

P



PARÁMETRO DE CONSTITUCIONALIDAD

Como en el léxico común, el lema “parámetro” indica un término de referencia, de confrontación, utilizado por los tribunales constitucionales para verificar la constitucionalidad del objeto puesto en la base del juicio.

Cabe destacar que el contenido del parámetro (o, dicho de otra forma, bloque de constitucionalidad) no varía sólo de un ordenamiento a otro, sino también en el interior de un mismo ordenamiento, bien puede cambiar en función del tipo de juicio pendiente ante el tribunal constitucional.

Afirmar que el parámetro está constituido por la Constitución parece evidente y, al mismo tiempo, incompleto; el parámetro es más amplio.

En primer lugar, hay que observar la extensión textual de las Constituciones. Éstas, a veces, no incluyen directamente en el texto algunas materias constitucionales (ejemplo histórico: el *Bill of Rights* fue incorporado en la Constitución de los Estados Unidos de América algunos años después de su aprobación), por lo cual es necesario realizar una ampliación del parámetro con el fin de ejercitar un pleno control de constitucionalidad de las normas. El *Conseil constitutionnel* francés, por medio de la decisión núm. 71-44 DC de 16 julio 1971 ha reconocido valor jurídico pleno al preámbulo de la Constitución de 1958 (que hace referencia a la declaración de los derechos de 1789, al preámbulo de la Constitución de 1946 y a los principios fundamentales de las leyes de la República), y lo ha incorporado en el *bloc de constitutionnalité*. Eso ha abierto las puertas al control de las normas respecto de los derechos y de las libertades enunciadas, precisamente, en la parte que precede al texto constitucional, transformado el Consejo en un verdadero “tribunal de los derechos”. También en Bélgica, la extensión del parámetro al título II de la Constitución (“Los belgas y sus derechos”) permitió delinear el rol de la (antigua) *Cour d'Arbitrage* (inicialmente, un juez de los conflictos de competencia entre el Estado, las regiones y las comunidades lingüísticas) que se convirtió en una moderna *Cour constitutionnelle*.

En segundo lugar, el parámetro puede incluir otras fuentes —no constitucionales— internas al ordenamiento nacional. Es el caso de las llamadas normas interpuestas, es decir disposiciones sin rango constitucional, previstas en las Constituciones, cuya violación configura una violación indirecta de la carta. Son tales, por ejemplo, las *ordonnances organiques* francesas, que implementan la Constitución de 1958 (y no pueden ser modificadas “*dans le même esprit*” y forman parte del núcleo duro - decisión núm. 60-6 DC du 15 janvier 1960); las leyes orgánicas de aprobación de los estatutos de las Comunidades autónomas españolas; las leyes de delegación italiana y españolas; a veces los reglamentos parlamentarios (aunque los tribunales constitucionales son poco propensos a utilizarlas como parámetro porque privilegian el principio de autonomía de las cámaras); otras fuentes previstas por los singulares ordenamientos constitucionales (ejemplo, las leyes básicas, generales o marco estatales usadas como parámetro respecto a las leyes de los entes territoriales, como en España y Portugal); algunos principios derivados de la jurisprudencia constitucional y, a veces, las convenciones (las cortes supremas de Canadá e Israel las han empleado como parámetro de ciertas normas primarias y, en general, las han usado en la interpretación).

En tercer lugar, se debe evidenciar la propensión a medir fuentes externas al ordenamiento nacional como los tratados, las convenciones internacionales y, sobre todo, las declaraciones de tutela de los derechos, típica de los países que en los últimos decenios han reformado o adoptado una nueva Constitución. Los precursores en este sentido son los ordenamientos español (art. 10.2 de la Constitución) y portugués (art. 16.6 de la Constitución), por los cuales tales fuentes no son elevadas como normas parámetro, sino constituyen por lo regular un vínculo interpretativo de las normas dedicadas a los derechos. Los tribunales constitucionales de ambos países han potenciado así la tutela de los derechos fundamentales; sin embargo, esto no significa abrir las puertas a nuevos derechos, sino usar los tratados internacionales “para configurar el sentido y alcance de los derechos que (...) recoge la Constitución” (TC español 38/1981). Ambas experiencias han influenciado diversos ordenamientos latinoamericanos y de Europa del Este, algunos de los cuales han abierto el parámetro, entre muchos otros, a estas fuentes internacionales (incorporan expresamente las fuentes internacionales en el bloque de constitucionalidad, por ejemplo, en América latina: Colombia y Venezuela, en Europa del Este: Eslovenia y Eslovaquia).

La circunstancia de que hoy la actividad de las cortes se basa especialmente en la jurisdicción de las libertades se da incluso por la ampliación o dilatación del parámetro: si ello se debilita, el rol de las cortes se relega principalmente a la actividad de regulación y vigilancia del reparto de competencias. Por el contrario, la ampliación del parámetro, en relación a la función de tutela de los derechos, permite a las cortes expandir su propia actividad ocasionando, en algunas ocasiones, la modificación del papel del órgano y de la relación con los otros órganos constitucionales.

Este elemento puede afectar también las clasificaciones de los sistemas de justicia constitucional (véase justicia constitucional-clasificaciones); si ponemos en el centro del razonamiento la tutela de los derechos, se nota que —prescindiendo de los elementos basados en el carácter del control (abstracto/concreto; preventivo/sucesivo; concentrado/difuso) hoy todavía enfatizados por la doctrina en el estudio de los modelos de justicia constitucional— la amplitud del parámetro parece ser el elemento tendencialmente unificador de la justicia constitucional, entendida cada vez más como jurisdicción de las libertades. El parámetro parece abrir paso a una clasificación distinta de los ordenamientos en dos grandes bloques: los que usan como parámetro la sola Constitución y los que innovan extendiéndolo a otras fuentes, en particular los tratados internacionales en tema de derechos, siendo un “meta-criterio” de clasificación (pues no sustituye a los demás, sino los usa para poder afirmar, y luego opera autónomamente como elemento unificador de la justicia constitucional actual).

La tendencia a dilatar el parámetro no concierne sólo a la justicia constitucional, sino involucra también a las jurisdicciones estatales y extra-estatales.

Cada vez más a los jueces se les pide realizar el control de convencionalidad de las normas a aplicar respecto a cartas de derechos universales o “regionales”. Es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de los países que han adherido o de la Convención Europea para

la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, que a veces ha quebrado equilibrios históricos entre poderes de antiguas democracias (la *incorporation* con lo *Human Rights Act 1998* impone a los jueces del Reino Unido conciliar los actos normativos internos de rango primario con sus disposiciones e interpretar la ley estatal con sus normas, teniendo en cuenta el “judgement, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights”).

En Europa, la inclusión de la Carta de Niza en el Tratado de Lisboa ha llevado al tribunal de justicia a extender su parámetro de juicio (aunque en las primeras sentencias, la mención de la carta no se ha hecho como argumentación, haciendo superfluo este nuevo parámetro).

Giorgia Pavani

PARTIDOS POLÍTICOS

La doctrina electoral conceptúa a los partidos políticos como organizaciones estables que solicitan el apoyo social a su ideología y programas políticos, para competir por el poder y participar en la orientación política del Estado.

Los partidos políticos, según palabras de Jesús Alfredo, Dosamantes Terán en el *Diccionario de derecho electoral*, “son entidades de interés público, la ley determinará las formas específicas de su intervención en el proceso electoral. Los partidos políticos nacionales tendrán derecho a participar en las elecciones estatales y municipales”.

Para Elisur Arteaga Nava y Laura Trigeros Gaisman en el *Diccionario jurídico, temático de derecho constitucional*, Los partidos políticos “son solo un medio para hacer efectivo al principio democrático, no son la única vía para ello, ni pueden sustituir la intervención directa de la ciudadanía en el ejercicio de sus derecho políticos”.

Algunas de las características de los partidos políticos es el estar constituidos por una parte plural de la población, grupo de hombres y mujeres, que son ciudadanos en el pleno ejercicio de sus derechos cívicos y que legalmente se organizan en forma permanente, en términos generales, un partido no debe ser la obra y el pensamiento de un solo hombre, dentro de estos encontramos a los dirigidos y los dirigidos.

Siendo que la mayor parte de los países cuenta con leyes electorales todo partido político debe constituirse bajo la legislación correspondiente, por lo anterior, son instituciones políticas permanentes que a través de su desenvolvimiento histórico representan una garantía de seriedad y responsabilidad del pensamiento político de un pueblo.

Así mismo, todo partido debe contar con ideologías y programas políticos comunes para así completar los fines que representan, es decir, debe ejecutar una plataforma política integrada por sus principios originales, debiendo comprender un programa nacional que resulte del estudio de los grandes problemas o necesidades de un país y de la forma y medios para solventarlos.

“En México, las ideologías políticas están muy presentes y es por ello que toda organización política que aspire a obtener registro como partido político

nacional debe precisar sus principios ideológicos de carácter político, económico y social, esto, definido por nuestro Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales”.

Es importante mencionar que existe una diversidad de partidos ya que cada uno de estos agrupa a porciones del total de un cuerpo electoral, esto debido a que los partidos buscan una colaboración suficiente de los electores que les permita asumir el poder.

Si bien es cierto, el partido político tiene por objeto asumir el poder, ello no condiciona su existencia, aunque sin la obtención de este no podría desarrollar sus fines, por lo tanto implica la voluntad manifiesta y efectiva de ejercerlo directamente y su función va de acuerdo a los sistemas políticos en que se encuentran insertos además del entorno político, social y económico en su ámbito de actuación, surgiendo como principales la transmisión de demandas, la organización de las elecciones y el nombramiento de personal político, una vez obtenido el poder, esto es en caso de triunfar este impone un equipo de hombres encargados de realizar los propósitos del mismo, permitiendo a los países democráticos la renovación del equipo gubernamental anterior.

Al respecto, conviene tener presente que el artículo 41, párrafo segundo, base I, de la Constitución establece el derecho de los partidos políticos nacionales a participar en las elecciones estatales, municipales y del Distrito Federal, y dispone asimismo, que la ley determinará las normas y requisitos para el registro legal de los partidos políticos y las formas específicas de su intervención en el proceso electoral.

Conforme con este precepto, los partidos políticos nacionales se encuentran sujetos tanto a normas de carácter federal, como a normas de índole local, según los comicios en que participen, pues de acuerdo con la distribución de competencias prevista en los artículos 41 y 116, fracción IV, de la Constitución, las elecciones de los poderes de los estados se rigen por las normas emitidas por la legislatura local respectiva, en tanto que en la renovación de los poderes federales se aplican las disposiciones emanadas del Congreso de la Unión.

En tal virtud, los partidos políticos están vinculados a la Constitución federal y, en general, al sistema jurídico nacional, por lo que están obligados a regir sus actividades por el principio de juridicidad y los principios del Estado democrático, no sólo por mandato legal sino también por razones de congruencia con el régimen político en el que son actores fundamentales, de conformidad con su encuadre constitucional.

En armonía con lo señalado, en el párrafo cuarto del artículo 22 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se dispone que los partidos políticos nacionales están sujetos a las obligaciones establecidas en la Constitución federal y en el propio código.

En ese sentido, de acuerdo a lo previsto en el artículo 24 del citado ordenamiento electoral para que una organización pueda ser registrada como partido político nacional, necesitan formular una declaración de principios y en congruencia con ellos, formular su programa de acción, así como los estatutos que normen sus actividades; deberán contar con 3,000 afiliados en por

lo menos 20 Entidades Federativas, o tener 300 afiliados en por lo menos 200 distritos electorales uninominales; no pudiendo, por ningún motivo, tener menos del 0.26% de afiliados del total del padrón electoral federal que haya sido utilizado en la elección federal ordinaria inmediata anterior a la presentación de la solicitud de que se trate.

Para constituir un partido político nacional, la organización interesada, notificará ese propósito al Instituto Federal Electoral en el mes de enero del año siguiente al de la elección presidencial; para demostrar que cumple con los requisitos señalados en el párrafo anterior.

Partidos políticos como entidades de poder público. Un ejemplo de entidades de interés público son los partidos políticos, mismos que tienen como fin primordial, promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación federal, estatal y municipal y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo. Tienen personalidad jurídica, gozan de los derechos y de las prerrogativas que establecen la Constitución general de la República, las Constituciones políticas de los estados y demás normatividad electoral.

El sistema de partidos y la afirmación de la pluralidad política tienen su impulso definitivo con la reforma electoral de 1977. Es a partir de entonces que los partidos son reconocidos en la Constitución como entidades de interés público.

Nuestro país recorría el trayecto hacia una democracia plural y competitiva, a través de grandes transformaciones en el sistema electoral; fundamentalmente, en torno a las normas para la organización de las votaciones, las características de la institución encargada de ello, el sistema para la calificación de los comicios y la regulación de los partidos como entidades de interés público, con una vida institucional fortalecida a través de las disposiciones legales.

A raíz de la reforma de 1977 se les otorga a los partidos políticos el carácter de entidades de interés público y se rechaza la concepción anterior de que era meras asociaciones privadas. Se les otorga este carácter ya que los partidos promueven o tienen como finalidad la participación del pueblo en la democracia. Existe otra entidad de interés público que son las comunidades indígenas como lo indica la constitución

Su objeto al ser entidades de interés público es preservar las prerrogativas de la ciudadanía, sus acciones no son puramente individuales, ya que tienen características de acciones de interés público o colectivo, denominadas también como acciones de clase o grupo.

Los partidos políticos son a través de los cuales se establecen vínculos entre la sociedad y el Estado. Ayuda a la formación de los gobiernos asegurando la personificación de la sociedad.

Los partidos políticos son entidades de interés público porque cumplen un papel en la ingeniería política del poder del Estado mediante la organización de la ciudadanía con una cierta independencia y autodeterminación y desde un régimen jurídico establecido ex profeso.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido cinco tesis jurisprudenciales y una aislada pronunciada por la segunda sala con respecto al tema de entidades de interés público, todas ellas pronunciadas en la actual novena época y la mayor parte de su contenido con respecto al tema de los partidos políticos.

En ninguna de las tesis se define el concepto de entidades de interés público, solamente en la tesis P.J. 40/2004 (Consultable en el disco óptico *IUS, Jurisprudencias y tesis aisladas Junio 1917-diciembre 2012*) se señala que los partidos políticos son entidades de interés público y deben cumplir con los fines que establece el artículo 41 constitucional como son: 1) que sean el medio para promover la participación del pueblo en la vida democrática; 2) que contribuyan a la integración de la representación nacional y 3) que hagan posible el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder público. Asimismo en la tesis P./J. 146/2005 define la obligación de los partidos políticos como entidades de interés público referida al aspecto de la transparencia en lo relativo a la obtención, manejo y destino de los recursos públicos y privados que reciben para el desarrollo de sus actividades ordinarias y de campaña.

La misma tesis se aplica para interpretar un caso específico regulado en la Ley Electoral de Quintana Roo al señalar que el artículo 32, fracción II, de la citada ley, prevé como requisito para aspirar a ocupar un cargo de elección popular en la entidad el ser electo o designado candidato por un partido político o coalición, aunque la Constitución Local no lo establezca, no transgrede lo previsto en la fracción I del artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En cinco tesis se alude a lo previsto en los artículos 41 fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 22 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales al señalar que los partidos políticos nacionales son entidades de interés público, constituidos por ciudadanos, con derecho a participar en los procesos electorales federales, estatales y municipales, cuya finalidad es promover la participación ciudadana en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y, como organizaciones de ciudadanos, favorecer el acceso de quienes postulan como candidatos al ejercicio del poder público.

En la tesis P./J. 29/2004, se analiza el tema del derecho que gozan los partidos políticos en relación con el financiamiento público de los partidos al considerar que el hecho de que el artículo 30, párrafo primero, del Código Electoral del Distrito Federal, establezca que los partidos políticos que por sí mismos hubieren obtenido por lo menos el 2% de la votación total emitida en la elección de diputados a la Asamblea Legislativa por el principio de representación proporcional, tendrán derecho al financiamiento público de sus actividades, no viola el principio de equidad, pues, por una parte, se da un trato igual a todos aquellos partidos políticos que se encuentren en la misma situación, ya que los que no alcancen la votación mínima requerida no tendrán derecho al financiamiento público y, por otra, aun cuando los partidos políticos conserven su registro nacional, lo cierto es que si no tienen a nivel local (Distrito Federal) representatividad, al no haber alcanzado el porcentaje

mínimo, es evidente que no están en situación igual a aquellos que sí obtuvieron ese porcentaje.

En la tesis aislada 2a. XXII/98 podemos observar ciertas características que nos pudieran llevar a definir que son las entidades de interés público al establecer que éstas no forman parte de las asociaciones privadas, ni constituyen órganos del Estado, y tampoco quedan comprendidas en los supuestos de excepción a que se refiere la fracción XXXI del apartado "A" del artículo 123 de la ley fundamental.

En otro orden, debemos destacar que desde la última década, ante un panorama de profunda desconfianza en los partidos, dirigentes e instituciones políticas en general, se comenzó a ponderar la necesidad de realizar modificaciones legales en la estructura institucional del país en el ámbito constitucional, en particular en lo relativo al funcionamiento partidario y electoral.

Es por eso, que surgió la necesidad de que los partidos políticos se democratizaran en su interior; siendo su finalidad primordial comprender todo el conjunto de disposiciones normativas y medidas políticas tendientes a garantizar que tanto la formación y manifestación de la voluntad partidaria, como los dirigentes internos seleccionados y los candidatos designados para ocupar puestos de poder, sean acordes y correspondientes con la voluntad mayoritaria de los miembros del partido.

De lo anterior, podemos señalar que la democracia interna de un partido se desenvuelve principalmente a través de tres esferas principales: la primera tiene que ver con la realización de ciertas funciones sociales que permiten conectar al partido con las aspiraciones de una porción de la ciudadanía; la segunda se vincula a la capacidad del partido para darse su propia organización; y el último se relaciona con la capacidad del partido para generar un candidato acorde con las expectativas de quienes se adhieren a él.

En este aspecto, podemos destacar que ha sido criterio reiterado (Tesis VIII/2005) por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que, para el cumplimiento de las finalidades de los partidos políticos, éstos tienen una amplia libertad o capacidad autoorganizativa y autoregulatoria, siempre que sus actos y normas se ajusten al orden jurídico nacional y se respeten los derechos fundamentales de sus afiliados.

Por tanto, se considera que los documentos básicos de los partidos políticos prevén disposiciones normativas mínimas o fundamentales, sin que en dichos preceptos se establezca un entero y acabado desarrollo de los aspectos declarativos, ideológicos, programáticos, orgánicos, procedimentales y sustantivos, por lo que, como parte de su facultad autoorganizativa y autoregulatoria, es dable que los partidos políticos se den sus propias normas reglamentarias e instrumentales para el debido cumplimiento de sus fines.

Juan Manuel Arreola Zavala

PER SALTUM

La definitividad de los actos o resoluciones debe entenderse en el sentido de que si existen otras instancias para conocer y resolver las impugnaciones o

controversias promovidas por los ciudadanos, deberán de promoverse y agotarse en primer lugar antes de acudir a la interposición del juicio de amparo o los medios de impugnación en materia electoral previstos en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Esto es, dicha regla se aplica toda vez que tanto el juicio de amparo como los medios de impugnación en materia electoral, por su propia naturaleza, se deben conocer en una jurisdicción especializada o extraordinaria cuando ya no exista otra vía para resolver la controversia que pudiera ocasionar una modificación o revocación del acto o resolución reclamada.

Para que resulten procedentes los medios de impugnación extraordinarios previstos tanto en la ley de amparo como en la ley general correspondiente, es necesario que el acto o resolución reclamada, sea definitivo y firme.

Tales características se traducen en la necesidad que el acto o resolución que se combate no sea susceptible de modificación o revocación alguna, o bien, que requiera de la intervención posterior de algún órgano diverso para que adquiriera esas calidades, a través de cualquier procedimiento o instancia, que se encuentre previsto, en el caso concreto, en la normativa local.

En ese sentido, la procedencia y tramitación de dichos juicios y medios de impugnación está regida por reglas especiales y por principios fundamentales que los estructuran como el medio jurisdiccional idóneo para lograr la actuación de las prevenciones constitucionales, a través de una contienda equilibrada entre el gobernante y el gobernado.

Dentro de estas reglas fundamentales que estructuran al juicio de amparo y a los medios de impugnación en materia electoral, se encuentra el principio de definitividad que establece que dichos juicios o medios son procedentes en contra de actos definitivos, es decir, actos respecto de los cuales no exista ningún recurso ordinario o medio de impugnación por el cual puedan ser modificados o revocados; en consecuencia, la definitividad del acto como presupuesto de procedencia, implica que antes de acudir a dichos juicios o medios de impugnación en materia electoral, se deberán agotar los recursos que prevea la ley ordinaria y que sean idóneos para modificar o anular el acto de que se trate.

Por tanto, el principio de definitividad se cumple cuando se agotan previamente a la promoción de éste, las instancias que reúnan las dos características siguientes: a) que sean las idóneas, conforme a las leyes locales respectivas, para impugnar el acto o resolución electoral de que se trate; y, b) que conforme a los propios ordenamientos sean aptas para modificar, revocar o anular a éstos.

En esa línea argumentativa, la exigencia de agotar las instancias previas tiene como presupuesto que éstas sean idóneas, aptas, suficientes y eficaces para alcanzar las pretensiones de los justiciables en el pleno uso y goce del derecho presuntamente violado, pues sólo de esta manera se da cumplimiento a la máxima constitucional de justicia pronta, completa y expedita, además de otorgar racionalidad a la cadena impugnativa, en tanto que, para estar en aptitud de acudir a un órgano de jurisdicción excepcional y extraordinaria, los quejosos o justiciables debieron acudir previamente a medios de defensa e impugnación viables.

Ahora bien, si bien por regla general los medios ordinarios se deben agotar antes de interponer el juicio de amparo o en su caso, los medios de impugnación en materia electoral, para cumplir con el principio de definitividad, también lo es que existe una excepción a dicha regla que se actualiza cuando el agotamiento previo de los medios o recursos ordinarios se traduzca en una amenaza seria para los derechos sustanciales que son objeto del litigio, porque los trámites que existen y el tiempo necesario para llevarlos a cabo puedan implicar la merma considerable o hasta la extinción del contenido de las pretensiones o de sus efectos o consecuencias, entonces debe tenerse por cumplido el requisito de definitividad. A esta situación excepcional de agotar los recursos o medios ordinarios se le denomina *per saltum*, o salto de la instancia previa para interponer el juicio de amparo o medio de impugnación electoral correspondiente.

David Cienfuegos Salgado (*Justiciabilidad Electoral en México. Reflexiones, Retrospectivas y Retos*, 2013) señala que “el *per saltum* en el derecho procesal electoral federal mexicano consiste en la petición que el sujeto legitimado para promover alguno de los juicios constitucionales en la materia le hace al órgano jurisdiccional terminal para que éste, saltando las instancias correspondientes y ordinarias, conozca y resuelva un litigio cuyo conocimiento y resolución corresponde a un órgano jurisdiccional que, en situaciones ordinarias, debe dictar una resolución impugnante ante el referido órgano terminal”.

Asimismo, Lorenzo Barone (*Recurso Extraordinario Federal*, 2009) estima que dicha figura “es un instituto de naturaleza procesal mediante el cual, en casos de extrema excepcionalidad, fundados en razones de gravedad institucional seria, interviene la Corte Suprema de Justicia en una causa judicial por salto de las instancias judiciales intermedias, a fin de que resuelva la controversia”.

Es decir, el *per saltum* consiste en la solicitud que realiza el actor o quejoso en un juicio a un órgano jurisdiccional terminal de control constitucional y de legalidad, tratándose de la revisión de sentencias o resoluciones que ponen fin al procedimiento, derivadas de un proceso jurisdiccional que pudiese atentar contra los derechos de las personas, a fin de que conozca y resuelva de la controversia sin necesidad de agotar las instancias previas ordinarias intermedias, por actualizarse un caso de excepción al principio de definitividad.

Por tanto, para que proceda el *per saltum* resulta necesario acudir a la situación extraordinaria o sui generis que se genere por razones de premura, indefensión o de probable irreparabilidad del acto reclamado, a fin de que conozca y resuelva la controversia el órgano jurisdiccional terminal, que será el que determine si en el caso concreto se actualiza dicho instrumento procesal instaurado a fin de no agotar el principio de definitividad de las instancias previas.

Por último, caber mencionar que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha emitido criterio al respecto en la jurisprudencia 9/2001, que lleva por título: “Definitividad y firmeza. Si el agotamiento de los medios impugnativos ordinarios implican la merma o extinción de la pretensión del actor, debe tenerse por cumplido el requisito”.

Juan Manuel Arreola Zavala

PERFIL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

El *perfil* se puede definir como el conjunto de rasgos peculiares que caracterizan a alguien o algo, en este sentido, cuando se habla del perfil del juez constitucional se hace referencia al conjunto de rasgos que deben tener aquellos juristas que son los guardianes de la Constitución.

En la conformación del perfil del juzgador se deben tomar en cuenta dos tipos de rasgos. En primer lugar se encuentran los de carácter subjetivo que atienden al juez como persona, y que son necesarios para desempeñar adecuadamente el cargo, vinculados con su vocación, aptitud, valores y visión; por otro lado se encuentran aquellos de carácter objetivo, relacionados con los conocimientos y experiencia con que deben contar los juzgadores para dictar sus sentencias.

Rasgos subjetivos:

— *Vocación de servicio.* La labor de juzgar requiere de una vocación específica, pues un juez comprometido con el derecho y la justicia debe dedicar todo su tiempo y esfuerzo al estudio de los casos sometidos a su consideración, de las normas y la jurisprudencia.

Esta dedicación se ve recompensada con el dictado de cada sentencia, pues a través de las mismas se materializan las horas de trabajo y reflexión, en beneficio de los justiciables y de la sociedad en general.

— *Aptitud psicológica.* Es importante que aquellas personas que se desempeñan como juzgadores se encuentren en un estado psicológico óptimo, pues ello es la base para que puedan emitir sus juicios con objetividad, además de esta manera se excluyen preconcepciones alejadas de las normas, tanto en el dictado de las sentencias como en el trato con las partes y los subordinados.

— *Valores de la ética judicial.* Un buen juez no sólo es aquel que dicta sus resoluciones con apego a la normatividad, fundando y motivando en todo momento sus determinaciones, sino que también es aquel que cuenta con diversas virtudes que le permiten mejorar su desempeño día a día, alejado de influencias ajenas al derecho.

Los jueces deben ser un ejemplo no sólo al interior del órgano jurisdiccional del que son titulares, sino que deben ser un ejemplo de vida, comprometidos con los valores y la verdad, alejados de los vicios que puedan afectar o comprometer su desempeño.

En México los juzgadores del Poder Judicial de la Federación deben guiar su actuar bajo los principios de independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo y excelencia, los cuales se encuentran previstos en la Constitución.

— *Hombres y Mujeres de Estado.* Los jueces constitucionales definen el rumbo del sistema jurídico al interpretar la Constitución y, en su caso, al expulsar del sistema jurídico las normas que se opongan al texto fundamental, lo cual incluso puede tener repercusión en la agenda y en las políticas públicas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

En este tenor, se requiere que los jueces constitucionales tengan una visión amplia que les permita advertir de forma íntegra, las posibles consecuencias que pueden tener sus resoluciones y la forma cómo incidirían en el Estado.

— *Determinación en el dictado de las sentencias.* Con relación al punto que precede, los jueces constitucionales son sabedores que sus resoluciones pueden impactar de forma importante el destino del Estado, lo anterior conlleva a la responsabilidad de que tomen sus decisiones con total firmeza, independientemente si resultan o no populares a la vista de las personas.

Rasgos objetivos:

— *Conocimiento constitucional especializado.* Los jueces constitucionales como guardianes de la Constitución deben contar con los conocimientos especializados para llevar a cabo esta labor, en este sentido deben ser expertos, entre otras cuestiones, en derecho constitucional, derechos humanos, derecho procesal constitucional, teoría de la constitución, argumentación jurídica, interpretación jurídica e interpretación constitucional.

— *Conocimiento de otras materias.* Para que los jueces constitucionales lleven a cabo su labor, no sólo se requiere que sean expertos sobre las materias antes mencionadas, sino también sobre las materias bajo las que se rige la norma impugnada o bajo las que se encuentran regulados tanto el acto como la resolución que se considera inconstitucional.

Lo anterior es así, pues para determinar si una norma se apega o no al texto constitucional se requiere saber cómo funciona el sistema, y la forma cómo interactúa la disposición, el acto o la resolución dentro del mismo.

— *Conocimiento de derecho internacional.* Cuando los Estados se encuentran dentro de un proceso de integración regional, se elaboran documentos fundacionales, en este sentido los jueces constitucionales no pueden ser ajenos a los mismos, y para resolver los asuntos sometidos a su consideración deben tomar en cuenta dichos documentos, tomando como base el sistema de recepción de los mismos.

De esta forma los jueces también deben tomar en consideración la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales, que sean vinculantes y tengan repercusión en los asuntos sometidos a su jurisdicción.

— *Conocimiento del derecho internacional de derechos humanos.* Existen sistemas jurídicos, como el de México, en el que los jueces constitucionales —e incluso los jueces de instancia— deben ser jueces de derechos humanos, esto es, no sólo deben interpretar la Constitución para proteger los derechos fundamentales contenidos en la misma, sino también los tratados internacionales que contienen derechos humanos.

En este sentido, deben realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, bajo los principios adoptados para ello como el *pro persona* y el de interpretación conforme, lo cual, incluso propicia el diálogo entre la jurisprudencia interna y la de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

— *Conocimiento de derecho comparado.* Los jueces constitucionales deben conocer los principales criterios de las cortes y tribunales constitucionales, en la medida en que pueden resultar orientadores en el dictado de sus sentencias.

— *Conocimiento de la gestión de un órgano jurisdiccional.* Los jueces deben saber administrar los recursos humanos y materiales del órgano jurisdiccional del que son titulares, con la finalidad de que exista una adecuada distribución de

las cargas de trabajo, y que sea eficiente en la sustanciación de los procedimientos.

Como se puede advertir, los jueces constitucionales comparten con los jueces de instancia diversos rasgos, pues la labor de juzgar al final implica la conformación de un perfil común, el que se debe especializar en atención a las materias que conocen los juzgadores.

Debe destacarse que el perfil del juzgador constitucional, se debe forjar momento a momento, pues las relaciones sociales y por ende el derecho evolucionan y los jueces se deben estar atentos a las nuevas circunstancias, lo que implica que deban dedicarse al estudio constante.

Luis Fernando Angulo Jacobo

PERJUICIO DE LOS INTERESES PÚBLICOS FUNDAMENTALES O BUEN DESPACHO

Quando se apela a la presencia de un perjuicio de los intereses públicos fundamentales, o al buen despacho, se evoca implícitamente a una categoría especial de valores, que van más allá del interés particular.

Ernesto Gutiérrez y González (*Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, 2008) dice que en el derecho romano, Ulpiano explicaba la diferencia entre el derecho público y el derecho privado: “*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod singulorum utilitatem*”, que significa: derecho público es lo que se refiere a las cosas de la ciudad: derecho privado es el que se refiere a los particulares.

Joaquín Escriche divide al derecho público, en general y particular. En lo general, el derecho público se identifica con el derecho internacional, con los fundamentos de la sociedad civil, que es común a muchos Estados. En lo particular, considera que el derecho público fija los fundamentos del Estado y las relaciones con su población. A este derecho dice que pertenecen la Constitución, la ley electoral, las leyes que regulan la organización de autoridades y tribunales, las leyes que aseguran el orden, la moral y la seguridad de los ciudadanos, las que fijan las condiciones del matrimonio, la patria potestad, la cualidad de las personas, entre otras y señala que también se le conoce como derecho político.

En cambio, para el mismo autor, el derecho privado se concreta a los negocios pecuniarios entre particulares y se compone de leyes que rigen contratos, testamentos, sucesiones y modos de adquirir la propiedad.

Ernesto Gutiérrez y González opina que es inútil clasificar al derecho en público y privado, pues la obligatoriedad de cualquier derecho es de interés público.

Es cierto que desde el enfoque de la validez de las normas, no podrían construirse categorías entre lo que debe considerarse derecho público y privado, pues desde el momento en que las normas quedan inscritas en el sistema jurídico, forman parte del derecho positivo y eso es suficiente para que todas revistan un interés general.

Sin embargo, más allá de esta idea de unificar a lo privado y lo público subsiste el problema de identificar cuáles son los intereses públicos fundamentales.

La respuesta viene de la jurisdicción y específicamente de la diferencia que existe entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción constitucional tiene una relación especial con los intereses públicos fundamentales que la jurisdicción común, no tiene.

En la justicia constitucional, las decisiones están más próximas a los valores o principios inscritos en el marco constitucional. En tanto que en la jurisdicción ordinaria se desahogan conflictos que no se relacionan necesariamente con ese tipo de intereses, sino con otros que conciernen a las partes. No obstante, aún en este tipo de casos, no se descarta la posibilidad de que prospere alguna vía de control constitucional, cuando hay vicios en el procedimiento o en la sentencia que se relación con la violación de algún derecho fundamental o bien cuando alguna norma aplicada es contraria a la constitución o a algún tratado internacional sobre derechos humanos.

En los distintos medios de control constitucional, como el juicio de amparo, las controversias constitucionales o las acciones de inconstitucionalidad e incluso, en el control difuso de convencionalidad (artículo 10. de la Constitución), hay necesidad de tomar decisiones que versan precisamente sobre estos intereses públicos fundamentales, que igual pueden llamarse derechos humanos, principios supremos como la dignidad, la igualdad, la equidad o la justicia o valores implícitos en ese tipo de normas (Grote, Rainer, *La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*).

En este sentido, un perjuicio a los intereses públicos fundamentales, tiene lugar cuando se descubre una incompatibilidad en el ejercicio de atribuciones legislativas, administrativas o jurisdiccionales, con los valores emanados de la Constitución; por tanto, el buen despacho, constituirá una calificación sobre el debido ejercicio de estas atribuciones y el mal despacho será lo contrario.

El artículo 129 de la nueva Ley de Amparo, menciona algunos casos en los que se pueden causar perjuicios al interés social o contravenir disposiciones de orden público.

Así, por ejemplo, se contravendrá el interés social o el orden público, cuando se continúe con el funcionamiento de centros de vicio o lenocinio; la producción de narcóticos; se permita la consumación o continuación de delitos; se permita el alza de precios en productos de primera necesidad; se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave; se impida la ejecución de campañas contra el alcoholismo y la drogadicción; se impida el cumplimiento de órdenes militares para la defensa del territorio, la independencia o la soberanía y seguridad nacional; se afecten intereses de menores; entre otros.

El propio artículo 129 de la Ley de Amparo, permite conceder una medida cautelar excepcionalmente, aún cuando se trate de alguno de los casos enunciados, si con la negativa de la medida cautelar se causa mayor afectación al interés social. Este artículo incorpora el juicio de ponderación, que es un balance entre los principios en colisión, mediante el cual se gradúa el peso de cada principio y se determina el principio prevalente, sin invalidar al principio opuesto (Ricardo, Guastini, 2010).

Por tanto, la jurisdicción constitucional valora el buen o mal despacho autoritativo a la luz de los intereses públicos fundamentales reconocidos en la Constitución; y, frente a una colisión, selecciona al principio prevalente.

Miguel Mendoza Montes

PERSONA JURÍDICA ANTE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

La personalidad jurídica propia e independiente de las personas jurídicas de derecho privado (PJ) respecto a la de sus miembros ha sido objeto de análisis por los principales sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Estos sistemas, que por lo general son similares en cuanto al régimen de acceso y garantía de los derechos de los particulares, presentan normativas y prácticas muy disímiles cuando se trata de demandas en donde la violación de derechos es cometida *prima facie* en contra de la PJ.

En el marco de las Naciones Unidas, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dispone que los individuos que aleguen ser víctimas de una violación pueden presentar comunicaciones en contra del Estado parte responsable. El Comité de Derechos Humanos (CDH) ha rechazado las demandas en donde se presenta como víctima de la violación a una PJ, ya que entiende que el protocolo al hacer referencia a los “individuos” sólo habilita a éstos a presentar demandas. De este modo una PJ constituida con arreglo a las leyes de un Estado parte de dicho protocolo no tiene derecho en cuanto tal a presentar comunicaciones al Comité.

Del mismo modo, el CDH ha inadmitido quejas cuando son los miembros de la PJ los presentados como presuntas víctimas, si es que conforme a su interpretación la violación afectó los derechos de la PJ y no a los derechos de las personas físicas relacionadas a esta. Para determinar la víctima del acto violatorio el CDH analiza a nombre de quién se agotaron los recursos de las instancias internas. De este modo, si los mismos fueron agotados a nombre de la PJ, de manera indefectible el CDH entiende que debe rechazar la demanda por tratarse de derechos que pertenecen esencialmente a la PJ.

No obstante lo anterior, puede notarse una diferenciación en el tratamiento de las demandas dependiendo el derecho que se reclame vulnerado. En tal sentido, tenemos que en ciertos casos cuando la demanda versa sobre libertad de expresión, a diferencia de otros derechos, el CDH tiende a obviar el análisis sobre las cuestiones relativas a la personalidad propia y separada de la PJ y tampoco presenta un criterio claro respecto al análisis del agotamiento de los recursos internos a nombre de la entidad o de sus miembros, ya que entiende que la propia naturaleza del derecho en juego está indisolublemente vinculado al individuo.

En el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), a diferencia del Protocolo Facultativo del PIDCP, dispone en su primer artículo que las Altas Partes Contratantes reconocen a “toda persona” bajo su jurisdicción sus derechos y libertades. A su vez, el Protocolo Adicional núm. 1 al CEDH, en su primer artículo reconoce que “[t]oda persona física o jurídica” tiene derecho al respeto de sus bienes. Es así que conven-

cionalmente el *ius standi* de las PJ se encuentra garantizado en el hemisferio europeo.

A diferencia de lo que ocurre en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), en el europeo se exige una identidad entre peticionario y presunta víctima, por lo que una PJ únicamente podría presentar una demanda en beneficio propio más no a nombre de una tercera persona, ni siquiera la de sus miembros. La práctica actual en el SIDH es inversa y las PJ solo pueden presentar peticiones en donde actúen como peticionarias y presenten como presuntas víctimas a personas físicas, sin importar la vinculación de éstas con la PJ en cuestión.

Entre los sistemas analizados, el europeo es el único sistema internacional de derechos humanos que hasta el momento habilitó el acceso a la más amplia gama de PJ, desde fundaciones y partidos políticos hasta corporaciones de evidentes fines lucrativos.

Además del acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), bajo el CEDH las PJ gozan de la protección tanto de derechos sustantivos como procedimentales. En el periodo de enero a julio de 2013, el 4,75% de las demandas analizadas por el TEDH corresponden a casos sometidos por PJ, o donde ellas son presentadas como las afectadas directas de una violación, y al menos el 68% de estas fueron abiertas a trámite por dicho tribunal.

El TEDH ha ido más allá, y ha reconocido que las PJ incluso gozan de determinados derechos morales susceptibles de ser reparados a través de indemnizaciones. Así por ejemplo, el Tribunal ha entendido que una PJ puede sufrir daño moral por la frustración de sus miembros o fundadores debido a la violación de sus derechos reconocidos en el CEDH (*Comingersoll S.A. c. Portugal*, núm. 35382/97, 6 de abril de 2000).

Los tres sistemas se asemejan en la negación del acceso a los entes gubernamentales como peticionarios por violaciones de derechos humanos ya que, independientemente del grado de autonomía que estos cuenten, las autoridades públicas no pueden presentar demandas contra su propio Estado.

En el marco de la OEA la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establece en su artículo 1o. la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. En su apartado segundo señala que persona “es todo ser humano”. A consecuencia de esta disposición la Corte y la Comisión Interamericanas (Corte IDH y CIDH) se han mantenido reacias a reconocer violaciones a los derechos de las PJ en cuanto tales.

Sin embargo, la práctica de la CIDH utilizando como instrumento normativo a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre dista mucho de aquella posterior a la entrada en vigor de la Convención Americana. Es así que en al menos tres oportunidades la CIDH declaró violados los derechos de PJ contenidos en dicha Declaración. El primero reconocía la violación del derechos a la asociación y la libertad religiosa de una asociación religiosa (Caso núm. 2137 “Testigos de Jehová”, Argentina) y los otros giraban en torno a la

libertad de expresión de dos medios de comunicación (Caso núm. 9250 “ABC Color”, Paraguay; Caso núm. 9642 “Radio Ñanduti”, Paraguay).

En 1991 fue la primera oportunidad en la cual la CIDH, en base a la Convención Americana, se pronunció sobre su competencia *ratione personae* respecto a las PJ. En la demanda fueron presentadas como presuntas víctimas los accionistas de una entidad bancaria (Caso núm. 10.169 “Banco de Lima”, Perú), y si bien durante el trámite del asunto el Estado no cuestionó la competencia *ratione personae* la CIDH resolvió declarar inadmisibles las peticiones por considerar que “para los propósitos de esta Convención, ‘persona’ significa todo ser humano”.

Con posterioridad a este asunto, la CIDH ha mantenido una práctica constante sosteniendo la inadmisibilidad de peticiones cuando la PJ es presentada como víctima directa. Asimismo la CIDH ha afirmado que, en principio, los accionistas no pueden considerarse víctimas de actos de interferencia con los derechos de una empresa, salvo que prueben que sus derechos se han visto afectados directamente. La forma de probar dicha afectación, al igual que la práctica del CDH, sería mediante el agotamiento de los recursos internos a nombre de éstos.

A pesar de lo anterior, la CIDH se ha mostrado más flexible en reconocer la afectación de derechos de las personas físicas relacionadas a la PJ cuando a través de esta se ejercen determinados tipos de derecho. Por ejemplo, entendió que si una conducta estatal interfiere en el ejercicio de un medio de comunicación sí podría configurar una violación al derecho a la libertad de expresión en perjuicio de las personas naturales que lo utilizan para difundir información y opiniones (Informe 72/11 “William Gómez Vargas”, Costa Rica). En estos casos la CIDH no rechazó la admisibilidad por haberse agotado los recursos a nombre de la PJ.

La Corte IDH se ha mostrado más flexible respecto al tratamiento de demandas donde la afectada directa es la PJ, y si bien aún no admite la posible vulneración de derechos de la entidad jurídica reconoce que bajo determinados supuestos el individuo puede acudir al SIDH para hacer valer sus derechos fundamentales, aún cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del derecho (Caso Cantos *vs.* Argentina, Excepciones Preliminares).

Natalia Chudyk Rumak

PLENO JURISDICCIONAL

La palabra pleno jurisdiccional está vinculada al término jurisdicción, que se refiere a la función jurisdiccional. El procesalista español Juan Montero Aroca llama a esta función, *derecho jurisdiccional*, que comprende aspectos relacionados con la potestad jurisdiccional, como: la organización judicial; la condición del juez; acción y pretensión y otros conceptos relacionados con obligaciones, cargas y categorías procesales (Gonzalo M., Armienta Calderón, 2006).

El propio Juan Montero Aroca explica que para el estudio de la jurisdicción, el derecho constitucional es el punto de partida de toda concepción doc-

trinal. En este sentido resalta la importancia de penetrar en la comprensión del Poder Judicial; la naturaleza de su función; sus órganos de gobierno y la relación con los demás poderes, legislativo y ejecutivo.

En este sentido, el término pleno jurisdiccional se emplea para nombrar a uno de los sujetos de la relación procesal; al juzgador, pero con la peculiaridad de que un pleno se conforma con más de un juez. Los jueces que integran el pleno deciden controversias judiciales de forma colegiada y mediante votación directa. Se requiere de la concurrencia de un número mínimo de miembros para que las sentencias sean válidas y puede exigirse, según las peculiaridades del caso, de una mayoría simple, calificada o de una votación unánime, así como de reglas de competencia, organización y lineamientos para superar la eventualidad de un empate.

La Constitución de 1857 disponía que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se integraría con once ministros propietarios; cuatro supernumerarios; un fiscal y un procurador general. El 1o. de diciembre de 1857 quedó instalada la primera corte y según el reglamento de 29 de julio de 1862, podía funcionar en pleno o en salas. Para las resoluciones del pleno bastaba la presencia de seis ministros y se tomarían por mayoría de votos presentes, teniendo voto de calidad el presidente de la corte (Joel, Carranco Zúñiga, 2000).

Con motivo de la reforma constitucional del 22 de mayo de 1900 al artículo 91 de la Constitución de 1857 se estableció que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondría de quince ministros y funcionaría en pleno o en salas. El Código Federal de Procedimientos Federales del 3 de octubre de ese mismo año precisó que el pleno, para su funcionamiento, requería de la presencia de nueve ministros. En tanto que los tribunales de circuito serían unitarios.

La Constitución de 1917 disponía que, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se conformaría de once ministros y funcionaría en pleno o en salas.

Las reformas más importantes que han tenido lugar a partir de la Constitución de 1917, han sido: la del 20 de agosto de 1928 que aumentó el número de ministros de once a dieciséis, al crearse una tercera sala; la de 15 de diciembre de 1934, que elevó el número de ministros a veintiuno, con motivo de la creación de la cuarta sala, encargada de conocer asuntos laborales; la del 19 de febrero de 1951 que se llevó hasta el 25 de octubre de 1967, en las que se crearon los tribunales colegiados de circuito y se aumentó a veintiséis el número de ministros, con motivo de la instalación de la sala auxiliar. El 10 de agosto de 1987 hubo otra reforma que entró en vigor en 1988 en la que se delegó a los tribunales colegiados de circuito el conocimiento de temas de legalidad y en 1994 tuvo lugar una reforma que incorporó al Consejo de la Judicatura Federal y retornó a la primigenia integración de once ministros, en lugar de los veintiséis anteriores. Cada sala se conforma de cinco ministros, bastando cuatro de ellos para su funcionamiento.

Los tribunales colegiados de circuito ocuparon un episodio importante a partir de su creación en 1951. Antes de esta fecha la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acumuló un rezago de 37,881 asuntos, con los entonces nuevos tribunales colegiados de circuito para el año de 1955 se redujo el número

a 10086 asuntos y se disminuyeron cuando se les extendió la competencia en temas de legalidad (Jorge Iñárritu, 1971).

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación vigente, dispone en su artículo 2o. que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se compondrá de once ministros y funcionará en pleno o en salas, sin que el presidente integre alguna de las salas. El diverso artículo 4 del mismo ordenamiento, señala que es suficiente la asistencia de siete ministros para que la Suprema Corte de Justicia, pueda funcionar en pleno. Sin embargo, con motivo de una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de abril de 2013, se precisa que se requerirá la presencia de al menos ocho ministros para los casos señalados en los artículos 105, fracción I, penúltimo párrafo y fracción II, y 107, fracción II párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En lo que concierne a los Tribunales Colegiados de Circuito, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en sus artículos 33 y 35 disponen, entre otras cuestiones, que esos órganos jurisdiccionales, se conformarán por tres magistrados; las resoluciones se tomarán por unanimidad o por mayoría de votos de sus integrantes.

La mencionada reforma del 4 de abril de 2013 a la Ley Orgánica, deriva de la diversa publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011 a los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que introdujo importantes cambios al juicio de amparo; así como de la que se publicó el 2 de abril del año 2013, a la Ley de Amparo.

En lo que aquí interesa, la reforma constitucional en la fracción XIII del artículo 107 del texto constitucional creó a los plenos de circuito. Se trata de tribunales encargados de dirimir el criterio que debe prevalecer entre tesis contradictorias, emitidas por tribunales colegiados de un mismo circuito.

El funcionamiento, número de integrantes, quórum, y formalidades para las sesiones quedaron regulados a través del Acuerdo General 14/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, publicado el 14 de junio de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*. Dicho acuerdo, dispone, entre otras cosas, que los plenos de circuito se integrarán por los tribunales colegiados que forman parte del mismo circuito; también precisa que si en un circuito existen dos tribunales colegiados, todos los magistrados conformaran el pleno, pero si hay más, únicamente sus respectivos presidentes; y que para su integración, bastará la presencia de la mayoría de sus miembros; salvo aquellos que se conformen de tres magistrados, en cuyo caso se requiere que todos asistan.

Miguel Mendoza Montes

PLENOS DE CIRCUITO

Uno de los elementos que más aporta a la seguridad jurídica es la uniformidad de las decisiones judiciales, reconociendo, desde luego, la posibilidad de la variación y modificación de los criterios en nuestro sistema jurídico.

En el derecho comparado no se encuentra disposición similar a la que ha creado el constituyente permanente en el texto de la Constitución Federal, y en la nueva Ley de Amparo en torno a los plenos de circuito. Sin embargo,

existen sistemas de unificación jurisprudencial como los procedimientos con que cuentan Argentina y Colombia; así como recursos de unificación de jurisprudencia y otros sistemas regulados como recursos extraordinarios —tal es el caso de Chile— de los cuales conocen sus cortes supremas.

La noción de los plenos de circuito lleva implícita precisamente la existencia de los distintos circuitos judiciales. Por su organización federal, que también se refleja en el sistema judicial, el territorio mexicano se encuentra dividido en circuitos y en distritos judiciales. A raíz de la creación de los tribunales colegiados de circuito cada uno de estos tribunales tiene la posibilidad de emitir tesis y, desde luego, jurisprudencias que resultan obligatorias a los tribunales inferiores existentes en su circuito, mas no así a otros tribunales colegiados de su misma jerarquía, existentes incluso en el propio circuito o en circuitos distintos.

A través de la historia del siglo XX podemos observar cómo la Suprema Corte de Justicia de México fue delegando, ya sea por autorización legislativa o por la determinación de acuerdos internos, facultades a los tribunales colegiados de circuito para conocer de determinados asuntos, concretamente de cuestiones de legalidad, dejando a la máxima autoridad judicial las cuestiones relativas a la constitucionalidad de actos y normas; en ese tenor se inscriben las reformas constitucionales y legales de los años 1988, 1992, 1995 que siempre tuvieron el propósito de disminuir el trabajo jurisdiccional de legalidad de la suprema corte.

La razón de la creación de los plenos de circuito radica en que con la proliferación de los tribunales colegiados de circuito, y la consecuente creación por cada uno de ellos, de jurisprudencia obligatoria para los tribunales inferiores, pero no entre sí, existen discrepancias al interpretar la norma jurídica. Es tal la variedad de criterios que la justicia se llega a tornar una cuestión de azar, dependiendo del criterio que sustente el tribunal terminal.

Las contradicciones de criterios entre tribunales colegiados de circuito eran resueltas por la suprema corte, en pleno o en salas, cumpliendo una función unificadora. Y por la proliferación de contradicciones, la corte tenía que dedicar mucho tiempo a resolverlas. Antes esto el legislador dispuso como solución la creación de los plenos de circuito.

La reforma constitucional del 6 de junio de 2011, previó la existencia de los plenos de circuito como uno de los elementos para descargar a la suprema corte del conocimiento de estos asuntos, y como un elemento para unificar la jurisprudencia; y se delegó al Consejo de la Judicatura Federal la obligación de crearlos. En caso de que exista contradicción de criterios entre los plenos de circuito procederá el máximo tribunal a definir el criterio imperante.

Tratándose de contradicciones entre plenos de circuito, se legitimó al procurador general de la República, a los tribunales colegiados de circuito y a sus integrantes, a los jueces de distrito y a las partes en los asuntos concretos para denunciar las contradicciones entre tribunales; así como a los ministros de la corte, a los plenos, a los órganos de la Procuraduría General de la República, y a los jueces para denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los plenos de circuito pueden estar integrados por todos los magistrados adscritos a los tribunales colegiados del mismo circuito o, en su caso, por los presidentes de estos órganos.

El Consejo de la Judicatura Federal emitió el acuerdo 14/2013 para regular lo relativo a los plenos de circuito. De la regulación específica se advierte que estos plenos tienen las siguientes características: 1. En los circuitos judiciales se establecerán los plenos, mismos que se compondrán por los presidentes de los tribunales colegiados del circuito respectivo; 2. En los circuitos en los que únicamente haya dos tribunales, los plenos se integrarán con la totalidad de los magistrados que lo conforman; 3. En aquellos circuitos donde existan más de dos tribunales colegiados se integrarán por sus respectivos presidentes.

Se decidió también que los tribunales colegiados auxiliares no integran los plenos. Que habrá plenos especializados por materia cuando existan tribunales especializados, y plenos sin especialización cuando los tribunales sean de conocimiento mixto. Cada pleno tendrá un magistrado presidente quien será designado de manera rotativa conforme a la lista del decanato en el circuito, durará un año en su encargo y no podrá ser reelecto para los dos periodos inmediatos posteriores.

Juan Carlos Cruz Razo

PLURALISMO JURÍDICO

La noción de pluralismo jurídico es uno de los binomios más utilizados en los últimos años en el discurso teórico de los sistemas jurídicos continentales y que ha resurgido de la historia misma de los ordenamientos jurídicos occidentales. El pluralismo como sinónimo de la tradición jurídica europea ha sido una nota característica en la añeja tradición del modelo jurídico de occidente. Harold Berman (*Law and revolution*) destaca que una de las constantes de la historia de la tradición jurídica de occidente fue la capacidad de generar un esquema de pluralidad de ordenamientos, y articularlos en un sistema jurídico donde lo local era convergente con lo supranacional. En ese sentido, se debe recordar uno de los rasgos de los ordenamientos jurídicos de la antigüedad: Su matriz consuetudinaria y la necesidad de interactuar con otros ordenamientos para ir delineando la geografía de la cultura jurídica occidental. Así, se puede advertir en la literatura un buen número de análisis sobre el pluralismo como ejercicio de comparación de tradiciones jurídicas. Por ejemplo, Francesco Calasso reconstruye la historia jurídica de la época medieval a través de la noción de pluralismo jurídico (*Medioevo del diritto*).

De lo anterior, se advierte como la discusión histórica sobre el pluralismo parte de la descripción de los ordenamientos jurídicos y los elementos que los integran. Por ello, en el siglo XX una de las disciplinas que contribuyó al desarrollo de la teoría jurídica del pluralismo fue el derecho comparado. Textos seminales como *Les grands systèmes de droit contemporain* de René David o *Introduzione al Diritto comparato* de Rodolfo Sacco establecieron la necesidad de concebir el universo jurídico desde una perspectiva más amplia desde una visión de sistema y a través de la visión plural de los sistemas jurídicos. Así, en el siglo pasado se cimentaron en Europa las bases de una teoría jurídica sobre

el pluralismo. Massimo Corsale señalaba una notable distinción, en la famosa *Enciclopedia del diritto*, entre pluralidad y pluralismo. Aquella se refiere al hecho concreto de que en un sistema social coexisten diversos ordenamientos jurídicos. El pluralismo es sobre todo un discurso que analiza los vértices del paradigma de la pluralidad desde una visión crítica. La rigidez que caracterizó la epistemología jurídica constitucional de la segunda parte del siglo XX, en donde el fenómeno jurídico estaba aparejado a la ley estatal como manifestación legislativa, ha dado paso a una nueva forma de entender el perfil de los paradigmas jurídicos del siglo XXI.

La geografía de la ciencia jurídica contemporánea presenta el pluralismo como una de las herramientas más eficaces para entender los procesos de globalización económica y transnacionalización del derecho. Más aún, el pluralismo ha sido uno de los grandes discursos de reivindicación social en las teorías justicialistas y garantistas del derecho. Las grandes denuncias de grupos sociales han encontrado en el pluralismo una categoría científica para reivindicar sus derechos. Incluso, dicha noción ha fungido como elemento axial del discurso de los derechos fundamentales. El pluralismo jurídico contemporáneo ha representado la mayor crítica a la modernidad jurídica, encarnada en el principio de igualdad y libertad. Así, se ha visto languidecer el modelo libertario frente a los grandes desafíos que ha presentado la época contemporánea, ya que las necesidades y expectativas sociales no han sido colmadas por el principio de igualdad y el estado moderno.

El pluralismo es también un discurso sobre la coexistencia de los ordenamientos jurídicos en donde se ha buscado dar una respuesta a los procesos políticos y económicos de regionalización, a partir del establecimiento de criterios mínimos de justicia en los diversos diseños institucionales. La Unión Europea ha presentado claramente la necesidad de buscar cánones que permitan homologar las diferentes realidades locales con principios jurídicos europeos. De tal suerte, en los últimos años se ha destacado la función del derecho comunitario en la construcción de espacios jurídicos. Lo local, lo estatal y lo global han aspirado a la construcción de un nuevo sistema jurídico. Justamente, el pluralismo como teoría y práctica busca la coexistencia de sistemas normativos y jurídicos en diversas realidades, tanto regionales como nacionales, a través de un discurso crítico que permita articular los principios de los sistemas y establecer un espacio jurídico común. Desde la teoría, el esfuerzo por parte de la ciencia jurídica ha estado acompañado por otras disciplinas sociales para integrar un corpus que permita la comprensión de nuevos fenómenos sociales y legales que identifiquen la creación de principios jurídicos que puedan establecer un espacio jurídico que contenga la gramática del Estado constitucional. En esta sede, la sociología ha jugado un rol fundamental en la construcción de un discurso jurídico que ha advertido las carencias del modelo legal cuya vocación legislativa había inhibido las consecuencias de la interacción social. La tradicional perspectiva del derecho ha transitado a la construcción de una disciplina social que reivindica las expectativas sociales en el marco de un sistema social lleno de desigualdades formales como concretas.

El pluralismo es una de las soluciones del derecho contemporáneo a las complejas realidades de la modernidad y posmodernidad jurídica (Boaventu-

ra de Souza Santos. *Sociología Jurídica Crítica*). Ni la libertad como principio político ni los procesos de globalización han escapado a la crítica del pluralismo jurídico. Derechos fundamentales, globalización, democracia constitucional, democracia participativa, movimientos sociales, minorías étnico-culturales, derecho comunitario, son algunos de los conceptos que han sido analizados por los vértices del pluralismo jurídico y reconocidos por la ciencia jurídica como parte determinante en la teoría del pluralismo jurídico. En esta perspectiva, debe señalarse la importancia en el establecimiento de una teoría sobre el pluralismo jurídico el surgimiento de movimientos sociales de reivindicación de derechos fundamentales de grupos vulnerables, al evidenciar las respuestas débiles del sistema nacional.

Surge pues una interrogante que vale la pena menuzar, por sus alcances y efectos en los ordenamientos jurídicos. ¿Cómo lograr establecer el canon del pluralismo en los diversos diseños institucionales? O de dicho de otra manera, cómo entender en la actualidad la veta del pluralismo en la aplicación del derecho y en el aseguramiento de libertades básicas. La filosofía política anglosajona ha contribuido de forma decisiva en la discusión. Charles Taylor ha propuesto la teoría del multiculturalismo como una salida a la encrucijada que plantea el liberalismo a partir de la política del reconocimiento (*Multiculturalism*). Kymlicka ha sugerido la noción de ciudadanía multicultural como punto de partida de los derechos de las minorías (*Multicultural Citizenship*). Otros autores han destacado la necesidad de desculturalizar la noción filosófica de los derechos, separando el debate entre liberales y comunitaristas, para vincularla a una nueva teoría jurídica de los derechos fundamentales, en donde el pluralismo sea el eje del reconocimiento jurídico y la necesaria coordinación de jurisdicciones en el marco del Estado nacional (Mario Cruz Martínez, ¿Es necesaria la desculturalización de los derechos indígenas?).

Como se podrá advertir, las posibilidades que inaugura el pluralismo han logrado establecer nuevas vetas de reflexión en la filosofía del derecho y en las teorías jurídicas contemporáneas. Dentro de la ciencia jurídica, algunos autores, como Peter Häberle (*El Estado Constitucional*), han concebido el derecho comparado como una herramienta determinante en la aplicación de la cultura jurídica de un país determinado y en ese reconocimiento, la posibilidad de ampliar los parámetros de protección constitucional. Así, la desestatalización de los sistemas jurídicos ha pasado por revisar los conceptos básicos del Estado moderno y en ese marco, las interrogantes han sido tan amplias como complejas. Cómo se puede revisar la noción de soberanía estatal, en tanto elemento nuclear de todo tipo de democracia y a la luz de los procesos de globalización jurídica; qué relación surge en el seno de los diseños institucionales entre los conceptos de regulación jurídica y emancipación social; cómo afecta la connotación de cultura en el ámbito constitucional; qué importancia tiene la noción de ciudadanía, entre otros. Como se puede advertir, las interrogantes son profundas por su alcance en el ámbito de las disciplinas sociales y en la construcción de las teorías jurídicas. Sin embargo, surge dentro de la gramática jurídica, el derecho de la unificación y derecho comparado como disciplinas señeras para concebir los modelos que plantea el pluralismo jurídico. Hoy día, el pluralismo tiene su mejor evidencia en el derecho de la

unificación. A través de cuerpos unificados del derecho se puede evidenciar la capacidad de los sistemas legales por la armonización en diversas áreas del derecho público y privado. Por su parte, el derecho comparado y otras disciplinas afines, como el derecho procesal constitucional, buscan el estudio de los diferentes instrumentos legales como textos legislativos y fundamentalmente, la rica jurisprudencia nacional e internacional para lograr el conocimiento de los modelos jurídicos y encontrar los elementos de coexistencia y equilibrio. En resumen. El pluralismo jurídico es hoy día un discurso crítico del sistema jurídico y una poderosa herramienta de diálogo entre las culturas jurídicas.

Mario Cruz Martínez

PODER JUDICIAL

Ha sido un error muy extendido, y sólo abandonado en fechas recientes, el desdén hacia el Poder Judicial como objeto de atención por el derecho constitucional, que había llevado su curiosidad a los otros dos poderes clásicos: Ejecutivo y Legislativo. Las razones parecen ser históricas. El Montesquieu del *Espíritu de las Leyes* creía que el poder de juzgar era en cierto modo nulo y escasamente peligroso para los ciudadanos. También Hamilton en *El federalista* decía que el judicial era el más débil de los tres departamentos del poder, porque ni influye sobre las armas ni dirige la riqueza, ni puede tomar una resolución activa. En esta antigua línea de pensamiento se insertan los tratadistas que afirmaron que no es un verdadero “poder” sino una simple “función” consistente en la aplicación pura y simple de la ley. Nada de esto es cierto ni resulta una comprensión adecuada, por ejemplo, a las normas de la Constitución mexicana, las cuales consagran el moderno entendimiento de la justicia como un poder independiente, gobernado por un Consejo de la Judicatura, y que se mantiene unido a través de la jurisprudencia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lógica que debe entenderse igualmente predicable de los sistemas de justicia de los estados.

La expansión de la juridicidad inherente al Estado de derecho ha llevado a jueces y tribunales a ejercer nuevas y variadas funciones, de esencial importancia, que difícilmente pudieron imaginar los liberales que en el siglo XIX realizaron la codificación; tantas, que ese Poder Judicial de mínimos se ha transformado en su magnitud. Hoy casi no existen ámbitos exentos de jurisdicción y en muchos Estados constitucionales se avanza en el control de los elementos reglados de los actos políticos del gobierno (incluidos ámbitos que pueden ser secretos de Estado o nombramientos de altos cargos) y de la discrecionalidad administrativa, mediante diversas técnicas. Los tribunales controlan también los procedimientos electorales y el escrutinio, superando el viejo modelo de revisión parlamentaria de las actas. Han aparecido nuevos órdenes jurisdicciones distintos al civil y penal, y jueces especializados en materias como la mercantil o la contencioso-administrativa. La justicia constitucional controla la constitucionalidad de las leyes, haciendo del Congreso, no un órgano soberano sino un poder constituido sometido a la Constitución. Y, día a día, los órganos judiciales revisan la potestad reglamentaria y los actos administrativos de diversos gobiernos multiniveles (la Federación, los Estados,

y los municipios). El Consejo de la Judicatura ha asumido buena parte de las competencias sobre la administración de justicia con la finalidad de asegurar la independencia externa de la judicatura respecto de los otros poderes. En consecuencia, la organización del Poder Judicial y la determinación de los límites de sus funciones para impedir que invadan a otros poderes, incurriendo en una función de suplencia, han alcanzado una notable complejidad. Al tiempo, la independencia de los órganos judiciales es tan esencial para la propia supervivencia de la democracia constitucional que únicamente respecto de la justicia podemos realmente pensar en la necesidad de una verdadera “separación” de poderes, y no en un entendimiento más flexible de tal división como ocurre en la realidad con el juego de contrapesos entre el Legislativo y el Ejecutivo, incluso en los sistemas presidenciales.

En países como México, este poder debe adjetivarse con dos calificativos esenciales: “federal” y “difuso”. La Constitución reconoce una dualidad, el Poder Judicial de la Federación y aquellos establecidos en las Constituciones de los estados, siguiendo la influencia del constitucionalismo estadounidense, un modelo federal clásico que se superpuso a la organización procesal heredada de la colonia. Por otro lado, hoy tiende a comprenderse —siguiendo a la doctrina italiana— como un poder “difuso”, es decir, tan dilatado en su unidad como para que cada juez o tribunal sea independiente del resto en sus enjuiciamientos. Esta independencia interna es no menos relevante que la externa, y demanda una organización judicial desprovista de criterios de jerarquía y subordinación —a diferencia del Ejecutivo—, que alcanza su unidad mediante un sistema de recursos judiciales que vertebran la jurisprudencia, en particular, las sentencias constitucionales, la casación de la ley y la unificación de doctrina de los tribunales.

La función jurisdiccional ya no puede caracterizarse como la aplicación de la ley al caso, recurriendo a la teoría de la subsunción de los supuestos de hecho en normas abstractas y generales: una premisa mayor y otra menor. El juez no es la boca que expresa las palabras de la ley. Nada es tan mecánico ni automático. La realidad es harto más compleja y exige del juez un esfuerzo interpretativo. Los jueces construyen las normas a partir de diversas fuentes del derecho y mediante disposiciones de muy diversos rangos: constitucionales, internacionales, legales, reglamentarias; con las que a menudo no es sencillo alcanzar una interpretación sistemática y desprovista de contradicciones. La distinción entre creación y aplicación de la ley no puede comprenderse más que como ingredientes de un mismo fenómeno en diferentes dosis. Asistimos a un derecho cada vez más dúctil construido a través de principios generales, que dan una mayor imprecisión al canon o parámetro de enjuiciamiento. Las leyes actuales están repletas de remisiones, cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados de no siempre unívoca inteligencia. La antigua unidad de la ley se ha descompuesto en una pluralidad de tipos de leyes con diversas funciones y objetos. Y la descentralización federal en diversos ordenamientos internos o la protección internacional subsidiaria de los derechos contribuyen a enriquecer, y a complicar, la selección de las fuentes. El juez moderno ejerce una cierta discreción —o discrecionalidad— judicial: dicta una verdadera

decisión judicial responsable, limitada por la predeterminación normativa de las fuentes y su sujeción a la Constitución y a la ley.

En este escenario moderno, los derechos fundamentales de los justiciables que integran el derecho al proceso debido (la tutela judicial efectiva y las garantías constitucionales en los juicios) han contribuido a transformar la regulación de los procesos y la forma de ejercer la función jurisdiccional al hacer del justiciable —y no el juez— el centro de este servicio público en cuanto titular de unos derechos de prestación. La necesidad de interpretar de manera finalista y antiformalista los requisitos procesales, y no como obstáculos insalvables, de favorecer la subsanación de los defectos, de impedir situaciones de indefensión, de permitir la prueba, de garantizar los derechos al juez ordinario e imparcial y la igualdad de armas de las partes, son entre otros muchos, ingredientes esenciales de esta nueva organización. El juez moderno está comprometido por mandato constitucional con el Estado de derecho y los derechos fundamentales.

Una independencia judicial tan amplia y constitucionalmente garantizada, un poder tan difuso y dotado de funciones importantes deben tener como contrapesos la responsabilidad del juez por distintas vías (entre otras la disciplinaria ante el Consejo de la Judicatura), un serio sistema de reclutamiento objetivo y un régimen estricto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades que aseguren que ejerce la potestad jurisdiccional con eficacia, exclusividad, independencia e imparcialidad.

Javier García Roca
Alfonso Herrera García

POLITICAL QUESTIONS

La doctrina de las *political questions* se originó en Estados Unidos, a partir del impulso que la corriente judicial auto-restrictiva —*self restraint*— o prudente impuso en las resoluciones de casos difíciles, al asumir que había cuestiones constitucionales que no eran justiciables, o dicho en otros términos, materias que —en principio— no eran solucionables a través del proceso judicial debido a la ausencia de una norma aplicable. Sin embargo, también se puede señalar la existencia de la corriente contraria o del activismo judicial clásico —*judicial activism*—, según el cual (en virtud del caso *Marbury vs Madison*) no había disposiciones legales que pudieran exceptuarse del control constitucional. Asimismo, se observa una tercera corriente judicial, la denominada corriente funcional, que trata de balancear ambos extremos estableciendo razones prácticas para su intervención. En todo caso, esta doctrina en sus diferentes modalidades ha tenido impacto en la jurisprudencia comparada de los tribunales constitucionales europeos, sobre todo a partir de la lucha contra el formalismo jurídico-constitucional.

A partir de interpretar críticamente la cuestión política de las causas judiciales difíciles es que se puede perfilar la posición del tribunal constitucional con relación al Congreso y al gobierno, para lo cual cabe plantear —en vez de preguntar qué es una *political question*— cuándo un tema de la agenda pública se convierte en una *political question*. Y es que, como sostiene Philippa Strum,

resulta imposible una definición jurídica del término en la medida que en el proceso judicial las cuestiones políticas son los asuntos sin solución, pero a la vez, los asuntos sin solución en el proceso judicial son las cuestiones políticas.

Por ello, es en el marco del derecho comparado donde se puede plantear con claridad la problemática de las *political questions*. En ese sentido, es importante destacar, en la jurisprudencia comparada, el intento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en 1962, de establecer criterios que las identificasen. Así, en el caso *Baker vs. Carr*, dicho Tribunal Supremo sentenció que en todos los casos en que se había formulado la doctrina de las *political questions*, se trataba: (i) de un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional, (ii) de una carencia de estándares judiciales apropiados para su enjuiciamiento, (iii) de una imposibilidad respecto a que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político idóneos para un tipo de discreción claramente no judicial, (iv) de una imposibilidad respecto a que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales, (v) de una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada, y finalmente (vi) de una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales. No obstante, en este punto la jurisprudencia norteamericana no ha sido uniforme, si se considera que este aporte delimitador de las *political questions* del liberal Tribunal Warren fue, más bien, una excepción. Tal como quedó establecido a partir del *Tribunal Burger*.

En todo caso, para perfilar el alcance de las *political questions*, se hace necesario apelar no sólo a la dogmática, sino también al quinto método de interpretación del derecho constitucional comparado en su forma jurisprudencial. En ese sentido, la calificación de un proceso constitucional como político o no, no tiene una definición *a priori*, sino casuística, en la medida que lo político opera con categorías decisionistas, las que están de acuerdo con el *Zeitgeist* de cada época y país, aunque dentro del marco político y jurídico del régimen democrático y constitucional. Precisamente, es en esa tensión permanente y universal entre el derecho y la política democráticos, donde se podrían encontrar algunas reglas de entendimiento y encuadramiento de los procesos constitucionales políticos, así como en las posibilidades y los límites de la interpretación jurídico-constitucional de las *political questions*.

A diferencia de los Estados Unidos, donde la tradición judicial estableció que las *political questions* no eran cuestionables en principio, la doctrina constitucional europea asume una postura de control político o material de la Constitución, mediante determinadas técnicas interpretativas.

En el caso alemán, el Tribunal Constitucional Federal alemán tuvo un papel muy importante cuando se plantearon cuestiones políticas “*politischen Fragen*”, en relación con algunas leyes y medidas económicas dictadas por el Parlamento y el Gobierno, durante la etapa de la reconstrucción económica después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, en Alemania la doctrina de las cuestiones políticas también ha ido tomando forma a través de la doctrina de la justicia política —*Politische Justiz*—, en la cual el TCF se ha visto compulsado a defender la democracia política, mediante la resolución de casos políticos durante la etapa de la posguerra, como la disolución del Partido

Socialista del Imperio (partido neonazi), la disolución del Partido Comunista Alemán o, más contemporáneamente, la condena a los actos terroristas de los miembros de la Fracción del Ejército Rojo.

En cuanto a la experiencia jurisdiccional española sobre cuestiones políticas, ésta nos muestra algunos casos judiciales de alta relevancia política y social, como en la lucha del Estado contra el terrorismo. En estos casos se ha presentado el tema de las cuestiones políticas —si bien no en la forma de la doctrina norteamericana o alemana— en clave de control material de la Constitución.

De otra parte, en América Latina se puede señalar que la justicia constitucional tiene un desarrollo embrionario en materia constitucional para hacer justificable las llamadas cuestiones políticas.

En Argentina, en la década de los ochenta, con el retorno a la democracia la jurisprudencia fue consolidando progresivamente una posición de control de la constitucionalidad de los actos políticos, no exenta de avalar ciertas decisiones políticas, como la convalidación de la llamada ley de la obediencia debida, alegando la gravedad de la crisis militar, bajo la doctrina de la emergencia, para evadir el juzgamiento del militar Camps, acusado de violar los derechos humanos, lo que ha sido corregido en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina sobre el caso Simón, que declara inválida dicha legislación.

En el Perú, se puede señalar que el tribunal constitucional ha establecido una jurisprudencia sobre las *political questions*, en la sentencia que plantea cuestionar la decisión del congreso relativa a la expulsión de tres magistrados constitucionales, por haber violado el derecho al debido proceso, entre otros argumentos.

En suma, la judicialización de las *political questions* es una tarea que le corresponde decidir al Tribunal Constitucional y no al Congreso —en cuanto a su alcance o la densidad de control judicial— a través del desarrollo de los clásicos principios y las nuevas técnicas de interpretación constitucional. Con ello se evita que frente al abuso parlamentario o del gobierno se instale el abuso judicial, lo que no obsta para que se planteen una serie de problemas, como la sensación generalizada de estar pasando del gobierno de los representantes democráticos al *gobierno de los jueces* sin que existan mecanismos de responsabilidad democrática de estos últimos. No hay una única solución a ese real peligro, pero una cuidadosa selección de los magistrados, el establecimiento de las garantías institucionales que se les provea la norma legal, así como el respeto a los límites de su interpretación constitucional en causas políticas, reducirán las posibilidades del ejercicio incontrolado de los magistrados constitucionales.

César Landa Arroyo

POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIALES CON PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

Políticas públicas es la acción u omisión del gobierno para enfrentar un problema o hecho social. A lo largo de la historia y de la propia construcción del Estado, los grandes estadistas se han esforzado por estudiar y analizar el

funcionamiento del mismo, proponiendo métodos de estudio, disciplinas y herramientas que permitan el buen ejercicio de gobierno.

A esta necesidad, surge el estudio de la política pública, la cual obedece a una necesidad por encontrar soluciones a problemas, hechos, circunstancias o actos sociales que debe resolver la autoridad, por lo tanto, la política pública es la acción u omisión del gobierno en respuesta a un problemática, a través de acciones de gobierno, instituciones, programas, leyes, reformas y demás instrumentos públicos.

Su aplicación se establece en distintas etapas, a saber: 1. Identificar el problema, 2. Buscar y evaluar las posibles soluciones, 3. Seleccionar la política pública, 4. Implementar la política pública y evaluar la misma.

Ahora bien, la política pública judicial es un concepto relativamente nuevo de aplicación en los gobiernos judiciales, pues, la política pública como tal se aplicaba solo desde la perspectiva del Poder Ejecutivo y Legislativo, sin embargo, en la propia evolución de las judicaturas se ha advertido la necesidad de buscar nuevas herramientas o metodologías para el buen ejercicio del gobierno judicial, sobre todo armonizar los esfuerzos del Estado mexicano a través de sus instituciones, no puede el Poder Judicial ser ajeno al fortalecimiento del Estado.

En ese contexto, las reformas que ha sufrido el sistema jurídico mexicano han sido de tal envergadura que merecen y exigen implementaciones integrales, interdisciplinarias, transversales, responsables y estadistas que no desvirtúen el origen de la misma y el espíritu de la ley; ejemplo de ello es la reforma del 10 de junio de 2011 publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en materia de derechos humanos, que reformó el artículo 1o. de la Constitución general de la República, donde obliga a las autoridades el respeto irrestricto de los derechos humanos, exigiéndoles que observen los tratados internacionales para su ejercicio, además de buscar la norma que más le favorezca al individuo.

Bajo estas aristas, el Poder Judicial de la Federación tiene un peso muy relevante en la reforma y, depende de éste que pueda respetarse y aplicarse la misma, pues, los jueces y magistrados federales serán el último peldaño de la defensa de los derechos humanos, a través de sus resoluciones.

Esto es, los ciudadanos y los juzgadores, tienen el derecho de que la autoridad judicial como gobierno, actúe con pleno respeto a los derechos humanos, luego entonces, las políticas públicas judiciales con perspectiva de derechos humanos, es la obligación que tienen los integrantes del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal de tomar decisiones valoradas, diseñadas, analizadas e implementadas bajo la protección de los derechos humanos, por tal motivo, se debe exigir este respeto en todas y cada una de sus determinaciones, y revisar aquellos criterios y acuerdos generales que vulneren estos principios obligatorios plasmados en el artículo 1o. Constitucional. Una judicatura federal será cada día más fuerte, en tanto sea respetuosa de los derechos humanos.

Un ejemplo de lo anterior, es que en materia disciplinaria deben determinarse las medidas respetando los derechos humanos, revisando la convencionalidad y la norma que más le favorezca al servidor público; así pues, debe

velarse que las medidas no afecten el buen funcionamiento de la impartición de justicia, protegiendo el derecho que tiene todo ciudadano al acceso a la justicia.

Otro ejemplo, son las adscripciones o readscripciones de los depositarios del Poder Judicial de la Federación, pues, las reglas deben estar determinadas bajo un estudio serio de cada caso en particular, respetando los derechos humanos de ese juzgador, cuidando que no altere el sistema y no distraiga la determinación a ese juez o magistrado, vulnerado con ello la autonomía e independencia judicial, ya que la tranquilidad es parte de la esfera protectora de esos principios, no basta, el justificar medidas por necesidades del servicio, es obligación del órgano de gobierno justificar la medida atendiendo el derecho humano.

Ahora bien, como se ha mencionado las políticas públicas judiciales se aplican por acción o por omisión a través de los acuerdos generales de la judicatura, ya sea creando, reformando o derogando, políticas que atiendan la problemática existente.

En conclusión, el diseño e implementación de las políticas públicas judicial con perspectiva de derechos humanos, son las acciones y, en algunos casos, omisiones que determine la judicatura en razón de un hecho o problema detectado que vulnera los derechos humanos de los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral, así como el buen servicio público de impartición de justicia y en consecuencia a los justiciables.

Gerardo Enrique Hernández Aguirre

POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIALES

En la actualidad y de acuerdo a Lahera Parada, podemos identificar dos conceptos de políticas públicas, el tradicional y aquel otro que podríamos denominar actual. De acuerdo a la posición tradicional, las políticas públicas podrían ser definidas como “aquellas que se corresponden al programa de acción de una autoridad pública o al resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental”. A la luz de este concepto se le asigna un papel central al Estado como si las políticas públicas fueran materia exclusiva de las autoridades públicas. Desde una posición actual e integral, Las políticas públicas: “son cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales y la previsión de sus resultados. El mínimo de una política pública es que sea un flujo de información con relación a un objetivo público, desarrollado por el sector público y consistente en orientaciones”. Las políticas públicas así concebidas, son soluciones específicas acerca de la forma en que deben ser abordados los asuntos públicos determinados en la agenda pública. De esta forma, la determinación de los temas que conformarán la agenda pública, determina a su vez las políticas

públicas que el Estado gestionará. En un sistema democrático, los temas de la agenda pública deberían ser determinados mediante el diálogo y la discusión. En el marco de un sistema democrático, la determinación de la agenda pública es una labor compleja. Esta complejidad se encuentra determinada por la diversidad de preferencias que se deben contemplar para establecer qué temas deben integrar la agenda pública y en consecuencia, qué políticas públicas deben ser abordadas y entre ellas, cuáles deben ser de atención preferente. En un esquema democrático o mayoritario, la determinación de esta agenda entonces dependerá de un sinnúmero de factores entre los que cabría mencionar: la habilidad de los grupos para manipular las elecciones sobre la agenda a su favor, o la prevalencia que el partido político triunfador en un proceso electoral otorgue a ciertos temas de interés público. Sin embargo, esta reseñada flexibilidad en la conformación de la agenda pública no es tal. En el marco del constitucionalismo actual, la Constitución no solo establece como se organizará el poder y la manera en que los órganos del Estado deben tomar sus decisiones; ella establece además aquello que estos pueden y en ocasiones lo que no pueden decidir. Pero además, establece de un modo más o menos fuerte, vías para la acción, fines cuya consecución se debe procurar o, fines constitucionales que se deben obtener, es decir, resultados que la acción de los poderes debe conseguir. Esta determinación es brindada constitucionalmente, aunque no de modo exclusivo, mediante los derechos. Tal como ha señalado Abramovich (2009), existe una muy estrecha relación entre derechos constitucionales y políticas públicas y más específicamente, entre derechos sociales fundamentales y políticas públicas sociales. En el marco de la democracia constitucional, entonces, las decisiones o las determinaciones de la agenda pública no está entregada por completo al juego democrático. Cuando la Constitución, impone a las autoridades la consecución de ciertos bienes como salud, educación, vivienda digna etcétera. está imponiendo temas de la agenda pública que debería determinar el diseño de políticas públicas sociales, más allá de las políticas públicas de un gobierno específico y más allá también de los postulados del partido político que se encuentre al frente del gobierno. En realidad, lo que hace es establecer aquello que en términos de políticas públicas podríamos denominar *políticas de Estado* por cuanto trascienden a los gobiernos de turno. Esta idea intenta resumir los postulados básicos de la democracia constitucional o del constitucionalismo actual y entronca perfectamente en los postulados típicamente constitucionales, por cuanto la pretensión de toda Constitución es la estabilidad o perdurabilidad, por ello, la incorporación de medios dificultados de reforma o la existencia del control judicial de la constitución que tienen como finalidad, dotar a la Constitución de esas cualidades. Lo dicho en el párrafo anterior, de ninguna manera pretende sugerir que la agenda sobre políticas públicas sociales no pueda ser discutida por las instancias democráticas, ni siquiera que los cuerpos políticos y de la administración pública no deban aceptar las preferencias que pudieran determinarse por la vía democrática, ni que éstos no gocen de cierto grado de discrecionalidad para el establecimiento de las políticas públicas. Lo que se quiere afirmar es que, como en todo escenario constitucional, todas las determinaciones enunciadas, no pueden prescindir de los bienes predeterminados

constitucionalmente y que la agenda pública deberá necesariamente contemplar. Por otro lado, el concepto actual de políticas públicas proporcionado por Lahera, es más incluyente que el concepto tradicional, pues permite incluir en el diseño y puesta en práctica de las políticas públicas a una serie de actores como la ciudadanía, los grupos sociales y el sector privado entre otros. El abandono del concepto tradicional y restrictivo de políticas públicas, nos brinda cierta claridad para proponer ya no un criterio vertical de expansión del concepto en cuanto a la determinación y diseño de las políticas públicas, sino y de manera complementaria, un criterio expansivo horizontal en cuanto a la fiscalización de las políticas públicas. Tradicionalmente los expertos tienden a considerar que dicho ámbito no tiene ninguna relación o vinculación con el derecho constitucional y mucho menos con los derechos sociales fundamentales. Si aceptamos la ecuación propuesta de acuerdo a la cual, la Constitución establece bienes materializados en términos de derechos y estos bienes no resultan prescindibles al momento de diseñar una agenda pública que a su vez determinará las políticas públicas a confeccionar e implementar, resulta lógico sostener que las políticas públicas tienen mucho que ver con el derecho constitucional y los postulados constitucionales en cuanto a la forma en que estos determinan a aquellas por cuanto las políticas públicas deben tender a realizar los bienes objeto de los derechos. Ahora bien, una derivación del juicio tradicional de acuerdo al cual las políticas públicas se encuentran desconectadas del derecho constitucional y de los contenidos constitucionales, ha sido el considerar que la justicia constitucional no tiene nada que decir acerca de las políticas públicas. En materia de políticas sociales que implementen derechos sociales y su fiscalización por parte de la jurisdicción constitucional, el juicio ha sido aun más categórico. Lo dicho hasta aquí es avalado por ciertos sectores de expertos en materia de políticas públicas que al analizar los aspectos de su fiscalización, ya no solo contemplan la fiscalización interna ejercida por diversos comités, o la fiscalización política que pueden desempeñar los parlamentos, sino que incorporan al Poder Judicial como agente fiscalizador. El rol del Poder Judicial en este ámbito, puede abarcar diversos aspectos tales como el control de políticas públicas sociales excluyentes, la implementación de políticas públicas sociales diseñadas pero no ejecutadas, la corrección de procedimientos que implementan políticas públicas y en los casos más graves, llegar incluso a la invalidación de políticas públicas sociales.

Juan Manuel Acuña

POTESTAD TRIBUTARIA DEL ESTADO

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

A mayor abundamiento, algunos autores definen a la potestad tributaria como la facultad o la posibilidad jurídica del Estado de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción

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

En una primera aproximación, la potestad tributaria encuentra su fundamento teórico y político en el concepto de soberanía, en el entendido de que la imposición de contribuciones deriva del poder del Estado para ejercer derechos de dominio sobre las cosas y personas que en él se encuentran, mediante el establecimiento de preceptos coactivos y actos de administración. Bajo esta tónica, la potestad tributaria —o poder de imperio— es un ejercicio directo de soberanía.

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

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

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

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

hay tributo sin representación), inspirado en la representación del pueblo en el quehacer legislativo, el cual reafirma la razón política de la ley tributaria como expresión de la voluntad general.

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

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

Israel Santos Flores

PREÁMBULO CONSTITUCIONAL

Los preámbulos son los textos introductorios que preceden al articulado de un documento normativo y en ellos el autor de la norma expone las razones por las cuales esta ha sido aprobada así como su finalidad. En un Estado de derecho todos los poderes públicos han de motivar sus decisiones y el legislador ni puede ni debe ser una excepción. Esto es algo que ya fue advertido por Platón quién advirtió la necesidad de que las leyes fueran motivadas. Ni siquiera el Poder Constituyente escapa a esta exigencia de motivación. Desde esta óptica, los preámbulos constitucionales son los textos que preceden al articulado constitucional, y cumplen una triple función política: a) por un lado recogen y expresan la síntesis de la decisión política fundamental (C. Schmit) adoptada por el Poder Constituyente; b) por otro lado, recogen también el techo ideológico de la fórmula política de la Constitución (P. Lucas Verdú, R. Canosa); c) finalmente, son un instrumento fundamental para la integración política (R. Smend).

Desde el punto de vista del derecho procesal constitucional, los preámbulos de las Constituciones revisten una importancia fundamental puesto que pueden y deben ser utilizados a la hora de interpretar cualquier disposición del articulado. En este sentido, precisamente porque recogen los fines u objetivos que la Constitución persigue, son un instrumento fundamental para la interpretación teleológica de un texto constitucional determinado. Esta función hermenéutica es la que permite resolver el interrogante acerca del valor normativo de los preámbulos constitucionales.

Ello nos exige partir de un determinado concepto de normatividad, y ver si este es predicable o no de los preámbulos. El concepto de normatividad nos exige, a su vez, distinguir entre disposición y norma (J. Wrobleski). Los actos normativos —entendiendo por tales, aquellos actos lingüísticos realizados por órganos competentes que pronuncian enunciados con finalidad prescriptiva— dan lugar a documentos normativos- textos que contienen reglas jurídi-

camente obligatorias. Un documento normativo es, por tanto, un conjunto de enunciados con finalidad prescriptiva resultantes de un acto normativo. Cada uno de esos enunciados es una disposición. Toda disposición se entiende así como la fórmula institucionalmente destinada a establecer y manifestar por medio de su interpretación, la norma. Disposición y norma son conceptos y realidades distintas. La primera es la formulación lingüística de la segunda. Una disposición, por tanto, puede contener varias normas, y a la inversa, una norma puede ser expresada mediante varias disposiciones.

Los preámbulos constitucionales contienen disposiciones que forman parte de los textos constitucionales porque se encuentran ubicados tras la fórmula promulgatoria y son discutidos, enmendados y aprobados como un artículo más. Ahora bien, ¿es posible extraer normas jurídicas de las disposiciones de un preámbulo constitucional? Las disposiciones del preámbulo por sí solas no son fuente de derecho objetivo, es decir no se puede extraer normas sólo de ellas. De las mismas no cabe extraer derechos ni deberes para los ciudadanos o los poderes públicos. Los preámbulos no son aptos para regular por sí mismos situaciones y relaciones jurídicas. Ello quiere decir que los preámbulos constitucionales carecen de valor normativo directo. Con la única excepción del preámbulo de la Constitución francesa de 1958, ningún preámbulo constitucional tiene valor normativo directo. Sin embargo, las disposiciones preambulares son normativas en la medida en que pueden intervenir en la determinación del significado de las disposiciones del articulado. Los preámbulos tienen así, como dijimos, un valor normativo indirecto, en cuanto el intérprete puede obtener la norma valiéndose —o combinando— tanto las disposiciones del articulado como las del preámbulo. La diferencia entre una disposición constitucional del articulado y otra contenida en el preámbulo reside en que de la primera cabe extraer una norma sólo de ella, mientras que la preambular necesita siempre ser combinada con una del articulado para permitir al intérprete extraer una norma.

Llegamos así a la función interpretativa de los preámbulos constitucionales. Dado que los preámbulos sintetizan la voluntad del autor de la norma —síntesis que se independiza u objetiva de dicha voluntad—, y en tanto recogen los fines del Poder Constituyente, desempeñan un papel fundamental para la interpretación tanto sociológica como teleológica del texto constitucional. En todo caso, desde un punto de vista estrictamente jurídico, hay que advertir que el intérprete no está vinculado por ningún canon concreto de interpretación.

Un examen del concreto contenido de los distintos preámbulos constitucionales a la luz del derecho constitucional comparado nos permite realizar las siguientes afirmaciones: a) Contienen fórmulas promulgatorias y suelen aludir a la titularidad del Poder Constituyente; b) Proclaman los principios y valores fundamentales del régimen; c) Contienen referencias a los precedentes que originaron la aprobación del texto constitucional, y a las circunstancias políticas e históricas en que se alumbró. Esas referencias revisten mayor importancia en los supuestos de ruptura violenta con el régimen precedente; d) Incluyen la expresión de promesas, auspicios, objetivos para el futuro. De todo ello se deduce que el pasado y el futuro se dan la mano en los preámbu-

los, y de esta forma ponen de manifiesto la continuidad de la unidad política estatal más allá de los cambios políticos que puedan producirse.

Finalmente, en la doctrina jurídica de habla hispana el maestro Nicolás Pérez Serrano (1932) fue quién mejor comprendió el significado y alcance de los preámbulos constitucionales: “En tesis general, y aun cuando alguien crea que el preámbulo constitucional se refiere a hechos históricos, tiene una alta significación, pues es no sólo una fórmula solemne de introducción, sino enunciación compendiosa del fin al que aspira y del origen de donde procede la obra constitucional. Es más, en buena medida, el preámbulo debe exponer la tendencia y el espíritu de la Constitución a la que precede, y viene a ser algo así como el preludeo donde se contienen los motivos capitales de la ley fundamental. Por eso, y frente a la concepción dominante, que no reconoce a esas palabras valor preceptivo o dispositivo alguno, hoy se propende a ver en ellas, la encarnación misma de la Constitución, a diferencia de las normas contenidas en preceptos constitucionales; por donde resultaría que el preámbulo entraña el acto de decisión política unitaria y suprema en que la Constitución consiste”.

Javier Tajadura Tejada

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El principio de la “presunción de inocencia”, como derecho humano, es analizado a la luz de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, como la piedra angular de todo el proceso penal acusatorio; donde toda persona a quien se imputa un delito tiene derecho a considerarse inocente, en tanto no se pruebe legalmente su culpabilidad, en proceso realizado con todas las garantías previstas en ley, en el que se resuelva con base en pruebas debidamente valoradas que demuestren la culpabilidad del imputado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, contiene el principio fundamental, en el numeral 8.2, donde establece que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. El estudio, no se limita al precepto jurídico, sino que se dirige al contenido de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, donde se realizaron pronunciamientos, sobre la “presunción de inocencia” como derecho humano de toda persona inculpada.

Como *garantía judicial*, en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, la Corte Interamericana ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. En el mismo tenor, se afirmó en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, y señaló: que el *derecho a la presunción* de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del *derecho a la defensa* y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad y quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa.

La *presunción de inocencia*, concebido como principio *in dubio pro reo*, y se desprende del caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, donde la Corte Interamericana ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.

La presunción de inocencia y la *medida cautelar de la prisión preventiva*, no debe exceder de la pena impuesta por el delito que se procesa. El dictamen de la Comisión del 1o. de marzo de 1996, de Jorge A. Jiménez *vs.* Argentina. La prolongación de la prisión preventiva, con su consecuencia natural de sospecha indefinida y continua sobre un individuo, constituye una violación del *principio de presunción de inocencia* reconocido por el artículo 8.2 de la Convención Americana. También obliga a los Estados a recopilar el material incriminatorio en contra del acusado de un cargo criminal, con el propósito de “establecer su culpabilidad”. El establecimiento de la culpabilidad implica la formulación de un juicio de reproche en una sentencia definitiva o de término. Si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está, fundamentalmente, sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin. En el caso presente, la privación de libertad prolongada sin condena del señor Jiménez es una violación de su derecho de presunción de inocencia, garantizado por el artículo 8.2 de la Convención.

El caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela, sobre el plazo razonable de la prisión preventiva (artículo. 7.5) y presunción de inocencia (artículo 8.2), la Corte señaló que el principio de presunción de inocencia, reconocido en el artículo en el artículo 8.2 de la Convención, deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Constituye, además, la medida más severa que se puede imponer al imputado. Por ello, se debe aplicar excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal.

La vinculación del principio del *debido proceso* y la presunción de inocencia; en la pronunciación de la Corte Interamericana, en el Caso Riebe Star, que implicaba la expulsión sumaria de México de religiosos extranjeros, la Comisión Interamericana mantuvo que las protecciones estipuladas en el artículo 8.1 son de aplicación en los procesos de deportación. Sopesando la gravedad de la privación en cuestión, la Comisión concluyó también que no todas pero si algunas de las salvaguardas relativas al debido proceso en causas penales establecidas en el artículo 8.2 de la Convención deberían garantizarse en los procesos de deportación. Del abanico de garantías del artículo 8.2, la Comisión escogió el derecho de ser asistidos a ejercer su derecho la defensa disponiendo del tiempo indispensable para conocer las imputaciones que se

les formulan, y en consecuencia para defenderse de ellas; y a disponer de un plazo para preparar sus alegatos y formalizarlos y para promover y evacuar las correspondientes pruebas.

El Comité de Derechos Humanos, en la observación general, se señaló que el derecho a la presunción de inocencia, exige que los jueces y jurados se abstengan de prejuzgar el asunto, y se aplica igualmente a todos los demás funcionarios públicos. En consecuencia, las autoridades públicas, especialmente los fiscales y la policía, no deben hacer declaraciones sobre la culpabilidad o inocencia de un acusado antes de que concluya el juicio.

Los diferentes constructos, que ha elaborado la Corte Interamericana y la Comisión, por medio de jurisprudencia, consultas o recomendaciones del principio fundamental de la presunción de inocencia, permitió ampliar el espectro de protección del individuo; como garantía judicial, como derecho a la defensa, como regla de tratamiento durante todo el proceso, como principio *in dubio pro reo*, como violación del principio de presunción de inocencia en la medida cautelar de prisión preventiva, como principio del debido proceso, y al trato de inocente y no hacer juicios apriorísticos, lo que nos lleva a tener una visión más amplia de la presunción de inocencia.

Isidro Mendoza García

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (GENERAL)

La presunción, proviene del latín *praesumptio*, que a su vez es derivado de *praesumo*, la cual significa: tomar antes, tomar como cierto un hecho o una afirmación que es dudosa pero que tiene cierta verosimilitud gracias a la concurrencia de otros hechos, o afirmaciones que están probadas o son evidentes.

El término “presunción de inocencia”, concebido como derecho y principio fundamental, tiene su origen remoto en el Digesto, donde se estableció: *Nocetem absolvere satius est quam innocentem damnari*, es decir, es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente. La evolución del principio, permitió adoptarlo en la Revolución Francesa, con el pensamiento penal ilustrado contenido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 13, textualmente señala: “Se presume que todo hombre es inocente hasta que es declarado culpable”. Se infiere que la presunción de inocencia, tiene por objeto, proteger y preservar la libertad de las personas, para hacer frente a un sistema penal inquisitivo.

El principio de presunción de inocencia, fue adoptado en varios ordenamientos internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 14.2; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969, artículo. 8.2; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, artículo 26.1; y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 23 de noviembre de 1950. Las conclusiones del XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derechos Penales (AIDP) celebrado en Hamburgo en 1979, incluyeron la presunción de inocencia es un principio fundamental de la justicia penal. Además la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.1 de 10 de diciembre de 1984, que *ad li-*

teram señala: “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad”.

La presunción de inocencia, se ha instaurado como un principio fundamental en los Estados democráticos de derecho; en su conceptualización ha ganado terreno en su protección y ha adoptado varios significados: como regla probatoria; como medio de prueba; como principio informador de todo el proceso; como regla de tratamiento del imputado; como presunción *iuris tantum*; y, como principio *in dubio pro reo*.

Como regla probatoria: impone a la parte acusadora la carga de probar la culpabilidad del acusado; ello obliga a desplegar durante el proceso un esfuerzo probatorio suficiente de cargo encaminado a acreditar dicha culpabilidad o establecer que la presunción de inocencia de la que goza todo inculcado en un proceso penal ha quedado incólume. El principio *onus probando*, sobre el Estado recae la carga probatoria tendiente a demostrar la responsabilidad penal y su correspondiente reproche de culpabilidad al imputado; éste no tiene la obligación de “probar su inocencia”, dado que goza de una situación jurídica que no necesita ser construida, sino que debe ser destruida para que la presunción de inocencia se desvanezca.

La presunción como medio de prueba: contemplada como una actividad mental del juzgador (presunción judicial) o del legislador (presunción legal), a partir de la idea de que la presunción no es una inversión de la carga de la prueba (la carga de la prueba, la prueba del hecho presunto, correrá a cargo de aquél a quien perjudique que el juez no lo fije formalmente en la sentencia), ni un desplazamiento del objeto de la prueba (en realidad será una duplicación del objeto de la prueba, que para destruir la presunción será necesario probar la falsedad del hecho presumido).

Como principio informador de todo el proceso: la presunción como exigencia, es contemplada como un juicio previo a toda privación de derechos, relacionada con la garantía del *debido proceso legal*. La presunción de inocencia y debido proceso legal, son conceptos que se complementan, y que traducen la concepción básica que el reconocimiento de culpabilidad no sólo exige la existencia de un proceso, sino sobre todo de un proceso “justo”, en el cual la confrontación entre el poder punitivo estatal y el derecho a la libertad del imputado sea en términos de equilibrio.

Como regla de tratamiento del imputado: todos los derechos del imputado tienden a resguardar su persona y su dignidad, asegurándose su calidad de sujeto de la investigación y no de objeto de la misma. El propósito es proteger la calidad jurídica del imputado respetando su derecho de “presunción de inocencia”, mientras no se pruebe su culpabilidad, abarcando todas las etapas del procedimiento, hasta la relación judicial que emite un juez.

Como presunción *iuris tantum*: en cuanto tal, la presunción de inocencia; determina la exclusión de la presunción inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, al gozar, entre tanto, de una presunción *iuris tantum* de ausencia de culpabilidad, hasta que su conducta sea reprochada por la condena penal, apoyada en la acusación

pública o privada, que aportando pruebas procesales logre su aceptación por el juez o tribunal, en creación a la presencia de hechos subsumibles en el tipo delictivo, haciendo responsable al sujeto pasivo del proceso. La presunción de inocencia, versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba, una presunción *iuris tantum* que exige, para ser desvirtuada, la existencia de un mínimo de actividad probatoria de carga producida con las debidas garantías procesales. Evidentemente, la prueba ha de servir para probar tanto la existencia del hecho punible como la participación en él del acusado.

La presunción de inocencia, como principio *in dubio pro reo*; el cual interviene en el ámbito probatorio, en el momento final de la valoración de las pruebas involucradas un conflicto subjetivo que tiene efectos sobre el convencimiento del conjunto probatorio ofrecido por el inculcado y acusador, donde el principio *in dubio pro reo* funda el supuesto de la absolución del inculcado ante la duda razonable, haciendo valer en el momento procesal, el principio de la presunción de inocencia.

Derivado de las acepciones; tanto políticas como jurídicas de la presunción de inocencia, como derecho fundamental, desde su origen y hasta que es adoptado en los ordenamientos de los Estados democráticos de derecho, se ha ampliado el espectro de protección de los individuos, para tratarlo y considerarlo como inocente en todos los actos de la intervención del Estado; bajo el *ius puniendi*, principio que permite contrarrestar la limitación del derecho humano de la libertad.

Isidro Mendoza García

PRESUPUESTOS PROCESALES DE FONDO

Para efecto de fijar los antecedentes de los que derivan los presupuestos procesales de fondo, se hace remisión a la definición de presupuestos procesales de forma.

Los presupuestos procesales de fondo, a los que también se les conoce como condiciones de la acción o como presupuestos procesales materiales, son aquellas condiciones necesarias que propician la emisión de una sentencia, es decir; para que una pretensión procesal hecha valer con la demanda, sea objeto de pronunciamiento por el juez; se refieren a la cuestión sustancial debatida y a las excepciones propiamente dichas. Su falta impedirá al juez pronunciarse sobre el fondo de litigio, generándose de esta forma lo que en la doctrina se conoce como sentencia inhibitoria.

Existen dos teorías en cuanto a la naturaleza jurídica de los presupuestos procesales de fondo, la primera es sostenida por los tratadistas Chiovenda, Alsina, Devis Echandía y Vescovi, quienes señalan que están conformados por los presupuestos materiales de la sentencia de fondo y además son los requisitos que el juez debe examinar y establecer en su decisión final para que el demandante pueda obtener una sentencia favorable y deben emitirse por el juez al momento de pronunciar la sentencia. Esta teoría acepta tres presupuestos: a) el derecho; b) legitimidad para obrar; y, c) interés para obrar. Sostiene que éstos deben ser verificados por el juez al momento de emitir sentencia.

La segunda teoría contempla dos categorías: a) la legitimidad para obrar y, b) el interés para obrar. Sostiene que éstas pueden ser objeto de revisión en varios y determinados estadios del proceso, ya sea al calificar la demanda, al resolver las excepciones y excepcionalmente al emitir sentencia.

Entre este tipo de presupuestos conviene destacar, el interés para accionar y la legitimación *ad causam*, que constituyen los requisitos de existencia de la acción y deben ser establecidos en juicio preliminarmente al examen del fondo al ser las condiciones esenciales para el ejercicio de la función jurisdiccional respecto de la litis del juicio, pues puede suceder en que las mismas, son la solución del juicio sobre el fondo.

En esta clasificación igualmente se puede ubicar a la existencia del derecho que tutela la pretensión procesal, es decir, la voluntad de la ley; la legitimidad para obrar; el interés para obrar; y algunos autores incluyen, que la pretensión procesal no haya caducado, así como la ausencia de cosa juzgada, la litispendencia, transacción, desistimiento y la correcta acumulación de pretensiones.

No debe confundirse el interés para la acción, con el interés sustancial, pues mientras que el primero es el elemento material del derecho de acción y consiste en el interés para obtener la pretensión solicitada, el segundo, es el que corresponde a un interés primario que tiende a la protección para la cual se ejerció el derecho.

Sin el cumplimiento de esa condición rigurosamente procesal, el tribunal no podrá emitir sentencia a su favor, aun cuando su pretensión sea fundada, no podrá ser acogida por ausencia de un presupuesto, condición o requisito, impuesto por la ley para su reconocimiento.

También se encuentra considerada en dicha clasificación, la invocación del derecho, cuando ella es indispensable y la producción de la prueba cuando se tiene sobre sí la carga de la misma, son presupuestos procesales de una sentencia favorable.

No obstante lo anterior, dado el carácter formal de los presupuestos procesales debe advertirse que puede entrar en contradicción con el derecho fundamental de tutela efectiva. Dentro de esta perspectiva la problemática de los presupuestos procesales debe manejarse con un criterio de sustancialidad, es decir, que como toda ley procesal moderna que se aprecie de serlo, uno de los aspectos en donde la regulación más debe cambiar es en cuanto a los presupuestos procesales, tanto en los que afecten al órgano jurisdiccional como en los relativos a las partes, no tanto porque los conceptos hayan variado, sino en cuanto a dotar de regulación en donde no lo hay, casos muy específicos, y por adaptar la existente a las nuevas concepciones e ideas del procesalismo constitucional contemporáneo.

La ausencia de los presupuestos procesales formales, tiene como consecuencia que el juicio esté viciado; lo cual en la mayoría de los casos, puede ser subsanable; pero no sucede lo mismo, respecto de los presupuestos procesales de fondo.

Finalmente, atendiendo a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, cabría la posibilidad de flexibilizar la rigidez que hasta ahora

ha permeado en torno a los presupuestos procesales en aras de una pronta y completa impartición de la justicia con respeto de los derechos humanos que puedan verse involucrados.

José Armando Martínez Vázquez

PRESUPUESTOS PROCESALES DE FORMA

Los presupuestos procesales son aquellos requisitos previos e imprescindibles para la existencia del proceso, sin los cuales no puede iniciarse válidamente un juicio. En términos generales son las condiciones que se requieren para que la relación jurídica procesal nazca, se desenvuelva y culmine con una sentencia de mérito; cuyas medidas sustanciales son las garantías constitucionales de la tutela efectiva y el debido proceso.

Se trata de los conceptos más complejos dentro del ámbito procesal, puesto que han sido analizados y definidos desde distintos puntos de vista, con lo que se han generado sendas apreciaciones.

La doctrina ha señalado predominantemente que los presupuestos procesales son la presentación de la demanda en forma, la competencia del juez y la capacidad procesal de las partes.

La teoría de los presupuestos procesales fue propuesta por Von Bülow en el año de 1868, quien hizo una distinción entre excepción y presupuestos procesales, entendiéndose como supuestos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal. También señala que no puede dejarse su control exclusivamente a las partes, sino que debe involucrarse al juez, extendiendo tal prioridad a los presupuestos materiales para la sentencia de fondo, sin disminuir el derecho de las partes para denunciar los defectos que observen. A pesar de la lejanía temporal, tanto la construcción como la expresión señaladas por dicho autor siguen teniendo, en lo sustancial, plena vigencia en la doctrina moderna.

Al respecto, Giuseppe Chiovenda los define como las condiciones para que se consiga un pronunciamiento favorable o desfavorable, sobre la demanda; y afirma que para ello, es necesario que exista un órgano estatal regularmente investido de jurisdicción que sea objetivamente competente en la causa determinada y subjetivamente capaz de juzgarla.

Piero Calamandrei, por su parte los explica como los requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda, esto es, las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión; señalaba que se debía eliminar la categoría conceptual de inexistencia en el campo de los presupuestos procesales, ya que su efecto en caso de ausencia no es la inexistencia sino la de hacer desaparecer en el juez el poder-deber de proveer sobre el mérito, mientras se mantenga el poder-deber de declarar las razones por las cuales considera que no puede proveer. Sólo dentro del proceso el juez puede pronunciarse sobre la ausencia de un presupuesto como la capacidad para ser parte, lo que supone su existencia.

Couture estima que los presupuestos procesales son: la proposición de una demanda judicial, un órgano dotado de jurisdicción y las partes que se

presenten como sujetos de derecho. Por su parte Becerra Bautista considera la presentación de una demanda formal y substancialmente válida, por un sujeto de derecho, ante un órgano jurisdiccional y frente a otro sujeto de derecho, teniendo los tres capacidad procesal y el juzgador además jurisdicción.

Rosenberg anotaba que los presupuestos atañen a la totalidad de la admisibilidad del proceso, pero no debe concluirse que sin estos no puede existir proceso.

Para Garrone, los presupuestos procesales deben ser entendidos como principios rectores del proceso, como las directivas u orientaciones generales en que se inspira cada ordenamiento jurídico procesal.

Por su parte, James Goldschmidt, sostiene que la ausencia de los presupuestos procesales no impide el nacimiento del proceso, ya que el pronunciamiento acerca de su omisión se hace dentro del instrumento proceso.

En materia procesal constitucional, se entiende por presupuestos procesales, aquellas condiciones necesarias para que tenga validez y existencia jurídica el juicio constitucional que se instaure.

Doctrinalmente se ha destacado que algunos países han implementado en sus legislaciones, mecanismos para subsanar la falta o deficiencia de los presupuestos procesales, tales como el despacho saneador en el derecho brasileño o la audiencia preliminar establecida en los ordenamientos angloamericanos, que tienen como finalidad subsanar las irregularidades destacadas ya sea por las partes o bien advertidas por el propio juzgador, con el objeto de que una vez que el asunto se encuentre en estado para resolver, pueda decidirse el fondo de la controversia.

El proceso tiene como finalidad dar la razón a quien la tiene, es por lo que debe garantizarse para las partes, la posibilidad de defender las propias razones en igualdad de circunstancias en un ámbito equitativo e imparcial, para conseguir la satisfacción de las pretensiones; y los presupuestos procesales, constituyen los requisitos de validez de la relación procesal, cuya ausencia ocasiona la invalidez del proceso y la imposibilidad para el juez de entrar al examen del fondo del asunto; por tanto, no solo pueden ser aducidos por las partes (como excepciones) sino también por el tribunal del conocimiento, *ex officio*.

En la doctrina encontramos una serie de clasificaciones en torno a los presupuestos procesales, pero para los fines del desarrollo del presente diccionario, se hará referencia sólo aquella que los clasifica en formales y de fondo.

Conviene distinguir entre los presupuestos procesales formales de los presupuestos procesales de fondo, siendo los primeros, aquellos que miran al ejercicio de la acción procesalmente considerada, a la iniciación del proceso y al procedimiento e impiden que haya sentencia; los últimos, contemplan cuestiones de fondo y fijan el alcance del sentido del fallo decisorio.

Dentro de los presupuestos procesales formales, para que pueda ejercitarse la acción válidamente, entendida como el derecho subjetivo a la obtención de un proceso, encontramos: la competencia del juez para conocer del negocio; la capacidad jurídica y la capacidad procesal o legitimación *ad processum*

(al ser la aptitud para comparecer personalmente en el proceso, y que está vinculada con la capacidad de ejercicio y la capacidad de obligarse y que no se encuentren en las circunstancias de incapacidad absoluta o relativa.); los requisitos de forma de la demanda (al ser el medio procesal necesario para accionar y hacer valer las pretensiones procesales, misma que debe reunir los requisitos formales previstos por la legislación correspondiente); la ausencia de impedimentos que deriven de la litispendencia o de compromiso, las citaciones y emplazamiento, el cumplimiento de los trámites procesales, en el orden establecido por la ley para cada proceso, la vía; es así, pues constituyen un mínimo necesario para que el juicio exista y tenga validez formal; de ahí el nombre de su clasificación, por ser supuestos previos al juicio, sin los cuales no podría suponerse el mismo.

La falta de competencia, se denuncia mediante la excepción de incompetencia, la incapacidad de las partes o la defectuosa representación, mediante la de falta de personería; la ausencia de formas en la demanda, mediante la excepción de defecto formal en el modo de preparar la demanda, etcétera; sin embargo, los presupuestos procesales no necesitan forzosamente la oposición de la excepción al ser facultad y obligación del juez analizarlos oficiosamente, además, de que existen numerosas excepciones que no corresponden a la falta de presupuestos procesales.

José Armando Martínez Vázquez

PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN CONCRETA

El principio de armonización concreta, encuentra su raíz, entre otras, en una sentencia de la Corte Constitucional colombiana (sentencia T-425 de 1995), en la cual, el Alto Tribunal resolvió una colisión entre el derecho al trabajo de una expendedora de licor quien ejercía lícitamente el oficio amparada por una licencia de funcionamiento en su local, situado en inmediaciones de una estación de gasolina, y el derecho a la vida e integridad física del dueño y de los empleados de la gasolinera, amenazados por el peligro que representaba el consumo de cigarrillos al lado de los tanques de gasolina por parte de la clientela de facto que se formaba frente a la licorera. Analizadas las circunstancias concretas del caso, la Corte armonizó el ejercicio de los derechos al trabajo y a la vida en el sentido de ordenar a la demandada abstenerse de vender licor que fuera a ser consumido en la calle.

Hernán Alejandro Olano García

PRINCIPIO DE CELERIDAD

El principio de celeridad tiene especial importancia y está presente en todos los procesos civiles, penales, administrativos, mercantiles, laborales y constitucionales.

Cobra mayor importancia en los procesos constitucionales, pues tienen por objeto la defensa de la parte orgánica y de los derechos y libertades de la Constitución.

Las pretensiones constitucionales, por razón de la materia sobre que recaen, requieren de especial y rápida solución. Entran en juego la organización de los poderes y los derechos y libertades fundamentales.

Permea casi a todos los actos procesales del juicio para su acelerado y adecuado funcionamiento. Por ejemplo se establecen: plazos cortos y fatales que propician el avance del proceso; el impulso oficial del juez, que lo obliga a proveer de oficio sobre el trámite siguiente al evacuado; la oralidad como principal medio de comunicación con el juez constitucional; la concentración en las audiencias de los actos procesales, y la inmediatez para una más rápida y mejor decisión del proceso; normas que eviten crisis procesales, tales como incidentes, traslados, suspensiones e interrupciones procesales.

Se complementa con el principio de economía procesal que requiere para el proceso constitucional ahorro de tiempo, energía y dinero.

La celeridad jamás puede funcionar en detrimento de la garantía constitucional de la seguridad. El proceso debe ser rápido porque justicia tardía no es justicia; pero ésta celeridad no puede impulsar al juez a una precipitada sentencia en la que se sacrifique la justicia. Por lo que es preciso un equilibrio adecuado entre celeridad y justicia.

Iván Escobar Fornos

PRINCIPIO DE CONCORDANCIA PRÁCTICA

El principio de la concordancia práctica o de coherencia lógica del orden, se conoce también como principio de la “compensación menos gravosa”. Íntimamente ligado con el principio de unidad constitucional se encuentra este principio, según el cual, se postula que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad, a través de la ponderación coherente y proporcional de valores o bienes, donde no cabe sacrificar a uno por otro. De este modo, se debe respetar el núcleo duro del de cada bien constitucional en conflicto, afectándose mutuamente sólo en su modo, forma, espacio o tiempo de ejercicio, siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad de la recíproca limitación.

Como dice Javier Pérez Royo (*Interpretación constitucional*, 2005) “...con este principio se pretende “optimizar” la interpretación de las normas constitucionales entre las que pueda darse una relación de tensión en la práctica. Por ejemplo, en las relaciones entre el derecho al honor y la intimidad y la libertad de información, o entre los principios de libertad y seguridad. Hay que interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el “sacrificio” de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor. La tarea de “ponderación” de valores o bienes constitucionalmente protegidos es importantísima en la interpretación constitucional”.

Konrad Hesse (*Escritos de derecho constitucional*, 1992) dice que este principio “...exige del intérprete que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe (...)

realizar el uno a costa del otro. En otros casos, se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima”.

El doctrinante panameño Arturo Hoyos (*La interpretación constitucional*, 1993), afirma que según este principio “...los bienes constitucionalmente protegidos deben ser coordinados y ponderados en un momento dado, y frente a un caso concreto el juez constitucional tiene que establecer prioridades, porque a veces entran en conflicto derechos fundamentales previstos en normas de la Constitución... y frente a un caso concreto en que se presente un conflicto el juez debe hacer una ponderación a fin de establecer prioridades”.

Mientras que el boliviano José Antonio Rivera Santivañez (*Interpretación constitucional*, 2005) en su momento, como magistrado del Tribunal Constitucional de su país, explica que “este principio se aplica para resolver aquellos casos en los que se presenta un conflicto de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, especialmente cuando se trata de derechos fundamentales proclamados por la Constitución. Así por ejemplo, un conflicto entre el derecho a la intimidad o la privacidad frente al derecho de información o libertad de expresión; o el caso de la vida de un embrión o feto frente al derecho a la vida, la salud o la dignidad de la madre en los casos de embarazos emergentes de delitos sexuales”.

Por su parte, el peruano Edgar Carpio Marcos (*Interpretación constitucional*, 2005) dice que “...este principio presupone que en caso de colisión de bienes constitucionales, esos “conflictos” ...no se resolverán de ordinario con la afirmación de la prevalencia incondicionada o absoluta de alguno sobre los demás, sino del modo que de mejor forma resulten ambos optimizados. El juicio de concordancia práctica exige (imposición positiva) que el punto de equilibrio sea aquel en que los dos principios alcanzan su máximo grado de realización”.

Hernán Alejandro Olano García

PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA NORMA

Toda Constitución tiene una vigencia indeterminada, pues se emite con el propósito de estar en vigor hacia futuro, considerándose que ninguna práctica o desuso la puede derogar, salvo la utilización de algún mecanismo de los previstos para su reforma, particularmente en el caso colombiano, de una nueva Asamblea Nacional Constituyente. En virtud de este principio, aunque ésta no sea acatada por quienes están obligados a obedecerla y se realicen actos que la contradigan, debe entenderse que sigue en vigor. No hay tiempo ni desuso que dispense su observancia.

El principio normativo conservacionista o de la conservación del derecho o de legalidad, otorga este preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia a las normas constitucionales, en función de las relaciones sociales y la voluntad de la Constitución. También se le conoce como “principio hermenéutico de la interpretación del derecho” y consiste en que la Corte Constitucional no puede excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, por vía de la declaración de inexecutable, cuando existe, por lo

menos, una interpretación de la misma que se aviene con el texto constitucional.

De ser así, dice Edgar Solano González (*Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, 2000), ...el juez de la carta se encuentra en la obligación de declarar la exequibilidad de la norma legal condicionada a que ésta sea entendida de acuerdo con la interpretación que se concilie con el estatuto superior. Con esto, se persigue, esencialmente, salvaguardar, al menos, alguno de los posibles efectos jurídicos de la disposición demandada, de manera que se conserve, al máximo la voluntad del legislador. Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el particular del siguiente modo: “El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional. Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción a favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexecutable de una norma jurídica infraconstitucional debe ser evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución” (Sentencia C-100 de 1996).

A toda autoridad sólo le es permitido actuar en lo que tiene atribuido expresa o implícitamente; mientras que a los particulares se les permite actuar en todo lo que no tienen prohibido; tratándose de derechos humanos, sólo serán limitantes válidas las que dentro de los estados de excepción no los desconozcan y, tratándose de otro tipo de derechos, serán las que determinen las leyes.

Este principio ha sido reconocido en Colombia en numerosísimos fallos de la Corte Constitucional y, según este principio, el tribunal constitucional colombiano, para el caso, debe preservar al máximo la ley y sólo cuando la norma sea abiertamente contraria a la carta, se ha de declarar inexecutable. Si hay una lectura conforme y otra no de la ley frente a la carta, debe al máximo preservarse la ley.

La profesora Bernardita Pérez Restrepo (*Módulo sobre derecho constitucional*, 1994), sobre el particular ha dicho que “este principio cobra valor según que las decisiones de los jueces estén determinadas por conflictos normativos más o menos claros. Según que versen sobre asuntos procedimentales o sustantivos de la Constitución...”

La interpretación conforme a la Constitución asegura no sólo la libertad de decisión del Congreso, sino que evita vacíos normativos traumáticos en el principio de conservación de las normas.

Este principio se deduce de la presunción de constitucionalidad en la cual se amparan los actos de los órganos del poder público y de la función de estabilidad que cumple la Constitución dentro de un ordenamiento jurídico. La Constitución no quiere derogar en bloque las normas que le preceden y tampoco quiere que las normas infraconstitucionales posteriores a su expedición sean desechadas cuando sea posible interpretarlas de conformidad con sus directrices...”

En cuanto a la aplicación práctica de este principio de conservación normativa, quiero citar por ejemplo, la sentencia C-320 de 1997 (Sentencia C-320 de 1997), la cual, en el caso de la transferencia del contrato o “pase” de los jugadores de fútbol, quiso conservar una norma en el ordenamiento y se explicó y exhortó al legislador que cuando se habla de venta y préstamo de jugadores, sólo se ha de hacer referencia al contenido económico del contrato y no a las personas.

“Así entendidos los derechos deportivos, esto es, como una relación entre los clubes que en principio no afecta las posibilidades laborales de los jugadores, la Corte considera que la figura no pugna con la Constitución, pues nada se puede objetar a que la ley y los reglamentos de las federaciones prevean mecanismos para equilibrar la competencia deportiva, y compensar los gastos de formación y promoción en que haya incurrido un club, en relación con un determinado deportista”.

Por su parte, debemos agregar, según Aragón Reyes (*Interpretación constitucional*, 2005), que la noción de control, utilizada para explicar este principio, es muy antigua, aunque la palabra es muy joven, pues data apenas de hace seis o siete siglos. La palabra “control” proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum* y de ahí pasó al francés *contre-rolé* (contróle), que significa, literalmente, “contra-libro” es decir, “libro-registro”, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. El término se generalizó, poco a poco, hasta ampliar su significado al de “fiscalizar”, “someter”, “dominar”, etcétera.

Aunque suele decirse que en el idioma inglés “control” se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a “comprobación”, lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés significa “mando”, “gobierno”, “dirección”, pero también “freno” y “comprobación”; en francés, “registro”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “dominio” y “revisión”; en alemán (*Kontrolle*), “comprobación”, “registro”, “vigilancia”, pero también “intervención”, “dominio” y “revisión”; en italiano (*controllo*), “revisión”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “freno” y “mando”. El Diccionario de la Real Academia Española otorga a la palabra los siguientes significados: “inspección”, “fiscalización”, “intervención”, “dominio”, “mando”, “preponderancia”.

Hernán Alejandro Olano García

PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL DERECHO

Este principio pretende la conservación de la propia Constitución, pero también procura la permanencia del derecho infraconstitucional, primordialmente de la ley. Ello se debe a que ésta aparece revestida de una especial dignidad como consecuencia de su aprobación por el órgano del Estado que está en la mejor posición institucional para expresar la voluntad popular: el poder legislativo elegido periódicamente por sufragio universal.

En la medida en que el juez constitucional debe interpretar y aplicar el texto constitucional a los efectos de decidir la validez de una ley aprobada por el legislador, surgen inevitablemente una serie de consideraciones que están

ausentes (o que no operan del mismo modo) en otros ámbitos de aplicación del derecho. Al desglosar y precisar esta directiva, es oportuno señalar que una adecuada estimación del valor de la democracia debe llevar al órgano de control constitucional a actuar con mayor cuidado al momento de decidir si una ley debe declararse inconstitucional, por lo que debe partir de una actitud de confianza hacia el legislador, que implica que él, al aprobar una ley, ha realizado una determinación preliminar acerca de la cuestión constitucional que es relevante para regular determinada materia.

En virtud del principio en estudio se hace necesario agotar todas las posibilidades que permitan mantener la disposición normativa impugnada en toda su vigencia. Ello implica preferir aquella decisión que, manteniéndose dentro de los límites constitucionales, permita preservar la obra del legislador, en lugar de aquella que declare su inconstitucionalidad y, consecuentemente, su eliminación del ordenamiento jurídico. De esta forma se combina el control de constitucionalidad, y la supremacía de la Constitución que lo justifica, con la majestad democrática de la ley, en otras palabras, se armoniza principio de constitucionalidad con principio democrático (Raúl Canosa Usera, 2002).

Este principio está directamente relacionado con las exigencias derivadas de la seguridad jurídica y de la necesidad de impedir vacíos normativos. A este respecto no tiene que ser determinante la voluntad subjetiva del legislador, más bien se trata de mantener el máximo de aquello que él ha querido. Por tanto, antes de que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en la vía interpretativa una concordancia de dicha ley con la Constitución.

Pero el esfuerzo interpretativo por salvar la constitucionalidad de la ley, y la idea de que sólo se procederá a su invalidación como último recurso, no se puede entender en el sentido de que el mantenimiento de una disposición permita lesionar la Constitución, ya que cuando no hay duda acerca de cuál es la norma que el legislador quiso expresar en el texto legal, y esa norma es incompatible con la Constitución, el juez constitucional debe emitir una sentencia que declare su invalidez, garantizando así el orden elemental que anima al sistema jurídico, en donde la Constitución tiene una prevalencia jerárquica con respecto al resto de las normas jurídicas.

El deber de conservar hasta donde sea posible la obra del legislador se hace patente en las sentencias de los tribunales o cortes constitucionales. Estos órganos jurisdiccionales han comprendido la importancia del principio en estudio y el necesario empleo que debían hacer de él para no vaciar de contenido la propia Constitución y, a la par, evitar en la medida de lo posible el desmantelamiento del orden jurídico que supondría su acción indiscriminada de anular la legislación infraconstitucional que mínimamente pudiera ser interpretada en sentido distinto al de la carta magna.

Críticos con el principio de conservación de normas han manifestado que, en realidad, cuando un tribunal constitucional procede a esta fórmula ya ha decidido sobre la constitucionalidad del precepto. Así, en puridad, no se conserva nada, sino que el tribunal se limita a justificar su renuncia a la declaración de nulidad o invalidez (H. P. Prümm, 1977). Asimismo, se ha dicho que la absolutización del principio de conservación de normas ha pro-

vocado la duda de que el tribunal constitucional, en lugar de asumir un *habitus* mental y un instrumento metodológico acuñado al criterio-guía de “lealtad” al texto de la ley, que deberá asistir a cada intérprete, finalice elaborando una “nueva norma”, forjándola de una “reconstrucción del material normativo preexistente a la luz de su necesaria referencia a los preceptos constitucionales”, y con él la sobrepone finalmente a la disposición objeto de su juicio (Gaetano Silvestri, 1985); o bien, desde hace algunos años se ha desarrollado una doctrina que sostiene que la interpretación conforme, más que una herramienta de conservación de normas, es una herramienta de control sobre la constitucionalidad de la norma enjuiciada y la aplicación que de esta norma realizan los tribunales ordinarios (F. Müller, 1997, J. Burmeister, 1969, y K. A. Betermann, 1986).

Esta postura doctrinal llama la atención porque lo que puede estar sucediendo es la implantación del gobierno de los jueces, especialmente de los jueces encargados del control de constitucionalidad, pues mediante sus sentencias “clarifican” lo que en su momento dijo el legislador y en algunos casos ordenan a los demás operadores jurídicos cómo y en qué sentido deben ser aplicadas las leyes, *so pena* de la declaración de inconstitucionalidad de la disposición y, en consecuencia, de la nulidad o invalidez de sus actuaciones.

El principio de conservación de la ley, entendido en un sentido estricto, implica que mediante el uso de las sentencias interpretativas el juez constitucional señale qué interpretación o interpretaciones son contrarias a la Constitución, en lugar de señalar cuál es la interpretación o interpretaciones constitucionales. Y ello, porque si se establece cuál es la interpretación conforme (o correcta) se restringe el campo de las interpretaciones admisibles, ya que pueden existir o surgir en el futuro otras interpretaciones no consideradas por el tribunal, y que sin embargo sean perfectamente admisibles constitucionalmente. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica, la mayoría de los tribunales constitucionales actúan en el sentido opuesto, indicando cuál es la interpretación correcta, aunque existen excepciones como el caso de la corte constitucional italiana.

En la práctica, cuando las circunstancias lo permiten y cuando ello se ha considerado conveniente, los tribunales constitucionales emplean el principio de conservación del derecho eliminando sólo algunas partes textuales de la disposición impugnada. La causa de este proceder se sustenta en que los intérpretes supremos de la Constitución consideran que deben buscar una adecuación de la disposición impugnada con la Constitución y eliminar sólo aquellas porciones que estén en franca y evidente contradicción con los preceptos constitucionales, en orden a no afectar las partes no impugnadas o aquellas que carecen de defectos de inconstitucionalidad, todo ello a efecto de salvar el máximo de aquello que el legislador ha creado.

Giovanni A. Figueroa Mejía

PRINCIPIO DE CORRECCIÓN FUNCIONAL

El principio de corrección funcional, busca que el intérprete respete las competencias de los poderes públicos y organismos estatales sin restringir las fun-

ciones constitucionales de algunas de ellas. En consecuencia, el intérprete se ve obligado a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrados por la Constitución, como lo señala Rivera Santivañez (*Interpretación constitucional*, 2005). Dice César Landa (*Interpretación constitucional*, 1994) que "...así, el legislador no puede regular en concreto para un caso específico, sino de manera abstracta y general, porque de lo contrario podría invadir la esfera de competencia y actuación concreta del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial". Por eso, más que un principio, es un criterio usado por Konrad Hesse (*Escritos de derecho constitucional*, 1983), según el cual, "...si la Constitución regula de una determinada manera el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación. Esto es aplicable en particular a las relaciones entre legislador y tribunal constitucional: puesto que al tribunal constitucional sólo le corresponde, frente al legislador, una función de control, le está vedado una interpretación que condujese a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos por la Constitución o, incluso, a una conformación llevada a cabo por el tribunal mismo".

Sin embargo, Pérez Royo (*Interpretación constitucional*, 2005) dice que con este principio se trata de no desvirtuar la distribución de funciones y el equilibrio entre los poderes del Estado diseñado por la Constitución. *Tiene especial importancia en las relaciones entre el propio Tribunal Constitucional y el legislador.*

Hernán Alejandro Olano García

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD CONSTITUCIONAL

Esta regla es desarrollada, entre otros, por Marco Gerardo Monroy Cabra (*La interpretación constitucional*, 2002), para quien supuestas varias interpretaciones posibles de una norma subconstitucional, se optará por la que en mayor medida favorezca la eficacia de la norma constitucional. Y aun especialmente en el caso de las normas dogmáticas, es decir de las reguladoras de derechos y libertades (interpretación *pro libertate*), equivalente al *preferrend freedoms* estadounidense.

De acuerdo con este principio propuesto, la interpretación de la carta siempre habrá de enfocarse a buscar la eficacia y/o la efectividad y prevalencia de la norma constitucional (*preferrend freedoms*) y, en este caso, la interpretación ha de elegir la alternativa interpretativa en la cual la norma superior pueda producir efecto.

Hernán Alejandro Olano García

PRINCIPIO DE EFICACIA INTEGRADORA DE LA CONSTITUCIÓN

Para el catedrático español Javier Pérez Royo (*Interpretación constitucional*, 2005), "...la Constitución debe ser un instrumento de "agregación" y no de "desagregación" política de la comunidad. Es algo que no se puede perder de vista

en la interpretación de la misma ante cualquier conflicto. Y agrega: Este principio parte de que si la norma constitucional promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, la interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad. Se emplea cuando se trata de interpretar normas constitucionales que se refieren al ámbito de funcionamiento de los órganos de poder del Estado, teniendo en cuenta la coordinación e interrelación que deben existir entre ellos para la realización de los fines del Estado y la conservación del orden democrático”.

En realidad este principio busca *orientar al intérprete a establecer soluciones hermenéuticas que, por tener conciencia histórica del proceso de cambio en las estructuras socioeconómicas, permiten una constante actualización de la normativa constitucional garantizando, de este modo, su máxima y permanente eficacia*, como agrega el jurista boliviano José Antonio Rivera Santivañez (*Interpretación constitucional*, 2005).

Mientras que César Landa (*Interpretación constitucional*, 2005) dice que este principio “...valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de la Constitución. Con ello se busca afirmar el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida en que integra a los valores minoritarios con el mayoritario, gracias a entender que la Constitución expresa la diversidad de intereses sociales, dentro de la unidad política”.

En virtud de este principio de eficacia integradora de la Constitución, uno de los propósitos fundamentales de la Carta fundamental, es lograr la unidad política del Estado y de todos sus componentes, y hacia allá hay que dirigir todas sus decisiones. Este principio, muy conciso, también fue formulado por Konrad Hesse (*Escritos de derecho constitucional*, 1983), para quien “... si la Constitución se propone la creación y mantenimiento de la unidad política ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad. Ahora bien, este cometido no habrá sido cumplido correctamente cuando sólo pueda ser alcanzado “a través de vías no estrictamente constitucionales”, pues con ello se habrían rebasado los límites de la interpretación constitucional”.

Además, éste principio nos lleva a indicar que cuando estén por ser estudiados derechos individuales, éstos deben interpretarse de manera amplia, de tal forma que, más que intentar limitarlos, restringirlos o anularlos, se hagan realidad en los términos en que están consignados en las normas constitucionales y, de ser posible, sean ampliados a favor de los habitantes del país (*favores convenit amplian*).

Hernán Alejandro Olano García

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN (CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL)

El principio de interpretación conforme a la Constitución recibe un crédito casi unánime en la jurisprudencia, al ser considerado como una necesidad intrínseca de cualquier proceso de carácter hermenéutico.

Se suele señalar que este principio tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que exigía la interpretación de todas las leyes y actos de la administración *in harmony with the constitution*. Sin embargo, esta afirmación hay que matizarla, pues a pesar de que en varios estudios sobre el tema se hace el anterior reconocimiento, en realidad fue el sistema de control constitucional europeo el que ocasionó el cambio de paradigma en cuanto a la configuración de la interpretación conforme tal y como se concibe en la actualidad.

En Europa, fue el tribunal federal suizo quien el 8 de julio de 1908 por primera vez hizo uso de esta técnica al resolver un conflicto de inconstitucionalidad de leyes cantorales. Posteriormente, en reiteradas ocasiones ha enfatizado que en el control abstracto de las normas el tribunal anula una disposición de derecho cantoral solamente si ésta no se presta a una interpretación conforme con la Constitución —en ese sentido puede verse la decisión BGE 109 Ia273, de 9 de noviembre de 1983, considerando 2o.—.

También el Tribunal Constitucional Federal alemán adoptó muy pronto este principio. Ya en 1953, en la decisión Rec. 2, 266, 282 —asistencia a los alemanes sobre el territorio federal—, introdujo la formulación básica que establece que “una ley no debe ser declarada nula, si puede ser interpretada de acuerdo con la Constitución, pues no sólo hay una presunción a favor de la constitucionalidad de la ley, sino que el principio que aparece en esta presunción exige también, en caso de duda, una interpretación de la ley conforme a la Constitución [...]”.

Obviamente el principio de la interpretación conforme no es nuevo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana —el presidente de la corte Gaetano Azzariti desde 1957 ya hablaba del mismo—, y ha sido también utilizado como criterio hermenéutico general por los demás tribunales italianos en el momento de individualizar la norma del juicio y, por tanto, a la hora de verificar si existen o no los presupuestos para elevar la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte —sentencia 138/1983, del Tribunal Administrativo Regional de Basilicata, en *Trib. Amm. Reg.*, 1984, I y sentencia 60/1995, de la Corte di Conti, en *Consiglio di Stato*, 1995, II, entre muchas otras—.

Por su parte, el tribunal constitucional español declaró, desde sus primeras sentencias, que es “necesario apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados conforme a la Constitución y declarar tan sólo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable por ser imposible llevar a cabo tal interpretación” —STC 4/1981, de 2 de febrero, fundamento jurídico 1o.—; y es que “la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas” —STC 58/1982, de 27 de julio, fundamento jurídico 2o.—, pues, “si existen varios sentidos posibles de un norma (*léase disposición*), es decir, diversas interpretaciones posibles de la misma, debe prevalecer, a efectos de estimar su constitucionalidad, aquella que resulta ajustada a la Constitución frente a otros posibles sentidos de la norma no conformes con el fundamental —STC 122/1983, del 16 de diciembre, fundamento jurídico 6o.—.

En Latinoamérica, existen también varios tribunales que están empleando esta técnica. Así, entre otros, la Corte Constitucional colombiana, en virtud del artículo 4 de la Constitución, ha entendido este principio “como una técnica de guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución” —sentencia C-100 del 7 de marzo de 1996, fundamento jurídico 10—. Y en otro momento ha sostenido que “la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor coherencia guarden con lo dispuesto en la carta política” —Sentencia C-649 de 2001—.

En la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal brasileño, el marco concerniente a la interpretación conforme es el voto del Juez Moreira Alves en la resolución 1417 de 1987, en donde se estableció que “[la] interpretación de la norma sujeta a control debe partir de una hipótesis de trabajo, la llamada presunción de constitucionalidad de la cual se extrae que, entre dos entendimientos posibles del precepto impugnado, debe prevalecer el que sea conforme a la Constitución” —RTJ 126, 48 (53)—.

El Tribunal Constitucional chileno ha manifestado que “de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, entre los varios sentidos posibles de una regla de derecho, el intérprete ha de estar por aquel que mejor se acomode a los dictados constitucionales” —Sentencia Rol 309/2000—.

En relación con esta forma de interpretar y aplicar el derecho, la Suprema Corte de Justicia mexicana ha expresado que “el juez constitucional, en el despliegue y ejercicio del control judicial de la ley, debe optar [...] por aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico” (Tesis aislada 2a.XCII/2007, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación). En otras palabras, cuando una disposición normativa “admita distintas interpretaciones, algunas de las cuales podrían conducir a declarar su oposición con la Constitución, siempre que sea posible, este órgano de control optará por adoptar o acoger aquella que haga a la norma impugnada compatible con la Constitución, pues de esta manera este Tribunal Constitucional, en su carácter de intérprete, admite o acepta el método de interpretar conforme a la Constitución que conduce a declarar la validez constitucional de la norma impugnada” (tesis jurisprudencial P./J. 45/95 y tesis jurisprudencial P./J. 38/2002, ambas del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

En los sistemas de justicia constitucional antes citados, sin que ello sea restrictivo, el principio de interpretación conforme se ha convertido en uno de los más relevantes de la jurisprudencia constitucional, ya que en virtud de él se precisa agotar las posibilidades de solución que permitan mantener el texto o acto impugnado en toda su vigencia. Su empleo ha sido la fuente de donde ha surgido toda una tipología de sentencias interpretativas emanadas de los tribunales constitucionales, a través de las cuales se perfilan algunas de las características que el *corpus* jurisprudencial y la doctrina han ido asentando. En

ellas se deja ver que las cortes o tribunales constitucionales están facultados no sólo para decidir si una ley vulnera o no el texto constitucional, sino también para interpretar éstas con el fin de pronunciarse acerca de cuál o cuáles son las interpretaciones constitucionalmente admisibles y cuál o cuáles deben rechazarse.

Giovanni A. Figueroa Mejía

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN (CONTENIDO DEL)

La interpretación conforme a la Constitución ha de ser diferenciada de la interpretación orientada en base a la Constitución. Esta última resulta de la significación de la Constitución para todo el ordenamiento jurídico y ha de ser puesta en práctica por todo órgano aplicador del derecho (Klaus Stern, 1987). Por el contrario, la interpretación conforme a la Constitución es un instrumento para el mantenimiento de una norma que siendo parcialmente inconstitucional no es declarada nula al poder ser interpretada en consonancia con la Constitución.

El principio sometido a estudio comprende dos aspectos. En primer lugar, una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales (Eduardo García de Enterría, 1981), por lo que los actos normativos serán conformes con la Constitución cuando no violen el sistema formal constitucionalmente establecido y cuando no contraríen, positiva o negativamente, los parámetros materiales plasmados en las reglas o principios constitucionales (J. J. Gomes Canotilho, 2003). En segundo lugar, un interés de conservar la normativa jurídica como homenaje a la autoridad legislatora (Pablo Lucas Verdú, 1984). Esto es, antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley, el ministro, magistrado o juez que efectúa el examen tiene que acoger entre varios sentidos *a priori* configurables de la norma infraconstitucional, aquél que le sea conforme o más conforme con la Constitución. De ahí que sólo se puede declararse inconstitucional una norma cuando ningún modo posible de interpretarla se ajusta a la Constitución.

No puede pasar inadvertido que el principio de interpretación conforme, a pesar de ser primordialmente de formulación jurisprudencial, se encuentra también expresamente consagrado en algunos ordenamientos jurídicos. En el ámbito europeo es paradigmático el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, cuyo contenido conviene transcribir: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Por su parte, en Latinoamérica la justicia constitucional boliviana también había consagrado este principio en el artículo 4o. de la Ley del Tribunal Constitucional (Ley núm. 1836 del 1o. de abril de 1998). En dicho artículo se señalaba: (*sic*) “En caso excepcional de que una ley,

decreto, o cualquier género de resolución admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional en resguardo del principio de conservación de la norma adoptará la interpretación que, concuerde con la Constitución [...]”.

Este principio ha adquirido una importancia creciente, adoptándose hidalgamente con ese nombre u otros equivalentes en prácticamente todos los tribunales constitucionales europeos y más recientemente está siendo también utilizado en la formulación jurisprudencial de los tribunales constitucionales de América Latina.

En México, se está convirtiendo en un parámetro indispensable y necesario para determinar la validez, eficacia y funcionalidad de las diversas normas generales que integran sistema normativo del país. Esto es, cuando en alguno de los procedimientos de control de constitucionalidad se valora la regularidad constitucional de una disposición normativa secundaria, lo que la jurisdicción constitucional está prefiriendo —siempre que las circunstancias lo permitan y con el objeto de evitar las consecuencias que genera la declaración de inconstitucionalidad— es extraer de la disposición impugnada el contenido que más correspondencia tenga con la Constitución.

En suma, la interpretación de un ordenamiento jurídico de conformidad con su ley fundamental, es un principio jurídico básico que deriva del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo. Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, se fundamenta en la idea de que la carta magna, al ser la ley suprema, articula la unidad y coherencia de todo el ordenamiento jurídico. En función de éstas, las leyes emanadas bajo la vigencia de la ley fundamental deben ser interpretadas en consonancia con ella, así como el derecho aún vigente procedente de tiempo anterior, debe ser adaptado a la nueva situación constitucional.

Giovanni A. Figueroa Mejía

PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

Con el propósito de que el orden público de un Estado sea salvaguardado, es necesario que tanto la parte dogmática como la orgánica de una Constitución no sean desconocidas. Así, la parte de la Constitución que comprende los derechos fundamentales del hombre, recibe el nombre de *dogmática*; mientras que el apartado que tiene por objeto organizar el poder público, es denominada la parte *orgánica*.

Además de la parte dogmática y la orgánica, pertenecen a la Constitución en sentido material los preceptos relativos a la “superestructura constitucional”, la cual cubre por igual a los derechos del individuo, a los poderes de la federación y de los estados. Son dichos preceptos los que aluden a la soberanía popular, a la forma de gobierno, a la supremacía de la Constitución y a su “inviolabilidad”.

Toda Constitución contiene principios protectores, entre los que se encuentra el de inviolabilidad de la Constitución en conjunción con el de supremacía y rigidez, consagrados en los artículos 136, 133 y 135 constitucional respectivamente, que en su conjunto forman el bloque de principios protectores del constitucionalismo mexicano.

El principio de “inviolabilidad” de la Constitución, no implica que ésta no pueda ser contravenida, ya que en múltiples ocasiones se infringe por actos de poder público y ocasionalmente por grupos violentos que intentan desconocer el orden constitucional. Por ello, la Constitución establece medios jurídicos para impedir o remediar las contravenciones al orden público y a las instituciones democráticas, proveyendo a su autodefensa mediante sistemas de control de constitucionalidad, que incluye instrumentos procesales de diferente carácter para que mediante su ejercicio, se preserve y mantenga el orden jurídico que crea, generándose con ello la llamada “*jurisdicción constitucional*”.

La inviolabilidad es un principio vinculado inescindiblemente a la supremacía, significa la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, reemplazada o quebrantada por fuerzas que no sean las del Poder Constituyente. Consiste en la unidad, seguridad y permanencia de su contenido normativo, el cual es indivisible en el tiempo, permitiendo únicamente su actualización por medio de adiciones y reformas cuyo procedimiento emane del propio documento constitucional. Esta posibilidad de adicionar y reformar la Constitución es, en efecto, el único medio para modificar su estructura normativa, lo cual confirma el criterio de mutabilidad del orden constitucional.

En ese tenor, el principio de inviolabilidad consiste en que la Constitución por ninguna razón perderá su vigencia, aun cuando cualquier movimiento rebelde o de grupos violentos dejen de observar el régimen político que constitucionalmente se encuentra establecido, así de darse un movimiento subversivo, una vez recuperado el Estado de derecho y mediante las circunstancias que la Constitución prevé, se sancionara a los rebeldes. De suerte que el principio de inviolabilidad salvaguarda cada una de las partes de la Constitución, tanto la dogmática como la orgánica y el propio Estado de derecho, por tanto, si el orden jurídico deja de observarse derivado de la provocación realizada por grupos rebeldes, ello no significa que se desvanezca la vigencia constitucional.

Atento a ello, la Constitución no puede ser desconocida por ningún órgano de poder o grupo social rebelde, en efecto, el tema de la rebelión se instituyó porque la historia ha señalado el triunfo de grupos minoritarios los cuales han establecido Constituciones contrarias a los intereses nacionales, esto en razón de la falta de conciencia de los derechos de soberanía correspondiente al pueblo.

Al respecto, el artículo 136 constitucional expresamente se refiere a la suspensión de su observancia mediante una rebelión o trastorno público, algo distinto del significado de revolución. Una rebelión implica una reacción violenta contra el sistema de gobierno y contra la Constitución vigente en el momento de ese movimiento, la rebelión, es alzarse en armas por solamente una fracción del pueblo, inconforme con su gobierno. De manera que, al ser “la rebelión”, sólo una fracción de todo el conglomerado humano, ello implica que esa lucha no es apoyada por la mayoría y por tanto, no representa intereses legítimos. En cambio, en un movimiento de revolución, la ideología es por supuesto, apoyada por la mayoría del pueblo inmiscuido, lo cual ha llegado a considerarse una lucha legítima. Sin embargo, en una Constitución, no es

posible establecer de manera explícita, el derecho del pueblo a la revolución porque un documento constitucional no puede prever dentro de sí, su propia causa de aniquilamiento.

Ante ello, se ha evidenciado que una forma “doméstica” en que se puede ver reflejado el llamado “derecho a la revolución”, es por la voluntad del pueblo cuando decida, en ejercicio de su soberanía, cambiar o modificar la forma de su gobierno, ejerciendo su facultad de autodeterminación al margen de los poderes constituidos.

Así, la Constitución es “inviolable” frente a cualesquiera movimientos que, sin ser auténticamente revolucionarios, la desconozcan, suspendan o reemplacen por un “status” político diferente, es decir, sea desconocida o sustituida por fuerzas que no emanan del Poder Constituyente o personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo, en ese sentido, quienes se vean favorecidos por un movimiento rebelde, adquieren un poder ilegítimo, sin apoyo real, se trata de una usurpación del poder; lo que pretende evitar el principio de inviolabilidad constitucional, al ordenar el castigo de tales actos; no así el movimiento de la revolución, el cual ha sido empleado como un derecho de los pueblos que va más allá de la Constitución.

En otras palabras, toda Constitución, ante las aspiraciones populares, frente a la vida social en constante evolución, es evidentemente susceptible de abolirse y de ser sustituida por otra. Y es que una Constitución, que hipotéticamente se supone como fruto de la voluntad popular expresada a través de sus representantes (Congreso o Asamblea Constituyente) no debe encadenar al pueblo hasta el extremo de que siempre se vea obligado a ceñir su vida a sus mandamientos, o sea, a someterse a los principios jurídicos, políticos, filosóficos, económicos o sociales que en un momento determinado puedan oponerse a la evolución nacional y a los sentimientos de justicia.

En esa virtud, empieza a cobrar auge el diseño de una teoría del derecho a la insurrección, según puede desprenderse de diversos ordenamientos, en donde ese “derecho” es permisible en las Constituciones de: Argentina (art. 36), Ecuador (arts. 98-99), El Salvador (art. 87), Honduras (art. 43), Guatemala (art. 45) y Perú (art. 46).

En México, el principio de inviolabilidad tiene un alcance propio del Estado federal, ya que tanto la ley fundamental como las Constituciones locales lo consagran como una decisión política que sostiene la validez y permanencia del sistema creado a su amparo. Y si bien, puede desprenderse el caso del derecho legítimo del pueblo para recobrar su libertad y restablecer la observancia de la carta magna desconocida, puede inferirse también, que esa restauración queda en manos de las instituciones, para posteriormente juzgar a los responsables de la rebelión y a quienes hubieren cooperado con ella. Aunque es importante diferenciar si el movimiento es generado por grupos rebeldes o si se trata de un auténtico movimiento revolucionario, pues del contenido del artículo 136 de la Constitución mexicana, es posible inferir aunque de manera implícita o a *contrario sensu*, el derecho moral a hacer la revolución.

José Ricardo Carrasco Mayorga

PRINCIPIO DE IRREVERSIBILIDAD

El principio de irreversibilidad tiene su aplicación en los derechos económicos, sociales y culturales. El reconocimiento de estos derechos sigue siendo una lucha constante contra el Estado y los grandes capitales, agravada actualmente por la crisis económica global y del Estado de bienestar. Todo lo cual ha vuelto muy dúctil este principio.

Este principio también se aplica a los derechos individuales. Por ejemplo no se puede retroceder a la esclavitud, a la tortura, a una religión obligatoria, etcétera.

La irreversibilidad obliga a no retroceder las conquistas logradas, pero la realidad nos ha demostrado que bajo ciertas circunstancias se presentan lamentables regresiones.

Este principio se desprende del art. 4o. de la Constitución nicaragüense que establece el deber del Estado de promover y garantizar los avances de carácter social y político, asumiendo la tarea de promover el desarrollo humano; y del art. 48.1 de la Constitución, que establece la obligación del Estado de eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

Con relación a la naturaleza jurídica de este principio han surgido tres tesis.

La primera tesis estima que la prohibición del no retroceso es simplemente una expectativa, no una verdadera norma jurídica, lo que debilita considerablemente el principio, de tal manera que el legislador puede cambiar la norma relacionada con estos derechos, incluso reducirlos, disminuir el monto de las pensiones del seguro social, aumentar la edad de jubilación, disminuir el salario mínimo, disminuir o suprimir ciertas prestaciones sociales a la clase trabajadora, sin poder alegarse la existencia de derechos adquiridos, y sin que exista violación a la constitución. Esta tesis carece de aceptación general.

La segunda tesis sostiene en forma absoluta el principio de no regresividad, según el cual la reducción de estos derechos por el legislador, constituye una violación directa a la Constitución. Por ejemplo, no se pueden reducir los gastos de salud o de educación para racionalizar el gasto público o reducir las pensiones del seguro social, o las que ya están prácticamente por concederse. Esta tesis es la que goza de más simpatía, pero lamentablemente cede ante la realidad de fuerzas mezquinas.

La tercera tesis, la más aceptada y flexible para algunos autores, reconoce el principio de la no regresividad de dichos derechos, considerándolos *prima facie* derechos protegidos por la presunción de que todo retroceso debe estimarse inconstitucional, pero acepta que las autoridades puedan demostrar las imperiosas necesidades que impidan la progresividad prestacional, por las que el legislador puede tener amplitud para formular el alcance prestacional de acuerdo a los principios de racionalidad y proporcionalidad.

Iván Escobar Fornos

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

Uno de los temas de mayor importancia en materia de derechos humanos, que al mismo tiempo está sujeto a una intensa discusión doctrinal, es el relativo a su universalidad y a las posibilidades reales de su reconocimiento, cumplimiento y respeto de manera global, dadas las diferencias de culturas, sistemas de valores y los heterogéneos niveles de desarrollo de cada país.

La crítica a la concepción de los derechos humanos como universales proviene de las posiciones de la antropología jurídica y del multiculturalismo, al afirmar que el concepto y la idea misma de los derechos humanos son propios de la cultura occidental, desarrollada e inmersa en el marco de las culturas de origen judeo-cristiano liberales, que no corresponde y difícilmente encaja en otras culturas como las orientales, las musulmanas o las de los pueblos autóctonos que han mantenido vivos sus sistemas culturales.

Es un hecho innegable la existencia de un mundo multicultural, en el que las distintas culturas y pueblos han tenido desarrollos muy distintos hasta su evolución actual, lo que resulta en sistemas de valores y reglas de convivencia social en ocasiones muy diferentes; sin embargo, también es un hecho que los derechos humanos en su conjunto constituyen hoy una institución jurídica y moral de universal aceptación, superando su origen occidental, pues todos los países los consagran y reconocen en sus textos constitucionales, tal vez con distintas formulaciones y más o menos amplitud de acuerdo con su cultura y niveles de desarrollo institucional, pero bajo una base de reconocimiento a su valor ético, incluso se afirma que los derechos humanos son la ética de finales del siglo XX.

En general puede afirmarse que todos los países reconocen la existencia de los derechos humanos como un estándar del desarrollo ético de los Estados, y si bien se pueden presentar diferencias en la formulación en el derecho positivo de los derechos, el acuerdo es más amplio en relación con los valores básicos que los sustentan y a los que desarrollan, los que si bien tal vez no pueden ser calificados de universales sí son concebibles como universalizables, esto es, susceptibles de ser reconocidos y aceptados de manera generalizada en todos los países y culturas.

Sin negar la existencia de las diferencias culturales y de niveles de desarrollo, parece lógico sostener, sin necesidad de asumir posiciones iusnaturalistas sino simplemente antropológicas, que hay un sustrato común de humanidad en todos los individuos, además de una capacidad moral, que nos conduce a pensar que lo que es bueno para unos deben también serlo para los demás, en especial cuando nos referimos a la tutela de la dignidad humana y a la generación de mejores condiciones de vida. Quién puede oponerse al reconocimiento del valor de la vida humana, de la igualdad, de la libertad, o de los derechos a la atención de la salud, a contar con una vivienda digna o a la educación. Es claro que son bienes y valores aceptados de forma general por todas las culturas.

Otro problema para el reconocimiento de la universalidad se da cuando se abordan los temas filosóficos vinculados con los derechos humanos, como son los de su conceptualización y su fundamentación, pues ahí se

navega en ámbitos abstractos y en los que las distintas posiciones filosóficas, axiológicas, e incluso ideológicas, hacen muy difícil llegar a posiciones consensuadas.

Como reacción a esas situaciones se desarrolló el llamado neopragmatismo o neopositivismo, en el que se propone dejar de lado esos temas para avanzar en la construcción de mejores medios de protección y defensa de los derechos, como propuso Bobbio. Posiciones que en gran medida se fundamentan en la llamada prueba del consenso, que hace referencia la universal aceptación de la existencia de los derechos humanos que es empíricamente comprobable en vida cotidiana de los países y la comunidad internacional.

De que la comunidad internacional reconoce la universalidad de los derechos humanos son muestra clara los documentos producidos en las dos conferencias mundiales promovidas por Naciones Unidas, la primera en Teherán en 1968, en la que se estableció la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos para toda la comunidad internacional, y la segunda en Viena en 1993, en donde expresamente se estableció que: “El carácter universal de estos derechos no admite duda”.

Es así que la declaración universal es considerada por la doctrina y los organismos internacionales como parte del *ius cogens* internacional, y si bien algunos autores discuten que la totalidad del texto tenga esa categoría normativa, hay consenso en el reconocimiento de que al menos el conjunto de derechos establecidos como inderogables en los propios tratados internacionales tiene ese nivel.

De hecho si revisamos el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, nos vamos a encontrar que la concepción misma de éstos implica su universalidad, lo mismo que la modernidad como proyecto político y social implica necesariamente su presencia en las sociedades, como sucede también con la democracia.

Ahora bien, el hecho de la presencia de los derechos humanos en todos los países y ámbitos y el reconocimiento de su universalidad no anulan la diversidad cultural existente entre las distintas regiones y estados, ni el hecho de que los derechos, al igual que los seres humanos, se encuentren afectados por la historicidad; esto es, que su alcance, contenido y posibilidades de desarrollo están afectados por las circunstancias y condiciones de vida en cada país, entre las que se incluyen por supuesto aspectos culturales e incluso religiosos, los que tiene una incidencia ineludible en el desarrollo del derecho positivo.

Sin embargo, la consecuencia inmediata del principio de universalidad es que de ninguna manera y bajo ningún aspecto puedan utilizarse como justificación para no reconocer los derechos a algún individuo o grupo las especificidades y característica propias de un cultura determinada, por el contrario, estas diferencias culturales deben usarse para desarrollar los derechos en ese ámbito de manera que tengan plena vigencia y puedan establecerse los adecuados medios para su protección y garantía.

Victor M. Martínez Bullé Goyri

PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

La locución latina *in dubio pro reo* hace referencia a un principio jurídico que atiende particularidades procesales que tienen aplicación en el momento en el que el juez, al valorar las pruebas, dicta la sentencia.

El principio *in dubio pro reo* se refiere únicamente a las particularidades procesales que operan al momento en que se valoran las pruebas, con el fin de demostrar —o no— que el acusado es la persona que actualizó los elementos de tipo penal del delito de que se trate, mismas que se materializan al momento de dictar la sentencia.

De manera que se aplica cuando, al estimar todas y cada una de las pruebas, el juez llega a la conclusión de que no cuenta con elementos suficientes, y, por lo tanto, no puede declarar con seguridad que el sujeto cometió el delito. Lo anterior debido a la falta de plena certeza, pues no se demostró completamente que éste lo haya cometido. Por lo tanto, al existir la duda, se debe absolver al inculpado. En otras palabras, el juez, al examinar todas y cada una de las pruebas, debe tener plena certeza de que el acusado cometió el delito. Pero en caso de duda deberá dictar sentencia absolutoria. Justamente, el principio presupone un estado de incertidumbre, ante el cual se concede al juzgador optar por lo más favorable para el acusado, al absolverlo en virtud de la existencia de una *duda razonable*.

Encontramos entonces que el elemento fundamental de este principio es la duda razonable que se genera en el juzgador respecto de las pruebas tendientes a la demostración de la responsabilidad del acusado. El juez carece de una convicción judicial por lo que no es dable dictar sentencia condenatoria, o, si se quiere, la duda razonable impide que ésta se produzca. Únicamente las pruebas que generan tal duda habrán de ser suficientes para absolver al acusado. De este modo, la aplicación del principio *in dubio pro reo* establece que donde quepa duda acerca de la responsabilidad del acusado debe dictarse fallo absolutorio, debido a que subsiste una laguna en las pruebas que impiden determinar con certeza la responsabilidad del sujeto.

En este orden de ideas, los medios de prueba son aquellos instrumentos procesales de los que se sirven las partes para lograr el convencimiento del juzgador en relación a sus respectivas pretensiones. Por lo tanto, el fallo ha de basarse en la comprobación de las pruebas, con base en la apreciación e interpretación de las mismas por parte del juez. Ahora bien, respecto de las pruebas, agotado el catálogo de recursos probatorios el tribunal tiene que llegar a una apreciación de las mismas que constituyen la base del fallo. Es preciso someter a un examen minucioso todos los medios de prueba que en el juicio hallen aplicación. Por ello, la doctrina ha señalado que el que en un procedimiento probatorio se establezca, sea tan sólo la probabilidad, sea la certidumbre de la culpabilidad de una persona, con frecuencia depende de la manera como se conduzca el juicio y de la acertada apreciación de todos los medios de prueba disponibles, por lo que se hace necesario someter las pruebas a un examen crítico.

En México, dicho principio está contenido implícitamente en la CPEUM en los artículos 17 segundo párrafo, y 23 del mismo ordenamiento. Asimismo,

mo, con la finalidad de no vulnerar el derecho a la libertad de tránsito establecido en el artículo 11 de la CPEUM, el principio en comento es también reconocido.

Claudia Viridiana Hernández Torres

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Existe una gran diversidad de opiniones tanto sobre la definición de principios generales del derecho como sobre el papel desempeñado por los mismos. Desde el primer punto de vista, la noción de “principios generales” no es una acepción unívoca en el mundo del derecho, pudiéndose entender como tales aquellos enunciados escritos o no escritos, derivados del conjunto de las disposiciones jurídicas existentes, que por su importancia regulan algunos ámbitos del derecho o del sistema jurídico en su conjunto, sea desde una perspectiva de derecho substancial sea de derecho procesal, o bien a nivel, nacional o internacional, del ordenamiento considerado.

Durante mucho tiempo, la cuestión ha sido si los principios pertenecen al mismo *genus* de la norma, difiriendo de éstas por el hecho de tener una formulación más abstracta, o si constituyen más bien algo ontológicamente diferente, “escondido” detrás de las normas y capaz de entrar en contacto con éstas solo como consecuencia de la interpretación del jurista.

Las dudas permanecen en relación con la identificación del carácter general que podemos atribuir a un principio del derecho. El adjetivo general ha sido variadamente entendido en un sentido iusnaturalista, o como sinónimo de “derecho natural”, o en términos de “*ius positum*”, y además como un sinónimo de “universal”, coincidente con la categoría de los “derechos fundamentales” y, según algunas opiniones, con los “derechos humanos”.

En cuanto a lo que concierne al papel que juegan los principios en el mundo jurídico, su función ha sido tradicionalmente la de puntos de referencia que deben guiar la interpretación y la reconstrucción de un sistema jurídico, respondiendo, además, a la exigencia de eliminar un *vulnus* del ordenamiento.

Desde una perspectiva de derecho comparado, a nivel nacional, los principios generales, cuando así lo dispongan, se colocan como fuente complementaria o integradora en el sistema de la jerarquía de fuentes; incluso en ausencia de una referencia explícita en el sistema de fuentes. Sin embargo, los principios generales se pueden encontrar, aunque con formas y modalidades diferentes, tanto en los ordenamientos jurídicos de *Civil Law* como en el marco del *Common Law*. A nivel internacional, los principios generales “reconocidos por las naciones civiles” constituyen una fuente universalmente aceptada por los Estados. El mecanismo del reconocimiento recíproco está en la base de la aceptación de los principios generales en el marco “regional” de pertenencia de algunas organizaciones internacionales, como la Unión Europea.

La noción de principios generales, de todas formas, si es propia de la experiencia jurídica occidental existe también en un primer intento de codificación del derecho chino y, además, en los sistemas caracterizados por una “mezcla” de las dimensiones religiosa y política, como el derecho islámico.

Aún dentro de una misma “familia” jurídica, los principios generales no forman un grupo determinado y están sujetos a la ampliación que consigue la pertenencia de un ordenamiento jurídico nacional a un ordenamiento supranacional. La teoría de que los principios generales puedan “cerrar” el ordenamiento se revela adecuada solo en un sistema jurídico de tipo kelseniano, que es algo lejano de la realidad del mundo jurídico contemporáneo, caracterizado por una perspectiva de una siempre interacción e intersección entre los ordenamientos estatales e internacionales. La necesidad de que el nivel nacional “cumpla” con sus obligaciones supranacionales implica una circulación de los principios en un sentido “*top down*”, desde el ordenamiento internacional hasta el sistema estatal y también en un sentido “*bottom up*”, lo que se produce cuando el nivel supranacional reconoce un principio general que ha sido generado a nivel nacional o en el caso de una “contaminación” nacional de un principio general, en consecuencia de una *cross-fertilización* entre niveles.

Eloisa Denia Cosimo

PRINCIPIOS POLÍTICOS

Antes de adentrarnos al estudio de los principios políticos, me parece lógico definir un principio, el cual, según Rolando Tamayo y Salmorán consiste en: “Toda ciencia tiene sus propios principios, el derecho al ser una ciencia tiene sus principios, los cuales no surgen por generación espontánea sino que son contruidos racionalmente. Es decir, son el resultado de la observación de casos individuales que comparten características comunes” (*Razonamiento y argumentación jurídica*, 2004).

Ahora bien, nos referimos para efectos de este análisis a principios políticos, los cuales por naturaleza se encuentran en el documento político, el cual por excelencia existe en los regímenes políticos actuales en *La Constitución de un Estado*.

En ese tenor, la Constitución es un documento formal y solemne sancionado por el constituyente originario que contiene principios fundamentales o políticos, así como fines que el Estado debe cumplir. También será material en función de los principios y cláusulas que incorpore en su texto.

En esta misma vertiente, el constitucionalismo que es un producto relativamente reciente, representa la historia por la defensa de los derechos humanos y un constante compromiso con el ejercicio racional del poder, como afirma Diego Valadés, que “*el Poder controle al Poder*”.

La Constitución es la *summa* del Estado; la síntesis histórica de un pueblo que precisa de un documento con primacía formal sobre las demás normas, para hacer pragmático su contenido programático.

Tratándose de la Constitución, hemos determinado a partir de ciertos principios que como norma jurídica o *corpus* de normas jurídicas le son exclusivos: *supremacía, fundamentalidad, inviolabilidad, permanencia*.

Estos son principios que la teoría constitucional asigna a todas las Constituciones por tratarse del documento jurídico de mayor jerarquía dentro de cada universo jurídico. Otro punto son los grandes principios contenidos de manera

exclusiva en cada texto constitucional que definen a un Estado y definen un *ethos*. En este orden de ideas, *los principios constitucionales o políticos son las prescripciones esenciales que de manera expresa o tácita están contenidas en la Constitución.*

Vale la pena recordar que el constitucionalismo como tal tiene sus fundamentos en el pensamiento liberal de la Ilustración y las grandes Revoluciones Constitucionales: la *Norteamericana de 1787* y la *Francesa de 1789*, en las que se incorporan los primeros postulados políticos de la modernidad jurídica para el ejercicio y control del poder. En ellos, se delinean los esquemas racionales en los que un Estado debe orientarse para alcanzar sus fines propios como la *felicidad o el bien común.*

Alexander Hamilton en el *Federalista* propuso en una serie de artículos una discusión sobre temas como: “La utilidad de la Unión para la prosperidad política; la insuficiencia de la Confederación para conservar la Unión; la necesidad de un gobierno enérgico; la conformidad de la Constitución con principios republicanos y la salvaguarda del gobierno para la libertad y la propiedad” (2010).

La particular concepción de la política del Federalista (primera gran obra de ciencia política) así como las ideas de *Rousseau*, *Montesquieu* (división de poderes) y *Voltaire* fueron un soporte para crear principios políticos articulados que desde entonces insertamos y que vamos cambiando bien sea por reforma constitucional o interpretación jurídica de tipo histórico y evolutiva.

Los franceses plantearon principios individuales como la libertad (término que constituirá el liberalismo) y la entienden como un bien supremo para buscar la felicidad. Y por tanto, desarrollan diferentes tipos de libertad: *de expresión, económica, política, religiosa, etcétera.*

Sobre la igualdad, debemos decir que fue el principio cardinal de la Revolución Francesa, entendida como igualdad de oportunidades para todos, traducida en una igualdad jurídica ante la ley, más no ante el poder económico.

En cuanto a propiedad, ésta es básica para el desarrollo de la libertad y la consecución de la felicidad. El liberalismo no sólo justifica la apropiación de bienes necesarios para el consumo sino también la acumulación de bienes. Es considerado un derecho natural y consustancial con el ser humano y la manera más eficaz para lograr la felicidad. Finalmente, los revolucionarios franceses destacan que la seguridad es un principio fundamental porque sirve para garantizar los otros tres principios ya indicados y sobre todo el de propiedad.

En síntesis, un principio político es una decisión política fundamental que el Constituyente Originario de un Estado ha establecido como depositario de la Soberanía Popular; dichos principios tienen como finalidad organizar el poder político y proteger los derechos fundamentales de las personas, entre ellos, el más importante el de *dignidad humana*. Tales principios evolucionan con el tiempo y las circunstancias históricas y corresponde al Legislador adecuarlos a la realidad o bien, a los Poderes Judiciales vía interpretación constitucional, pues ahí subyace la gran cuestión, *¿puede una generación decidir el futuro de las siguientes?*

En la Europa de la Segunda Posguerra, el mundo se orientó a establecer cartas constitucionales que contuvieran dos tipos de principios políticos:

- a) Democracia.
- b) Un catálogo de derechos fundamentales.

Rodolfo L. Vigo ha insistido que después de la contradicción que enfrentó el Derecho al juzgar en *Nüremberg* a los criminales de guerra en el que se colisionaron derechos como el cumplimiento de un deber y el hacer justicia, y tuvo que optarse por hacer justicia para evitar lo que *Radbruch* denominaría “*injusticia extrema no es derecho*”. Con ello se rematerializa el derecho y se le dota de contenido moral, más allá del contenido político.

La ciencia jurídica coincide con la ciencia política en que los principios políticos de todo Estado constitucional y democrático de derecho son:

- a) Separación de poderes o funciones: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y órganos constitucionales autónomos.
- b) Forma de Estado: federal, unitaria, central (Debe considerarse también formas de organización política como la Unión Europea. Unión de los 25 Estados con regímenes y características especiales).
- c) Régimen político: democrático, aristocrático, totalitario y sultanista.
- d) Catálogo de derechos fundamentales: Vida, libertades (tránsito, expresión, asociación, participación política, religiosa), seguridad, debido proceso, acceso a la justicia, derechos políticos, transparencia y acceso a la información, elecciones libres y auténticas.
- e) Laicidad. Separación Iglesia – Estado.
- f) Control constitucional y convencional. Como mecanismos que salvaguardan las promesas constitucionales.

José Antonio Abel Aguilar Sánchez

PROCESALISTAS (PROCESO CONSTITUCIONAL)

El nacimiento del derecho procesal constitucional, como disciplina, no como normas o juicios en el campo de los hechos, inició en lengua castellana con los estudios y reflexiones de *Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha escrito un solvente trabajo: *Derecho procesal constitucional* (origen científico 1928-1956), traducido al portugués, al italiano y al japonés. El mismo autor coordinó un texto titulado: *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*. Allí respondieron un cuestionario los siguientes autores: Peter Häberle, Osvaldo A. Gozaíni, Néstor P. Sagüés, Jorge Asbún, Pablo Dermizaky Peredo, José Antonio Rivera Santiváñez, Ivo Dantas, Regis Frota Araujo, André Ramos Tavarés, Ernesto Rey Cantor, Rubén Hernández Valle, Humberto Nogueira Alcalá, Francisco Zúñiga Urbina, José Julio Fernández Rodríguez, Jesús González Pérez, Pablo Pérez Tremps, Lucio Pegoraro, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Ovalle Favela, Diego Valadés, Jorge Seal-Sessain, Samuel B. Abad Yupanqui, Gerardo Eto Cruz, Víctor Julio Ortecho Villena, José F. Palomino Manchego, Aníbal Quiroga León, César San Martín Castro, Jorge Miranda, Eduardo G. Esteva Gallichio, Héctor Gros Spiell; en la primera parte del estudio.

Alcalá-Zamora (1947) le otorgó la paternidad de la rama procesal a *Hans Kelsen*, conocido más bien por su quehacer filosófico.

En México (1955-1956) *Fix-Zamudio* en su tesis de licenciatura (dirigida primero por José Castillo Larrañaga y luego por su padre académico Niceto Alcalá-Zamora) denominada *Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, quien en 167 páginas divididas en 5 partes ubicó la nueva disciplina del derecho procesal constitucional con un toque novedoso. El autor citado desde esa fecha hasta nuestros días ha seguido configurando a esta disciplina con grande esfuerzo y grande reconocimiento.

Otros enfoques que aluden a la justicia constitucional no deben desdeñarse pues son una diferente postura sana. Tampoco deben desconocerse las diversas maneras de abordar los contenidos del derecho procesal constitucional, con otros nombres. El saber global debe conocer los trabajos de un grupo llamado “revisionistas”, quienes desde Italia y la América española publican y disertan en la materia.

Alberto Saíd tiene en prensa un libro denominado: *Procesalistas, proceso y constitución*, donde parcialmente alude al tema. Sin olvidar a *Calamandrei y Couture*.

De buena utilidad es el escrito: “Forjadores del derecho procesal constitucional” del multicitado Ferrer Mac-Gregor. En México especialmente para el estudio de amparo hay autores de diversa escuela académica como Eduardo Pallares e Ignacio Burgoa. Ellos merecen toda la atención de los estudiosos de la institución.

No se puede hacer una nómina definitiva de procesalistas de la rama adjetiva constitucional, pues según el criterio del lector, con justicia diría: “Ni son todos los que están, ni están todos los que son”.

Alberto Saíd

PROCESO

PROCESO

Concepto del proceso. El proceso jurisdiccional es una figura heterocompositiva estatal que se traduce en un medio institucional para resolver litigios en sociedad. Participan en él distintos sujetos procesales: juez, auxiliares, partes y terceros, todos ellos con el fin de solucionar el conflicto jurídicamente trascendente. Ello se logra cuando el juzgador unitario o colegiado dice el derecho al caso concreto. Para decir el derecho, el juez no sólo hace un mero silogismo judicial, en él la premisa mayor es el derecho —más no la ley— aplicable; la premisa menor, el conflicto específico; y el juicio, la sentencia o derecho aplicado:

- Es un medio heterocompositivo de solución de controversias.
- Es una expresión del poder soberano del Estado.
- En él se ejerce jurisdicción por el juzgador.
- Las partes instan una y otra vez a lo largo del proceso.
- Se cumplen formalidades establecidas previamente en el programa normativo.
- En el mundo de los hechos también se regula por usos y costumbres forenses.

— En nuestro medio es gratuito, pero tiene un costo social y económico para las partes.

— Soluciona el litigio, al producir el juez el derecho vivo. Al sentenciar debe buscar la justicia concreta.

Para solventes autores el concepto de proceso es una categoría, que incluso da el nombre a la ciencia que comprende a otros también importantes, pero que no abarcan el todo. De *Chiovenda* hasta nuestros días es una postura con amplia acogida en la doctrina.

Naturaleza jurídica. *Juan Montero Aroca*, profesor de la Universidad de Valencia, sostiene que el tema —tan debatido y tan álgido en su momento— ha perdido fuerza e interés en los estudiosos de la ciencia procesal. Dicho en otras palabras, de un aspecto esencial ha pasado a ser un tema tangencial. Sin embargo, es real que persiste el interés académico de poder responder qué es el proceso en su esencia jurídica.

Hay partidarios de la teoría que entienden al proceso como una entidad jurídica compleja pues tal complejidad se puede analizar y encontrar en los tres planos de lo jurídico-procesal: conceptual, normativo y fáctico.

Plano conceptual	El proceso no se puede conceptualizar por una sola nota sino por varias, cada una de las cuales debe analizarse en su individualidad y en su relación con el conjunto.
Plano normativo	El legislador norma la actuación de diversos sujetos procesales (juez, auxiliares, partes y terceros) en normas adjetivas. La actuación de todos estos sujetos debe ser conforme a los principios y manifestarse en procedimientos previamente regulados.
Plano fáctico	De manera real y dinámica interactúan todos los sujetos procesales conforme al programa normativo, usos y costumbres en forma compleja (a veces complejísima).

Alberto Saíd

PROCESOS CONSTITUCIONALES ATÍPICOS

Por proceso constitucional entendemos aquel proceso que afecta a una cuestión básica del poder público, que, por ello, se encuentra tratada en la Constitución. Desde un entendimiento material del concepto de constitución existen una serie de cuestiones que deben recogerse necesariamente en la misma. Por lo tanto, los procesos que se refieran a esos elementos nucleares de la carta magna hay que tildarlos de procesos constitucionales. Ese orden jurídico fundamental que establece la constitución y que legitima al poder estatal no es aséptico sino que responde a ciertos valores, de los que se derivan esos contenidos materiales de lo constitucional. Tales valores provienen, históricamente hablando, del constitucionalismo, doctrina política que gira en torno

a la limitación del poder. La materia objeto del contencioso determinará, en suma, su naturaleza constitucional. Estos procesos servirán para garantizar el principio de supremacía de la carga magna y/o la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Un proceso constitucional “atípico” es un proceso constitucional que no resulta básico desde el punto de vista de la naturaleza de la jurisdicción constitucional. Es decir, que se mantiene dentro de las fronteras delimitadas por lo contencioso constitucional pero que no resulta uno de los tres procesos que se han configurado históricamente como característicos de los tribunales constitucionales (y que por ello, denominamos procesos típicos: el control de constitucionalidad de la ley, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución del poder). De esta forma, estas competencias añadidas a las típicas pueden ser igualmente contenciosos constitucionales si afectan a elementos del concepto material de constitución y, por ende, a la delimitación del poder político.

Teniendo en cuenta la posición que ostenta el órgano de jurisdicción constitucional, es recomendable que tenga competencia sobre otros procesos constitucionales que pudieran existir al margen de los tres característicos. Así las cosas, esta jurisdicción debe conocer de aquellos procesos que implican decisiones básicas en la vida de la comunidad, que por ello serán materia constitucional, al menos *de lege ferenda*. La peculiar posición dentro del sistema le permite asumir estas otras tareas. No obstante, en algún caso ello puede resultar una extralimitación. Es decir, que esa particular posición del órgano de jurisdicción constitucional justifica ir más allá del núcleo típico y ostentar otras competencias constitucionales, aunque si en ello se produce desmesura se verá afectada negativamente la posición del órgano. Incluso, se puede ver abocado a una situación en la que surjan interrogantes acerca de su verdadera naturaleza.

De esta forma, procesos constitucionales atípicos que entendemos adecuados, es decir, no excesivos, son el control de las omisiones inconstitucionales (Brasil, Costa Rica, Ecuador, Hungría, Portugal o Venezuela), el control de constitucionalidad de tratados internacionales (bastante habitual) o el contencioso electoral (mucho más escaso, sobre todo por la existencia de órganos específicos de control electoral, aunque es recomendable que el tribunal constitucional intervenga de una u otra forma dado que estamos ante una cuestión básica en la esfera pública). Este último proceso asume fisonomías variadas, en función del tipo de elecciones sometidas a control, el momento de la intervención y la amplitud del control.

En cambio, creemos excesivo y, por ende, criticable que un tribunal constitucional ostente competencias sobre otros procesos constitucionales. Nos referimos a procesos relativos a partidos políticos (Alemania, Chile o Portugal, con claro riesgo de involucrarse en el juego partidista), al jefe del Estado (Brasil, Chile, Ecuador o Portugal: competencias de diverso tipo, también con evidente riesgo de caer en el juego político partidista), a la reforma constitucional (Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Rumanía o Ucrania), o una competencia específica de interpretación obligatoria de la Constitución (Hungría, Eslovaquia, Rusia o Ucrania), que como tal no debe-

ría existir. En efecto, un órgano jurisdiccional interpreta las normas de referencia (en nuestro caso la constitución) al hilo de los procesos que sustancia, pero no debe tener como objeto de una de sus atribuciones competenciales la interpretación misma. Tampoco es procedente la citada atribución referida a la reforma constitucional. La apertura del mecanismo de reforma constitucional activa el poder constituyente constituido, que permanece latente desde la aprobación de la carta magna. Ello es una manifestación de soberanía, trasunto de la que se produjo en el período constituyente y que ha objetivado la propia norma básica. Así las cosas, la jurisdicción constitucional no debe entrar en tal proceso de reforma.

Ante esos excesos entendemos que lo procedente es efectuar una reforma normativa que elimine tales competencias no adecuadas, aunque si esto no se efectúa siempre será útil la prudencia y el rigor del magistrado constitucional. Para ello su sólida formación es requisito imprescindible.

José Julio Fernández Rodríguez

PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

La expresión “procesos constitucionales de la libertad” tiene dos significaciones. Por una parte se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico que prevé garantías constitucionales de salvaguardia y custodia de los derechos fundamentales. Una segunda connotación refiere a su carácter científico, es decir, al sector de la disciplina del derecho procesal constitucional que estudia de manera sistemática a aquellas garantías consagradas en el orden fundamental para tutelar los derechos humanos establecidos en la propia normativa constitucional o en los tratados internacionales sobre la materia, y en los países con una estructura federal, a las garantías constitucionales que se encaminan a proteger los derechos fundamentales de los ordenamientos, constituciones o estatutos de los Estados, provincias o comunidades autónomas, y en el marco de las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, los reconocidos en las Constituciones nacionales y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Esta denominación se inspira en uno de los primeros estudios del procesalista italiano Mauro Cappelletti, publicado en el año de 1955, bajo el título: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, con el que puso de manifiesto la tendencia contemporánea de introducir mecanismos específicos de protección a los derechos y libertades fundamentales, como una propuesta para su incorporación en su natal Italia. El propio profesor Florentino años más tarde se refería a una dimensión supranacional de la jurisdicción constitucional.

En consecuencia, la expresión “jurisdicción constitucional de la libertad”, acuñada por don Mauro Cappelletti, ha sido acogida desde hace tiempo por un sector importante de la doctrina, la cual se ha utilizado para nombrar al contenido o sector de la novel disciplina procesal, aún cuando enseguida dicho sector se renombró “Derecho procesal constitucional de la libertad”, y recientemente, en otra concertación doctrinal, posiblemente ins-

pirada en la clásica división de las constituciones contemporáneas, pero que no olvida la perspectiva originaria, la doctrina ha nombrado al contenido de la materia “procesos constitucionales de la libertad”, nombre que sirvió para identificar algunos trabajos presentados en el *V Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*.

Juan Rivera Hernández

PROCESOS CONSTITUCIONALES TÍPICOS

Ya afirmamos en la voz referida a procesos constitucionales atípicos que un proceso constitucional, en general, es aquel proceso que afecta a una cuestión básica del poder público, que, por ello, se encuentra tratada en la Constitución. Un concepto material de Constitución reclama la existencia de una serie de temas que deben recogerse necesariamente en la misma. De ahí que los procesos que aluden a esos elementos básicos de la carta magna los denominamos procesos constitucionales, que servirán para garantizar la supremacía constitucional y/o los derechos constitucionales. De los valores a los que responde el orden jurídico fundamental de la carta magna derivan esos contenidos materiales de lo constitucional.

La “tipicidad” de los procesos que comentamos ahora viene dada por su conexión con la naturaleza de la jurisdicción constitucional. Serán, por lo tanto, los contenciosos característicos de esta institución y que configuran la dimensión material del concepto de la misma. Los procesos constitucionales típicos se han ido perfilando históricamente con la evolución de la jurisdicción constitucional hasta que a día de hoy se puede sostener que integran el elemento material de su definición. De esta forma, entendemos que son tres: el control de constitucionalidad de la ley, la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales y la garantía de la distribución del poder.

Un concepto válido de jurisdicción constitucional exige la concurrencia de dos elementos, uno material y otro formal. El elemento formal está integrado por una serie de notas propias de la jurisdicción (actuación independiente y por lo general rogada, sometida a derecho, basada en razonamientos jurídicos y en el principio de contradicción) y por una serie de rasgos de índole constitucional que le otorgan al órgano respectivo una posición de autonomía estatutaria, administrativa y financiera. El elemento material, a su vez, se conecta con el ejercicio por parte del órgano que ejerce jurisdicción constitucional de una serie de competencias relativas a ciertos procesos que, de esta forma, caracterizan a la institución. Estas acciones procesales características son los tres procesos constitucionales típicos señalados. De este modo, estamos ante los típicos procesos constitucionales que estudia el derecho procesal constitucional y que conforman su núcleo básico, dando lugar a unas competencias especializadas de la jurisdicción constitucional. Así las cosas, y desde esta construcción teórica, las competencias típicas de la jurisdicción constitucional ocupan un lugar clave en la naturaleza y configuración del órgano, y no un mero papel complementario.

El control de constitucionalidad de la ley es, sin duda, el proceso más representativo del derecho procesal constitucional y el que evidencia con ma-

por nitidez esa finalidad de garantía del principio de supremacía de la carta magna ya apuntada. El carácter normativo y supremo de la constitución exige la presencia de un mecanismo de fiscalización de este tipo para que no se vean seriamente dañadas tales notas de normatividad y superioridad. Por ello, prácticamente todos los tribunales constitucionales u órganos equivalentes ostentan semejante competencia, que puede adoptar varias fisonomías en función de distintas variables. Así, dicho control puede ser *a priori* o *a posteriori*, abstracto o concreto, en vía directa o incidental, y directo o indirecto. Esta función también puede resultar, potencialmente, muy polémica al incidir en las opciones del legislador y en su producto más característico, la ley. De todos modos, ello no debe exagerarse pues la naturaleza de la jurisdicción constitucional asume el carácter político, que no partidista, de la actividad del tribunal constitucional. La legitimación en el control abstracto, siguiendo la tónica habitual en el derecho comparado, suele ser restringida: está en manos de unos órganos predeterminados que desempeñan un rol destacado en el sistema. No obstante, también hay varios supuestos de acción popular, sobre todo en América Latina (como Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá o Venezuela) y casos de legitimación restringida pero muy amplia, lo que relativiza la misma. La acción popular de inconstitucionalidad difunde la idea de que todos los ciudadanos son defensores de la carta magna.

A su vez, el proceso constitucional de garantía de derechos ha crecido en importancia al tiempo que se afirmaba la esencialidad de los mismos en el actual estado de derecho democrático. Gracias a él se puede afirmar que la historia de la protección de los derechos fundamentales se halla ligada a la evolución de los tribunales constitucionales. De ahí que se acuñara en su momento la expresión de “jurisdicción constitucional de la libertad” (Cappelletti, 1955). La protección que los tribunales constitucionales dispensan suele ser extraordinaria dado que la protección primigenia le corresponde a los tribunales ordinarios. Por ello, es habitual un mecanismo de filtrado de los asuntos que llegan a la jurisdicción constitucional para que ésta no se vea colapsada. De todos modos, téngase en cuenta que la garantía de derechos supera los propios procedimientos específicamente previstos para tal finalidad dado que impregna el resto de atribuciones de los tribunales constitucionales. La defensa de los derechos ha llevado a la aparición de nuevos criterios de control (como la categoría del contenido esencial) e, incluso, a nuevos tipos de sentencias que posibiliten una protección más eficaz de los mismos. Los tribunales constitucionales, en suma, aplican de forma habitual derechos fundamentales, además de crear, en ocasiones, instrumentos específicos de interpretación de estos derechos e, incluso, nuevos derechos al servicio de la ciudadanía.

Por su parte, la competencia relativa a la garantía de la distribución del poder evidencia el papel de árbitro y de mediador que también desempeñan los tribunales constitucionales en la arquitectura del sistema público. Ello tiene lugar tanto para supervisar el reparto horizontal del poder, entre órganos del mismo ente, como el reparto vertical, entre entidades territoriales diversas. Estos conflictos pueden ser positivos, si los órganos o entes enfrentados

persiguen ambos ejercer la misma función o competencia, o negativos, si los órganos o entres diputan precisamente lo contrario, es decir, no ejercer una competencia determinada.

José Julio Fernández Rodríguez

PROCESOS NO CONSTITUCIONALES

Por proceso no constitucional entendemos un proceso que no afecta a una cuestión básica del poder público y que, por lo tanto, no se encuentra en las dimensiones materiales que debe presentar una carta magna.

Añadir estos procesos a los propios de la jurisdicción constitucional puede debilitar la posición de los órganos que la ejercen en la arquitectura del sistema, sobre todo porque los acercaría a la actividad propia de los jueces ordinarios.

Esta situación reafirma la importancia de la labor del magistrado constitucional, que debe conocer estos peligros y tratar de soslayar los excesos, lo que podrá conseguir con una sólida formación en el derecho procesal constitucional. La misma les permitirá conocer la trascendencia y las consecuencias jurídicas y políticas de su acción. De todos modos, si el derecho positivo en vigor presenta un panorama poco riguroso, al contemplar tales excesos, al magistrado constitucional se le hará más difícil no caer en semejantes desmesuras si se ve compelido por la normativa vigente a conocer de las atribuciones que no debería ostentar. Por ello, la solución pasa por efectuar las reformas constitucionales o legales que eliminen los excesos competenciales.

En el derecho comparado encontramos algunos tribunales constitucionales que ostentan competencias sobre estos procesos no constitucionales, en el sentido expuesto. Tales competencias se conectan a las de índole meramente legal, recordando, por lo tanto, a las propias de la justicia ordinaria, lo cual debe ser criticado. Ello puede originar una peligrosa situación en los órganos que ejercen la jurisdicción constitucional, que daría pábulo a las críticas de su extralimitación. La diferenciación, compleja pero posible, entre lo constitucional y lo legal, ayuda a afrontar críticamente los procesos no constitucionales.

En este orden de cosas, en el derecho comparado detectamos en manos de ciertos tribunales constitucionales control de constitucionalidad que no versa sobre normas legales (en la mayoría de los estados de Europa del Este y de América Latina), control con parámetro en tratados internacionales (también en varios supuestos de Europa del Este, Costa Rica o Ecuador), control de legalidad (de nuevo en la mayoría de los países de Europa del Este o Portugal), control con parámetro infralegal (muy pocos casos, como Eslovaquia o Eslovenia) e, incluso, control no normativo a través de técnicas de control normativo (más extendido: Brasil, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay o Venezuela). Estos supuestos son una desmesura en la atribución de procesos suplementarios que, como decimos, afecta negativamente a la posición de un tribunal constitucional, que puede entrar en la disfuncionalidad y verse abocada a un riesgo mucho más elevado del politización del que ya tiene que soportar de por sí. El exceso radica tanto en el objeto de control como en el parámetro de referencia para efectuar tal control. La opción ante este pro-

blema, como acabamos de apuntar, es llevar a cabo las pertinentes reformas para eliminar dichas atribuciones excesivas.

De todos modos, el examen de los distintos ordenamientos debe modularse en función del sistema que presentan de jurisdicción constitucional. En sistemas concentrados es criticable que el órgano de jurisdicción constitucional asuma competencias no constitucionales. Ello también se puede afirmar de sistemas mixtos en los que existe un órgano o sala que se intenta diseñar especializada en jurisdicción constitucional. Es decir, en sistemas concentrados o en sistemas mixtos que presentan un órgano especializado en lo contencioso constitucional, éste debería limitarse a la materia constitucional. Por el contrario, en sistemas difusos y mixtos donde el juez de lo constitucional también es juez de lo meramente legal, el solapamiento entre lo constitucional y lo legal está casi es inevitable, lo que complica el análisis por el riesgo de confusión que existe entre ambos órdenes (sobre todo cuando lo constitucional entra en escena por vía incidental a través de una excepción en el marco de un proceso ordinario). Sin embargo, estos casos en los que el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional también es el máximo órgano judicial ordinario, la confusión *per se* de las competencias es cuando menos disfuncional, sobre todo para el buen ejercicio de las funciones específicas de un tribunal constitucional.

En todo caso, estamos ante procesos, es decir, ante competencias que mantienen su carácter contencioso y, por ende, contradictorio. El tema de las competencias no contenciosas es diferente: si tales competencias se derivan de la capacidad de autoorganización del tribunal constitucional, u órgano equivalente, parecen justificadas. Más allá, la justificación encuentra difícil acomodo, salvo en los casos en los que el órgano de jurisdicción constitucional es también cabeza del Poder Judicial. Entonces se suelen sumar competencias relativas a cuestiones organizativas externas, por ejemplo sobre la administración de justicia.

José Julio Fernández Rodríguez

PROMOVENTE EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

El promovente en controversias constitucionales (en lo sucesivo CC) es el sujeto legitimado para accionar dicho proceso constitucional; referido también como el “actor” en el juicio o el “demandante” en el mismo o “sujeto activo” de la relación jurídico procesal, según sea el lenguaje en el que se quiera hablar. La legitimación para acudir en esta calidad ante la Suprema Corte, órgano exclusivamente competente para resolver en única instancia este tipo de litigios, viene dada, *en principio*, en términos de una relación detallada establecida en la fracción I del artículo 105 constitucional.

Conforme a tal disposición pueden ser promoventes de este tipo de juicios: la Federación; el Poder Ejecutivo federal; el Poder Legislativo federal (Congreso, las Cámaras en lo individual o la Comisión Permanente); un Estado; el Distrito Federal; un municipio; un Poder Estatal y un órgano de gobierno del Distrito Federal. Este enlistado puede más fácilmente comprenderse si lo colapsamos en categorías acudiendo a elementos comunes en estos que nos permitan sistematizar los supuestos. Así, desde una primera óptica de cate-

rización, tenemos que: (i) pueden ser “promoventes” *los órdenes jurídicos u órdenes de gobierno, por sí mismos*: Federación, entidades de gobierno local (Estados o Distrito Federal); y los municipios y; (ii) *los depositarios de poder de cada uno de esos órdenes* (de ser aplicable): los poderes legislativo o ejecutivo federales; y a nivel local, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial locales (en el caso del Distrito Federal el término constitucionalmente técnico sería “órganos” en lugar de “poderes”).

En seguimiento a lo establecido en la fracción constitucional en comentario, la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (LR105), establece, en su artículo 10, que tendrá el carácter de parte actora en las controversias constitucionales “...la entidad, poder u órgano que promueva la controversia.” Nótese que la Ley Reglamentaria resumió los diversos sujetos mencionados individualmente en la literalidad del artículo 105, fracción I, de la Constitución bajo los términos de “entidades”, “poderes” u “órganos”. Con base en la lógica detrás de tal ejercicio de abstracción puede señalarse que cuando ahí se habla de “entidades” como parte actora de una CC, se hace referencia a entidades federativas o entidades municipales (municipios); que “poderes” subsume tanto a los poderes federales como a los estatales; y que los “órganos” son equivalentes a poderes públicos estatales que tiene el Gobierno del Distrito Federal (en lugar de “poderes”).

Sin embargo, estas menciones tanto constitucionales como legales han dejado un espacio de interpretación que aún no ha sido del todo definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Se ha suscitado ya en varias ocasiones debate al interior de la SCJN en torno a si otros órganos no mencionados en tal enlistado pueden o no ser “promoventes” de un juicio de este tipo. Algunas hipótesis ahora están clarificadas y de amplia aceptación por la jurisprudencia, pero otras aún no lo están.

La SCJN ha llegado a señalar que la literalidad de la fracción I del artículo 105 constitucional no es limitativa, de ahí que se haya reconocido la posibilidad de ser promoventes a órganos ahí no mencionado tales como: las Delegaciones del Distrito Federal (Controversias constitucionales 37/2000, 20/2002, 27/2002, 28/2002 y 29/2002) y al Tribunal Electoral del Distrito Federal (Controversia constitucional 31/2006), esencialmente, bajo el argumento de que son “órganos” del Distrito Federal y se trata de un concepto indeterminado en el que pueden caber; mientras que, por otro lado, se le ha negado dicho reconocimiento a organismos constitucionales autónomos (federales o locales), tales como: el Instituto Electoral de Baja California (Recurso de reclamación 67/2005-PL), el Instituto Estatal de Transparencia de Jalisco (Recursos de reclamación 15/2007, 234/2006-PL, 154/2006-PL y Controversia constitucional 33/2007), la Comisión Nacional de Derechos Humanos (Recurso de reclamación en controversia constitucional 20/2007-PL) y el Instituto Federal Electoral (estando como ministro instructor Gudiño Pelayo y como ministro ponente del recurso de reclamación Góngora Pimentel), bajo el argumento, entre otros pero destacadamente, de que no está previsto así en la Constitución.

Es preciso agregar que estar mencionado en el artículo 105, fracción I, de la Constitución no basta en todos los casos para que se reconozca legitimación a quién acude en esta vía ante la SCJN. Es necesario además que la acción sea ejercitada contra un órgano contra el cuál la Constitución le haya dado acción; pues debe tenerse presente que la Constitución, más que simplemente autorizar a los demandantes, da competencia a la SCJN para conocer de litigios que se presenten en ciertas relaciones jurídicas; de ahí que se diga que al promovente que se le reconozca legitimación para acudir al juicio la Constitución, se le debe reconocer a esa específica “entidad, poder u órgano” la posibilidad de demandar a las específicos “entidades, poderes u órganos” que demanda.

En otras palabras, sólo se tiene acción (en el sentido procesal del término) contra quién la propia norma dispone que se tiene la acción. Y aunque son múltiples las hipótesis previstas, lo cierto es que cuando menos pueden pensarse en varias que no lo están. Por ejemplo: se da acción a los municipios, pero no se especifica que pueden ejercerla contra municipios del mismo Estado, en tanto sólo se prevé que puedan accionar contra la Federación, los Estados (el suyo y otros) y contra otros municipios pero *de otro Estado distinto al suyo*. Otro ejemplo sería: ¿si puede un órgano de un Estado demandar por sí mismo a la Federación o debe ser el Estado como tal? Este último problema ya se ha presentado en la práctica, y a juzgar por los criterios que ha sostenido el tribunal en los mismos, puede afirmarse que, a diferencia de lo que sugiere el texto constitucional y aun cuando hubo algunas discusiones al respecto, a la fecha, cualquier componente de un Estado puede accionar por sí en nombre del mismo, aún en juicios verticales, salvo que su Constitución o legislación interna disponga otra cosa (como sucede, por ejemplo, en Quintana Roo, que se pide un acuerdo entre los tres Poderes del Estado).

No obstante lo antes dicho, la jurisprudencia ha sido muy abierta en torno a quién pueden demandar los promoventes de este tipo de juicios lo que ha permitido que pueda demandarse en esta vía a entidades u órganos que no entrarían en la literalidad del texto constitucional o la LR105 (M. A. Hernández Chong Cuy, 2011).

Quien se presenta como “promovente” de una CC, por supuesto, debe acreditar ser el titular de la entidad, poder u órgano demandante o, en su caso, acreditar que por ley u otro acto jurídico cuenta con la representación jurídica necesaria para comparecer en el juicio en nombre de quien comparece (J.R., Cossio Díaz, 2009).

Un último aspecto que conviene referir en relación al sujeto activo en la controversia, es en lo relativo a cuántos sujetos pueden presentarse en el lado activo de la relación procesal; esto es: ¿Puede haber una pluralidad de promoventes en una CC? La Constitución no resuelve o atiende esta situación de manera directa ni tampoco lo hace la LR105. Lo único que se prevé lo refiere el artículo 38 de ésta última que señala que no está permitida la acumulación de juicios, aun cuando la prohibición de acumulación no resuelve la pregunta que ahora nos ocupa. En este rubro debe señalarse que si bien no se ha localizado algún pronunciamiento específico o expreso de la SCJN sobre este punto, una revisión de los juicios tramitados permite advertir que ya en varias ocasiones

se han presentado demandas con pluralidad de promoventes a las que se les ha dado trámite ordinario, sin que haya habido alguna manifestación en lo particular durante su instrucción, ni a su escisión procesal y los juicios se han fallado sin que en las sentencias se haga el menor reparo en este aspecto (Como ejemplos podemos mencionar las CC: 11/1995, 54/1996, 4/1998, 6/1998, 43/2004, 25/2001). En estas, el Tribunal no destacó ese punto, menos aún establecido si era posible considerarlo un litisconsorcio activo.

María Amparo Hernández Chong Cuy

PROTECCIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

La expresión “derechos económicos, sociales y culturales” (DESC) se utiliza preferentemente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, mientras que en los contextos internos suele emplearse la terminología “derechos sociales”.

Los DESC no son menos derechos que los civiles y políticos. De hecho, son pre-requisitos para el disfrute de varios de estos últimos. Piénsese por ejemplo en derechos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna, la educación, sin los cuales aquéllos serían poco más que simples palabras o sólo “derechos de o sobre el papel” como de modo crítico lo denomina prestigiosa doctrina (Ferrajoli, Wellman, Guastini). Expuesto en otros términos, por medio de hechos y no de fraseología vana debe garantizarse un *mínimo vital* intangible en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Como no han faltado voces que catalogan a los DESC como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo, se torna imprescindible la búsqueda de caminos procesales constitucionales para efectivizarlos en los marcos jurídicos estatales (el *amparo* es de gran valor al efecto) o, eventualmente, de vías idóneas para acceder a instancias internacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos o Comité de DESC de la ONU).

Entre los derechos civiles y políticos y los DESC existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y de ninguna manera, media separación antinómica. El empleo léxico de la expresión “generaciones de derechos humanos”, u otras equivalentes, no puede ni debe afectar aquella unidad conceptual de los derechos (ver Cançado Trindade, Rabossi), puesto que ellos imbrican en la dignidad humana, obviamente, también unitaria. De ello se sigue que si los derechos tienen un carácter integral, también lo debe tener su protección. La escisión de los derechos humanos en “categorías” pretendidamente diversas y estancas conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la universalidad, la interrelación e interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

La Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (A/CONF.157/24 [Parte I], cap. III Viena, 25 de junio de 1993), que precisamente potenciara aquellos caracteres, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garan-

tizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional” (Parte II, párr. 98 de la declaración y el programa de acción aludidos).

Los Estados deben garantizar las condiciones mínimas para la protección y la concreción de los DESC, que son derechos fundamentales. El respeto y la realización fáctica de éstos vinculan genéricamente a los clásicos poderes del Estado: al ejecutivo, al diseñar las políticas sociales; al legislativo, al dictar las cláusulas pertinentes para impulsar la operativización de los derechos contenidos en la Constitución y los instrumentos internacionales; y al judicial, al aplicar e interpretar la normativa emanada de los órganos competentes, salvar las omisiones inconstitucionales e inconventionales en que éstos incurran, supervisar la progresividad sustentable de aquellos derechos (que no debe verse como una crónica inocuidad) y procurar enervar los intentos de regresividad injustificada a su respecto.

Sin perjuicio de que todos los órganos del poder constituido están involucrados en tales menesteres, sin duda la actividad de la judicatura constitucional adquiere singular importancia ya que el recaudo de agotamiento de los recursos internos para viabilizar el acceso a alguna instancia internacional de protección requiere ineludiblemente la intervención de aquélla, por lo que su rol en este ámbito es esencial en tanto garante final de los derechos humanos en el plano doméstico. Es igualmente significativa la intervención jurisdiccional porque su actuación —al fallar en hipótesis de incumplimiento o transgresión en el campo de los DESC— produce un doble efecto: *directo*, dirimiendo y dando solución a los casos concretos en los que entren en juego tales derechos; e *indirecto*, pues una línea jurisprudencial consistente puede ser un valioso instrumento para incidir en la formación o el redireccionamiento de políticas públicas en materia social, especialmente en momentos en que los niveles de desigualdad, exclusión y pobreza se tornan más acuciantes.

En cuanto a las alternativas protectorias internacionales, en la dimensión *interamericana* la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) contiene sólo una norma acerca de los DESC: el art. 26, bajo el título “Desarrollo progresivo”. La cláusula en cuestión aparece un tanto difusa y se refiere al logro progresivo de la plena efectividad de tales derechos, “en la medida de los recursos disponibles”. Además, y a diferencia de lo que sucede con los derechos civiles y políticos, en la citada disposición los DESC no aparecen directamente individualizados sino aludidos por vía de remisión a “los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no ha producido un desarrollo jurisprudencial muy profuso en torno a la cláusula en análisis. Pueden relevarse dos casos en el particular, aunque en puridad en ambos evitó pronunciarse sobre la invocada vulneración de tal artículo: “Cinco Pensionistas *vs.* Perú” (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, núm. 98) y “Acevedo Buendía y otros *vs.* Perú” (Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1o. de julio de 2009, Serie C, núm. 198). En el primero de ellos la interpreta-

ción del art. 26 aparece desenfocada pues pareciera exigir [impropiamente] la convergencia de una violación colectiva de DESC en el Estado en cuestión para poder expedirse al respecto; mientras que en el segundo, se aprecian consideraciones más elaboradas y superadores en el particular, por ejemplo, al dejar sentado que las obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2 de la CADH resultan también aplicables al art. 26, *ibídem*.

En el marco de la búsqueda de técnicas argumentales o vías alternativas que propicien la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC en la esfera interamericana, deben contabilizarse —entre otras— los principios de igualdad y de debido proceso y el derecho fundamental de acceso a la información pública. Pese a tales estrategias mediatas, es imperioso que la Corte IDH profundice la discusión y avance en la línea de conferir plena justiciabilidad al art. 26 de la CADH más allá de los enlaces indirectos que pudieran existir entre los DESC y otros derechos consagrados en dicha Convención y que ha constituido en general la posición corriente que en la materia ha asumido el Tribunal. Justamente, el voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor en el “Caso Suárez Peralta vs. Ecuador” (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de mayo de 2013, Serie C, núm. 261) ofrece interesantes aristas y muestra el buen camino que debe transitarse en el sentido indicado.

No puede omitirse indicar un importante instrumento internacional específico en la materia: el Protocolo de San Salvador, Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. Dicho Protocolo prevé un sistema de *informes periódicos* acerca de las medidas progresivas que los Estados hubieran adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el protocolo. Pero además, establece una vía de *peticiones individuales* articulables ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aunque restringidas a los supuestos de violaciones a la libertad sindical (art. 8.1.‘a’) y al derecho a la educación (art. 13), en los términos del art. 19.6, *ibídem*. Pese al reducido espacio acordado a las peticiones individuales, podrían explorarse también alternativas vinculadas a otros preceptos del Protocolo, cuando exista conexión lógica entre ellos; además de acusar casos de discriminación respecto de la libertad sindical o los derechos relacionados con la educación (ver García Ramírez).

En el ámbito europeo, y además del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (complementado por dieciséis protocolos) que principalmente se ocupa de derechos civiles y políticos, existe la Carta Social de 1961, que cuenta con dos protocolos consolidados por medio de la Carta Social revisada de 1996, y cuyo órgano de supervisión es el Comité Europeo de Derechos Sociales. Ya en el contexto de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales, que es un instrumento internacional vinculante a partir de la vigencia del Tratado de Lisboa (1o. de diciembre de 2009), se nutre de los citados convenio y carta social europeos.

En el plano universal (Comité de DESC), debe resaltarse que uno de los puntos débiles del sistema de protección tradicionalmente radicaba en la imposibilidad de presentar denuncias individuales ante el mencionado Comité.

Ello ha tenido comienzo de solución (al menos en su prefiguración normativa) con la adopción el 10 de diciembre de 2008 en Nueva York del Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales durante la 63a reunión de la Asamblea General de la ONU (Resolución A/RES/63/117), en vigor desde el 5 de mayo de 2013.

Victor Bazán

PROTECCIÓN JUDICIAL

Es un derecho humano derivado, primordialmente, del contenido de los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). El derecho a la protección judicial está intrínsecamente ligado a la existencia de un recurso judicial efectivo para la defensa de los derechos humanos.

Históricamente, el derecho a la protección judicial se consideró indispensable para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos; sin embargo, no existía consenso en la comunidad internacional sobre la naturaleza del recurso efectivo. Esta divergencia se materializó durante las discusiones para la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por un lado, los países anglosajones abogaban por un recurso basado en el *habeas corpus*, mientras que los países latinoamericanos preferían un recurso fundado en el *amparo*, tal como se había plasmado en las discusiones previas a la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, durante la Conferencia de Chapultepec de 1945. Fue el representante de la delegación mexicana, Pablo Campos Ortiz, quien propuso la redacción actual del artículo 8o. de la DUDH, sosteniendo que el *amparo*, es el reflejo de un derecho fundamental, plasmado en las constituciones de los países de América Latina, esencialmente el derecho participar en procedimientos jurisdiccionales, bajo las bases de un recurso sencillo y efectivo que garantice la protección contra actos de autoridad violatorios de los derechos de los individuos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ha precisado que la protección judicial supone, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Asimismo, en los casos *Caso Castillo Páez vs. Perú* (Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Fondo), y *Suárez Rosero vs. Ecuador* (Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Fondo), respectivamente, la Corte IDH lo concibe como uno de los pilares básicos, no sólo de la CADH, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. En el ámbito europeo, el derecho a la protección judicial está limitado a las acusaciones de carácter penal y a los derechos y obligaciones de carácter civil. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), efectuando una interpretación amplia, reconoció la aplicación de esta cláusula a ciertos derechos económicos y sociales, particularmente en los casos *Deumeland* y *Fleddbrugge*. Concomitantemente —y con orientación similar a la Corte IDH—, el TEDH se ha referido al prominente lugar que el derecho a un juicio jus-

to ocupa en una sociedad democrática según el significado otorgado por el Convenio, circunstancia que trae como consecuencia que no puede haber justificación en interpretar el artículo 6.1. de la Convención restrictivamente.

En el ámbito americano se prevé un amplio ámbito de aplicación del derecho a la protección judicial en relación con el espectro de derechos que se encuentran amparados, ya que no realiza ningún tipo de distinción. Así, el artículo 25 de la CADH consagra, de manera expresa, el derecho a la protección judicial:

“Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVIII dispone: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

La Corte IDH no ha emitido, a la fecha, pronunciamiento sobre lo que debe ser entendido como un recurso sencillo y rápido pero, en todo caso, ha de ser efectivo, en el sentido manifestado por la propia Corte IDH en el *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Sentencia del 29 de julio de 1988. Fondo), a saber: “capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”. De esa manera, —coincidiendo con Ibáñez Rivas—, tanto el recurso sencillo y rápido, como el no sencillo ni rápido deben, en consecuencia, ser efectivos.

Finalmente, el párrafo 32 de la *Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El Habeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* reconoce que el artículo 25 de la CADH: “...es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención”.

En esa tesitura, el último párrafo del artículo primero de la nueva Ley de Amparo recoge la esencia deontológica de la protección judicial al postular que el amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente ley.

Carlos Pérez Vázquez

PROTOCOLO DE ESTAMBUL

El Protocolo de Estambul es la denominación internacional con la que se conoce al *Manual de Investigación y Documentación Efectiva sobre Tortura, Castigos y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Se trata de un documento que contiene las directrices mínimas adoptadas por más de 75 expertos en derecho, salud y derechos humanos para la investigación y documentación eficaces de actos de tortura en personas sobrevivientes, con la finalidad de contar con prueba fehaciente en la comprobación del referido delito ante los órganos jurisdiccionales.

El manual fue elaborado en Estambul, Turquía, con el objeto de presentarlo para la consideración de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, lo cual tuvo verificativo el 9 de agosto de 1999. Los pasos iniciales para trabajar en el presente documento se dieron en una reunión en 1996, organizada por la Asociación Médica Turca y fueron inspirados por las necesidades y prácticas diarias experimentadas por la *Action for Torture Survivors (HRFT)* de Ginebra y la Sociedad de Especialistas en Medicina Forense en Turquía. En particular, derivado de la investigación de la muerte de Baki Erdogan.

Como el propio manual lo señala, “aunque la normativa internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario prohíben sistemáticamente la tortura en cualquier circunstancia, la tortura y los malos tratos se practican en más de la mitad de los países del mundo. La notable discordancia que existe entre la prohibición absoluta de la tortura y su prevalencia en el mundo de hoy demuestra la necesidad de que los Estados identifiquen y pongan en práctica medidas eficaces para proteger a las personas contra la tortura y los malos tratos”. El propósito del protocolo de Estambul es servir como guía internacional para la evaluación de las personas que han sido torturadas y con ello coadyuvar en la investigación de casos de posible tortura.

El manual recoge los principios comunes a todos los códigos de ética internacionales en la atención de la salud, tales como: i) el deber de dar asistencia compasiva, ii) el consentimiento informado; y iii) la confidencialidad. Permite al perito o médico legista acceder a una vasta información de la víctima con el fin de producir informes médicos de alta calidad y obtener evidencia relevante y precisa del caso la cual es presentada ante los órganos jurisdiccionales correspondientes para colaborar en la búsqueda de la verdad histórica de los hechos sujetos a investigación y en la correcta impartición de justicia. De igual forma permite a los expertos legales a obtener declaraciones relevantes, precisas y fiables de víctimas de tortura y testigos para así facilitar el uso de tales declaraciones en procedimientos legales contra los perpetradores; recuperar y conservar evidencia relacionada a la supuesta tortura y establecer cómo, cuándo y dónde la supuesta tortura ocurrió.

El examen médico/psicológico realizado a la víctima como parte de la aplicación del Protocolo de Estambul contiene tópicos precisos para su documentación, entre los que se encuentran:

- a) Información sobre el caso (generales de la víctima)

- b) Calificación del clínico (experiencia y formación clínica del médico)
- c) Antecedentes médicos
- d) Narración de los hechos, en circunstancias de modo y lugar
- e) Síntomas
- f) Exploración física
- g) Fotografías

Además, el Protocolo de Estambul cuenta con dibujos anatómicos con la finalidad de documentar de manera ilustrativa todo signo de tortura o maltrato presente en la víctima, de tal forma que con el examen médico/psicológico, el perito tendrá de manera metódica, completa, descriptiva e ilustrativa un examen físico-clínico-psicológico, que lo oriente y dirija en la búsqueda de todos los rubros elementales y básicos de la investigación pericial sobre posibles actos de tortura. Debido a su diseño y estructura es un documento médico legal de elevado alcance pericial y trascendencia jurídica. Por ser un dictamen pericial, incluye entre otra información:

1. Marco jurídico para su adecuada y oportuna aplicación.
2. La autorización para su aplicación por parte del examinado-denunciante.
3. Sección y ordenamiento de datos informativos, obtenidos mediante la versión del examinado, para llevar a cabo la búsqueda intencionada de la presencia o ausencia de huellas, indicios o secuelas de lesiones físicas y/o psicológicas.
4. Descripción del modus operandi aplicado, que produjo las lesiones denunciadas.
5. Circunstancias de tiempo, modo, forma y lugar que prevalecieron durante el hecho.
6. Información sobre la independencia pericial y la inexistencia de restricción alguna para el perito actuante.
7. Incluye los esquemas de evaluación de *Harvard y Hopkins*, que son aspectos y conocimientos de valoración psicológica y psiquiátrica que permitirán identificar posibles alteraciones psicológicas que tengan concordancia o correspondencia de la versión del examinado.

A pesar de que el “Protocolo de Estambul” ha sido apoyado por la Organización de Naciones Unidas (ONU) desde su creación, éste no tiene el carácter obligatorio para los países. Las normas internacionales obligan a los gobiernos a investigar y documentar los incidentes de tortura y otras formas de maltrato y castigar a los responsables de manera comprensiva, efectiva, tacita e imparcial. La Asamblea General de las Naciones Unidas y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (desde el 2006, Consejo de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas) han insistido fuertemente a los países el que los Principios en el Protocolo son una herramienta útil para combatir la tortura.

El 23 de Abril del 2003, la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su resolución a los derechos humanos y la ciencia forense, atrajo la atención de los gobiernos sobre los principios contenidos en el Protocolo de Estambul como una herramienta útil para combatir tortura.

En consecuencia, además de ser reconocido por el sistema de las Naciones Unidas, el protocolo de Estambul ha sido adoptado por varios países.

La Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y las personas, deliberó sobre la importancia del protocolo de Estambul durante la 32a sesión ordinaria en octubre del 2002 y concluyó que las investigaciones de todos los alegatos de tortura o maltratos, deben ser efectuadas con prontitud, imparcialidad y efectividad, guiadas por los principios de Estambul.

La Unión Europea refiere al Protocolo de Estambul en su Guía de la Política de la Unión Europea Sobre la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en los Países del Tercer Mundo, adoptado por el Consejo de Asuntos Generales en el 2001. La guía menciona que los países deben “conducir investigaciones rápida, imparcial y efectivamente en todos los alegatos de tortura acorde con las reglas de Estambul anexadas en la resolución CHR 2000/43” y deben “establecer y operar procedimientos domésticos efectivos para responder e investigar quejas y reportes de tortura y maltrato de acuerdo con las reglas de Estambul”.

Jorge Cruz

PRUDENCIA

El término prudencia, entendido como *phronesis*, pertenece hoy en día más al campo de la filosofía práctica que al del derecho. La prudencia en la tradición griega era un concepto hasta cierto punto intercambiable con el de sabiduría siempre en relación con la razón y el buen juicio, especialmente en contextos más prácticos que teóricos.

Aristóteles es el filósofo que desarrolla el concepto de prudencia y la identifica como una de las virtudes dianoéticas, junto con la sabiduría y la inteligencia, distintas de las virtudes éticas como la liberalidad y la moderación. La virtud debe distinguirse de las pasiones y las facultades pues constituye un modo de ser, por el cual el hombre se hace bueno y realiza bien su función (Ética Nicomáquea, libro II), es decir, es un modo de ser selectivo basado en la razón.

Para Aristóteles deliberar y razonar son lo mismo, si bien no tiene objeto deliberar sobre aquello que no puede ser de otra manera (necesario), ni tampoco sobre aquello que no se es capaz de realizar, de manera tal que la prudencia debe entenderse como un modo de ser racional y práctico en relación con lo que es bueno y malo para el hombre.

La prudencia es una virtud práctica, se refiere más a las cosas humanas que a lo universal y por ello no es ciencia, pues trata sobre lo particular; es, además, normativa, pues su fin es lo que se debe hacer o no, y cuando existe la prudencia todas las demás virtudes están presentes pues mientras la recta intención determina el fin, ésta realiza las acciones para alcanzarlo.

Esta noción de prudencia es la que subyace en la práctica jurídica de la antigüedad (*iuris prudentia*) pues la importancia práctica del derecho era la que mayor peso tenía.

Sin embargo, es más bien el ámbito filosófico, el que ha utilizado el concepto de *phronesis*, por ejemplo, en el campo de la ética, para criticar la per-

manente equiparación de las ciencias sociales con las naturales, aún si el objeto de estudio es el ser humano, cuya conducta no es predecible (Alasdair MacIntyre).

Heidegger recupera igualmente el concepto aristotélico y hace una interpretación de la *Ética Nicomáquea* según la cual ésta puede leerse como una ontología de la existencia humana. En ese contexto, considera que la *praxis* se corresponde con la *phronesis* y esta última es una manera de comportamiento en y hacia el mundo, a partir de la cual el ser humano es capaz de conducirse y preocuparse por éste. La *phronesis* es una forma de circunspección conectada a la conciencia y a la deliberación, que se manifiesta en la acción humana y es, en esa medida, el punto de partida de las acciones significativas frente a las contingencias de la vida.

Hoy en día la exigencia para los jueces de hacer efectivos los derechos humanos supone en muchas ocasiones no sólo la labor de interpretación de normas, principios y valores, sino primordialmente, la de ponderación de los derechos que están en juego así como la de las consecuencias de hacer prevalecer unos sobre otros; ello pone de relieve que la razón judicial corresponde a una razón práctica más que a una teórica, en la medida en que a partir de la deliberación del juez, la sentencia que se dicta dirige, valora, ordena o prohíbe conductas particulares. En ese sentido, vale la pena reflexionar sobre la validez y pertinencia de una concepción del derecho como ciencia prudencial (al menos por lo que se refiere a la actividad jurisdiccional), a partir de la cual pueda explicitarse de mejor manera la función de la judicatura, incluyendo, por supuesto, la motivación de sus fallos.

Andrea Zambrana Castañeda

PRUEBA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Cuando comenzamos el estudio de una disciplina, la pregunta por las definiciones es crucial, no sólo porque nos permite definir el objeto de estudio, sino también porque nos deja entender los elementos más básicos y constitutivos sobre los cuales se construirá el conocimiento. La pregunta *¿qué es X?* pretende ser respondida con una definición, esto es, con un enunciado descriptivo que revele las *condiciones necesarias y suficiente* sobre aquello que se pregunta. Entiéndase el requisito de necesidad como aquella propiedad sin la cual lo definido no podría ser o existir, mientras que el requisito de suficiencia obedece más a aquel conjunto de propiedades sin las cuales lo definido no sería eso sino otra cosa. La necesidad hace que algo sea lo que es, mientras que la suficiencia hace que algo sea eso y no otra cosa distinta. Sólo a partir de una definición que cumpla los requisitos de necesidad y suficiencia el objeto de estudio estará completamente determinado. Por ejemplo, definir un vaso como un recipiente que puede contener líquido no cumple el *requisito de suficiencia*, pues si bien todo vaso debe poder contener líquido, *no es suficiente* ya que hay otros objetos, como un balde o una copa, que también lo hacen.

En el caso de las pruebas judiciales ocurre lo mismo: si no se tienen claras las nociones de *derecho probatorio*, *prueba judicial* y del verbo *probar*, será imposible construir una teoría de la prueba judicial. Los elementos básicos y constituti-

vos de toda disciplina deben estar exentos de ambigüedades para que la teoría que se modele sobre estas nociones descansa sobre pilares sólidos.

Lo anteriormente expuesto no escapa a los procesos constitucionales: los criterios fundamentales de derecho probatorio que venían manejando en Colombia, tanto el legislador como el funcionario público, están consagrados en la Constitución Política de 1991 como derechos fundamentales o como instrumentos de garantía de derechos fundamentales; se estructura de esa manera un verdadero derecho probatorio constitucional, cuyas prescripciones conforman los fundamentos constitucionales de la prueba, imponiéndose al legislador y por supuesto al intérprete. Del artículo 29 superior, se desprenden cardinalmente unos principios probatorios constitucionales que obligan tanto al legislador a programar cualquier actuación como al oficio público a desarrollarlos; se destacan el principio de publicidad, de contradicción, de adecuada defensa, el deber del funcionario de no estimar medios probatorios aducidos a la actuación sin la observancia del rito procedimental, así como no tener en cuenta hechos que no hayan sido llevados a la actuación por medios probatorios legítimos, uniéndoseles otros muchos conocidos como tradicionales, tales como principios de necesidad de la prueba, de eficacia jurídica, de unidad de la prueba, de comunidad de la prueba, de interés público de la función de la prueba, de lealtad y probidad o veracidad de la prueba, de libertad de prueba.

La noción de derecho probatorio, contiene en sí misma una distinción tácita con la noción de prueba y la de probar. Una posible definición de derecho probatorio que cumpliría con los requisitos de necesidad y suficiencia —del cual hablamos precedentemente— sería la siguiente: El *derecho probatorio* es la disciplina que se preocupa por el fenómeno de la reconstrucción que hacen las partes de unos enunciados fácticos de los hechos socialmente relevantes acaecidos en el pasado (procesal o extraprocesal), a partir de unos medios probatorios idóneos tasados en la ley, para lograr el convencimiento del juez; en el caso de los procesos constitucionales, el juez constitucional.

La noción de prueba en sentido jurídico, se presenta en dos sentidos: i. El jurídico extraprocesal, donde lo que se pretende es o, cumplir con la solemnidad que la ley exige para la existencia y validez del acto jurídico, como sucede por ejemplo, con los actos dispositivos de derechos reales en bienes raíces, o, darle seguridad y garantía a los derechos subjetivos; o, simplemente para crear, modificar o extinguir situaciones derivadas de los hechos, actos y providencias que la ley califica como idóneos; ii. En sentido jurídico procesal, la prueba es la herramienta procesal, la razón, el argumento, el instrumento o el medio con el que se pretende demostrar o hacer presente al funcionario competente la verdad o falsedad de algo, para que aplique determinada consecuencia jurídica. Esta última acepción, determina la relación ineludible de la prueba con el derecho procesal; se configura así la trilogía: norma sustancial —hipótesis—; prueba —la razón de la convicción—; y la forma de llevarle al funcionario esa razón, o de adquirirla oficiosamente. Esta forma la gobierna el derecho procesal: determina el medio o los medios, la admisibilidad y oportunidad, el modo y el sistema de valoración.

Noción de prueba en el Derecho Procesal Constitucional: Siendo el derecho procesal constitucional, una disciplina reciente, todavía en proceso de formación, se propone la siguiente noción de prueba al respecto: *Son las razones, los argumentos, los instrumentos o los medios, de naturaleza predominantemente procesal, dirigida a verificar el cumplimiento o no de la Constitución.* En el entendimiento que no sólo hace referencia a velar por la supremacía e integridad de la carta política, sino también a garantizar la protección de los derechos fundamentales constitucionales; es decir, nos estamos refiriendo a los procesos de control abstracto y concreto de constitucionalidad. Cuando el control de constitucionalidad es abstracto, es importante determinar el vicio de inconstitucionalidad, por cuanto si es de *contenido material o sustancial*, el examen que realiza el juez es de puro derecho, en consecuencia, —como regla general— no requiere la práctica de pruebas y por tanto, el período probatorio es irrelevante; en efecto, es un cotejo entre la norma demandada y la Constitución para ver si existe contrariedad de materias, conflicto de fondo. Pero, si el vicio es de *contenido formal o de procedimiento*, es importante acudir a los medios de prueba pertinentes, para determinarlos; se recuerda que, siendo el procedimiento legislativo un tanto complejo, regularmente surgen (tales vicios) durante el proceso de formación de los proyectos de ley o de actos legislativos o de un decreto, ya sea por violación de las reglas procedimentales previstas en la Constitución o en la ley orgánica del reglamento interno del congreso. Verbi gratia, que entre el primero y el segundo debate no transcurra un lapso mayor de ocho días; la introducción de nuevos artículos en los últimos debates; que la aprobación del texto no se adopte por la mayoría de los votos requeridos reglamentariamente, etcétera.

En cuanto a los procesos de control concreto de constitucionalidad, el estudio se circunscribe a la prueba en la Acción de tutela o de Amparo y se precisa que, si bien el procedimiento de tal acción constitucional es sui generis, el que se trate —en Colombia— de un término breve y sumario, no pretermite la etapa probatoria que en tales procesos debe surtir; de hecho, en todo este accionar se tienen que cumplir las normas y principios que rigen el debido proceso y que a partir de la carta política de 1991, se han erigido en *Principios Probatorios Constitucionales*, de acuerdo al artículo 29 de la Constitución y que, por supuesto son de aplicabilidad en los procesos de acción de tutela, por cuanto que conforme al artículo 4o. del decreto 306 de 1992 “*los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto en el Decreto 2591/91 (reglamentario de la acción de tutela), serán los principios generales del C. de P. C., en todo aquello que no sea contrario a dicho decreto*”. Los artículos 18 a 22 y 32 del decreto 2591/91 puntualizan las disposiciones relacionadas con la actividad probatoria en esta clase de procesos, que no obstante la precaria normatividad, se cumple una actividad probatoria muy particular.

En cuanto a la *noción de probar*, se recuerda que la concretización de la prueba no es cosa distinta que el acreditar la existencia o no de ciertos hechos que se alegan (acción de probar), derivando de éstos juicios, motivos o razones que convenzan al juzgador (certeza), utilizando los mecanismos o medios de que nos provee el ordenamiento jurídico (medios de prueba).

Finalmente, es necesario recordar que el estudio del derecho probatorio comprende la teoría general de la prueba y la parte especial de la misma;

la primera, referida a los cinco grandes interrogantes o problemas jurídicos: ¿Qué es probar? ¿Qué se prueba? ¿Quién prueba? ¿Cómo se prueba? ¿Cómo se valora la prueba?; la segunda, relacionada con los medios de pruebas o instrumentos probatorios. Este esquema es el que se recomienda, debe seguirse para los procesos de control abstracto y concreto de constitucionalidad; procesos atípicos dadas sus características; atipicidad que se predica en la manera cómo se surte el debate probatorio.

Ana Giacomette Ferrer

PRUEBA GENÉTICA

Etimológicamente *provar* proviene del latín *probāre* que significa justificar y manifestar la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos; en ese sentido se define a la *prueba* como a toda razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar la verdad o falsedad de algo. Por otro lado, entendemos como *Genética* a la disciplina que tiene como objeto el estudio del contenido de los genes y los rasgos específicos de los mismos. Desde la óptica jurídica podemos definir a la *prueba genética*, como: el medio de convicción que permite mostrar la veracidad de ciertos hechos controvertidos en un juicio que la ley permite, autoriza y reconoce como eficaces para obtener las características e información genética de determinado ser vivo. El objeto de la prueba en general busca respuestas a distintas interrogantes, por ejemplo: “qué se prueba, qué cosas deben probarse”. Distinguir pues entre los juicios de hecho y los de puro derecho, como lo dicta una máxima jurídica; a sabiendas que los primeros dan lugar a la prueba, y los segundos no. Entonces, podemos decir que la información genética es el conjunto de datos de origen y naturaleza genética que se asentarán necesariamente en un soporte científico determinado, bien puede ser un archivo manual o un banco de información genética específico. Cuando hablamos de la prueba genética, un aspecto de trascendencia es el garantizar la fiabilidad y confiabilidad de la prueba, al iniciarse la práctica de este tipo de exámenes, tanto la inexperiencia como el error humano, e incluso técnicos hicieron de este tipo de exámenes una prueba “especial”, tanto por la importancia en sus resultados, como la necesidad de su adecuado y pertinente manejo. Para el caso de este tipo de pruebas en el ámbito penal, han asignado a una o varias instituciones científicas la autoridad para realizar este tipo de pruebas genéticas. Esta seguridad científica le ha otorgado un mayor peso en la admisibilidad de la prueba de identificación de ADN para cuestiones de filiación, por ejemplo. En la práctica, una vez que los laboratorios realizan el examen prueba genética deben enviar al tribunal un reporte escrito que incluya en términos generales: 1. La muestra de los lugares de ADN, así como, las huellas de enzimas de restricción utilizadas para cada persona; 2. El poder de exclusión de cada examen; 3. El poder de exclusión acumulativo; 4. El índice de filiación para cada sistema genético; 5. El índice de filiación; y 6. La probabilidad de filiación.

Como podemos observar la aceptación de la prueba de ADN en nuestro país habrá de ajustarse a las normas de filiación actualmente en vigor, y dado el caso, será necesario realizar algunas reformas legislativas, en especial sobre

las consecuencias de la filiación cuando se utilizan las técnicas de reproducción asistida, que en la actualidad representan una laguna jurídica dentro de nuestro derecho civil. En la medida en que los tribunales se organicen en la ejecución de este tipo de pruebas por parte de una institución competente, podrá concederle un valor probatorio satisfactorio es los casos de filiación. La identificación genética representa actualmente la prueba más eficaz y convincente para conocer la veracidad biológica en materia de filiación. Puesto que, hoy día contamos con los instrumentos necesarios para revelar con casi exactitud los lazos de filiación, la decisión de utilizarlos depende de la opinión de cada sociedad.

En materia de inviolabilidad de la persona, el examen genético ha generado el debate sobre si es posible realizar la prueba Genética a partir de cualquier tipo de tejido sin el consentimiento previo, ello constituye un atentado contra la integridad física del cuerpo humano. Esto implica una modificación sobre el concepto del consentimiento informado, aunque por regla general éste debe ser libre y claro. La libertad, la vida privada, la confidencialidad de la vida privada, constituyen la piedra angular susceptible de ser violentada por el uso de los exámenes genéticos, por lo que habrán de tomarse medidas jurídicas para su prevención y protección.

Dentro de las ramas del derecho social se encuentran el derecho del trabajo el cual se podría ver alterado por el impacto de las novedosas tecnologías genéticas. El uso potencial de la información genética en el ámbito del empleo es innegable para la selección de candidatos y para ciertas decisiones relativas al trabajo. La Ley Federal del Trabajo, reglamenta la obligación que tienen los trabajadores a someterse a los reconocimientos médicos previstos en el reglamento interior y demás normas existentes en la empresa o establecimiento, para comprobar que no padecen alguna incapacidad o enfermedad de trabajo, contagiosa o incurable. El uso potencial de la información genética en el ámbito del empleo es innegable para la selección de candidatos y para ciertas decisiones relativas al trabajo. En este sentido, es que la información genética del trabajador, no puede ser reglamentada en ninguna ley de trabajo, ya que forma parte de un rubro más general que es el derecho a la confidencialidad de la información nominativa. Por lo tanto, sería ilegal cualquier tipo de examen genético que se practique con motivo de la contratación laboral; en caso, de ser autorizado el examen la información habría: manejarla en forma discreta, y los resultados no deberían ser motivo de una contratación o rechazo definitivo, sino simplemente como un mayor manejo de información, en beneficio del trabajador ya contratado.

Con relación al acceso de la información genética, toda persona tiene derecho a la intimidad, es decir, que la información relativa a su estado de salud es estrictamente confidencial y restringida para el uso de los profesionales de la salud, de tal forma que, sólo el interesado está autorizado para conocer su código genético, debiendo ser informado de los riesgos involucrados así como de los medios terapéuticos a su alcance.

Por otro lado en el derecho penal, las pruebas de huellas genéticas del ADN se han convertido en una técnica *ad hoc* dentro de las investigaciones criminales, debido a que los resultados pueden ser obtenidos a partir de cual-

quier tipo de fuente de material biológico, ya que todos contienen en sus células el código genético del organismo al que pertenecen. En contraste con los exámenes convencionales de análisis de sangre, cuya confiabilidad dependen de la habilidad de obtener tanto sangre como fluidos humanos, los resultados del ADN no dependen de la naturaleza del material o del tipo de célula analizada, ya que, el código genético está en cualquier tipo de célula del individuo.

Ahora bien, dentro del derecho privado las repercusiones que tienen las tecnologías del ámbito genético, destaca otra rama, por ejemplo, la del derecho mercantil, dentro de la genética, nos interesan tanto el seguro de vida, como el seguro médico. Los recientes avances en la genética han sido vistos con cierta inquietud en cuanto a las repercusiones en el ámbito de seguros médicos. En el contexto de los seguros la información genética puede permitir a las compañías aseguradoras seleccionar con mayor precisión en manejo de los riesgos de salud, y evaluar la posibilidad de asegurarlos. Con relación al manejo de la información genética, debemos decir que aquellas propuestas que pretenden prohibir el uso de la misma y por parte de las compañías de seguros se alejan de la realidad. Lo importante es encontrar las normas que reglamenten adecuadamente las condiciones de cualquier contrato de seguro médico, previendo los intereses a las partes en cuestión, pero sin discriminar, ni dejar sin atención médica en función de una enfermedad, elicitada por un estudio o prueba genética.

María de Jesús Medina Arellano

PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS

Los *pueblos indígenas* forman parte del *conjunto de personas de un lugar, región o país*, cuya aspiración política es su pleno reconocimiento como grupos de personas *con gobiernos independientes*. Esta demanda se plantea al interior del Estado, por ello no se puede interpretar que pretendan convertirse en nuevos Estados, sino en pueblos con *autonomía* para decidir su desarrollo social, político y económico.

Las *comunidades indígenas* son *grupos sociales cuyos miembros viven juntos, o tienen bienes, intereses comunes*, y forman parte de un *conjunto de hombres viviendo en sociedad, habitando un territorio definido y tienen en común un cierto número de costumbres, de instituciones*. En este sentido, las comunidades indígenas de México forman parte de un pueblo indígena. Por ejemplo: las comunidades indígenas de Jesús María, Mesa del Nayar y de Santa Teresa (en el estado de Nayarit) forman parte del pueblo indígena Nayerij (cora). Al mismo tiempo, un pueblo indígena forma parte del *conjunto de personas de un lugar, región o país* llamado México.

Los *pueblos indígenas y sus comunidades* han vivido históricamente bajo la subordinación de otras culturas. En este contexto, el contenido del término Pueblo ha sido reservado a lo que la cultura dominante determina. El fenómeno de *nacionalización de la sociedad* tuvo como efecto principal fortalecer la hegemonía de las culturas dominantes mediante el cual “el pueblo aparecerá, a los ojos de todos como un pueblo, es decir como la base y origen del poder político (Étienne Balibar).” De esta manera, las culturas de las poblaciones indígenas fueron integradas por las culturas dominantes en un discurso de consolidación

de la categoría pueblo como elemento legitimador de su hegemonía política. Así, se postuló (más como aspiración que como constatación) la existencia del *pueblo de la corona española*, durante la colonización castellana, y del *pueblo de México*, durante la consolidación de la República mexicana. El fin principal de este proceso fue el de controlar las poblaciones existentes (indígenas y no indígenas) en los territorios conquistados: “representadas en el pasado o en el porvenir como si formaran una comunidad natural poseedora en sí misma de una identidad de origen, de cultura, de interés, que trasciende los individuos y las condiciones sociales (*idem*)”.

El Estado mexicano del siglo XXI dio un giro a su política de integración cultural homogeneizante al establecer como decisión jurídico-político fundamental en nuestra Constitución: el *Principio del pluralismo cultural*, es decir, la diversidad cultural de su población (reforma constitucional al artículo segundo del año 2001). Ello lo coloca en un proceso inédito: transformar el andamiaje judicial, legislativo y administrativo, hacia un respeto pleno de las diferencias culturales y su desarrollo.

La doctrina ha identificado el término *pueblo* como un elemento fundamental de la categoría política dominante llamada *Estado*. Éste ha considerado que su poder es único e indivisible, por tanto, su población debe ser (como aspiración) culturalmente una e indivisible. Por ello, fue política del Estado mexicano la integración cultural de los pueblos indígenas en la mexicanidad, es decir, en la cultura que habla castellano y reproduce los valores de las sociedades llamadas modernas u occidentales. La sustitución del Instituto Nacional Indigenista por la Comisión Nacional de Desarrollo de los Pueblos Indígenas marca la distinción entre una política de estado *indigenista*, es decir, monoculturizante, por una política de respeto y desarrollo de las diferentes culturas: *pluriculturalista*.

La constante histórica en México ha sido la pluralidad de culturas. La Constitución reconoce que la población existente en el territorio mexicano ya no aspira a ser homogénea culturalmente, sino que *tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas*. El reconocimiento jurídico constata la realidad sociológica, de esta manera el principio de unicidad e indivisibilidad del poder se transforma considerando que el término pueblo de México incluye una pluralidad de pueblos, entre estos, los pueblos indígenas.

La jurisprudencia mexicana ha impulsado la aplicación obligatoria de los derechos Indígenas estableciendo un “Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren Derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas” (2013). La jurisprudencia interamericana ha tenido también una postura activa en la materia, como lo destaca Alma Liliana Mata Noguez en “Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (2011).

La Constitución mexicana vigente ha integrado en su seno otra decisión jurídico-político fundamental: el *Principio del Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas*, es decir, reconoce no sólo el derecho de estos a ser y desarrollarse culturalmente, sino también políticamente, como parte del poder estatal, considerando a los primeros como género y a los segundos como sus especies. Define a los *pueblos indígenas* como “aquellos que descienden de po-

blaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.” Y considera a las *comunidades indígenas* como parte de un pueblo indígena: “Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

Es obligación de los estados de la República el reglamentar (con base en sus características geográficas, históricas y culturales) el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y sus comunidades establecidas en su territorio. El reconocimiento a nivel interno del derecho de los pueblos indígenas no violenta la unicidad e indivisibilidad del territorio nacional, ya que el Estado mexicano se había obligado a reconocer este derecho en su legislación al aprobar en 1992 el *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, de la Organización Internacional del Trabajo (1989). En este Convenio se establece que el derecho de los pueblos a la libre determinación no debe entenderse como un derecho a separarse de los Estados en donde se encuentran. En este mismo sentido se manifiesta la Organización de Naciones Unidas en la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (artículos 3-5), de 2007.

Jorge Alberto González Galván