preventiva; no determina una sentencia provisoria, y a través de ellas tampoco se prejuzga sobre los méritos de una petición o un caso sobre el fondo sometido ante el sistema interamericano. Tampoco su adopción determina por sí misma el inicio del proceso, pues es posible que existan medidas sin que se presente un caso ante la Corte.

Sin embargo, cabe destacar que no toda situación o potencial violación a los derechos humanos amerita el otorgamiento de las medidas. La Convención Americana establece los requisitos que deben ser verificados, a saber: *a)* una situación de *extrema gravedad y urgencia*, y *b)* la necesidad de *evitar daños irreparables* a las personas.

De acuerdo con el Reglamento de la Corte, las medidas provisionales pueden ser solicitadas a la Presidencia de la Corte, a cualquiera de los jueces, o a la Secretaría del Tribunal, por cualquier medio de comunicación. Si la Corte no se encuentra reunida al recibir la solicitud, la Presidencia de la Corte, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás jueces, requerirá que el Estado en cuestión dicte las providencias urgentes necesarias para asegurar la eficacia de las posibles medidas provisionales que pueda tomar la Corte. Una vez que ésta se reúna podrá *confirmar, ampliar o modificar* las medidas dispuestas por la Presidencia.

La Convención Americana ha previsto que, independientemente de la existencia o no de un caso ante la Corte Interamericana, ésta tiene competencia para otorgar dichas medidas. El Reglamento de la Corte dispone que cuando ella se encuentra conociendo un caso sobre el fondo del asunto, puede otorgar las medidas en “cualquier estado del procedimiento”. Esto puede hacerlo tanto a *instancia de parte* como *de oficio*. Siguiendo la reiterada jurisprudencia del tribunal, otorgar las medidas “en cualquier estado del procedimiento” comprende desde el inicio mismo del proceso en curso hasta, incluso, la etapa de supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso contencioso que se trate, siempre que se configure una situación de extrema gravedad y urgencia, y a través de dichas medidas se pueda evitar un daño irreparable a las personas.

Ahora bien, cuando un caso no haya sido sometido al conocimiento de la Corte, ya sea porque el fondo del asunto se encuentra en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, o porque no existe un pro-

cedimiento sobre el fondo ante el sistema interamericano, la Corte puede adoptar estas medidas siempre y cuando sean solicitadas por la Comisión. Sin embargo, una vez que la Corte decide otorgar las medidas en un determinado asunto de estas características, éste cae bajo su jurisdicción —en lo que respecta a las medidas— y continúa bajo la misma hasta que se decida su levantamiento; por tanto, las medidas sólo pueden ser modificadas o revocadas por decisión de la Corte, careciendo la Comisión de competencia para revocarlas o dejarlas sin efecto. Sin embargo, la Comisión —al igual que las partes en el procedimiento— puede solicitar que se modifiquen, amplíen o levanten si se configura alguna alteración en las circunstancias que sirvieron de fundamento para adoptarlas o porque las mismas han cumplido su fin.

En lo que respecta a los *derechos protegidos*, ni la Convención Americana ni el Reglamento de la Corte establecen un catálogo cerrado de los derechos que son susceptibles de ser salvaguardados mediante este mecanismo de protección. Debe entenderse, por tanto, que la Corte tiene la posibilidad de otorgarlas respecto de cualquier derecho siempre que se configure una situación de extrema gravedad, urgencia y necesidad de evitar daños irreparables.

Si bien la práctica de la Corte en un principio se enfocaba esencialmente a ordenar las medidas provisionales para proteger el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal (física, psíquica y moral) de personas vinculadas a un procedimiento ante el sistema interamericano, la práctica subsiguiente ha ampliado el otorgamiento de medidas para proteger a los individuos frente a las más variadas situaciones; por ejemplo, en contra de expulsiones y deportaciones, desplazamientos forzados, protección a la salud, protección a los derechos políticos, a la propiedad comunitaria y a los recursos naturales, entre otros.

En cuanto a los *beneficiarios*, en su práctica inicial la Corte consideraba indispensable que los mismos se encontraran debidamente individualizados, ya que no era factible ordenar medidas innominadas para proteger genéricamente a personas que se hallen en una determinada situación. A partir de 2002 la Corte admitió la protección de *colectivos* de personas que si bien no se encontraban individualizadas, eran *identificables* por elementos objetivos. Con el establecimiento de este criterio, la pertenencia a un determinado grupo o comunidad, o ser parte de un centro penitenciario o incluso de un medio de comunicación u organización no gubernamental, abre la posibilidad para ser beneficiario de medidas provisionales. En la actualidad, aproximadamente el 16% de las medidas otorgadas por la Corte se refieren a asuntos con beneficiarios no individualizados.

Como su mismo nombre lo indica, estas medidas tienen un *carácter temporal* y, por lo tanto, han de permanecer vigentes mientras duren las circunstancias que las generaron. Si bien la Corte puede, desde la primera resolución en la que las otorga, indicar el tiempo de duración de las mismas, tras verificar la subsistencia de una situación de extrema gravedad y urgencia puede decidir prolongarlas por otro lapso temporal, e incluso por un tiempo indeterminado. Esta situación ha llevado a que varias medidas provisionales sigan vigentes luego de años de su adopción.

La *supervisión de las medidas provisionales* se realiza mediante la presentación de informes estatales y de las observaciones a dichos informes por parte de

los beneficiarios de dichas medidas. Asimismo, la Comisión Interamericana presenta observaciones a los informes del Estado y a las observaciones de los beneficiarios de las medidas. En caso de observarse que las medidas han cumplido su objetivo o no persisten las circunstancias que las motivaron, la Corte ordenará su levantamiento.

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor*

## CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (OPINIONES CONSULTIVAS)

De conformidad con lo dispuesto por el art. 2o. del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva. Su función consultiva se rige por las disposiciones del art. 64 de la Convención. Por su parte, el citado precepto de la CADH dice, textualmente: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

El origen de las opiniones consultivas no es reciente; por ejemplo, según el art. 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, la Corte Permanente de Justicia Internacional tenía la facultad de emitir opiniones consultivas sobre cualquier diferencia o cualquier cuestión que le fuese presentada por el Consejo o la Asamblea. En la actualidad, el art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas confiere a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad la posibilidad de solicitar a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica. En ciertas condiciones, otros órganos y organismos especializados de las Naciones Unidas pueden solicitar a la CIJ opiniones consultivas, pero no autoriza para ello a los Estados miembros (párr. 15, OC-1/82). Por su parte, el art. 47 del Convenio Europeo de Derechos Humanos faculta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para emitir opiniones consultivas a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos, excluido todo lo que se refiera al contenido o extensión de los derechos y libertades definidos en esos instrumentos, así como los demás asuntos que, en virtud de un recurso previsto en la Convención, podrían ser sometidos a la Comisión Europea de Derechos Humanos, a la propia Corte o al Comité de Ministros.

Por tanto, la función consultiva que confiere a la Corte IDH el art. 64 de la CADH solo tiene paralelo con la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en función de lo dispuesto por el art. 4o. del Protocolo relativo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que establece la creación de la Corte: “Artículo 4o. Opiniones consultivas. 1. A petición de

un Estado miembro de la Organización para la Unidad Africana (OUA), de cualquier órgano de la OUA o de una organización africana reconocida por la OUA, la Corte podría realizar una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica respecto a la Carta o a cualquier otro instrumento pertinente relativo a los derechos humanos...”.

La función consultiva tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en éste ámbito tienen atribuidos los distintos órganos de la OEA (OC-1/82).

El Reglamento de la Corte IDH, en sus arts. 70 a 72, se refiere a la materia objeto de la consulta:

1) *Interpretación de la CADH*. Las solicitudes de opinión consultiva deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. Las solicitudes formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del agente o de los delegados. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA) distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo mencionado en el numeral anterior, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

2) *Interpretación de otros tratados*. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el art. 64.1 de la CADH, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta. Si la solicitud emana de uno de los órganos de la OEA, se señalará la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia.

3) *Interpretación de leyes internas*. La solicitud presentada de conformidad con el art. 64.2 de la CADH deberá señalar: a) las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta; b) las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte, y c) el nombre y la dirección del agente del solicitante. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta.

Con respecto a este último supuesto, la Corte IDH ha considerado que esta posibilidad de consulta alcanza también las hipótesis de proyectos de leyes, sin constreñirse a normas jurídicas que han entrado en vigor (OC-12/91).

Asimismo, la Corte IDH ha sostenido, adicionalmente, la posibilidad de opinar acerca de derechos contenidos en tratados internacionales que no tienen por objeto principal los derechos humanos (OC-16/99).

En cuanto al procedimiento, el art. 73 del Reglamento dispone: “1. Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al secretario general y a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso.

2. La Presidencia fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas. 3. La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente. 4. Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en la Presidencia. En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente”.

Con referencia específica a la audiencia, la Opinión Consultiva no. 16 tiene una importancia especial al haber contado con un procedimiento consultivo muy variado, en el que, a la par de los ocho Estados intervinientes, hicieron uso de la palabra en las audiencias públicas siete individuos representantes de cuatro ONGs de derechos humanos, dos individuos de una ONG actuante en pro de la abolición de la pena de muerte, dos representantes de una entidad de abogados, cuatro profesores universitarios en calidad individual, y tres individuos en representación de un condenado a la pena de muerte.

Todo juez que haya participado en la emisión de una Opinión Consultiva tiene derecho a unir a la de la Corte IDH su voto razonado, disidente o concurrente.

La Corte IDH ha establecido que el sólo hecho de que un Estado miembro de la OEA presente una consulta invocando, expresa o implícitamente, las disposiciones del art. 64.1 de la CADH, no significa que la Corte sea competente, *ipso facto*, para contestarla. Si se le pidiera responder preguntas que versaran exclusivamente sobre la aplicación o interpretación de las leyes internas de un Estado miembro o que entrañaran cuestiones ajenas a la Convención o a los otros tratados a los que hace referencia el art. 64, la Corte IDH carecería de competencia para emitir su opinión (OC-15/97). La Corte IDH también rechaza que se puedan presentar como solicitudes de opinión consultiva casos contenciosos encubiertos (OC-14/94). Concomitantemente, la Corte IDH podrá abstenerse de responder una consulta si aprecia que, en las circunstancias del caso, la petición excede los límites de su función consultiva, ya sea porque el asunto planteado concierna principalmente a compromisos internacionales contraídos por un Estado no americano o a la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al sistema interamericano; ya sea porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención, ya sea por otra razón análoga (OC-1/82).

Al analizar si las opiniones consultivas tienen carácter vinculante, Juan Carlos Hitters sugiere que, si bien en principio la respuesta parece ser negativa, también es cierto que estos pronunciamientos originan un efecto similar al de la jurisdicción contenciosa, ya que son voluntariamente acatados por sus destinatarios, sin reparos. “Puede decirse —en suma— que no obstante que tales opiniones no son obligatorias en sentido estricto, su fuerza radica en la autoridad moral y científica de la Corte, y si bien su esencia es típicamente asesora, no por ello deja de ser *jurisdiccional*, y tiene por objeto coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos,



en lo que concierne a la protección de los derechos humanos”, concluye Hitters. Pedro Nikken sostiene, por una parte, que el ejercicio de la función consultiva de la Corte IDH es jurisdiccional y, por otra, que las opiniones consultivas de la Corte IDH son jurisprudencia internacional. Por su parte, Florentín Meléndez sostiene que las opiniones consultivas son vinculantes y que un Estado de derecho no sólo debe acatarlas sino que debe disponer de los medios y las medidas para que la violación de esos derechos no vuelva a repetirse. Finalmente, de acuerdo con Fabián Salvioli, una interpretación *pro personae* del sistema interamericano de derechos humanos no puede sino concluir en el punto que las decisiones y resoluciones tomadas por los órganos encargados de aplicar la CADH u otros instrumentos de protección de los derechos humanos revisten el carácter de obligatorias y vinculantes para los Estados miembros de la OEA; más aún cuando se trata de un órgano jurisdiccional como la Corte IDH en cualquiera de las funciones que la CADH le asigna.

Como da cuenta el Informe Anual 2012 de la Corte IDH, las opiniones consultivas son instrumentos útiles para que los Estados y los mismos órganos de la OEA consoliden y amplíen, sin esperar una violación a los derechos humanos, el *corpus iuris* interamericano, a través de la creación de estándares claros y vigorosos para la promoción, defensa y garantía de los derechos humanos en el hemisferio. A través de sus numerosas opiniones consultivas, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre temas esenciales como lo son: tratados internacionales objeto de la función consultiva de la Corte; efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana; restricciones a la pena de muerte; propuesta de modificaciones a la Constitución Política de un Estado parte; colegiación obligatoria de periodistas; exigibilidad de rectificación o respuesta; hábeas corpus bajo suspensión de garantías judiciales en estados de emergencia; interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención; excepciones al agotamiento de los recursos internos; compatibilidad de un proyecto de ley con la Convención; ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana establecidas en la Convención; responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención; informes de la Comisión Interamericana; derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal; condición jurídica y derechos de los migrantes; control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana, y el art. 55 de la Convención Americana.

A la fecha, la Corte IDH ha emitido veinte opiniones consultivas, seis fueron solicitadas por la CIDH, cuatro por Costa Rica, tres por Uruguay, dos por México y una, respectivamente, por Argentina, Colombia, Chile, Perú y Venezuela.

*Cynthia Chanut Esperón*

## CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)

Tribunal internacional permanente creado por el Estatuto de Roma (1998) para el conocimiento de delitos que agravan a la humanidad. Constituye una

expresión del derecho internacional penal, que a su turno establece los tipos penales que revisten aquella gravedad y afectan bienes jurídicos que interesan prioritariamente a la humanidad en su conjunto, y motivan y justifican la actuación punitiva de la comunidad de naciones.

La constitución de este ente jurisdiccional en el marco de la Organización de las Naciones Unidas tiene antecedentes en el siglo XIX, a partir del derecho internacional humanitario y de las iniciativas de Gustave Moynier para sancionar violaciones a la Convención de Ginebra y sus artículos adicionales. Al término de la Primera Guerra Mundial, los países vencedores en la contienda procuraron, sin éxito, el enjuiciamiento del ex *kaiser* Guillermo I, bajo el cargo de “delito supremo contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”. Holanda negó la extradición del inculcado. Posteriormente, el barón Descamps propuso la formación de una corte penal internacional, propuesta que apareció nuevamente, a propósito de la lucha internacional contra el terrorismo, a raíz del atentado contra el rey de Yugoslavia (Marsella, 1934). De esto provinieron dos proyectos de convenio (Ginebra, 1937), que no alcanzaron las ratificaciones necesarias para su vigencia.

En la circunstancia de la Segunda Guerra Mundial, los gobiernos asilados en Gran Bretaña y los líderes políticos de las más poderosas naciones aliadas replantearon la idea de crear un tribunal penal internacional para juzgar a los criminales de guerra nazis. Con este fundamento se integró el Tribunal de Núremberg, constituido por acuerdo del 8 de agosto de 1945 e integrado con jueces de Gran Bretaña, Estados Unidos, Unión Soviética y Francia. Actuó con base en un Estatuto que definió las conductas ilícitas determinantes de su competencia y emitió condenas a muerte y a privación de libertad. En el frente oriental despachó, para los mismos fines, el Tribunal de Tokio. En todos los casos se trataba de juzgar a *individuos* responsables de los crímenes materia de la competencia de estos tribunales. El enjuiciamiento de individuos —no de Estados— figura entre los principios de derecho internacional penal acuñados por aquellos tribunales.

La comunidad internacional mantuvo viva la idea, largamente analizada, de instituir una jurisdicción penal permanente, por determinación de los Estados integrantes de la Organización de las Naciones Unidas, que ejerciera sus atribuciones a partir de uno o varios ordenamientos sustantivos, procesales y ejecutivos. En el curso de los trabajos conducentes al establecimiento de este órgano, las condiciones vinculadas a conflictos armados regionales determinaron la intervención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para disponer tribunales especiales —acotados temporal, material y personalmente— a fin de conocer de las graves violaciones perpetradas en la ex Yugoslavia y en Ruanda.

Finalmente se emitió el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma, el 17 de julio de 1998, por mayoría de votos de los Estados presentes en la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas. El Estatuto, en el que se acogen corrientes de diversa procedencia —derecho continental europeo y *Common Law*, sobre todo— regula la organización del tribunal: autoridades que lo componen (dieciocho magistrados, una Fiscalía y otras dependencias) y sus respectivas atribuciones; las normas de derecho

penal material que recogen especificaciones sobre la responsabilidad penal y los tipos penales; previene el procedimiento a seguir desde la investigación de los hechos probablemente delictuosos (por parte de la Fiscalía *motu proprio*, a instancia del Consejo de Seguridad o por remisión de un Estado parte en el Estatuto) hasta la emisión de una sentencia, y establece reglas para la ejecución de penas, que incluye revisión y abreviación o reducción de sanciones.

Para la intervención de la Corte Penal se atiende al principio de subsidiariedad: corresponde a las jurisdicciones nacionales, ante todo y principalmente, la jurisdicción sobre los delitos contemplados en el Estatuto de Roma; la justicia internacional sólo actuará de manera complementaria cuando la nacional sea insuficiente, inoperante o indiferente. Los Estados partes en el Estatuto aceptan soberanamente la competencia de la CPI respecto a los crímenes sujetos a la competencia material de ésta. No existe cláusula facultativa en este ámbito, como la hay en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La competencia material de la CPI se integra con cuatro conceptos actuales y uno en proceso de elaboración. Aquéllos son: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra (arts. 5o. y siguientes) y delitos contra la administración de justicia cometidos con motivo del enjuiciamiento penal internacional (art. 70). A los tipos mencionados se agrega el crimen de agresión, cuya caracterización ha tropezado con problemas constantes. En la Conferencia de revisión del Estatuto (Kampala, 2010) se invocó la resolución 3314 (XIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1974, y la Conferencia “convino en calificar como agresión un crimen cometido por un líder político o militar que, por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”.

La CPI conoce de “casos” y “situaciones” en los que se plantea la posible existencia de delitos previstos en el Estatuto de Roma. Hasta septiembre de 2013, cuatro Estados parte en el Estatuto de Roma habían remitido a la Fiscalía situaciones surgidas en sus respectivos territorios (Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana y Mali). El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas había presentado situaciones correspondientes a Darfur, Sudán y Libia. La Corte había autorizado a la Fiscalía a iniciar investigaciones *motu proprio* en Kenia y en Costa de Marfil. El 14 de marzo de 2012 se dictó la primera sentencia de condena, Thomas Lubanga Dyilo (República Democrática del Congo), sentenciado a 14 años de prisión, al cabo de un procedimiento iniciado el 26 de enero de 2009.

México se abstuvo en la votación en Roma, en 1998, debido a incompatibilidades entre algunas disposiciones del Estatuto y diversas normas de nuestra Constitución Política. Después de diversas vicisitudes y debates, México suscribió el Estatuto (*ad referéndum*, el 7 de septiembre de 2000) y reformó la Constitución para integrarse en el sistema de derecho internacional penal. La controvertida fórmula adoptada para este efecto quedó en el artículo 21 constitucional: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”. Esto supone determinaciones casuísticas del Ejecutivo y del Senado, fórmula que oculta una limitación para el ejercicio de la competencia del tribunal inter-

nacional, que carece de sustento en el Estatuto de Roma y pudiera generar conflictos. En septiembre de 2013 aún no se disponía de ordenamientos o reformas a leyes nacionales que facilitaran la cabal implementación del Estatuto en forma consecuente con el principio de complementariedad y la aplicación de aquél.

*Sergio García Ramírez*

## CORTES SUPREMAS (CONTROL POLÍTICO)

Ya no es novedad que los poderes judiciales en general, y en especial las cortes supremas de justicia o equivalentes, han adquirido alrededor del mundo una importancia política desconocida en los últimos 60 años (Tate y Vallinder, 1995). Un número importante de decisiones que antes estaban fuera de la esfera judicial, por ejemplo la resolución de controversias electorales o los reclamos por violaciones a derechos sociales, ahora se procesan por esta vía.

A esta tendencia se la denominó judicialización de la política (Sieder *et al.*, 2005), e incluso hubo quienes comenzaron a hablar de “juristocracia” (Hirschl, 2004) para hacer referencia al proceso por el cual se transfirieron facultades de la esfera de los poderes representativos a los poderes judiciales. Situación que redundó en la necesidad de “gobernar” sin poder obviar a los jueces (Shapiro y Stone Sweet, 2002). El fortalecimiento de las cortes supremas de justicia o cortes constitucionales, según el caso, ha tenido lugar en países tan diversos como Canadá, Italia, Sudáfrica, Egipto, Colombia o México; no obstante, en América Latina todavía quedan muchas asignaturas pendientes en materia de independencia judicial.

De la mano de este viraje en el rol de los poderes judiciales, disciplinas del campo de las ciencias sociales, en especial la ciencia política, se interesaron en la comprensión del rol que juegan los máximos tribunales en los procesos políticos de los países, y, de manera cada vez más clara (por lo menos en América Latina), del rol que adquieren en la política internacional, por ejemplo en la política de derechos humanos (Ansolahehere, 2013).

En este marco se identifican tres formas de intervención de las cortes supremas en el espacio de la política organizadas desde la más tradicional a la más novedosa y exigente:

a) Arbitraje para la resolución de conflictos entre poderes del Estado, sobre todo en los países federales para la resolución de los conflictos entre Federación y estados. Esta ha sido parte de la competencia originaria tradicionalmente asignada a los máximos tribunales, como puede observarse en la Constitución Argentina (art. 117), de los Estados Unidos de América (art. III, sección 2) o la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (art. 105).

b) Control de la discrecionalidad del poder político, a través de su facultad de control jurisdiccional de constitucionalidad, y más recientemente de convencionalidad, mediante la cual pueden dejar sin efecto total o parcialmente las decisiones del Poder Ejecutivo o Legislativo cuando considere que las mismas son opuestas a la Constitución o a los tratados internacionales que tengan rango constitucional.

A diferencia de la función de arbitraje que se otorgó históricamente, es a la extensión de esta facultad a la que refiere la literatura para dar cuenta de la extensión del poder de los poderes judiciales. Este rasgo, que se consideraba una característica distintiva de los Estados Unidos de América a principios del siglo XIX, desde mediados del siglo XX se ha extendido a países del más diverso tipo. En América Latina, por ejemplo, ésta ha sido una tendencia clara desde los años noventa; 12 países de los 20 de la región realizaron reformas constitucionales orientadas a ampliar el poder de revisión constitucional de los máximos tribunales, o bien crearon tribunales constitucionales específicos como es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, creada en la Constitución de 1991 (Inclán e Inclán, 2005).

Adicionalmente, es interesante destacar que dados estos cambios en la región se observa una diversidad de tipos de control de constitucionalidad en la medida en que no todos los países adoptaron modalidades similares (Navia y Ríos, 2005).

c) Impulso de políticas públicas para proteger y garantizar derechos, fundamentalmente derechos sociales.

Esta función probablemente es la más novedosa en la articulación de la relación entre cortes supremas y política. Supone la propuesta de desarrollo de políticas públicas o de la modificación de éstas (tanto procedimentales como sustantivas) para resolver un conflicto determinado fundamentalmente en materia de derechos. De acuerdo con ésta, las cortes supremas o constitucionales, además de arbitrar el conflicto entre poderes, o controlar la discrecionalidad política, podrían actuar como instancia propositiva para resolver omisiones de los poderes representativos. Los casos de la Corte Constitucional de la India, de Sudáfrica (Gauri y Brinks, 2008) o Brasil (Kapiszewski, 2012) son claros ejemplos de este tipo de intervenciones que implican nuevas formas de relación entre justicia y política en el mundo contemporáneo.

Esta última modalidad, íntimamente relacionada con el proceso de judicialización de las demandas por derechos humanos, de su justiciabilidad (Abramovich y Pautassi, 2009; Ferrajoli, 2003) traen aparejados nuevos dilemas en la relación entre justicia y política. Dilemas no sólo vinculados con la ya tradicional tensión entre constitucionalismo y democracia, sino también con la pertinencia y las consecuencias del activismo judicial pro-derechos, y el impacto real de este tipo de decisiones judiciales.

*Karina Ansolabehere*

## CREACIÓN DE DERECHOS POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL

Con estos términos se alude o hace referencia a la actividad que realizan los jueces constitucionales al sostener en sus sentencias criterios en los que afirman la existencia y/o tutela de algún derecho que no está recogido explícita, literal o expresamente en los textos legales, pero que derivan o desprenden de algún derecho de orden fundamental así expresado. Se trata, pues, de un concepto o, mejor dicho, fenómeno que tiene cabida en razón de las funciones que hoy se le reconocen a la función judicial y, más específicamente, aquellas

que se le reconocen al juez constitucional; sobre todo en contraposición con la concepción que, desde la tradición francesa heredada desde hace varios siglos en el derecho iberoamericano, se tenía sobre el juzgador.

En efecto, conforme a esa tradición, el juez era “la boca de la ley” y correspondía a éste la tarea de concretar en un determinado caso la voluntad que el legislador había expresado en abstracto, a través de la emisión de leyes. Esta forma de concebir la función del juzgador, con motivo de múltiples cuestiones que no es el caso ahora abordar, ha venido cambiando, destacadamente, en las últimas décadas, de modo tal que ahora se reconoce que la función del juez no es nada más ser el “aplicador” de las leyes emitidas por otros, sino que se le reconocen ampliamente mayores o menores facultades interpretativas (según la materia de que se trate) junto con el deber de proteger los derechos de las personas, y además se le reconoce la potestad de juzgar las propias leyes que debe aplicar para resolver el caso sometido a su jurisdicción, ya sea para invalidarlas o inaplicarlas. El alcance y la forma en que estas facultades del juez deben realizarse es materia de amplio debate en la filosofía del derecho, la teoría política y entre escuelas interpretativas; resumidos muy generalizadamente en una dicotomía “activistas” *vs.* “conservadores”.

En teoría, no se trata de que los jueces “creen” derechos, cual si antes fueran del todo inexistentes; más bien, esto es el resultado de que en ejercicio de su potestad interpretativa de la Constitución, al dotarle de contenido y alcance a través de la emisión de directrices de naturaleza dispositiva, su actividad supone una labor de configuración e integración normativa que va dotando de un sentido aproximado a las normas constitucionales abstractas, a través de la resolución de casos concretos. En este sentido, más que una labor creativa invasiva del Poder Legislativo, la tarea interpretativa implica una actividad creativa del juzgador que atribuye significado a las disposiciones constitucionales, de modo tal que de ese ejercicio pueden derivarse derechos o subderechos que subyacen, aun cuando no abiertamente, en el texto constitucional (se trata de un tema no del todo pacífico, en tanto algunos se han manifestado en el sentido de que bajo la forma de “interpretación” jurídica se ha dado paso a un activismo judicial que asume más bien posiciones propiamente legislativas).

Precisamente porque la creación de derechos por el juez constitucional se hace en el dictado de sus sentencias, esto se traduce en la creación de normas individualizadas (como son las sentencias) cuya efectividad, más allá de las partes del juicio, está sujeta a las reglas de validez y obligatoriedad que para el precedente judicial estén establecidas. Así, por ejemplo, si se trata de interpretación realizada por la Suprema Corte de Justicia en acción de inconstitucionalidad, que obtuvo ocho votos, se tratará de un sentencia cuyos criterios interpretativos serán extensivos y exigibles por cualquier persona, dados los efectos “generales” que puede tener ese tipo de sentencias (art. 105 constitucional). En cambio, si se trata de un criterio interpretativo que ha sostenido un juez de distrito, así sea que lo haya hecho en múltiples sentencias, no podrá adquirir la calidad de ser un criterio vinculante para el resto de los tribunales u operadores jurídicos (véase la legislación de amparo en cuanto a la obligatoriedad de la jurisprudencia). De hecho, en México es tan reglado el tema de la

obligatoriedad de los criterios judiciales, que el debate en torno a si es fuente formal o no de derecho está en gran parte sofocado de origen por especificarlo la ley; de modo que algunos criterios pueden llegar a considerarse prácticamente como “ley” por su obligatoriedad, y otros tan sólo como precedentes judiciales orientadores para quien los quisiera considerar.

Por otra parte, la creación de derechos por los jueces constitucionales en la gran mayoría de los casos se da en un contexto litigioso concreto (salvo cuando es en acción de inconstitucionalidad, por ser un medio de control abstracto); los criterios judiciales que así pueden caracterizarse tienen una “sombra”, siguiendo la terminología de López Medina (López Medina, 2006), o ámbito de aplicación estrecho; pues, idealmente, tendría que verificarse para su eventual invocación o aplicación la recurrencia de las mismas o asemejables condiciones normativas y de *facto*. En este sentido, la creación de derechos por el juez constitucional tiene una variación muy importante, prácticamente insalvable, con la actividad que se realiza por los órganos legislativos y que permite diferenciarlas de modo muy contundente.

La arraigada práctica mexicana de que se elaboren “tesis” de jurisprudencia a partir de las consideraciones sostenidas en las sentencias, y el que éstas sean, por protocolo (véase el Acuerdo General Plenario de la Suprema Corte 5/2003 que regula la elaboración de tesis), elaboradas a modo de *una abstracción del criterio*, por sí misma descontextualizada del resto del caso del que provienen y elaborada en términos conceptuales (en oposición a sobre problemáticas específicas) coadyuva a desdibujar las diferencias entre esta actividad jurisdiccional y la actividad propiamente legislativa, y no comunica bien la naturaleza del precedente judicial (Magaloni, A. L., 2011); suscita incluso debates en torno a la posibilidad de aplicar retroactivamente los criterios judiciales (al respecto pueden verse las tesis P./J. 145/2000, “Jurisprudencia. Su aplicación no viola la garantía de irretroactividad de la ley”, y 2a. XIV/2002, de rubro “Jurisprudencia. Los nuevos criterios son aplicables a los casos aún no decididos por el órgano jurisdiccional competente”).

Finalmente, es importante distinguir este concepto del diverso de “creación judicial del derecho” (en inglés, *judge made law*) en tanto que con este último generalmente se hace referencia a los sistemas jurídicos de corte sajón o de *Common Law*, en los que no prevalece un sistema de leyes escritas, como en los sistemas románicos como el nuestro, sino que su cuerpo normativo se conforma con el cúmulo histórico de los precedentes judiciales, y con base también en el sistema de *stare decisis* o vinculatoriedad del precedente característico del mismo.

*María Amparo Hernández Chong Cuy*

## CRÍMENES INTERNACIONALES

Si bien la doctrina internacional no cuenta con una definición clara y consensada sobre cuáles pueden considerarse crímenes internacionales, es posible afirmar que son aquellos actos u omisiones que han sido reconocidos por el derecho internacional como antijurídicos y que por su importancia y trascen-



dencia para la humanidad, su sanción no puede quedar de manera exclusiva y arbitraria a la jurisdicción exclusiva de los Estados.

Mucho se ha cuestionado sobre cuáles constituyen las características que hacen que los crímenes alcancen el carácter de internacional; sin embargo, es posible afirmar que adquieren dicho carácter debido a que su brutalidad e inhumanidad alcanzan a afectar la conciencia de la comunidad internacional y, por tanto, de la humanidad en su conjunto.

Siguiendo a Antonio Cassese, existen cuatro elementos que determinan el carácter internacional de un crimen: 1) la existencia de responsabilidad penal internacional a nivel individual; 2) la norma que lo proscribe debe ser de carácter internacional y proteger valores considerados por toda la comunidad internacional; 3) debe ser sancionable, independientemente de que las normas estatales lo tipifiquen como delito, y 4) en caso de que el perpetrador haya actuado en una capacidad oficial como parte de un Estado, no debe existir la posibilidad de otorgar inmunidad.

En la actualidad se considera como *ius cogens* la proscripción internacional de los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el crimen de agresión y el genocidio, como crímenes internacionales. Sin embargo, existe una fuerte tendencia doctrinaria para considerar también en esta categoría al terrorismo, la tortura, la esclavitud, la desaparición forzada, la piratería y las ejecuciones extrajudiciales.

Lo anterior encuentra sustento en el derecho internacional consuetudinario, los tratados internacionales que han sido ratificados por la gran mayoría de los Estados, la *opinio juris* que refleja el reconocimiento de dichas conductas como antijurídicas en el ámbito internacional y, por último, en las decisiones y sentencias de tribunales internacionales.

Cada uno de los crímenes enumerados debe ser explicado de manera individualizada para entender su evolución histórica dentro del derecho internacional y las características que lo convierten en *obligatio erga omnes*.

a) *Crímenes de guerra*. Son las violaciones serias a las normas consuetudinarias o convencionales del derecho internacional humanitario, incluyendo las violaciones a las convenciones de Ginebra adoptadas entre 1864 y 1949, las cuales se pueden presentar en el marco de conflictos armados internacionales y no internacionales.

La doctrina internacional ha considerado que una violación seria a las normas de derecho internacional humanitario implica que la conducta pone en peligro a las personas u objetos protegidos por las convenciones de Ginebra o son contrarios a valores de gran relevancia. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, para que una violación sea seria ésta debe constituir una infracción a una norma que protege valores importantes y debe implicar consecuencias graves para la víctima.

Siguiendo el Estatuto de Roma en su art. 8o., sin dejar de reconocer que la doctrina internacional lo considera como una guía muy importante en materia de derecho internacional pero no la única fuente, en las conductas subyacentes de los crímenes de guerra pueden ser: el homicidio intencional; la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente

contra la integridad física o la salud; la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente; el hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una potencia enemiga; el hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente; la deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal, y la toma de rehenes.

b) *Crímenes de lesa humanidad*. Los también llamados *crímenes contra la humanidad* son todos aquellos actos cometidos como parte de un ataque sistemático y generalizado contra una población civil, con el conocimiento de dicho ataque. El catálogo de actos subyacentes de cuya actualización depende la existencia de un crimen de lesa humanidad ha variado históricamente y de acuerdo a los tribunales internacionales que han investigado y perseguido este tipo de crímenes.

Siguiendo el Estatuto de Roma en su art. 7o., los actos subyacentes del crimen de lesa humanidad pueden ser el homicidio; el exterminio; la esclavitud; la deportación o traslado forzoso de población; encarcelamiento o privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; desaparición forzada de personas; el *apartheid* u otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o salud mental.

c) *Crimen de agresión*. Históricamente, el crimen de agresión es uno de los más antiguos, ya que implica el quebrantamiento de la paz y el orden internacional. En los tribunales de Núremberg y Tokio, constituidos al término de la Segunda Guerra Mundial, el crimen de agresión jugó un papel muy relevante; sin embargo, a la fecha no ha existido un nuevo juicio internacional en el que se determine la responsabilidad penal de algún individuo por dicho crimen.

La Corte Penal Internacional señala su competencia por el crimen de agresión, sin embargo establece una cláusula de reserva para su entrada en vigor y reserva sobre su definición. En la Conferencia de Kampala, Uganda, celebrada en 2010, los Estados parte discutieron sobre la definición y entrada en vigor de dicho crimen como parte de la jurisdicción de la Corte. Se resolvió adicionar el art. 8o. bis al Estatuto de Roma, el cual señala que se entiende por agresión la planeación, comisión, iniciación o ejecución de un acto de agresión que por su gravedad y escala constituye una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas, por parte de una persona en una posición de control efectivo o dirija la acción política o militar de un Estado, destacando que su entrada en vigor se encuentra pendiente de la ratificación por parte de los Estados miembro.

d) *Genocidio*. Es la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso de manera intencional. Tanto el art. 2o. de la Convención para Prevenir y Sancionar el Genocidio como el art. 6o. del Estatuto de Roma señalan como actos que pueden constituir el acto subyacente en la comisión del delito de genocidio la matanza de los miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, o traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

*Ricardo Sánchez Pérez del Pozo*

## CRITERIO DE PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

El criterio de presunción de constitucionalidad de la ley se ha convertido en uno de los más relevantes de la creación jurisprudencial de los órganos que ejercen el control de constitucionalidad. Ese favor *legis* implica que se otorga una confianza al legislador en la observancia e interpretación correcta de los principios constitucionales; que una ley sólo puede ser declarada inconstitucional cuando su contradicción con la carta magna es muy evidente y no deja lugar a la “duda razonable”; y que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios como para que pueda derivar de ella una interpretación inconstitucional habrá que presumir, cuando ello sea posible, que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que se deberá aplicar dicha ley es precisamente la que permita mantenerla dentro de los límites constitucionales (Eduardo García de Enterría, 1981).

En conexión con lo anterior, conviene advertir que la esencia de ese proceder fue desglosada y precisada en un artículo clásico de James Bradley Thayer (“The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, 7 *Harvard Law Review*, núm. 129, 1893), en el cual se consideraba que el juez no debe invalidar todas las leyes que considere inconstitucionales, sino sólo aquellas que sean “tan evidentes como para no dejar lugar a la duda razonable”.

Antes de continuar parece oportuno hacer alusión a los principales argumentos que se suelen dar para justificar que la ley se presuma constitucional.

En primer lugar, se ha dicho que el juez constitucional debe partir de la idea de que el legislador actúa de conformidad con la Constitución. Hasta cierto punto se ha sostenido que cuando el órgano legislativo se encuentra en la necesidad de elaborar una disposición normativa toma en cuenta los postulados inspiradores del conjunto normativo, realizando su función dentro de los límites constitucionales y ajustando la ley a los parámetros establecidos por la Constitución. Por ello, el juez constitucional debe partir de una actitud de confianza hacia el legislador.

En segundo lugar, se ha argumentado que se recurre a este criterio para huir del mentado *horror vacui* que genera la disposición en caso de ser anulada. Esta idea se eleva como particularmente útil sobre todo si se tiene en cuenta que la eliminación definitiva de una disposición es un suceso muy grave

que, incluso, puede originar una situación de mayor inconstitucionalidad en la solución práctica de los problemas que la ley invalidada regulaba (Gustavo Zagrebelsky, 1977). Ello por las graves consecuencias que el vacío puede producir, especialmente si el legislador no se preocupa de colmarlo rápidamente con nuevas leyes a las que pueda atribuírseles un significado conforme con los dictámenes constitucionales (Girolamo Monteleone, 1984). La verdad es que problemas de este tipo no se pueden resolver desde un plano meramente teórico, prescindiendo completamente de la experiencia y del conocimiento de datos realmente esenciales, como el tiempo necesario para que se agote el *inter* legislativo o las consecuencias probables de una larga carencia de normas sobre una determinada materia. De ahí que la preocupación por evitar los “vacíos legislativos” o “lagunas” no sea meramente doctrinal, sino que ha estado siempre presente, en mayor o menor grado, en la jurisprudencial de los tribunales o cortes constitucionales (Aldo Maria Sandulli, desde 1967, ya evidenciaba esta problemática).

En tercer lugar, se ha señalado que el juez que tiene que resolver un juicio de constitucionalidad corre el riesgo de equivocarse. Por una parte, puede ocurrir que invalide una ley que tras una reflexión más profunda, a la luz de nuevos datos y argumentos, aparece como perfectamente constitucional. Por otra parte, puede suceder que declare válida una ley que en verdad es inconstitucional, como puede aparecer tras una mayor reflexión.

El riesgo de error se produce en las dos direcciones; sin embargo, en los sistemas de justicia constitucional donde existe control abstracto, el juez constitucional debe presumir la validez de la ley porque es más fácil corregir en el futuro el error consistente en declarar constitucional una disposición legal que en realidad es inconstitucional (Javier Jiménez Campo, 1995). En cambio, el error opuesto, el de declarar inválida una ley que en realidad es válida, es más problemático. Y ello porque la disposición, que ha sido invalidada con efectos *erga omnes*, al ya no formar parte del ordenamiento jurídico, no puede dar origen a que se inicie un nuevo proceso para lograr que sea declarada conforme con la Constitución. Por el contrario, en sistemas de justicia constitucional donde existe el control concreto, el error de declarar inconstitucional una ley que en realidad es constitucional es menos problemático, porque los propios jueces, al decidir un nuevo caso, pueden revocar su propio precedente en el que declararon inconstitucional una ley, con lo que la ley recobra su aplicación. El precedente no supuso la expulsión de la ley del ordenamiento, sino sólo su falta de aplicación a un caso particular y, tomando en cuenta la doctrina del *stare decisis*, su inaplicación a los demás casos que fueran similares.

El primero de los argumentos mencionado se apoya en la noción de que el control jurisdiccional de la ley debe llevarse a cabo bajo la presunción de constitucionalidad de la misma, dada su génesis democrática; el segundo se basa en una exigencia práctica: intentar en la medida de lo posible huir del vacío que se provoca cuando una disposición normativa es declarada inválida; mientras que el tercero está relacionado con la necesidad de facilitar la corrección de errores, que implica que en caso de duda acerca de la constitucionalidad de una ley, el tribunal presuma su validez, pues de este modo los

posibles errores que él cometa podrán corregirse posteriormente y con una mayor facilidad.

El hecho de que la ley se beneficie de una presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que ésta es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto enuncia y el sistema de normas que el texto constitucional expresa, lo que se traduce en que sólo cuando existen suficientes razones en contra de la ley, el juez puede invalidarla. En palabras más técnico-procesales, la carga de la prueba corre a cargo del que demanda. De este modo se aplica un criterio normal de derecho procesal, cuya justificación extraprocesal radica en la necesidad de conservar el derecho y en el absurdo que supondría partir de la hipótesis opuesta: considerar que toda disposición normativa impugnada es inconstitucional.

Hay que recalcar que la presunción que juega a su favor la ley no equivale a decaimiento en la exigencia de su estricta constitucionalidad, ya que es evidente que la misión del órgano de control constitucional en cierta medida supone enjuiciar al Poder Legislativo, pero la esencia de tal control reside en la constitucionalidad apreciada jurídicamente de la actuación del legislador, el cual puede adoptar cualquier resolución, pero siempre dentro del marco constitucional.

También es imprescindible mencionar que la fuerza de la presunción de constitucionalidad de la ley puede variar de un ordenamiento jurídico a otro. Por ejemplo, existen sistemas de control de constitucionalidad en los que no se ha introducido una presunción de constitucionalidad de la ley débil o moderada. Ello se hace patente en la regla con la que en el seno de los órganos jurisdiccionales se decide acerca de la constitucionalidad de una disposición de conformidad con una mayoría simple. Por el contrario, en los sistemas de control de constitucionalidad en los que se exigen mayorías calificadas o reforzadas, según sea el caso, se ha incorporado una presunción de constitucionalidad de los productos legislativos fuerte.

Finalmente, otro elemento que hay que tener en cuenta es la regla que establece que en caso de empate en la decisión de un tribunal, decidirá el voto de su presidente. El hecho de que no se consagre un principio a favor de la constitucionalidad de la ley en caso de que la deliberación del tribunal no haya sido mayoritaria, y que por el contrario con el voto del presidente se deshaga el empate en los procesos de control de la ley, es una forma de comprobar que en esos ordenamientos jurídicos no se ha querido reconocer a la ley una amplia presunción de constitucionalidad.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

## CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD LOCAL (MÉXICO)

Cuando el órgano jurisdiccional considere que tiene que aplicar en el curso del proceso una norma con rango de ley de cuya constitucionalidad duda, y que no tenga la facultad para dejar de aplicarla, entonces existe un mecanismo de control que permite que el juez ordinario y el juez constitucional se

coordinen: la cuestión de inconstitucionalidad. Esto es, si a un juez o tribunal local le surgen dudas sobre la constitucionalidad de la normativa que debe aplicar a un proceso que esté conociendo, entonces planteará, ante el órgano encargado del control de constitucionalidad local, una petición para que éste le indique el sentido que la disposición normativa debe tener (Edgar Corzo Sosa, 2000). En consecuencia, en el supuesto descrito, existe un monopolio del rechazo en caso de constatarse la inconstitucionalidad de una norma.

En cuatro entidades federativas mexicanas está contemplado este mecanismo de tutela constitucional: Veracruz, Chiapas, Coahuila y Nayarit. Sin embargo, sólo en Veracruz, Coahuila y Nayarit se ha incorporado en sus respectivas leyes de control constitucional, por ello únicamente me centraré en estos tres estados.

En cuanto al objeto de control, en Veracruz se reconoce capacidad interpretativa a los jueces ordinarios, pero se deja a la Sala Constitucional la competencia para que se pronuncie sobre la constitucionalidad de una ley local. Para activar el funcionamiento de la citada Sala se requiere que los magistrados de las demás salas, jueces de tribunales o juzgados de la entidad, eleven la cuestión ante ésta. Por tanto, dicha facultad no podrá, en ningún caso, ser empleada por los particulares. También se señala que las peticiones de las salas, tribunales y jueces del estado tendrán efectos suspensivos y deberán ser desahogadas en un plazo no mayor de treinta días naturales.

También se contempla que se puede desechar de plano la cuestión cuando se advierta, de manera manifiesta, que la norma impugnada no tiene trascendencia en el proceso que ha motivado su planteamiento.

En Veracruz se establecen, de manera descriptiva, las características del proceso constitucional que debe ser seguido en la primera fase ante el juez *a quo*, que es la propiamente incidental: *a)* un juicio y una autoridad jurisdiccional; *b)* la no manifiesta falta de fundamento, y *c)* la relevancia. A éstos se agrega un elemento de origen jurisprudencial que es la interpretación adecuadora de la disposición al significado ya establecido por la Constitución. Asimismo, se señalan aquellos elementos que entran en la segunda fase, que es seguida ante el tribunal, con la cual se instaura un juicio autónomo y principal, con vínculos más o menos estrechos con el caso concreto.

En Coahuila se ha regulado la cuestión de inconstitucionalidad en la Ley de Justicia Constitucional local, aun cuando este instituto no estaba previsto por la Constitución de ese estado. Al efecto, en su art. 67 se señala que la cuestión se promoverá “por las partes en un juicio, por el juez que conoce del asunto o cuando el pleno del Tribunal Superior de Justicia ejerza su facultad de atracción, siempre que la duda de inconstitucionalidad de la ley implique...”.

Hay que destacar que la legislación de Coahuila establece que las partes legitimadas podrán presentarse para interponer la cuestión, ante el juez o tribunal que conozca del asunto, hasta antes de que se dicte fallo definitivo. De esta forma, y teniendo presente que la cuestión de inconstitucionalidad debe estar concebida como un procedimiento que impida que el juez dicte sentencia aplicando una norma de cuya constitucionalidad duda, el planteamiento de la sentencia sólo cobra sentido en el momento anterior a dictar sentencia,

antes de aplicar la norma que el juez considere que puede ser inconstitucional, porque sólo en este momento podrá justificar la aplicabilidad y relevancia de la misma, al haber despejado los posibles obstáculos procesales que condicionan la verificación de esas dos condiciones.

No obstante lo anterior, la legislación de Coahuila no incluye de manera expresa, como sí lo hace la de Veracruz, el elemento que debe ser considerado como indispensable para promover la cuestión: que la validez de la norma con rango de ley sea determinante para dictar el fallo.

Por su parte, en Nayarit se establece que la cuestión puede ser elevada a la Sala Constitucional-Electoral por alguna de las partes en el juicio, expresando los argumentos del por qué estima inconstitucional la ley cuestionada; o bien por el mismo órgano jurisdiccional que está conociendo de un asunto; incluso este mecanismo lo puede utilizar cualquier autoridad u organismo autónomo siempre y cuando —al igual que Veracruz— la ley sea determinante para la validez de la resolución, y tratándose de autoridad jurisdiccional la consulta se convierte en obligatoria cuando consideren que la ley puede ser contraria a la Constitución local.

Como se sabe, en Coahuila existe un control difuso de constitucionalidad, a través del cual todo juez ordinario (de oficio o a petición de parte) puede declarar la inaplicabilidad de una norma o acto que considere contrario a la Constitución local, existiendo una revisión ante el Pleno del Tribunal. Por tanto, en este estado no debió incluirse la cuestión de inconstitucionalidad, pues en él ya estaba reconocida la plena participación de todos los jueces locales en el control de constitucionalidad de las normas.

La cuestión de inconstitucionalidad en Veracruz, por su propia naturaleza, puede ser promovida por las salas del Tribunal Superior de Justicia (con excepción de la Sala Constitucional), tribunales y jueces del estado. En cambio, en Coahuila se promoverán por las partes de un juicio; por el juez que conoce del asunto; por el pleno del Tribunal Superior de Justicia cuando ejerza su facultad de atracción, siempre que la duda de inconstitucionalidad de la ley implique la interpretación constitucional de un caso trascendental o sobresaliente a juicio de éste; o también en los de revisión de oficio de la declaración de inaplicación de la ley por parte de un juez; o bien la duda de constitucionalidad de una norma por parte de una autoridad diferente a la judicial.

En Coahuila este tipo de mecanismo, que tiene una naturaleza concreta, al tutelar derechos subjetivos, puede ser promovido por los particulares afectados en el juicio. Sin embargo, creemos indispensable precisar que los particulares sólo podrán plantear la cuestión ante el juez que conoce del asunto para que éste a su vez lo promueva ante el Pleno del Tribunal; pero lo que no se admite es que las partes directamente planteen la cuestión ante este último órgano jurisdiccional. En Veracruz, en cambio, no se les otorga esta facultad a los particulares.

En Veracruz no se precisa de manera clara cuáles serán los efectos que tendrá la respuesta que la Sala Constitucional dé a las peticiones sobre las dudas de constitucionalidad que planteen las salas penales, civiles, la Sala Electoral y la de Responsabilidad Juvenil, así como los tribunales y jueces del



estado. Lo único que se indica es que la Sala Constitucional tendrá la facultad de desechar de plano las peticiones, cuando se advierta de manera manifiesta que no tiene trascendencia en el proceso ante el juez *a quo*.

En el caso de Coahuila y Nayarit se establece que si el Pleno del Tribunal Superior de Justicia o la Sala Constitucional, respectivamente, determina la invalidez o validez de la ley, el juez o tribunal se deberá ajustar a dichas consideraciones para dictar su resolución.

*Giovanni A. Figueroa Mejía*

## CUMPLIMIENTO DE RECOMENDACIONES

Una de las objeciones más reiteradas por lo que respecta a la actividad del *Ombudsman* es el carácter no obligatorio o imperativo de las recomendaciones de las comisiones públicas de derechos humanos. Esta objeción generalmente se complementa con la propuesta de que dichas recomendaciones se conviertan en vinculantes para las autoridades a las cuales se dirigen, lo que sólo revela el desconocimiento de la institución del *Ombudsman*.

Al respecto, en un primer plano debe señalarse que el carácter no vinculante u obligatorio de las recomendaciones no es sólo una característica peculiar de los organismos no jurisdiccionales de protección de derechos humanos establecidos en nuestro ordenamiento nacional, sino que corresponde a la esencia de las funciones de todos aquellos organismos que se inspiran en el modelo escandinavo del *Ombudsman*, y también de algunos de carácter internacional que carecen de funciones jurisdiccionales, pero que deciden sobre las reclamaciones interpuestas por los afectados por las violaciones de sus derechos fundamentales. En efecto, la finalidad de estas resoluciones es reparar de manera inmediata las violaciones a los derechos de los administrados, sin las dilaciones y formalidades de los procesos jurisdiccionales, como un apoyo a los agobiados tribunales y sin la pretensión de sustituir a estos últimos en su función final y definitiva de la tutela de los propios derechos.

Si de manera diferente se otorgara a las recomendaciones de los citados organismos no jurisdiccionales de carácter imperativo, éstos se transformarían en verdaderos tribunales, que estarían sujetos a los lineamientos de los procesos judiciales, con lo cual exigiría un conjunto de procedimientos que conllevarán más trámites y se perderían los aspectos favorables de la solución preventiva y expedita de conflictos de naturaleza administrativa, que es lo que ha otorgado prestigio universal a los organismos que han seguido directa o indirectamente el modelo del *Ombudsman*. Con justa razón se ha denominado a estos organismos como “magistratura de opinión”.

Además, debe tomarse en consideración que en la práctica de las actividades de los citados organismos no jurisdiccionales, uno de los aspectos más positivos que se desprenden de sus informes es el señalamiento de que un número muy importante de quejas y reclamaciones se resuelve rápidamente por medio de acuerdos entre los servidores públicos de dichos organismos con las autoridades responsables, por amable composición, que con bastante frecuencia resuelven voluntariamente las inconformidades de los afectados, lo que no se produce en el ámbito jurisdiccional, si se toma en cuenta que los

procedimientos de conciliación tienen efectos positivos muy limitados ante los tribunales.

Para dilucidar este problema, es preciso determinar la naturaleza jurídica de las propias recomendaciones, ya que el verbo recomendar no significa una simple súplica, un ruego o una exhortación, pero tampoco una orden o un mandato, sino una petición, propuesta o solicitud para que la autoridad a la que se dirige y a quien se imputa la infracción realice la conducta necesaria con el fin de reparar la violación de los derechos del o de los afectados.

Por tanto, las recomendaciones pueden observarse desde dos enfoques. En primer término, ya se ha dicho que no son obligatorias para las autoridades respectivas, y por ello, como lo establece expresamente el art. 46 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que incorpora un principio general aplicable a todos los organismos no jurisdiccionales, no podrán por sí mismas anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia. Desde otra perspectiva, las recomendaciones no son inocuas o carecen de efectos, ya que tienen carácter público, pues además de notificarse a los interesados, se dan a conocer a los medios de comunicación y también a los órganos del poder público de mayor jerarquía por conducto de los informes periódicos. No son simples sugerencias o insinuaciones a la autoridad responsable, sino que constituyen verdaderos títulos jurídicos.

Finalmente, debe recordarse que *si la recomendación es aceptada por la autoridad respectiva, adquiere carácter obligatorio o imperativo* para la misma autoridad, pues expresa su voluntad de cumplirla, y con ello el organismo no jurisdiccional que la emite tiene la facultad de vigilar su cumplimiento y la propia autoridad debe demostrar con las pruebas necesarias que ha ejecutado la misma, dentro de un plazo que puede ampliarse de acuerdo con la naturaleza de la situación, como lo señala, también de acuerdo con un principio general, el art. 47 de la Ley de la Comisión Nacional. Pero aun en el caso de aceptación, el organismo que expide la recomendación no tiene atribuciones, en caso de incumplimiento total o parcial, de ejecutarla coactivamente, lo que significa que si bien una recomendación aceptada es obligatoria, carece de carácter ejecutivo. Debe tomarse en cuenta que en los supuestos de incumplimiento o de no aceptación de las recomendaciones, aun cuando los organismos no jurisdiccionales no pueden imponer la conducta recomendada, además de la presión de los medios de comunicación, los informes periódicos ante los órganos de mayor jerarquía tienen el objeto de que estos últimos puedan exigir las responsabilidades correspondientes.

Ha resultado muy provechosa la existencia de *recomendaciones generales*, que establece el art. 140 del Reglamento Interno de la CNDH, con fundamento en el art. 6o., frac. VIII, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que tienen el propósito de promover ante las autoridades responsables el cambio o modificación de conductas reiteradas que llevan consigo violaciones a los derechos humanos; dichas recomendaciones generales son aprobadas por el Consejo Consultivo de la CNDH y publicadas en la *Gaceta* de la Comisión y en el *Diario Oficial de la Federación*. Estas recomendaciones no requieren de la aceptación de las autoridades a las que van dirigidas.

Por último debemos destacar que fue muy importante la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, que adicionó este texto al art. 102, apartado B, segundo párrafo, de nuestra carta magna: “Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa”.

*José Luis Soberanes Fernández*

## CUOTAS DE GÉNERO EN EL EJERCICIO DE DERECHOS POLÍTICOS

Las cuotas de género son medidas orientadas a establecer una presencia mínima (número o porcentaje) de mujeres en posiciones políticas. Constituyen una forma de acción afirmativa para superar obstáculos sociales y culturales que inhiben la participación política de las mujeres en igualdad de condiciones frente a los hombres, tradicionalmente usadas en los Parlamentos. Su naturaleza es temporal, pues están diseñadas para existir sólo en tanto subsista la asimetría de género; es decir, los niveles de subrepresentación que les dan origen.

Desde su aparición han enfrentado dos tipos de oposición. Una vertiente de crítica las considera discriminatorias contra la participación política de los varones. La segunda, cuestiona la imposición de una restricción a la libertad de sufragio de los ciudadanos. No obstante, poco a poco las cuotas de género han logrado reducir ambas oposiciones para su incorporación a las legislaciones nacionales y subnacionales. En efecto, la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho del Consejo de Europa las considera como una práctica válida para la efectividad de los mecanismos de participación de sectores desprotegidos. En ese sentido, el código de buenas prácticas de dicha Comisión es claro en señalar que cuando las cuotas de género tienen base constitucional no son contrarias a la igualdad del sufragio.

Previo a la adopción de las cuotas de género, se consideraba suficiente la *equidad competitiva* que eliminó restricciones del voto de la mujer y su participación en los órganos políticos con base en una inicial expansión del principio de equidad. Sin embargo, ese reconocimiento formal no logró por sí solo disminuir la subrepresentación política de la mujer. Esa visión clásica del principio de equidad se mantuvo vigente la mayor parte del siglo XX, hasta que la presión de grupos feministas fue abriendo paso a una nueva noción: la *equidad de resultados*.

Este concepto se refiere a que todas y todos por igual tienen asegurado y garantizado el ejercicio del derecho de que se trate. Toma en cuenta las diferencias y problemas sustanciales, y para remediarlos propone una serie de tratados diferenciados o medidas compensatorias que, como las cuotas de género,

tienen como fin conseguir el goce real del derecho para los grupos vulnerables o tradicionalmente discriminados.

Con esa evolución conceptual sobre la equidad se materializa la perspectiva de igualdad como un derecho distributivo. Es decir mediante la adopción de políticas públicas específicas encaminadas a que las mujeres logren niveles equivalentes a los varones en el acceso a cargos de elección y en los porcentajes de representación política.

Si bien existen cuotas de género adoptadas voluntariamente por algunos partidos desde la década de 1970, Argentina fue el primer país del mundo en incorporar las cuotas en su legislación nacional en 1991, mediante la Ley 24.012, “Ley del Cupo Femenino”, haciéndolas con ello obligatorias para todos los partidos políticos.

Para 1995, los 189 Estados miembros de las Naciones Unidas unánimemente firmaron la Declaración y Plataforma para la Acción de Beijing, con el propósito de facilitar la participación y el acceso igualitario de las mujeres a los puestos de decisión política. A partir de entonces, las diversas naciones han implementado el uso de cuotas de género en sus legislaciones.

I. TIPOS DE CUOTAS DE GÉNERO. A fin de distinguir las prácticas pro-género de algunos institutos políticos (cuotas voluntarias) de aquellas acciones afirmativas contempladas por los Estados, cuando las cuotas están previstas en una norma se les denomina cuotas obligatorias. Éstas pueden ser aplicadas durante el proceso de nominación, de manera que constriña a los partidos a postular mujeres en sus listas de candidaturas en una determinada proporción. En estos casos, algunas legislaciones permiten que las mujeres sean postuladas en lugares poco favorables de la lista, mientras que otras más ambiciosas buscan generar mayores equilibrios. Las más estrictas, por ejemplo, obligan a intercalar hombres y mujeres a lo largo de las listas de candidaturas de representación proporcional, a partir del respeto más amplio a los principios de paridad, alternancia y no discriminación. Las cuotas obligatorias pueden estar plasmadas en una norma constitucional o legal.

a) *Cuota de escaños reservados*: se definen así los espacios de representación que sólo podrán ser ocupados exclusivamente por mujeres. Generalmente se han aplicado en Asia y África. Un precursor de este modelo fue implementado en Paquistán en los años cincuenta, donde las mujeres votaban únicamente por las mujeres que ocuparían un escaño reservado.

b) *Leyes cuota*: son mecanismos que modifican el sistema electoral al exigir cierto porcentaje de candidaturas ocupadas por mujeres. Este sistema, iniciado en Argentina (1991), es el que más se ha extendido en la práctica.

c) *Cuotas en partidos políticos*: es otra manera de llamar a las cuotas voluntarias. La medida no busca necesariamente un umbral específico en los órganos de representación del Estado. En efecto, su ámbito de aplicación puede ser dual: reservar determinados espacios en las dirigencias partidistas para la composición equilibrada de los órganos internos, o bien, bajo los principios de autodeterminación y auto-organización, determinar un número o porcentaje de candidaturas en las postulaciones a puestos de elección popular. Estos mecanismos fueron implementados originalmente en la década de los años setenta en los partidos de izquierda de Europa occidental.

d) *Cuotas de resultados*: es fijado un número determinado de escaños o porcentaje de la representación para ser ocupado por mujeres. En esta categoría caben diversas modalidades. Se pueden hacer distritos específicos (o circunscripciones) para mujeres, de manera que sólo sean designadas mujeres en esos ámbitos geográficos; o bien hacer compensaciones a la sobrerrepresentación de hombres y sustituirlos por mujeres que hayan participado en la elección a efecto de garantizar el número o porcentaje de escaños reservados para mujeres.

Una modalidad de la anterior es el sistema de mejor perdedor, el cual va asignando escaños a aquellas mujeres que recibieron el mayor número de votos (sin haber ganado), hasta obtener el número establecido por la cuota.

e) *Cuotas horizontales y transversales*: las horizontales exigen la elección o postulación de un número o porcentaje de candidaturas, tomando en cuenta el número total de un mismo cargo de elección (presidentes municipales, diputados, senadores). El enfoque vertical consiste en que respecto a los cargos que se eligen por planilla también debe obligarse la aplicación del principio de equidad y alternancia entre el hombre y la mujer en orden descendente (si la primera candidatura en la planilla es ocupada por una mujer, la segunda será para un hombre y así sucesivamente).

II. EXCEPCIONES A LAS CUOTAS DE GÉNERO. Un caso atípico en la incorporación de cuotas de género a las legislaciones nacionales es el mexicano. La acción afirmativa por muchos años permitió que las cuotas se incumplieran cuando las candidaturas de mayoría relativa surgieran de procesos democráticos de elección al interior de los partidos. Esto hizo en los hechos nugatorio el propósito buscado por la norma, puesto que los partidos encontraron un salvoconducto para postular de manera arbitraria al número de mujeres que determinaban sus dirigencias con independencia de si se cubría o no la cuota de género. En la actualidad, gracias a la interpretación jurisdiccional del tribunal electoral, las cuotas de género ya no son sujetas de excepción; es decir, los partidos tienen que cumplir con el 40% de candidatas mujeres y también con la alternancia en la integración de las listas de candidatos de representación proporcional. Tampoco es posible postular candidatas propietarias mujeres y suplentes hombres, a efecto de evitar que una vez en el ejercicio del cargo, se les presione a renunciar o sean sustituidas por sus suplentes.

III. EFECTOS DE LOS SISTEMAS ELECTORALES EN LAS CUOTAS DE GÉNERO. Es mayor la efectividad de las cuotas en los sistemas que permiten una pluralidad de candidatos por distrito o circunscripción, de manera que puedan postularse candidatos de ambos sexos. Lo mismo ocurre en los sistemas proporcionales frente a los de mayoría, en los que un solo candidato obtiene la totalidad de la representación de su circunscripción o distrito. En sentido contrario, la celebración de elecciones primarias tiende a disminuir la eficacia de las cuotas.

*María del Carmen Alanís Figueroa*