

CÁTEDRA NACIONAL DE DERECHO  
JORGE ARPIZO  
*Reflexiones Constitucionales*

Homero Vázquez Ramos  
Coordinador



Universidad Nacional Autónoma de México

CÁTEDRA NACIONAL DE DERECHO JORGE CARPIZO  
REFLEXIONES CONSTITUCIONALES

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie: ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 690

---

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos

Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez

Cuidado de la edición: Rosa María González Olivares

Diseño y formación tipográfica (InDesing CS5.5): Javier Mendoza Villegas

Diseño de forro: Carlos Aguilera Ortiz

CÁTEDRA NACIONAL  
DE DERECHO  
JORGE CARPIZO  
REFLEXIONES  
CONSTITUCIONALES

HOMERO VÁZQUEZ RAMOS

*Coordinador*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
México 2014

Esta obra fue dictaminada por sus pares académicos y aprobada  
para su publicación por la Comisión Editorial del Instituto  
de Investigaciones Jurídicas

Primera edición: 24 de abril de 2014

DR © 2014, Universidad Nacional Autónoma de México  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México

.....=GGB ' +, !\* \$+! \$&) ( , \$!&

## CONTENIDO

Presentación .....	XI
Homero VÁZQUEZ RAMOS	

### PRIMERA PARTE

#### ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Propuesta de una tipología del presidencialismo latinoamericano .....	3
Jorge CARPIZO	
¿Están dadas las condiciones en México para una reforma constitucional de fondo? .....	59
Eduardo ANDRADE SÁNCHEZ	
El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional. ....	75
Miguel CARBONELL	
La Cátedra de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo” en el marco del temperamento artístico, jurídico y federalista de Jalisco .....	89
Javier PATIÑO CAMARENA	

- Algunas reflexiones sobre el control de convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad difuso en México . . . . . 121  
 Enrique CARPIZO
- La división de poderes: teoría y realidad . . . . . 149  
 Luis Enrique VILLANUEVA GÓMEZ

## SEGUNDA PARTE

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS  
HUMANOS

- El sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos en México: algunas preocupaciones. . . . 189  
 Jorge CARPIZO
- La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos . . . . . 239  
 Héctor FIX-ZAMUDIO

## TERCERA PARTE

ESTUDIO SOBRE PROCURACIÓN  
DE JUSTICIA

- Diversos aspectos personales y sociales en la procuración de justicia . . . . . 347  
 Jorge CARPIZO

## CUARTA PARTE

ESTUDIOS SOBRE ENTIDADES  
FEDERATIVAS

- Una tarea insoslayable de la transición democrática de las entidades federativas: la publicidad de las sentencias de los poderes judiciales estatales y de sus tribunales especializados . . . . . 391

Daniel BARCELÓ ROJAS

- Necesidad de una ley de arbitraje civil basada en el principio de subsidiariedad como clave para la implementación eficaz de la figura en Jalisco . . . . . 409

Rubén Darío GÓMEZ ARNAIZ

## QUINTA PARTE

ESTUDIOS SOBRE LA UNIVERSIDAD  
Y SUS APORTACIONES

- Justo Sierra y la fundación de la Universidad . . . . . 431

Diego VALADÉS

- Los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y las nuevas instituciones democráticas . . . . . 451

Héctor FIX-FIERRO



SEXTA PARTE

ESTUDIO SOBRE DERECHO INTERNACIONAL

La revisión de la Carta de San Francisco. Artículo 109: hacia la paz y la seguridad. . . . . 463

Francisco PLANCARTE Y GARCÍA NARANJO

## PRESENTACIÓN

En enero de 2009 invitamos al doctor Jorge Carpizo Mac-Gregor para que visitara el Centro Universitario del Sur de la Universidad de Guadalajara, por tal motivo, aceptada la invitación, más que evento académico decidimos organizar un homenaje a tan distinguido constitucionalista mexicano, lo que sucedió el 27 de marzo de 2009; a partir de esa fecha se instituyó una Cátedra de Derecho Constitucional con su nombre. El doctor Carpizo, con sus excelentes conocimientos, deleitó al público emocionado que abarrotó el auditorio Adolfo Aguilar Zinser, del mencionado campus universitario, para escuchar magistral conferencia inaugural titulada “Los sistemas presidenciales de América Latina”, lo mismo que ser parte activa de la historia que aquel memorable día se escribió, pues además de lo ya mencionado, se trataba de la visita y de estar frente al único hombre mexicano que había ocupado los más altos cargos de la función pública nacional, con catorce años de no venir a Jalisco, veinte libros publicados entre los que destacan: *La Constitución Mexicana de 1917*, *El presidencialismo mexicano*, *Estudios constitucionales* y *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, traducidas varias de sus obras al inglés, francés, alemán e italiano. Con ciento un artículos escritos y quinientos treinta y siete trabajos de menor extensión para revistas especializadas. Profesor e investigador emérito de la UNAM y del Sistema Nacional de Investigadores. Con doscientas dieciséis conferencias impartidas en instituciones académicas y judiciales de veintidós países en tres continentes. Noventa y seis premios y distinciones nacionales e internacionales. Habiendo redactado treinta y dos proyectos legislativos, diecisiete ensayos en obras colectivas, ochenta y nueve

prólogos y presentaciones, cuarenta y tres voces de diccionario y comentarios, quince estudios y reseñas legislativas-jurisprudenciales. Veinticinco tesis dirigidas y noventa y cinco discursos pronunciados. Rector de la UNAM, ministro numerario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, presidente fundador de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, procurador general de la República, secretario de gobernación y embajador de México en Francia, entre otras actividades y logros académicos.

Resulta de vital importancia hacer un paréntesis en la presentación de este libro para señalar los logros más importantes de Jorge Carpizo en el ejercicio de los cargos públicos que ocupó para servir a México, los cuales complementan el fundamento para haber instaurado una Cátedra con su prestigiado nombre.

En su carácter de ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue sobresaliente. Sustentó importantes criterios sobre cuestiones jurídicas de trascendencia. Cumplió atingentemente su labor judicial que desempeñó dentro de la dinámica del juicio de amparo. Además, estableció la evaluación semestral de la cantidad y calidad de los proyectos de los secretarios de estudio y cuenta.

Fue enérgico rector de la UNAM, cuyo amor a ella tendió a darle nuevas estructuras para perfeccionarla y actualizarla en las diferentes esferas de su actividad como institución de cultura al servicio de México.

En su rectorado estableció el Programa académico, la autoevaluación de metas mínimas y el reglamento de planeación. Logró el incremento en un 876% de los profesores de carrera en el nivel bachillerato. Creó el Premio Universidad Nacional. Modificó 34 planes de estudios. Incrementó en nueve veces los cursos de educación continua. Incrementó del 18% al 22.1% el presupuesto para la investigación. Creó el Centro para la Innovación Tecnológica, el de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, el de Ecología y el Regional de Investigaciones Multidisciplinarias. Estableció la primera etapa de la Red Universitaria de Cómputo. Creó la Defensoría de los Derechos Universitarios.

Se editaron 3,530 obras, se creó la revista *Voices of México* y se impulsó la publicación de nuevas series. Dispuso la construcción de la Ciudad de la Investigación en Humanidades y del Centro Cultural Universitario.

Como abogado general defendió nobles causas universitarias frente a la agitación y amenaza de grupos enemigos de esta casa de estudios.

Desempeñó la presidencia del Consejo Ejecutivo de la Unión de Universidades de América Latina, la vicepresidencia de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman, la Secretaría General Ejecutiva y la Presidencia del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y la Presidencia del Bhavan de La India en México.

El presidente Carlos Salinas de Gortari lo designó presidente fundador de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Posteriormente, su dedicación absoluta y generosa a la defensa, promoción, divulgación y enseñanza de los derechos humanos logró que esta institución, casi desconocida en nuestro país, se transformara en un organismo elevado a rango constitucional en el apartado “B” del artículo 102. Estableció su Reglamento Interno. Solucionó 11,785 quejas presentadas de un universo de 15,644, récord hasta el día de hoy insuperable. Expedió 412 recomendaciones a diversas autoridades. Creó los siguientes programas: agravios a periodistas; presuntos desaparecidos, habiéndose localizado a 62 de ellos; contra la tortura; sistema penitenciario en el país; asuntos indígenas; violaciones a derechos humanos de trabajadores migratorios mexicanos en ambos lados de la frontera; defensa de la niñez; derechos humanos, ecología y salud. Propuso diversas reformas legislativas para primordialmente lograr que las confesiones solo tuvieran valor probatorio si eran hechas ante juez o Ministerio Público en presencia de un defensor, o persona de su confianza; mejores fórmulas legales para un trato más justo en los procedimientos penales para los grupos étnicos marginados de la cultura media nacional; medidas para evitar la incomunicación y la extorsión a los detenidos; nuevas reglas para el sobreseimiento

penal; una nueva Ley contra la Tortura; despenalización de conductas de escasa gravedad; aumentó en 25 los casos en que el juez podía optar por una sanción no privativa de libertad; establecimiento de nuevas modalidades de garantías para el otorgamiento de la libertad provisional, y otorgamiento a los menores infractores de plenas garantías constitucional-procesales.

Como procurador general de la República reorganizó y profesionalizó al Ministerio Público Federal y a la Policía Judicial Federal a través del Instituto de Capacidad que creó; ingresó a 311 nuevos agentes del Ministerio Público y 1,360 de la Policía Judicial Federal. Logró en el desempeño de sus funciones, frente al grave delito del narcotráfico, sonados triunfos en beneficio del pueblo de México. Destituyó a 482 servidores públicos corruptos, acción que logró que 1,969 abandonaran sus cargos o renunciaran y 302 de ellos fueran consignados, incluidos miembros del Poder Judicial Federal. Expedió el Código de Ética Profesional para los agentes ministeriales y policiacos. Convocó por primera vez a dos conferencias nacionales de procuradores generales de justicia de México. Presentó, a nombre de México, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el documento titulado “La postura de México para un nuevo compromiso internacional para el control de drogas”. Publicó 99 obras relacionadas con diversos temas de la procuración de justicia.

Como secretario de gobernación restauró la confianza de la sociedad mexicana en las elecciones de 1994, mediante una actuación enérgica y patriótica, con la firma de los acuerdos nacionales: por la “Paz, la Justicia y la Democracia” y por la “Civilidad, la Concordia y la Justicia en la Democracia”, firmados por ocho candidatos a la Presidencia de la República y sus partidos políticos. Estableció los conteos rápidos en las elecciones. Solicitó a la ONU expertos para que colaboraran con las organizaciones de observadores ciudadanos. Lo histórico: logró que la jornada electoral del 21 de agosto de 1994 se caracterizara por un nivel, sin precedentes, de participación ciudadana durante la cual votó el 77.7% del padrón electoral. Ordenó la construcción de doce

centros penitenciarios y publicó 284 obras para fortalecer la cultura política en el país.

Como embajador de México en Francia logró el apoyo del gobierno francés para la negociación de un Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre México y la Unión Europea, la firma de 7 instrumentos internacionales, la supresión de visas entre los dos países. Creó la Asociación de Amigos de México en Francia. Incorporó al Minitel amplio programa de información sobre México, logrando incrementar la inversión francesa en nuestro país de 0.87% en 1994 a 1.48% en 1996, representando 20.6% de la realizada por países europeos. Realizó 32 exposiciones culturales, 5 festivales cinematográficos, 8 conciertos y la presentación de 12 libros. Gracias a su gestión, un mural huichol se colocó en la estación del Metro Palais Royal de París. Creó el área de cooperación técnica, científica y educativa. Firmó 31 convenios de investigación e intercambio universitario así como la realización de 28 publicaciones.

Su constante superación lo llevó a formar parte de numerosas asociaciones profesionales y académicas, entre otras, se puede mencionar: miembro de la Société de Législation Comparée de Francia, miembro correspondiente del Instituto de Derecho Político y Constitucional de la Universidad de La Plata y de la Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Miembro asociado de la Académie Internationale de Droit Comparé. Miembro honorario del Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba, Argentina y del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de Colombia. Miembro de honor del Consejo General de la Abogacía Española.

Don Jorge Carpizo Mac-Gregor afirmó en su libro *La Constitución de 1917*:

El Derecho Constitucional no supone para su cabal comprensión una amplia información o esplendidos conocimientos, sino que además —y quizá primordialmente— hay que vivirlo.

El Derecho Constitucional es la confrontación del hombre con su época, es la lucha constante por llevar una vida humana, es decir, una vida con libertad, con igualdad y con dignidad.

Implica un diálogo del hombre presente con la historia, con el contenido vibrante de las generaciones que lucharon por su dignidad y que otorgaron a sus sucesoras un estilo existencial basado en una idea de justicia humana.

Es también un diálogo con las generaciones futuras, porque se preserva la cultura otorgada y se la enriquece con los adelantos técnicos y humanísticos de toda una generación.

Pero, también, es un monólogo. Monólogo de los hombres que viven, de los que caminan y sufren, de los que están decididos a ofrecer su vida por la libertad, de los que deshojan la existencia construyendo la obra de arte más bella que se puede esculpir: una mente y un corazón que realizan un destino humano.

Las viejas, pero siempre jóvenes y vigorosas ideas que sustentan al Derecho Constitucional son las musas de la cultura de una época o esa nación.

En México, necesario es para todos los hombres que se precien de serlo y de ser hombres de buena voluntad, luchar porque se viva nuestro Derecho Constitucional; luchar porque resplandezcan los pensamientos por los cuales han fallecido tantos mexicanos, pensamientos por los cuales, estamos seguros, lucharían y morirían las personas libres y dignas de hoy.<sup>1</sup>

Por ello, la Cátedra es homenaje, pero también foro institucional permanente para el estudio, promoción y difusión del derecho constitucional y las ciencias políticas, así como del pensamiento jurídico-político de Jorge Carpizo Mac-Gregor, por parte de especialistas nacionales y extranjeros que se han distinguido de manera sobresaliente en diversas ramas del conocimiento científico y cultural. Espacio para reconocer su ardua labor académica y humana, sus excepcionales aportaciones jurídicas, sociales y políticas. Lugar adecuado para contribuir al cultivo de

<sup>1</sup> Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 13a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 1-7.

nuevos juristas, investigadores y servidores públicos a partir de su ejemplo, ideas, acciones y aportes académicos. Insuperable escenario para perpetuar vida y obra de tan ilustre hijo de México a quien sirvió siempre con profundo sentido de amor y responsabilidad, bajo la guía de los valores más excelsos del ser humano que constituyeron el ideal de su existencia. Espacio preciso para vivir el derecho constitucional, para realizar ese diálogo entre las generaciones pasadas, presentes y futuras, la ventana abierta para que estudiantes y académicos se precien de ser hombres mexicanos con libertad y dignidad, preservando el pensamiento constitucionalista de nuestros héroes.

En el transcurso de estos años, destacados académicos mexicanos han participado en esta Cátedra, por lo que esta obra los reúne en sus páginas permitiendo al lector tener en sus manos a un conjunto de autores destacados del pensamiento constitucional mexicano, como son: Jorge Carpizo(+), Héctor Fix-Zamudio, Diego Valadés Ríos, Miguel Carbonell, Eduardo Andrade de Sánchez, Héctor Fix-Fierro, Daniel Barceló Rojas, Javier Patiño Camarera, Enrique Carpizo Aguilar, Luis Enrique Villanueva Gómez, Francisco Plancarte y García Naranjo, así como Rubén Darío Gómez Arnaiz.

En una serie de temas, nuevos y no tanto, sus autores profundizan en su análisis para ofrecer al lector una perspectiva crítica, fundada y argumentada sobre ciertas instituciones constitucionales mexicanas y extranjeras, que sirven como teoría, pero también como herramienta eficaz para el debate.

La obra se divide en seis apartados, el primero, referente a estudios políticos y constitucionales, dedicado al análisis de sistemas parlamentarios; el presidencialismo latinoamericano, su tipológica, clasificación, utilidad, así como el sistema semipresidencial latinoamericano. Luego se aborda un análisis para saber si están dadas las condiciones de un cambio constitucional de fondo en México, identificar cuál es la sustancia de ese sistema y hacia dónde va el cambio. Posteriormente, un artículo dedicado a explicar por qué la libertad de expresión es importante para



cualquier democracia constitucional. Una detallada exposición acerca del proceso de reforma constitucional mexicano, seguida de un minucioso análisis que explica el control de convencionalidad y el control constitucional difuso, terminando este apartado con un amplio estudio en el que se muestran la teoría y la realidad de la división de poderes.

El segundo apartado refiere a derechos humanos en que los autores examinan detalladamente el sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los mismos en México, así como la creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos, desde luego, señalando sus preocupaciones y realidades nacionales e internacionales.

Así llegamos al tercer bloque con un estudio sobre procuración de justicia, donde el tema fundamental son los diversos aspectos personales y sociales en la procuración de justicia.

El cuarto apartado muestra estudios sobre entidades fedrativas, en el cual se pone de manifiesto que una de las principales tareas democráticas es la publicidad de sentencias del Poder Judicial y de sus tribunales especializados, lo mismo que una ley de arbitraje civil basada en el principio de subsidiaridad.

Posteriormente, el lector se encuentra con el fascinante mundo de la Universidad y sus aportaciones, donde sus autores abordan el significado de la Universidad en México, su máximo impulsor, así como sus diversas expresiones que han permitido avanzar y consolidar a nuestro país en la democracia.

Por último, la obra muestra un estudio sobre derecho internacional, donde su autor pone de manifiesto la necesidad jurídico-política de revisar la Carta de San Francisco para alcanzar la paz y seguridad internacional en estos momentos en los que el mundo se encuentra en crisis de diversa índole.

El trece de diciembre de dos mil once la Universidad de Guadalajara y la Universidad Nacional Autónoma de México, por conducto de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, firmaron un convenio de colaboración para crecer, expandir y fortalecer la

Cátedra, denominándose a partir de ese momento *Cátedra Nacional de Derecho “Jorge Carpizo”*.

Así, el libro que el lector tiene en sus manos es el resultado, hasta hoy, de extraordinarios esfuerzos realizados para que la Cátedra Nacional de Derecho “Jorge Carpizo” cumpla con su objetivo, siempre encaminado a contribuir al bienestar y progreso de México, de la Universidad y de los mexicanos.

Arduo defensor de derechos humanos, entusiasta y dinámico universitario, político incorrupto, funcionario público eficiente, hombre bueno, justo, sencillo, humilde, extraordinario ser humano. Así recordaremos siempre a Jorge Carpizo.

Estamos seguros que donde quiera que se encuentre, está feliz porque le seguimos leyendo y reflexionando, pero también, sin duda, disfrutando el homenaje que con todo mérito le tributa la Cátedra que lleva su nombre.

Descanse en paz don Jorge Carpizo Mac-Gregor, maestro, amigo, académico, ejemplo y héroe mexicano.

Tuxpan, Jalisco

Homero VÁZQUEZ RAMOS

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES



# PROPUESTA DE UNA TIPOLOGÍA DEL PRESIDENCIALISMO LATINOAMERICANO\*

Jorge CARPIZO\*\*

SUMARIO: I. *Familias o tipos del sistema parlamentario.* II. *Presidencialismo latinoamericano.* III. *Diversas tipologías del presidencialismo latinoamericano.* IV. *Utilidad y dificultad de las clasificaciones y tipologías.* V. *Tipología del presidencialismo latinoamericano. Una propuesta.* VI. *La perspectiva desde la norma constitucional.* VII. *La perspectiva desde la realidad constitucional.* VIII. *La perspectiva desde la interacción de la norma con la realidad constitucional.* IX. *El sistema semipresidencial en América Latina.*

## I. FAMILIAS O TIPOS DEL SISTEMA PARLAMENTARIO

El sistema de gobierno resulta exitoso en un país determinado si respeta y sabe adaptarse a las características políticas, sociales, jurídicas, históricas y culturales del mismo. Ciertamente existen modelos de sistemas de gobierno. En el parlamentario se encuentra

\* Agradezco a mis colegas César Astudillo Reyes, Daniel A. Barceló Rojas y Manuel Berquín Álvarez las sugerencias que realizaron a este ensayo. Cualquier error que pudiera encontrarse es responsabilidad exclusiva del autor.

\*\* Doctor en Derecho. Investigador emérito en la Universidad Nacional Autónoma de México, de la cual fue rector, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas, donde se desempeñó como director. Presidente-fundador de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Desempeñó además los cargos de ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, procurador general de la República, secretario de gobernación, embajador de México en Francia y presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Recibió 10 doctorados *honoris causa* por prestigias universidades nacionales y extranjeras.

principalmente el modelo inglés, en el presidencial el norteamericano, en el semipresidencial el francés de 1958, aunque este último no es el más antiguo de esa familia, pero sí es el más emblemático y el que mayor influencia ha ejercido.

No obstante, los países, que coexisten en el planeta, presentan diversidades múltiples, desde una evolución histórica y política muy variada hasta culturas y concepciones existenciales, incluidas las religiosas, con aspectos distintivos; en algunos Estados se encuentran estupendos niveles de vida para la mayoría de la población, mientras en otros la mayor parte vive en pobreza y miseria extremas; desde niveles educativos de excelencia y grandes adelantos científicos y tecnológicos hasta naciones que parecen existir en el medioevo. Estados con tradición democrática y de respeto a los derechos humanos conviven con autocracias civiles, religiosas y militares.

Las experiencias, los éxitos y los fracasos de los sistemas de gobierno configuran, en gran parte, su evolución y posible perfeccionamiento.

En consecuencia, los Estados que configuran el planeta son variopintos, aunque puedan agruparse de acuerdo con una serie de variantes. En forma general, suele hablarse, desde una visión geográfica que con frecuencia guarda cierta similitud cultural, de Europa Occidental, Europa del Este (antiguos sistemas socialistas), Rusia, el mundo árabe, África Negra, Sudoeste o Sudeste Asiático, etcétera. No obstante, dentro de dichos bloques de países se encuentran elementos semejantes y aspectos heterogéneos entre ellos. Lo mismo puede asegurarse respecto a los sistemas de gobierno. Entonces, si partimos de este presupuesto, no existe un sistema parlamentario, ni uno presidencial, ni uno semipresidencial, sino que con justicia se habla de sistemas parlamentarios, presidenciales o semipresidenciales, aunque, desde luego, cada uno de esos géneros posee ciertas características que permiten agruparlos y, a su vez, clasificarlos.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Véase Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM-Porrúa, 2004, pp. 270 y 271. Del mismo autor, "Derecho constitucional", en

En cuanto al sistema parlamentario, los estudiosos del tema suelen señalar diversos tipos, clases o variedades principales. Sartori se refiere al: *a*) modelo inglés, de primer ministro o gabinete, en el cual el Ejecutivo prevalece sobre el Parlamento, *b*) el gobierno de asamblea de la tercera y cuarta repúblicas en Francia, y *c*) el controlado por los partidos. Cada modelo presenta, a su vez, características distintivas de acuerdo con los diversos países. Dentro del modelo inglés, por ejemplo, encontramos el voto de censura constructivo de los regímenes alemán y español, lo que le imprime su sello al sistema, o el parlamentarismo nórdico, donde predomina un partido por largo tiempo, debido a que triunfa sucesivamente en las elecciones, como acontece en Noruega y Suecia.<sup>2</sup>

De Vergottini distingue entre: *a*) parlamentarismo mayoritario o con predominio del gobierno —el inglés—, *b*) con predominio del parlamento —Bélgica y Holanda—, y *c*) neoparlamentarismo —Israel a partir de 1996, con la elección directa del primer ministro, mediante un sistema electoral proporcional y simultáneamente con la elección del parlamento con ley mayoritaria—.

Este distinguido profesor italiano llega a la conclusión que lo específico del sistema de gobierno liberal, se denomine como se denomine, consiste en la existencia de la oposición política y la función que esta desempeña en el sistema, lo que permitiría des-

*Las humanidades en el siglo XX. El derecho*, México, UNAM, 1979, t. 1, pp. 120 y 121. Del mismo autor, “Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina”, *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, Grijley, año 7, núm. 12, 2006, pp. 14-16 y 20-24. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964, pp. 105-107. Linz, Juan J., “Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference”, en Linz, Juan J. y Valenzuela, Arturo (eds.), *The failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1994, vol. 1, p. 6. Sagués, Néstor Pedro, “Parlamentarismo y presidencialismo. Un ensayo sistémico para la gobernabilidad democrática. El ‘minipremier’ en el Perú y en Argentina. Experiencias y perspectivas”, *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, Grijley, año 4, núm. 7, 2003, pp. 44 y 45.

<sup>2</sup> Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 116, 117, 125 y 126.

echar a los ordenamientos pseudodemocráticos o democráticos de fachada.<sup>3</sup>

El señalamiento del profesor de Bolonia es atractivo; sin embargo, el mismo no permite diferenciar los diversos modelos de presidencialismo, parlamentarismo y semipresidencialismo, y los submodelos respectivos. Distinguirlos resulta útil para su comprensión e, incluso, para que un sistema, sin deformarse, admita modalidades de otro con el objeto de perfeccionar su democracia con estabilidad.

Marcel Prélot contempla al sistema parlamentario desde una doble óptica: *a)* de acuerdo a quién tiene la preeminencia política, y *b)* la naturaleza geográfica. Dentro de la primera óptica, distingue el sistema en el cual predomina: *i)* el jefe de Estado, *ii)* el jefe de gobierno o, *iii)* el parlamento. Dentro de la segunda, además de Japón, los agrupa en cuatro grandes grupos de Estados: *i)* Gran Bretaña y los países de la *Commonwealth*, *ii)* las monarquías de Europa del Norte, *iii)* las repúblicas de Europa Occidental, y *iv)* los Estados anglófonos y francófonos de África, aunque aclaró que los mismos no habían podido implantarse con solidez.<sup>4</sup>

Philippe Ardant afirma que existen sistemas parlamentarios o, si se desea expresar así, una familia parlamentaria, pero no un único régimen parlamentario.<sup>5</sup>

Los autores que realizan la distinción de diversos parlamentarismos, dentro del sistema o familia parlamentaria, son innumerables.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Vergotini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, México, UNAM-Secretariado Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004, pp. 378-380 y 386.

<sup>4</sup> Prélot, Marcel y Boulouis, Jean, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, París, Dalloz, 1980, pp. 102-104 y 107-109.

<sup>5</sup> Ardant, Philippe, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, p. 225.

<sup>6</sup> Entre otros se pueden citar a Nohlen, Dieter, "Presidencialismo versus parlamentarismo: dos enfoques contrapuestos", en Nohlen, Dieter y Fernández B., Mario (eds.), *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998, p. 23. Del mismo autor, "Sistemas de



Asimismo, existe la familia del sistema semipresidencial y al respecto se puede diferenciar si: *a*) prevalece el jefe de gobierno, en virtud de que la función de jefe de Estado es marginal, como en Austria, Islandia e Irlanda, *b*) existe un equilibrio doble, en el cual el jefe de Estado prevalece si no se forma una mayoría parlamentaria clara, entonces el gabinete es integrado por el presidente, como aconteció en Finlandia de 1956 a 1981, y *c*) prevalece el jefe de Estado, salvo en las etapas de cohabitación, como aconteció en Francia.<sup>7</sup>

En consecuencia, la realidad enseña que no existe un sistema parlamentario o semipresidencial, sino, como afirmó Ardant, familias o, si se quiere expresar de manera diversa, clases, modelos, tipos, y cada uno de ellos, a su vez, presenta subtipos y subclases de acuerdo con las características que cada país va adoptando dentro de una misma “familia”.

## II. PRESIDENCIALISMO LATINOAMERICANO

Resulta lógico que las ideas anteriores sean también aplicables al sistema presidencial. Existe la “familia” presidencial o presidencialista. El distinguido comparativista René David, en 1953, se percató de que los sistemas presidenciales de América Latina, debido a las condiciones diferentes en que los países de la región se encontraban, se habían apartado del sistema norteamericano y habían configurado un sistema, en gran parte, original, con resultados diferentes a los del régimen norteamericano; realmente *deviennent autre chose que dans leur pays d'origine*.<sup>8</sup>

gobierno: perspectivas conceptuales y comparativas”, en la misma obra citada en esta nota, p. 100. Nogueira Alcalá, Humberto, “Tópicos sobre clasificación de los tipos de gobierno constitucionales democráticos”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Civitas, 2003, t. I, pp. 354-358.

<sup>7</sup> Vergottini, Giuseppe de, *op. cit.*, p. 380.

<sup>8</sup> David, René, *Le Droit Comparé. Droits d'hier, Droits de demain*, París, Económica, 1982, p. 167.

Maurice Duverger insistió en la idea anterior al destacar que el sistema presidencial norteamericano era diferente del presidencialismo latinoamericano. En este último las facultades del congreso se han debilitado, y las del presidente aumentado.<sup>9</sup>

Lo primero que podemos, entonces, afirmar es que existen diferencias entre los sistemas presidenciales de Norteamérica y de América Latina, diferencias a las cuales me he referido en otra ocasión,<sup>10</sup> y que son consecuencia de la diversidad de aspectos políticos, sociales, económicos, jurídicos y culturales entre esos Estados.

Ahora bien, América Latina presenta semejanzas y diferencias entre sí. Un Estado es diverso del otro, unos más, otros menos, pero cada uno posee sus propias características.

En virtud de lo anterior, es posible afirmar que no existe un presidencialismo latinoamericano, sino varios. Los presidencialismos de la región los podemos agrupar en clases o tipos. Incluso

<sup>9</sup> Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, pp. 350 y 351, en las que textualmente se pregunta “¿A qué se debe esta preeminencia del presidente? En ciertos casos, al hecho de que tiene el apoyo del ejército, bien sea uno de sus jefes, o un civil por él protegido; pero la explicación no es suficiente. Puede invocarse asimismo la debilidad de los partidos, que da el papel esencial de la vida política a las personalidades. De igual manera, la importancia del ‘patronaje’, que asegura al presidente en el poder una gran influencia. Por encima de tales elementos, un hecho es probablemente capital: la opinión pública de la América Latina está acostumbrada a esa preeminencia de un solo hombre... Toda la tradición política de la América Latina, desde la independencia, es una tradición de poder personal; el sistema ha pasado a las costumbres, y esas mismas costumbres son las que constituyen hoy día el fundamento esencial de la supremacía presidencial... En la América Latina hay con frecuencia dictaduras cuyo poder descansa en una conquista hecha por la fuerza, la cual reduce a nada el papel de las asambleas legislativas. Pero es preciso señalar la diferencia entre esas dictaduras y los regímenes presidencialistas normales, en los que las cámaras desempeñan cierto papel real, gozan de una cierta libertad de acción, en los que ciertos conflictos pueden surgir entre ellas y el presidente, en los que las mismas pueden resistir en cierta medida a su acción...”.

<sup>10</sup> Carpizo, Jorge, “Características esenciales del sistema presidencial...”, *cit.*, pp. 35-42.

se ha llegado a afirmar, lo cual considero exagerado, que existen tantos presidencialismos en la región como países en los que fue y es aplicado.<sup>11</sup> Esta idea es compartida por diversos autores:<sup>12</sup> no existe un único presidencialismo latinoamericano sino diversos; sin embargo, los podemos agrupar en tipos para su mejor comprensión.

Además, hay que tomar en cuenta que no podemos quedarnos en el análisis del documento constitucional, hay que examinar cómo la norma se aplica y funciona en la realidad, y veremos que en América Latina no es excepcional —sino al contrario— que norma y realidad corran por cauces diferentes, o que no siempre sigan la misma dirección.

Ciertamente, existen diversos tipos de presidencialismo en América Latina; de su solo enunciado nos percatamos de que se engloban en un género o subgénero. Dentro de la diversidad existen elementos que permiten referirse al presidencialismo latinoamericano. Mario Serrafiero señala tres de estos: *a*) la legitimación autónoma del cargo presidencial, *b*) las amplias facultades que a este se le atribuyen, y *c*) la ausencia de control institucional suficiente.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Serrafiero, Mario D., “Presidencialismo y reforma política en América Latina”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 8, 1991, p. 202.

<sup>12</sup> Entre otros se puede citar a: Morgenstern, Scott y Domingo, Pilar, “The success of presidentialism? Breaking gridlock in presidential regimes”, en Valadés, Diego y Serna, José María (coords.), *El gobierno en América Latina ¿Presidencialismo o parlamentarismo?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 125. Mezzetti, Luca, “Sobre los sistemas políticos latinoamericanos (instituciones, partidos y gobernabilidad)”, *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, Grijley, año 6, núm. 10, 2005, p. 106. Nohlen, Dieter, “Presidencialismo, sistemas electorales y sistemas de partidos en América Latina”, en Nohlen, Dieter y Fernández B., Mario (eds.), *El presidencialismo renovado...*, *cit.*, p. 171.

<sup>13</sup> Serrafiero, Mario D., “Presidencialismo y parlamentarismo en América Latina: un debate abierto”, *Revista Mexicana de Sociología*, México, UNAM, año LX, núm. 2, 1998, p. 171.

María de la Paz Sánchez Manzano también señala tres elementos constantes en el sistema de gobierno de la región: *a)* la designación por elección directa del presidente, con la consecuente legitimidad, *b)* facultades más amplias que aquellas que posee el presidente norteamericano, lo que conduce al predominio del presidente, y *c)* la conflictiva relación con el congreso.<sup>14</sup>

Entonces, sí existen características comunes en el presidencialismo latinoamericano, en lo cual influye América Latina como realidad y como idea; se constata la existencia de cierta unidad dentro de una amplia diversidad.<sup>15</sup>

Los conceptos anteriores llevan una larga y buena decantación; no obstante, pareciera que fueron hechos a un lado por diversos tratadistas, quienes aconsejaron que ante los reiterados “fracasos” y rupturas democráticas en América Latina, era más que aconsejable que la región transitara del sistema presidencial al parlamentario, como si en la región el sistema presidencial constituyera un tipo único, y resultara inútil y superfluo detenerse a examinar las diversas clases de presidencialismo que existen en dicha área geográfica.<sup>16</sup> En virtud del relativo éxito de tal concepción y de lo llamativa que resulta su receta generalizada a favor del sistema parlamentario, considero útil recordar algunas de las más destacadas tipologías del presidencialismo latinoamericano que se han presentado durante décadas y exponer una propuesta sobre dicha cuestión.

<sup>14</sup> Sánchez Manzano, María de la Paz, “Caracterización y problemática del presidencialismo iberoamericano”, *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, núm. 53, 2000, pp. 271 y 272.

<sup>15</sup> Carpizo, Jorge, “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVIII, núm. 114, 2005, pp. 952-958 y 963-966.

<sup>16</sup> Entre otros, véanse Linz, Juan J., *op. cit.*, pp. 5, 69 y 70. Lijphart, Arend, “Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations”, en el mismo volumen de Juan J. Linz, pp. 91-93 y 96-99. Stepan, Alfred y Skach, Cindy, “Presidentialism and Parliamentarism in Comparative Perspective”, en el mismo volumen de Juan J. Linz, pp. 119 y 132.

### III. DIVERSAS TIPOLOGÍAS DEL PRESIDENCIALISMO LATINOAMERICANO

A. Karl Loewenstein desarrolló una de las más importantes tipologías del presidencialismo latinoamericano, la cual ha influido en varios de los autores que han estudiado el tema.

El conocido tratadista, en la década de los años cuarenta del siglo pasado, clasificó a los sistemas presidenciales de América Latina de aquel entonces en tres tipos; el autor alemán fue muy claro al destacar que se trataba de una clasificación “actual”; es decir, de acuerdo con el panorama que presentaba dicho sistema de gobierno en la región, al momento de su estudio. La clasificación comprendió:

- a) *Presidencialismo puro*, que se caracterizaba por la elección directa del presidente, porque los miembros del gabinete eran simples ayudantes y consejeros, cuyo nombramiento y remoción dependían exclusivamente de la voluntad del presidente. En este tipo colocó a la mayoría de los países del área latinoamericana.
- b) *Presidencialismo atenuado*, en cuanto el Poder Ejecutivo lo ejercían en forma conjunta el presidente y sus ministros; el primero se encontraba limitado en sus decisiones por la participación efectiva de los segundos, a pesar de que los ministros eran responsables solo ante el presidente. Los ministros asistían al congreso, sin voto, para informar y defender sus políticas. Además, existían las comisiones parlamentarias de investigación.
- c) *Parlamentarismo aproximado*, en el cual, desde el siglo XIX, como en Chile, se comenzaron a introducir en el sistema presidencial algunos mecanismos parlamentarios europeos, tales como la responsabilidad ministerial individual y colectiva ante el congreso, aunque con modalidades diversas. En la Constitución uruguaya de 1934, revisada en 1942, se regulaba hasta la misma dimisión del presidente cuando la censura o desa-

probación lograba cuando menos los dos tercios del congreso, sesionando en asamblea única, con una serie de peculiaridades, a las cuales me refiero al proponer una tipología.<sup>17</sup>

La clasificación de Loewenstein tuvo relevancia, en virtud del prestigio que gozaba su autor y de que puso de relieve que en América Latina el presidencialismo se había apartado del modelo norteamericano en casos diversos, y de que no existía un único presidencialismo en la región sino varios. Dentro de cierta unidad surgía la diversidad. Su clasificación inspiró, como ya asenté, a varias otras en las décadas posteriores e, incluso, su influencia llega hasta nuestros días. Esta clasificación ha perdurado más de lo que su propio autor imaginó.

B. Luis Sánchez Agesta, constitucionalista español destacado, se refirió a cinco modelos de presidencialismo latinoamericano; hizo suya la tipología de Loewenstein y agregó dos modelos: *d*) el gobierno colegial del Uruguay de 1952, vigente hasta 1966, y *e*) la democracia popular de Cuba.<sup>18</sup>

El gobierno colegiado del Uruguay desapareció hace más de cuatro décadas. Más que un tipo nuevo de presidencialismo, se caracterizó en la Constitución de 1918, porque la titularidad del Poder Ejecutivo recaía en el presidente y en un Consejo Nacional de Administración, integrado por nueve personas: seis del partido que hubiera obtenido la mayoría de votos y tres del partido que le siguiera. Además, se incorporaron algunos aspectos parlamentarios. Es obvio que se persiguió debilitar al Poder Ejecutivo; fue un tipo que osciló dentro de esta tipología entre el presidencialismo atenuado y el parlamentarismo aproximado.

En todo caso, dicho gobierno colegiado solo se implantó en Uruguay, en dos breves periodos y en forma diversa; no tuvo in-

<sup>17</sup> Loewenstein, Karl, "La 'Presidencia' fuera de los Estados Unidos", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, UNAM, año II, núm. 5, 1949, pp. 22-27.

<sup>18</sup> Sánchez Agesta, Luis, *Curso de derecho constitucional comparado*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1976, pp. 243-245.

fluencia en América Latina, y el de la Ley Fundamental de 1934, reformada en 1952 para reintroducir el Ejecutivo colegiado, terminó en gran desprestigio, porque, cierto o no, a él se atribuyó, en buena parte, la crisis política y económica que aquel país sufrió entonces.

La Constitución uruguaya de 1934, a la cual ya aludí, señaló que las funciones ejecutivas las ejercía el presidente y el ministro respectivo. Se creó el Consejo de Ministros con facultades respecto a todos los actos de administración y de gobierno que propusiera el presidente o cualquiera de los ministros. Este consejo, entonces, podía revocar las decisiones del presidente, y se intentó que el órgano colegiado diseñara las grandes líneas políticas del gobierno.

El constituyente delineó al Consejo de Ministros como el “contralor interno” del presidente. En la realidad, el presidente fue el centro del Poder Ejecutivo, porque los ministros nombrados y removidos libremente por él, reunidos en el consejo, no alcanzaron a tener fuerza política.<sup>19</sup>

En 1952 se reformó la anterior Constitución para modificar el Poder Ejecutivo, el que sería ejercido por el Consejo Nacional de Gobierno, órgano integrado por nueve miembros como en 1918, con la diferencia, entre otros aspectos, que la presidencia de la República desapareció como ente independiente de dicho consejo.

El sistema cubano constituye una autocracia; una sola persona concentra el poder desde 1959 hasta la fecha.

En consecuencia, la tipología de Sánchez Agesta es realmente la de Loewenstein, aunque esta última es preferible, en virtud de que los dos modelos que adicionó el jurista español no son tales. Sin embargo, queda clara mi afirmación en el sentido de que la clasificación de Loewenstein ejerció influencia posterior. Sánchez Agesta fue uno de los constitucionalistas españoles más

<sup>19</sup> Gros Espiell, Héctor, *Las Constituciones del Uruguay*, Madrid, Centro Iberoamericano de Cooperación, 1978, pp. 88-91, 114-116 y 140-144.

conocidos y estudiados en la América Latina de los años sesenta a los ochenta.

Adelanto una idea que expondré al proponer una tipología. No es debido en una clasificación mezclar los gobiernos democráticos con los autocráticos. El sistema presidencial o el presidencialismo solo existen en gobiernos democráticos. Las autocracias, son precisamente eso: autocracias, aunque se disfracen de sistema parlamentario o presidencial. Sería tanto como afirmar que, en sus comienzos, el fascismo o el nazismo fueron parlamentarismos; no, fueron autocracias. Y Sánchez Agesta incurrió en esa confusión.

C. Salvador Valencia Carmona, distinguido constitucionalista mexicano, se refirió a cuatro “formas” de presidencialismo en la región latinoamericana, en la época contemporánea:

- a) *dictadura oligárquica*, donde el poder se concentra en un caudillo apoyado por el ejército o su guardia pretoriana. Estas dictaduras solieron prolongarse por décadas e, incluso, el poder pasó de padres a hijos, como en el caso de los Duvalier en Haití o los Somoza en Nicaragua. Valencia Carmona expresó que esta “forma” se encontraba en extinción y constituía una supervivencia del siglo XIX en el siguiente;
- b) *dictadura militar*, que posee un tinte marcadamente autoritario, con frecuencia se apoyó en grupos económicos muy fuertes, y sujetó al país a una represión generalizada. La excepción fue la existencia de regímenes castrenses “progresistas”, que expidieron algunas normas reformistas y de carácter social;
- c) *régimen populista*, que se caracterizó por la mezcla de elementos autocráticos y de participación popular, que suele ser una respuesta de coyuntura a graves problemas económicos y la presencia de clases sociales emergentes, a las que se intentó captar. Generalmente, esta “forma” requirió un líder carismático que substituyó al viejo caudillo, y quien animó el entusiasmo colectivo y una especie de “revolución de las



expectativas”, en expresión de Di Tella. Entre los ejemplos, Salvador Valencia señaló a Juan Domingo Perón en Argentina, Getulio Vargas en Brasil, y José María Velasco Ibarra en Ecuador;

- d) *régimen democrático*, que operó de manera bastante irregular en la región, dentro del cual mencionó algunos periodos de Costa Rica, Uruguay, Chile y Colombia.<sup>20</sup>

La clasificación de Loewenstein, y parte de la de Sánchez Agesta, está construida con conceptos jurídicos. La de Salvador Valencia, principalmente, con nociones políticas. Este último autor se interesó fundamentalmente en clasificar el sistema político más que el sistema de gobierno. El criterio de Valencia Carmona es válido, aunque carece de un aspecto trascendental: ¿cuál es la relación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo? Es probable que Valencia contestara que en sus tres primeras clases o tipos existe una subordinación total o casi total del Legislativo, al haber el Ejecutivo concentrado el poder. Entonces, esos tres tipos constituyen autocracias y pueden ser considerados clases o subtipos de aquella. No obstante, la visión política guarda importancia para conocer la esencia del sistema, más allá de las autocalificaciones que realice el propio sistema.

D. Humberto Nogueira Alcalá distinguió entre los regímenes autoritarios con fórmulas presidencialistas y los presidencialismos democráticos. Estoy de acuerdo con esta puntualización, yo mismo he señalado<sup>21</sup> que ninguna autocracia o dictadura puede ser considerada un sistema presidencial, sino que son precisamente eso: autocracias. Los sistemas presidenciales solo existen en las democracias. El autor chileno para referirse a Latinoamérica

<sup>20</sup> Valencia Carmona, Salvador, *El Poder Ejecutivo latinoamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979, pp. 77-83.

<sup>21</sup> Véase Carpizo, Jorge, “Características esenciales...”, *cit.*, p. 22. Del mismo autor, “Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XL, núm. 119, 2007, pp. 11 y 17, noción en la cual profundizo en este ensayo al proponer una tipología del presidencialismo latinoamericano, en el inciso 5, A.

prefiere el término de presidencialista o presidencialismo para diferenciar esos sistemas del norteamericano. En 1978, a mi estudio correspondiente lo intitulé *El presidencialismo mexicano*,<sup>22</sup> pero generalmente esos tres términos se emplean en forma indistinta.

A su vez, a los presidencialismos democráticos, “con fórmulas más o menos presidencialistas”, los clasifica en:<sup>23</sup>

- a) *Presidencialismo puro*, donde el presidente es el órgano preponderante del sistema político. Las características corresponden a la concepción clásica del régimen presidencial.<sup>24</sup>
- b) *Presidencialismo dirigido* que conserva las características del puro, pero con limitaciones, ya sean impuestas o voluntarias, a la libertad y a la participación de las fuerzas políticas en el gobierno del país. Como ejemplos señaló el Frente Nacional colombiano, que comenzó en 1958, y el régimen mexicano hasta 1990.<sup>25</sup>
- c) *Presidencialismo parlamentario o atenuado*, en el cual el presidente debe tomar en cuenta la integración del congreso para definir la política gubernamental. El órgano legislativo posee extensas facultades fiscalizadoras, puede realizar interpelaciones, remover ministros a través del voto de censura o el rechazo de la moción de confianza. El titular del Poder Ejecutivo se encuentra limitado por la participación efectiva de los ministros en sus decisiones.

El distinguido tratadista sudamericano señaló como ejemplos de este tipo a las Constituciones de Costa Rica de 1949, de Uru-

<sup>22</sup> Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1978, pp. 240.

<sup>23</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pp. 339-345. Del mismo autor, “Los regímenes presidenciales de América Latina, tipología y análisis crítico”, en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 472-486.

<sup>24</sup> Véase la nota 1.

<sup>25</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “Tópicos sobre clasificación...”, *cit.*, pp. 344 y 345.

guay de 1967, de Guatemala de 1985, de Perú de 1993, y de Argentina con la reforma de 1994.

Fácil es percatarse de que la tipología de Nogueira Alcalá está inspirada, también, en gran parte, en la formulada por Loewenstein.

No obstante, en mi criterio, no es del todo correcto identificar al tipo puro con el órgano preponderante del sistema, aunque en una época de América Latina con frecuencia coincidieron. Téngase en cuenta que es probable que se califique al sistema presidencial norteamericano como tipo puro, y dependiendo de una serie de factores, hay épocas en que el órgano preponderante ciertamente es el presidente; en otras, el congreso y, a veces, existe equilibrio entre esos órganos del poder, pero el tipo de presidencialismo norteamericano en las tres situaciones apuntadas conserva su mismo carácter normativo, constituye un tipo puro, y son aspectos del ser, los que lo hacen oscilar y precisar el tipo de acuerdo con la realidad. Lo mismo acontece en América Latina.

Es interesante el tipo que el profesor chileno propone de presidencialismo dirigido, en virtud de que en diversas ocasiones existen situaciones en que el régimen no puede ser calificado de autocracia, pero presenta carencias democráticas y, en otras, no satisface todas las características que la democracia moderna exige, pero existe respeto a los derechos humanos, aunque no total, y el poder es susceptible de ser controlado, aunque no plenamente. En un buen análisis de la situación latinoamericana, este tipo no debe ser olvidado, aunque hay que ser extremadamente cuidadoso en su manejo y examen, para no incurrir en confusiones o justificar una autocracia.

Nogueira Alcalá es uno de los autores que más se ha dedicado a estudios serios sobre presidencialismo y parlamentarismo en nuestra región; su tipología es primordialmente de carácter jurídico, sin descuidar el aspecto político.

E. Jorge Lanzaro, inspirado principalmente en Dahl y Lijphart, distingue entre presidencialismo de mayoría y presidencialismo pluralista. Lijphart señaló la anterior caracterización

únicamente respecto a los sistemas parlamentarios porque, desde su óptica, los presidencialismos son siempre de mayoría.<sup>26</sup>

Lanzaro utiliza las ideas del teórico holandés y las coloca de cabeza: desde luego, existe presidencialismo pluralista y América Latina lo comprueba.

Para Lanzaro, el presidencialismo de mayoría implica que el que gana, gobierna. Por el contrario, en el presidencialismo pluralista, de jure o de facto, el que gana comparte su triunfo de alguna manera y se ve obligado a negociar los actos de gobierno. En este segundo tipo, las mayorías no llegan “manufacturadas”, sino que deben ser formadas a través de intercambios, negociaciones, compromisos y coaliciones, que relacionan al presidente con el congreso, los partidos y las fracciones de partido.

Desde las anteriores perspectivas puede hablarse de gobierno de partido o de un solo partido (presidencialismo mayoritario) y, de su contraparte, de gobierno de compromiso, gobierno de minoría o de coalición en sus diversas fórmulas (presidencialismo pluralista).

Lanzaro resalta seis “claves” para discernir si el régimen presidencial puede ser calificado de mayoría o pluralista, dependiendo de las siguientes coordenadas:

- a) Las relaciones entre el gobierno y el congreso, las competencias de cada uno de ellos, la participación del presidente en el procedimiento legislativo, incluida la clave del veto, las facultades legislativas del presidente; la discrecionalidad de la administración; los canales de información y comunicación entre los poderes políticos; Poder Ejecutivo más personal o más colegiado, y las facultades de los ministros; la

<sup>26</sup> Lijphart, Arend, “Presidentialism and Majoritarian Democracy...”, *cit.*, pp. 91-93, 96-99, 101 y 102. Del mismo autor, *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 14-19, 108, 109 y 126-132. Véase Dahl, Robert A., *Dilemmas of pluralist democracy. Autonomy vs. Control*, New Haven, Yale University Press, 1982, pp. 75, 76, 166, 175-181, 202-205.

- organización del Poder Legislativo, el número de cámaras, el quórum y la fuerza de sus comisiones.
- b) El grado de descentralización política y su efectividad; las repercusiones del federalismo en la conformación del sistema de partidos y en el nivel de las instancias centrales de gobierno; la participación de los representantes de partido —exclusiva o plural— en los órdenes de gobierno; las relaciones de poder de las autoridades electas y de los partidos con los cuerpos profesionales de la sociedad, incluidas las burocracias.
  - c) El sistema de partidos políticos, el grado de pluralismo, el reconocimiento a las reglas de juego, la legitimidad compartida, la alternancia, la competitividad; el patrón de intercambios y de cooperación; el régimen electoral, el principio mayoritario, proporcional o mixto; la franja de inclusión o exclusión de diversas opciones políticas.
  - d) Las reglas no escritas y las culturas y subculturas políticas y partidarias, con mayores o menores grados de heterogeneidad/homogeneidad, con “sus mezclas y superposiciones irregulares, sus conflictos, en un régimen que es a la vez de articulación y de competencia...”.
  - e) Los estilos de liderazgo y de legitimación; el apego a la constitución real y las facultades meta-constitucionales que el sistema político o la cultura política otorga al presidente como puede ser la jefatura de su partido político.
  - f) Los ejercicios plebiscitarios o “populistas”, que implican un gobierno “vertical” o “personalista”, que puede conducir a una presidencia caudillesca que incluso puede presionar o saltar los procedimientos institucionales y pueden conducir al “hiper-presidencialismo”. Lo opuesto es una conducción pluralista del gobierno.

Ahora bien, Jorge Lanzaro advierte que en la actualidad el presidencialismo latinoamericano se renueva con el “presidencialismo de coalición”, cuyo origen se encuentra en esta región

geográfica desde hace tiempo, pero en nuestros días adquiere nuevo vigor y se extiende a países en los cuales era desconocido. El autor alude a coaliciones: electorales, de reforma, legislativas y de gobierno. Estas últimas son las más importantes y presentan aspectos novedosos en la parte latina del continente americano.

El autor concluyó que el presidencialismo en la región transita “a través de sendas sinuosas y diversificadas, con tipos de régimen y modos de gobierno distintos y mutantes, diferentes formatos de democracia y ciertas alternativas de pluralismo...”.<sup>27</sup>

Las ideas de Lanzaro son por demás interesantes; es la razón por la cual las he glosado y sintetizado. No intentó realizar una tipología del presidencialismo latinoamericano, pero se acercó mucho a ello. No obstante, sus seis “claves” pueden desglosarse en decenas de “claves”, como el lector se habrá percatado, y eso que solo expuse los aspectos más relevantes de cada “clave” o subclave. Sin embargo, queda clara la distinción entre presidencialismo de mayoría y presidencialismo pluralista, aunque en cada sistema los matices son disímbolos, y probable es que ningún presidencialismo satisfaga plenamente las decenas de “claves” que expone, pero sí acierta en establecer una gran distinción, la que se beneficiaría si los parámetros se concretaran a seis características esenciales.

El mérito principal de Lanzaro es que rompió el mito académico, repetido sin mayor análisis, que el presidencialismo únicamente puede ser gobierno de mayoría, excluyéndosele tajantemente del gobierno pluralista. Uno de los aspectos sobresalientes del presidencialismo latinoamericano, y cada día más, son las coaliciones de gobierno, las cuales existen generalmente cuando el Ejecutivo no cuenta con mayoría en el congreso y desea hacer realidad su programa de gobierno. Entonces, sin la colaboración del congreso esa finalidad no podrá alcanzarse o será muy difícil y accidentada.

<sup>27</sup> Lanzaro, Jorge, “Tipos de presidencialismo y modos de gobierno en América Latina”, en Lanzaro, Jorge (comp.), *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, Buenos Aires, Agencia Sueca de Desarrollo Internacional-Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2001, pp. 22-28 y 32-34.

Existen países en la región latinoamericana en los cuales se presentan gobiernos divididos, y no son afectos a formar gobiernos de coalición, que, desde luego, no son la panacea, sino que pueden ser instrumento de buen gobierno. Uno de estos ejemplos lo constituye México, mi país, el cual debe mirar, aprender e inspirarse, en este aspecto como en muchos otros, en el derecho constitucional latinoamericano comparado.

No estoy en contra del presidencialismo de mayoría cuando un partido o una coalición de partidos ganan las elecciones y tiene mayoría en el congreso, siempre y cuando aquellas sean libres, periódicas, imparciales, objetivas y equitativas. Tal es la voluntad del electorado. Únicamente hay que respetar los derechos de las minorías políticas y siempre será provechoso escucharlas y, hasta donde sea posible, hacerlas participar en las decisiones. El futuro de los gobiernos en América Latina, probablemente, se encuentre en gobiernos pluralistas, incluyentes, de coalición, aunque un partido obtenga mayoría electoral, en virtud de sus beneficios para la estabilidad y la gobernabilidad del país. Al tiempo.

Las “claves” de Lanzaro constituyen un buen ejercicio de combinación de elementos jurídicos, políticos, sociológicos y culturales, análisis que suelen ser útiles para el conocimiento de la realidad o ser constitucionales.

F. S. Mainwaring y M. Shugart señalaron que el presidencialismo —se están refiriendo a Latinoamérica— presenta variaciones importantes y no constituye un régimen homogéneo; en consecuencia, las diferencias entre dichos presidencialismos son realmente importantes, tanto como las que existen entre el sistema presidencial y el parlamentario.

Los presidencialismos varían principalmente de acuerdo con cuatro factores-clave, a saber: *a*) si se configura como un presidencialismo puro o qué tanto se aleja de este modelo, *b*) las facultades legislativas del presidente, *c*) el sistema de partidos políticos, que afecta la relación entre el congreso y el presidente, y *d*) la existencia o falta de disciplina partidista.

Estos autores afirmaron que existen otros factores importantes que determinan la manera en que el presidencialismo funciona, y entre ellos resaltaron: la calidad del liderazgo, la naturaleza de las divisiones sociales y los conflictos políticos, el desarrollo económico y la cultura política. No obstante, estos tratadistas enfatizaron que los arreglos institucionales auxilian u obstaculizan al régimen democrático en su objeto de gobernar con efectividad.

Mainwaring y Shugart dedujeron “tentativamente” de sus trabajos y de los de los otros autores incluidos en el libro, que: a) los sistemas presidenciales tienden a funcionar mejor cuando el presidente posee facultades legislativas limitadas, en virtud de que entonces el congreso tiene mayor oportunidad para debatir y ponerse de acuerdo en asuntos controvertidos, además en estos casos —de facultades legislativas limitadas—, si el presidente no cuenta con mayoría en el congreso, estará menos inclinado, por carencia de instrumentos, a intentar someter al congreso, con lo cual disminuyen las probabilidades de enfrentamiento o crisis entre esos dos órganos políticos.

Los profesores norteamericanos señalaron un segundo factor en este punto: b) el presidencialismo generalmente funciona mejor si el Ejecutivo cuenta con el apoyo de un bloque importante de legisladores.<sup>28</sup>

Mainwaring y Shugart construyeron una especie de tipología en la cual entremezclaron elementos jurídicos y políticos; no obstante, el peso mayor recae en estos últimos, por lo cual nos encontramos ante una clasificación de naturaleza política. Esta afirmación no contiene ningún matiz despectivo. Por el contrario, siempre he sostenido que el derecho constitucional, para su cabal comprensión y entendimiento, no puede ignorar aspectos que por su naturaleza son analizados por otras ciencias sociales.<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Mainwaring, Scott y Shugart, Matthew Soberg, “Introduction y Conclusion: Presidentialism and the Party System”, en Mainwaring, S. y Shugart, M. S. (eds.), *Presidentialism and democracy in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 1997, pp. 1, 435 y 436.

<sup>29</sup> Carpizo, Jorge, *El presidencialismo...*, cit., pp. 10 y 11.



G. Este tema de la tipología del presidencialismo latinoamericano también ha preocupado a otros distinguidos estudiosos entre los que podemos citar a: R. A. Gómez, Francisco Cumplido, Antonio Colomer Viadel, Dieter Nohlen y al exdirector del Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, el tratadista Diego Valadés.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> R. A. Gómez, distinguió a los ejecutivos latinoamericanos en: *a)* el presidente constitucional, *b)* el caudillo demagógico, *c)* el guardián militar, y *d)* el caudillo paternalista, en *Government and politics in Latin America*, Nueva York, Random House, 1965, pp. 90-98. Francisco Cumplido se refirió a: *a)* el gobierno presidencial de Ejecutivo vigorizado, *b)* el gobierno presidencial parlamentario, *c)* el gobierno presidencial controlado, *d)* el gobierno semipresidencial, y *e)* sin olvidarse del gobierno presidencial autoritario, en *El sistema democrático en América Latina*, Santiago de Chile, Editorial ICHEH, 1984, pp. 10-25. Antonio Colomer Viadel propuso una clasificación basada, según su afirmación, “en la relación interna entre competencias constitucionales y comportamientos institucionales, y de otra, en la relación externa de esta presidencia con los otros poderes y el conjunto social”, y se refirió a: *a)* presidencialismo hegemónico de excepción, *b)* presidencialismo hegemónico constitucional democrático, *c)* presidencialismo autónomo, de equilibrio de poderes, y *d)* presidencialismo con sujeción parlamentaria, en “El presidencialismo iberoamericano y el Estado. Notas para el análisis de una crisis”, en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1992, pp. 141-144. Dieter Nohlen distinguió, desde el aspecto constitucional, entre presidencialismo reforzado, presidencialismo puro, presidencialismo atenuado y presidencialismo parlamentarizado, en “Presidencialismo *versus* parlamentarismo...”, *cit.*, pp. 23 y 24. Dieter Nohlen, en obra diversa, afirmó que: “En el ámbito del presidencialismo, en América Latina, hay tantas variantes como casos; en forma tipológica pueden distinguirse por lo menos cinco: el presidencialismo autoritario, el reforzado, el puro, el atenuado y el parlamentarizado. Más allá de sus propias características, influyen decididamente en su funcionamiento: primero, la relación entre Estado y sociedad (por ejemplo la fuerza del factor clientelismo y corporatismo) y la fortaleza del sistema representativo; segundo, el sistema de partidos políticos, su estructura y dinámica; tercero, los modos de comportamiento e interacción de los actores políticos. Respecto a estas y otras variables, los presidencialismos en América Latina difieren tanto que parece muy cuestionable debatir los problemas de gobierno bajo un único concepto de presidencialismo. Vale añadir que incluso dentro de una variante del sistema presidencial, es importante tomar en cuenta el factor tiempo, dado que el modo de funcionamiento del sistema puede variar acorde con el cambio de los tres parámetros mencionados...”, en *El*

#### IV. UTILIDAD Y DIFICULTAD DE LAS CLASIFICACIONES Y TIPOLOGÍAS

Antes de proponer una tipología del presidencialismo latinoamericano, abordo las razones de por qué me ocupo del tema, de su utilidad para el conocimiento de las instituciones, y de las dificultades que implica cualquier tipología o clasificación en las ciencias sociales y, en este específico caso, en el derecho constitucional comparado.

No obstante, mi experiencia me indica que los beneficios son más importantes que las imprecisiones en que se pueda incurrir.<sup>31</sup>

Clasificar implica reunir, de acuerdo con las semejanzas y las diferencias, a familias, sistemas, órdenes jurídicos e instituciones que son aparentemente similares.<sup>32</sup> Es decir, supone un ejercicio de agrupamiento de los objetos de análisis con la finalidad de integrar categorías sistemáticas, en las cuales se incluyan los casos que presentan elementos afines y que permiten formar dichas categorías. Exhaustividad y exclusividad —en palabras de Giuseppe de Vergottini— son los rasgos propios de una clasificación.<sup>33</sup>

Las clasificaciones tienen valor pedagógico, nos permiten comprender con mayor facilidad las semejanzas y las diferencias de

*contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*, México, UNAM-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, pp. 17 y 55. Diego Valadés identifica tres modelos de sistema presidencial en América Latina de acuerdo con la vigencia y la eficacia de los instrumentos de control. En esta forma se refiere al sistema presidencial tradicional, al transicional y al democrático. El tradicional se relaciona con el ejercicio autoritario del poder. En el transicional existen controles jurisdiccionales eficaces, pero los de carácter político no presentan pleno desarrollo. En el democrático operan eficazmente tanto los controles jurisdiccionales como los políticos, en *El gobierno de gabinete*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 29-31.

<sup>31</sup> En otras ocasiones me he ocupado de proponer clasificaciones y tipologías con finalidades didácticas. Véase Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 1999, pp. 62-77, 267-269, 310-317 y 428-433.

<sup>32</sup> Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Introducción al derecho público comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 86.

<sup>33</sup> Vergottini, Giuseppe de, *op. cit.*, p. 41.

familias, ordenamientos e instituciones que parecen iguales o similares y, concomitantemente, ayudan a precisar el derecho, código o institución nacionales. Por contraste, aflora con mayor precisión lo nuestro, con sus fortalezas y debilidades, lo cual puede constituir buen instrumento para el mejoramiento de lo clasificado.<sup>34</sup>

Las clasificaciones en el derecho constitucional comparado —o en el derecho público comparado— presentan diversas dificultades, tal y como ha expuesto Lucio Pegoraro, a saber: su rigor científico no es el que corresponde a las ciencias de la naturaleza; se utilizan términos con significados parecidos, pero no iguales; el objeto a clasificar es extraordinariamente mutable, con lo cual un tipo o clase, en un tiempo breve, puede pasar a otro diferente; la clasificación no es el objeto de la investigación, sino únicamente un instrumento para la realización de la misma; la selección del material y su agrupamiento, así como la búsqueda de los términos precisos para los géneros identificados, porque ambas actividades se encuentran condicionadas por la exigencia de la verificación empírica, y por la existencia de los usos lingüísticos.<sup>35</sup> Además, no es lo mismo una clasificación de derecho público que una de derecho civil y, dentro del derecho público, tampoco lo es si se refiere a derecho laboral o penal que a derecho constitucional, el cual se encuentra bastante determinado por la terminología relacionada con los fenómenos del poder.

Las clasificaciones realizadas en derecho constitucional presentan imprecisiones. No obstante, hay que ser lo más preciso posible para circunscribir el concepto con el término adecuado, buscando que se preste a las menores interpretaciones; con esa finalidad, la definición que se propone del término, género, tipo

<sup>34</sup> David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 2002, pp. 4 y 16. Afonso da Silva, José, “Direito constitucional comparado e processo de reforma do Estado”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 269. Vergotini, Giuseppe de, *op. cit.*, p. 52.

<sup>35</sup> Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *op. cit.*, pp. 87-92.

o clase, debe ser lo menos ambigua posible; habrá de perseguirse que las diferencias entre conceptos y tipos sean fácilmente ostensibles; habrá que buscar el justo equilibrio entre la simplicidad y la complejidad, debido a que ambos extremos pueden inutilizar la utilidad de la clasificación y, además, el concepto clasificado deberá tener o haber tenido alguna estabilidad temporal.<sup>36</sup> Desde luego, los conceptos y tipos deben ser susceptibles de comparación para poderlos clasificar.<sup>37</sup> La materia de la clasificación —el género— son los tipos —la especie— que se agrupan y se distinguen. La tipología es la clasificación que se ha afinado y completado.

Con base en lo anterior, voy a proponer una tipología de los sistemas presidenciales latinoamericanos. Sin duda alguna, mi tipología tiene aspectos que agradecer a las que he expuesto en este ensayo.

Las tipologías examinadas, y la mía, se encuentran dentro del campo de la microcomparación, en virtud de que se refieren a una institución concreta: el sistema presidencial en América Latina, en contraste con la macrocomparación, que es la relativa a los sistemas u ordenamientos jurídicos en su globalidad, haciendo énfasis en sus aspectos distintivos y fundamentales.

En el derecho constitucional, para la realización de una clasificación se presenta un grave problema: si nos concretamos a conocer únicamente lo que la norma dispone e ignoramos el ser y la aplicación de aquella, podemos estar caminando en el vacío y, en consecuencia, no aproximarnos al conocimiento y realidad de la institución. Por otra parte, si nos alejamos del campo de la norma, caemos en el de la politología que, con todo su valor, se aleja del derecho constitucional, de la seguridad que otorga la forma, y estamos en mayor riesgo de equivocarnos.

A su vez, existe un tercer método, contrastar la norma con la realidad de su aplicación, el cual Karl Loewenstein empleó con gran provecho en su conocida clasificación ontológica de

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 93-98 y 100.

<sup>37</sup> Afonso da Silva, José, *op. cit.*, p. 272.

las Constituciones.<sup>38</sup> No obstante, una investigación de derecho constitucional debe privilegiar los elementos jurídicos: la norma, la jurisprudencia, la doctrina, sin descuidar aspectos políticos, sociales, económicos y culturales.<sup>39</sup>

Todavía existen juristas que son alérgicos a esta última clase de comparación o clasificación, en virtud de que se encuentran dentro de la pretendida pureza de la ciencia jurídica, la cual tanto defendió el gran jurista Hans Kelsen.<sup>40</sup> Sin embargo, no puede olvidarse que el derecho constitucional es el cauce normativo por el cual se desarrolla el fenómeno del poder, y el estudio exclusivo de la norma, reitero, puede conducir a conclusiones erróneas.

En consecuencia, los análisis y estudios de las relaciones del deber-ser con el ser, son parte esencial del derecho constitucional para su cabal comprensión.

## V. TIPOLOGÍA DEL PRESIDENCIALISMO LATINOAMERICANO. UNA PROPUESTA

A. Lo primero que hay que asentar respecto a una tipología del presidencialismo latinoamericano es que este únicamente puede ubicarse dentro del gobierno democrático. Es decir, las autocracias no configuran un sistema presidencial, sino algo diferente, como son las dictaduras, los gobiernos totalitarios, los gobiernos militares, los gobiernos de facto, las tiranías, las teocracias o similares. Si estos gobiernos se autodenominan sistema presidencial o parlamentario, es únicamente una falacia, una máscara, un disfraz para ocultar la realidad.

<sup>38</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la... cit.*, pp. 422-424.

<sup>39</sup> Silvero Salgueiro, Jorge, "El método funcional en la comparación constitucional", en Serna de la Garza, José María (coord.), *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 411. David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *Les grands systèmes...*, cit., p. 15.

<sup>40</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960, pp. 20, 40, 41, 60 y 97-99.

He definido a la democracia como el método y la técnica que permite a los ciudadanos elegir a los dirigentes, quienes se encuentran controlados y responsabilizados en los marcos que señala el orden jurídico del país, con la finalidad de garantizar el goce de los derechos humanos.<sup>41</sup> Prefiero otra definición mía, que es más extensa. Para el propósito de estos párrafos, la asentada, es suficiente.

En forma ejemplificativa, se puede decir que en la democracia las elecciones son libres, existen pesos y contrapesos entre los órganos del poder, las autoridades están limitadas, controladas y son responsables de sus actos, y existe respeto a los derechos humanos; por el contrario, en la autocracia no existen elecciones o si las hay son una farsa, el poder está concentrado sin contrapeso alguno y el detentador de ese poder es irresponsable de sus actos; se desprecian los derechos humanos, los cuales son consuetudinariamente violados y, a veces, incluso como política de Estado.

Entonces, insisto, los sistemas presidenciales únicamente se encuentran dentro de gobiernos democráticos, en los cuales el poder está controlado y asegurada la vigencia de los derechos humanos.

En mi tipología descarto por completo los gobiernos autocráticos, los cuales por desgracia han proliferado en nuestra región, en virtud de que no son objeto de mi estudio. Desde luego, analizarlos es importante, pero no en este ensayo.

Así, concluyo, los sistemas presidenciales solo existen en el contexto de gobiernos democráticos.

*B.* La tipología del presidencialismo latinoamericano debe contemplarse desde tres ángulos o perspectivas:

- a) la de la norma constitucional, el deber-ser constitucional o la jurídico-constitucional.
- b) la de la realidad constitucional, el ser constitucional o la político-constitucional, y

<sup>41</sup> Carpizo, Jorge, "Concepto de democracia y...", *cit.*, p. 33.

- c) la de la interacción de la norma con la realidad constitucional, la del deber-ser con el ser o, la de la norma con la realidad política.

En las tres perspectivas utilizaré el primer término expuesto.

C. Desde la perspectiva de la norma constitucional distingo cinco tipos:

- a) presidencialismo puro,
- b) presidencialismo predominante,
- c) presidencialismo atemperado,
- d) presidencialismo con matices parlamentarios, y
- e) presidencialismo parlamentarizado.

Desde la perspectiva de la realidad constitucional distingo tres tipos:

- a) presidencialismo hegemónico,
- b) presidencialismo equilibrado, y
- c) presidencialismo débil.

Además, debe tenerse en cuenta una tercera perspectiva que ayuda a comprender el universo del presidencialismo latinoamericano en casi dos siglos, a partir de su implantación en la región.

Desde la perspectiva de la interacción de la norma con la realidad constitucional, se pueden distinguir diversos tipos, que se forman con los señalados en las otras dos perspectivas:

Tanto el presidencialismo puro como el predominante, el atemperado y el que posee matices parlamentarios pueden configurar alguno de los tres tipos que se presentan en la realidad: presidencialismo hegemónico, equilibrado o débil.

Ahora bien, el presidencialismo parlamentarizado puede ser hegemónico o débil. Por su propia naturaleza excluye el tipo equilibrado, como expondré.

En las páginas siguientes realizo comentarios sobre estos tipos y los elementos que los caracterizan.

## VI. LA PERSPECTIVA DESDE LA NORMA CONSTITUCIONAL

Examino los cinco tipos propuestos desde esta perspectiva, los caracterizo y expongo algunos ejemplos para su mayor comprensión.

Los ejemplos son útiles; sin embargo, también muestran que no es posible hacer una separación como si se tratara de un pan o de una fruta. A veces, entre un tipo y el otro, existen zonas comunes o grises que hacen difícil su colocación en un tipo determinado, lo cual se presta a discusión. Además, podría pensarse que alguna de sus características casi lo podría colocar en un tipo diverso. La tipología propuesta sería aséptica sin los ejemplos y menos vulnerable a las críticas. A pesar de ello, opté por los ejemplos en este inciso, porque persigo que la tipología tenga efectos didácticos y auxilie a comprender el complicado panorama del presidencialismo latinoamericano frente a la concepción que propugna su unidad y que señala que puede ser examinado en bloque, casi olvidando o ignorando su diversidad.

A. El *presidencialismo puro* no es sinónimo de hegemónico. Se le llama puro porque se aproxima al modelo norteamericano en gran parte: el Poder Ejecutivo es unitario; la designación del presidente la realiza el pueblo, en elección directa o indirectamente y por un periodo determinado; existen equilibrios, pesos y contrapesos entre los órganos del poder; el presidente designa y remueve libremente a los ministros, quienes son responsables ante el presidente; este posee facultad de veto respecto a los proyectos de leyes; ni el presidente ni los ministros son políticamente responsables ante el congreso, aunque pueden ser sujetos de un juicio de responsabilidad política, que es un mecanismo diverso al de la responsabilidad política en un sistema parlamentario, aunque posean algún elemento en común.

También se le denomina puro a este tipo debido a que no posee matices parlamentarios ni contiene elementos que alteren, en lo fundamental, el sistema de controles mutuos del presidencialismo.



Ahora bien, lo anterior no quiere decir que las Constituciones latinoamericanas hayan seguido y sigan al pie de la letra el modelo norteamericano. Desde las primeras Constituciones, primordialmente por la influencia de la Constitución española de Cádiz, el presidencialismo latinoamericano presentó algunas características propias, como, entre otras, el refrendo ministerial de los actos del presidente, la iniciativa de ley por parte del Poder Ejecutivo y la designación de los ministros sin intervención del Senado.<sup>42</sup>

En buena parte del siglo XIX un gran número de Constituciones diseñó el tipo puro, el cual, poco a poco, fue transformándose. Hoy en día, los países que lo consagran son los menos, entre los cuales se pueden mencionar a Brasil, con una característica propia, y a México.

Costa Rica se encuentra en una situación limítrofe. El distinguido constitucionalista Rubén Hernández Valle considera que Costa Rica posee un carácter híbrido entre el presidencialismo y el parlamentarismo, siendo predominante el primero; enuncia las características que, de acuerdo con su criterio, son de carácter parlamentario en la Constitución de ese país,<sup>43</sup> varias de las cuales son las que he señalado como elementos propios del presidencialismo latinoamericano desde su instauración. En todo caso, se le podría calificar de sistema con matices parlamentarios, aunque considero que se encuentra más cerca del tipo puro. La obligación de los ministros de informar al congreso y la facultad de este a citarlos a comparecer a sus sesiones en forma obligatoria y a in-

<sup>42</sup> Véase Cox, Gary y Morgenstern, Scott, "Reactive Assemblies and Proactive Presidents: a Typology of Latin American Presidents and Legislatures", en Valadés, Diego y Serna, José María (coords.), *El gobierno en América Latina...*, cit., pp. 156-159 y 162-165.

<sup>43</sup> Hernández Valle, Rubén, "El sistema constitucional costarricense", en García Belaunde, D., Fernández Segado, F. y Hernández Valle, R. (coords.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 217-219. Moulin, Richard, *Le présidentielisme et la classification des régimes politiques*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1978, p. 268. Respecto a México, véase Carpizo, Jorge, *El presidencialismo...*, cit., pp. 29-40.

terpelarlos, no altera, en mi opinión, el quid del tipo puro. Si no, ni México podría ser clasificado actualmente dentro de este tipo.

Ahora bien, la Constitución de Costa Rica contiene un precepto ambiguo que se puede prestar, a primera vista, a confusiones; es el 121, fracción 24, de acuerdo al cual la Asamblea Legislativa puede: "...por dos tercios de votos presentes, censurar a los mismos funcionarios (ministros) cuando a juicio de la Asamblea fueren culpables de actos inconstitucionales o ilegales, o de errores graves que hayan causado o puedan causar perjuicio evidente a los intereses públicos...".

Nótese que para dicha "censura" se exige una votación calificada, lo que protege a los ministros; que las causas son más de carácter penal que político; que la asamblea goza de un amplio margen de discrecionalidad "a su juicio", y no se especifica nada más, tampoco un procedimiento; pero, lo más importante, es que la censura no implica la renuncia del ministro, *lo que el presidente de la República decide libremente*. Son estos aspectos los que me inclinan a contemplar a la Constitución de Costa Rica más cerca del tipo de presidencialismo puro que del de matices parlamentarios.

Las Constituciones de Bolivia de 1878 y 1967 también dejaban los efectos de la censura al criterio del presidente de la República, aunque este puede verse presionado por la opinión pública y por la necesidad de preservar buenas relaciones con el congreso.

En otras palabras, la decisión última de la responsabilidad del ministro queda en manos del titular del Poder Ejecutivo. No niego que a pesar de lo anterior, esa "censura" puede tener importantes efectos políticos.

En mi criterio, esa característica no configura a las tres Constituciones citadas como presidencialistas con matices parlamentarios, en virtud de que no existe realmente responsabilidad ministerial o, en todo caso, esta queda al libre criterio del presidente.

*B. El presidencialismo predominante* se caracteriza porque la Constitución le atribuye al presidente un gran cúmulo de facultades, incluso una fuerte influencia en los procesos económicos; el supuesto equilibrio entre los poderes políticos sufre un desequi-

librio a favor del órgano ejecutivo o los controles respecto a este son débiles, en parte porque los órganos de control gozan de escasa autonomía o casi de ninguna. Es claro que la Constitución diseñó al presidente como el pivote del sistema constitucional y alrededor del cual giran, en buena parte, los otros órganos del Estado. Sin embargo, existen mecanismos bastante eficaces para la protección de los derechos humanos de las personas, lo que lo aleja de cualquier autocracia.

La principal diferencia con el presidencialismo puro es que en este el diseño constitucional es de equilibrio de poderes y se persigue que así opere en la realidad, para lo cual se establece un buen sistema de pesos y contrapesos entre los órganos del poder. En cambio, en el presidencialismo predominante, el diseño constitucional hace del presidente de la República el eje y la columna del sistema político y, en consecuencia, existe un desequilibrio en el sistema de controles en su beneficio.

Dentro del marco anterior, generalmente el presidente posee amplias facultades legislativas, de la índole más diversa, que contribuyen a fortalecerlo en detrimento del congreso.

Un ejemplo de este tipo es la Constitución de la República Dominicana de 1966, reformada parcialmente en 1994, en virtud de que los pesos y contrapesos se desequilibran a favor del presidente, debido a una serie de preceptos, entre los que se pueden mencionar: *a*) en el juicio de responsabilidad política, la Cámara de Diputados no puede formular acusación, sino con el voto de las tres cuartas partes de la totalidad de los miembros de la Cámara, y el Senado no puede destituir al funcionario, si no es con idéntico quórum de votación; dichos quórum hacen casi inoperante el mencionado juicio, *b*) el congreso autoriza o no al presidente para salir al extranjero solo cuando sea por más de quince días; realmente el término nulifica el contrapeso, *c*) el congreso solo puede interpelar a los altos funcionarios —no al presidente— cuando así lo decidan las dos terceras partes de los legisladores presentes en la respectiva cámara. De nueva cuenta es un quórum exagerado para una simple interpelación sin

consecuencia jurídica alguna, *d*) el veto del presidente se supera con votación de las dos terceras partes del número total de los miembros de cada cámara, cuando el quórum normal es de las dos terceras partes de los legisladores presentes, *e*) el presidente puede suspender el ejercicio de derechos, si el congreso no está reunido y se altera la paz pública, cuando lo conducente sería que convocase al congreso para decidir de dicha suspensión, *f*) queda en manos del presidente, incluyendo la facultad de legislar, todo lo relativo a zonas aéreas, marítimas, fluviales, militares, habilitación de puertos y costas marítimas, *g*) las modificaciones al régimen legal de la moneda o de la banca, necesitan la aprobación de los dos tercios de la totalidad de los legisladores, a menos que sea iniciativa del presidente, a propuesta o con el voto favorable de la junta monetaria, *h*) un control casi absoluto de todo lo relacionado con la Ley de Gastos Públicos por parte del presidente, en virtud de que para modificaciones a la misma, si no es a iniciativa del propio Ejecutivo, para su aprobación se requieren las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara. En cambio, para dichas modificaciones, si el presidente está de acuerdo, el quórum de votación es de mayoría simple, y si el congreso no está reunido, prácticamente el presidente tiene manos libres respecto a los egresos.

En consecuencia, reitero, el equilibrio que debe existir entre los poderes Ejecutivo y Legislativo se fractura en beneficio del primero, creándole un predominio que proviene de la propia Constitución.

*C.* En el *presidencialismo atemperado* la Constitución diseña al Poder Legislativo como el pivote del sistema constitucional, al cual le otorga las más importantes atribuciones; generalmente el presidente no goza de la facultad de veto<sup>44</sup> y sus competencias legislativas se encuentran restringidas, y las del congreso aumentadas.

<sup>44</sup> Aunque la Constitución señale que el presidente sí tiene la facultad de veto, si este puede ser superado por simple mayoría de los legisladores presentes, entonces realmente esa facultad no puede ser considerada como veto ni como una función de control del órgano Ejecutivo respecto al Legislativo.

Un ejemplo clásico lo tenemos en México con la Constitución de 1857, y en buena parte, hasta las reformas de 1874: existía una sola cámara legislativa a pesar de establecerse un sistema federal, y el presidente solo podía hacer observaciones a los proyectos del congreso, las que se superaban por este con una votación de mayoría simple de los legisladores presentes. Es decir, no tenía el presidente facultad de veto.<sup>45</sup> Esta carencia alteraba los pesos y contrapesos en el sistema presidencial, en virtud de que la facultad de veto es uno de los mecanismos más importantes, si no es que el número uno, que posee el presidente de la República en las relaciones y controles mutuos respecto al congreso.

Otros ejemplos de ese tipo los constituyen la Constitución Federal de Centro América de 1824,<sup>46</sup> la del Uruguay de 1830,<sup>47</sup> y la de Chile de 1925, antes de la reforma de los años setenta.<sup>48</sup>

*D. Presidencialismo con matices parlamentarios.* Para la comprensión de este tipo y el siguiente —presidencialismo parlamentarizado—, indispensable es dilucidar cuáles son realmente las diferencias entre el sistema presidencial y el parlamentario. En otros estudios, como ya asenté, me he abocado a ello,<sup>49</sup> e incluso las he sintetizado a tres aspectos. Para el objeto de esta tipología resalto una de ellas: la responsabilidad política: el parlamento puede censurar o negarle un voto de confianza al gabinete o a un mi-

<sup>45</sup> Cueva, Mario de la, “La Constitución de 5 de febrero de 1857”, en *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957, t. II, pp. 1321-1327. Sierra, Justo, *Evolución política del pueblo mexicano*, México, UNAM, 1957, pp. 281 y 284-286. Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, México, Porrúa, 1956, pp. 143, 144 y 147-149. Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, México, Hermes, 1957, pp. 151-160.

<sup>46</sup> García Laguardia, Jorge Mario, “El sistema constitucional guatemalteco”, en García Belaunde, D., Fernández Segado, F. y Hernández Valle, R. (coords.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, cit., p. 535.

<sup>47</sup> Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

<sup>48</sup> Lujambio, Alonso, “Presidentes y congresos. Estados Unidos, la experiencia latinoamericana y el futuro mexicano”, *Foro Internacional*, México, El Colegio de México, núm. 133, 1993, p. 539.

<sup>49</sup> Véase la nota 1.

nistro; entonces están obligados a renunciar. A su vez, el jefe de gobierno puede solicitar al jefe del Estado la disolución del parlamento y la convocatoria a nuevas elecciones, la que normalmente le será concedida.

Lo anterior implica el quid de los controles en el sistema parlamentario, no así en el presidencial, el cual posee sus propios mecanismos de control.<sup>50</sup>

Entonces, el sistema presidencial con matices parlamentarios es aquel en el cual los controles del poder son aquellos propios del sistema presidencial, pero admite algunos aspectos que se inspiran en el parlamentario, sin alterar realmente el sistema de controles, tales como la existencia de un consejo de ministros con facultades amplias, cuyos integrantes son removidos libremente por el presidente, donde el congreso puede censurar a un ministro pero, para que la censura proceda, indispensable es que la votación sea por mayoría calificada o muy calificada, o aquellos casos en que la dimisión del ministro censurado es facultad discrecional del presidente.

Los anteriores matices se pueden combinar también con que el presidente no posea la facultad de veto o este se supera con la simple mayoría de los legisladores presentes, lo cual no constituye realmente un veto. Este último elemento, por sí solo, no determina este tipo.

Los aspectos que enuncié, y en los cuales el presidencialismo latinoamericano se apartó del modelo norteamericano desde un principio, no constituyen matices parlamentarios, sino modalidades dentro de la familia presidencial, y que respondieron a hechos precisos como el mencionado refrendo ministerial, inspirado en la Constitución de Cádiz, que estuvo vigente en América Latina, que fue conocida en la región, y esta fue representada en las Cortes de Cádiz por 63 diputados constituyentes.

Lo que se persigue con esos matices parlamentarios fue y es añadir controles al Poder Ejecutivo para alcanzar un adecuado

<sup>50</sup> Véase el interesante criterio de Moulin, Richard, *op. cit.*, pp. 234, 235 y 320.

sistema de pesos y contrapesos, pero conservando en esencia el régimen presidencial; en otras palabras, al analizar la Constitución resaltan las características que definen y circunscriben al sistema presidencial, aunque se encuentran elementos adicionales que no lo desvirtúan.

Esta corriente tiene antecedentes antiguos en la región. Un buen ejemplo es la Constitución de Perú de 1860, que contuvo elementos que no son matices parlamentarios y otros que sí lo son. Entre los primeros, que se alejan del modelo norteamericano, pero no son matices parlamentarios, se pueden mencionar los siguientes: los ministros ofrecían anualmente al congreso una memoria de su dependencia y, en cualquier tiempo, debían entregar los informes que se le solicitaran (artículo 100); los ministros podían presentar proyectos de ley y concurrir a los debates del Congreso, retirándose antes de la votación (artículo 103); aquellos podían ser interpelados por el Congreso (artículo 103).

Al mismo tiempo, dicha Constitución sí contuvo algunos matices parlamentarios, aunque no muy claros —inspirados en el modelo inglés, tal y como aconteció con varias Constituciones en Sudamérica—: el congreso examinaba los actos del presidente al concluir el periodo constitucional, si no los aprobaba, por lesionar la Constitución o la ley, fincaba la correspondiente responsabilidad (artículo 59, 24), la creación del Consejo de Ministros (artículo 100); la responsabilidad solidaria, colegiada y la individual de los ministros por los actos de su ministerio (artículo 104); la Cámara de Diputados podía entablar acusación contra uno o varios ministros en determinados casos (artículo 107).<sup>51</sup>

La Constitución de Uruguay de 1918 estableció que cualquier legislador podía solicitar a los ministros datos e informes (artículo 49); convocar a los ministros a las cámaras, por resolución de la tercera parte de sus miembros con fines legislativos, de inspección o de fiscalización (artículo 50), y ya no por mayoría de votos como en la anterior Constitución de 1830; el congreso podía nombrar

<sup>51</sup> Ugarte del Pino, Juan Vicente, *Historia de las Constituciones del Perú*, Lima, Editorial Andina, 1978, pp. 434 y 435.

comisiones parlamentarias de investigación (artículo 51); la Comisión Permanente podía hacer las “advertencias convenientes” al presidente, y si no surtían efecto a la segunda vez, decidía si convocaba a la asamblea general (artículos 54 y 55); el veto del presidente se superaba por simple mayoría si existía divergencia entre el presidente y el Consejo Nacional de Administración, y por los tres quintos de dicha asamblea si no ocurría dicha discrepancia (artículo 62).

El artículo 70 dispuso que el Poder Ejecutivo se delegaba al presidente y al Consejo Nacional de Administración, compuesto de nueve miembros y electos directamente por el pueblo (artículo 82).

Lo sobresaliente de esta Constitución estribó en que, aunque no lo señaló expresamente, de los artículos citados se dedujo, y se creó la costumbre constitucional de la posibilidad de renunciaciones ministeriales “como consecuencia de votos de censura unicamerales o de declaraciones de falta de confianza”.<sup>52</sup>

La Constitución de Argentina, reformada profundamente en 1994, creó la figura de jefe de gabinete, quien es nombrado y removido por el presidente de la República, pero quien es políticamente responsable ante el congreso (artículo 100), el que lo puede remover de su cargo por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara (artículo 101), sin necesidad de expresar causa. No obstante, los otros ministros no son responsables ante el congreso. En la realidad, el jefe de gabinete es un representante del presidente de la República y un “fusible”, si surgen enfrentamientos graves entre los poderes políticos.<sup>53</sup>

E. El presidencialismo parlamentarizado se caracteriza porque el presidente es nombrado directamente por el pueblo. La única excepción actual se encuentra en Bolivia: cuando ninguno de los candidatos alcanza la mayoría absoluta de sufragios, es elegido por el Congreso entre uno de los dos candidatos que haya logrado la mayor votación; el presidente tiene un periodo fijo y

<sup>52</sup> Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 98.

<sup>53</sup> Véase Planas, Pedro, *Regímenes políticos contemporáneos*, Lima, Fundación Friedrich Ebert, 1997, pp. 364 y 370.



nombra con libertad a los ministros, pero se introducen controles propios del sistema parlamentario que pueden llegar a alterar el sistema presidencial, tales como: el gabinete y los ministros individualmente son responsables tanto ante el presidente como ante el congreso; este último puede censurar a los ministros, incluso excepcionalmente al propio presidente, quienes entonces deben apartarse del cargo, con diversas modalidades; aun en contadas leyes fundamentales, el presidente puede disolver al congreso y convocar a elecciones, dándose incluso el caso de que, a pesar de la disolución del congreso, el periodo fijo del presidente se respeta. En esta última situación, hay que examinar si no estamos ante el tipo de presidencialismo predominante, en virtud de que el control parlamentario sufre un fuerte desequilibrio a favor del presidente.

No existe duda alguna que, en este tipo de presidencialismo, la práctica y el desarrollo de los preceptos puede conducir al sistema parlamentario, lo cual hasta ahora, como regla general, no ha acontecido, debido a que el presidente continua siendo el pivote del sistema político; los aspectos parlamentarios no han funcionado o lo han hecho ocasionalmente, y en estos últimos casos no han modificado ni transformado el sistema de gobierno, pero dichos mecanismos se encuentran en la Constitución y pueden ser empleados, y conducir a un pleno o casi parlamentarismo.<sup>54</sup> Si las condiciones políticas no son las adecuadas para el sistema parlamentario, se corre el peligro de caer en asambleísmo, cuyo resultado es, con frecuencia, la ingobernabilidad. En los casos excepcionales en que el presidencialismo se aproximó a algo muy cercano al sistema parlamentario, las experiencias dejaron, hasta ahora, recuerdos negativos en la sociedad.

<sup>54</sup> Mayorga, René Antonio, "Presidencialismo parlamentarizado y gobiernos de coalición en Bolivia", en Lanzaro, Jorge (comp.), *Tipos de presidencialismo y coaliciones...*, cit., p. 112. Sobre la necesidad de un órgano legislativo fuerte, tanto en el sistema presidencial como en el parlamentario, véase Aragón Reyes, Manuel, "Gobierno y forma de gobierno: problemas actuales", en Aragón Reyes, Manuel y Gómez Montoro, Ángel J. (coords.), *El gobierno. Problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 54-57.

Ahora bien, me interesa que resulte diáfana la diferencia esencial entre presidencialismo con matices parlamentarios y presidencialismo parlamentarizado. En el primer tipo, el presidencialismo acepta aspectos parlamentarios pero el sistema continúa siendo primordialmente presidencial, en virtud de que los controles entre los poderes políticos son los propios de este sistema. En cambio, en el presidencialismo parlamentarizado existe un régimen híbrido que acepta los controles de ambos tipos y los hace suyos, en combinaciones varias.

En razón de la claridad, resalto un aspecto: cuatro párrafos arriba me referí al jefe de gabinete argentino, y lo consideré como matiz parlamentario, no como elemento del presidencialismo parlamentarizado, debido a que es responsable tanto ante el presidente, que lo puede despedir libremente, como ante el congreso. Si solo fuera responsable ante este último órgano, no dudaría en considerar a ese jefe de gabinete como parte del presidencialismo parlamentarizado, ya que sería algo parecido a un jefe de gobierno.

A continuación destaco cinco casos de presidencialismo parlamentarizado:

- 1) En la Constitución de Perú de 1856 encontramos un Consejo de Ministros (artículo 93) y la responsabilidad de estos por las resoluciones que hubiesen aprobado en dicho consejo (artículo 97). La Ley de Ministros, de ese mismo año, instauró la figura de presidente del consejo junto con la censura ministerial, figura esta que sí aconteció en la realidad durante el periodo de 1860 a 1919.<sup>55</sup>

<sup>55</sup> Planas, Pedro, cita a Manuel Vicente Villarán y su obra "Posición constitucional de los ministros en el Perú", *cit.*, p. 42. Del mismo autor, *Rescate de la Constitución*, Lima, Abril Editores, 1992, pp. 515-521 y 561-572. García Belaunde, Domingo, con la colaboración de Walter Gutiérrez Camacho, *Las Constituciones del Perú*, Lima, edición oficial del Ministerio de Justicia, 1993, pp. 523, 524 y 527. Ugarte del Pino, Juan Vicente, *op. cit.*, p. 514, respecto a la Constitución del Perú de 1920.

- 2) La Constitución de Uruguay de 1934, en su sección VIII, a partir del artículo 137, estableció un peculiar sistema de censura; en síntesis: esta podía ser individual o colectiva, aprobada por la mayoría absoluta de los integrantes de la asamblea, y los ministros debían renunciar. Sin embargo, si la censura se realizaba por menos de los dos tercios del total de los componentes de la asamblea, el presidente podía objetar dicho voto de censura. Si aquella mantenía la censura con un voto inferior al mencionado, el presidente podía disolver la asamblea y convocar a elecciones.

La nueva asamblea, por mayoría absoluta de los legisladores, podía mantener o revocar la censura. Si la mantenía, el presidente y el Consejo de Ministros tenían que renunciar.

El presidente estaba incapacitado para disolver la asamblea en los últimos seis meses de su mandato.<sup>56</sup>

- 3) La Constitución de Guatemala de 1985 establece el Consejo de Ministros para conocer los asuntos que le someta el presidente de la República, quien lo convoca (artículo 195). Si el congreso emite un voto de falta de confianza a un ministro, por no menos de la mayoría absoluta del total de los diputados, el ministro debe renunciar de inmediato. Empero, satisfaciéndose algunos requisitos, el ministro puede recurrir la falta de confianza y después de escucharlo, el congreso volverá a votar, y para ratificar dicha falta de confianza, se necesita la votación aprobatoria de las dos terceras partes del total de los diputados que integran el congreso. Si se ratifica el voto de falta de confianza, el ministro se tiene que separar del cargo de inmediato. En cada caso, el voto de falta de confianza no puede exceder de cuatro ministros (artículo 167).

<sup>56</sup> Véanse Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, p. 115. Shugart, Matthew Soberg y Carey, John M., *Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Nueva York, Cambridge University Press, 1992, pp. 24 y 25.

Aunque los ejemplos de presidencialismo parlamentarizado han venido incrementándose,<sup>57</sup> agrego únicamente dos casos, uno reciente, y otro antiguo, que guarda una situación peculiar y que resulta interesante.

- 4) El caso reciente, la Constitución de Colombia de 1991 en su artículo 135, numeral 9, establece que la moción de censura a los ministros debe ser propuesta, por lo menos, por la décima parte de los miembros de la respectiva cámara. El ministro será escuchado en audiencia, y si la moción es aprobada por la mayoría absoluta de los integrantes de cada cámara legislativa, es separado del cargo. Si se rechaza, no puede presentarse otra sobre idéntica materia, a menos que ocurran hechos nuevos.

Esta Constitución restringe las facultades del presidente de la República y amplía las del congreso.<sup>58</sup>

- 5) El antiguo caso peculiar: la Constitución de Chile de 1833, que diseñó un sistema presidencial con muchas de las características del tipo puro, y agregó que los ministros podían simultáneamente ser legisladores, y la facultad del congreso de acusar constitucionalmente a los ministros y destituirlos del cargo.

Al principio, la moción de censura tuvo efectos “morales”, y el gabinete ministerial resistió exitosamente dichas mociones. No obstante, la situación comenzó a cambiar cuando el congreso se percató de la eficacia que guardaba su “colaboración” o concurso en los actos del Ejecutivo, en virtud de que estos para perfeccionarse necesitaban su aprobación o ratificación.

El profesor Nogueira Alcalá indica que la aplicación de dicha Constitución durante las primeras cuatro décadas

<sup>57</sup> Véanse Shugart, Matthew Soberg y Carey, John M., *op. cit.*, pp. 282 y 283. Planas, Pedro, *op. cit.*, pp. 34-37, 41 y 42. Moulin, Richard, *op. cit.*, p. 225.

<sup>58</sup> Hartlyn, Jonathan, “Presidentialism and Colombia Politics”, en Linz, Juan J. y Valenzuela, Arturo (eds.), *The failure of Presidential Democracy...*, *cit.*, vol. 2, pp. 244 y 245.

de su vigencia fue esencialmente presidencialista, “más aún con una hipertrofia de la función presidencial”, aunque a partir de 1871 se desarrolló una interpretación pseudo-parlamentaria, de acuerdo con sus propias palabras, a partir de una serie de hechos concretos; los conservadores dejaron de ser la fuerza política principal de apoyo al presidente en el congreso, se amplió el cuerpo electoral, se desarrolló el pluripartidismo y la construcción de alianzas electorales. Todo lo anterior condujo a la guerra civil de 1891, en la cual triunfaron las fuerzas adictas a la interpretación parlamentaria de la Constitución.

De 1891 a 1924, fecha esta última en que se produjo un golpe de Estado, el congreso tuvo la dirección del gobierno, conforme a las coaliciones que se formaban. En ese periodo “se produjeron ochenta y ocho cambios completos y treinta y tres cambios parciales de Gabinete Ministerial, pasando por el Gabinete quinientas treinta personas, los ministros permanecían en sus cargos un periodo promedio de cuatro meses”;<sup>59</sup> solamente en cinco años, hubo dieciocho ministros de finanzas.

Esa época parlamentarizada dejó tristes recuerdos, debido a que la inestabilidad política conllevó repercusiones económicas y sociales negativas.

No obstante, este ejemplo histórico es importante y aleccionador. Los presidencialismos parlamentarizados tienden a conducir al sistema parlamentario, si el congreso tiene la fuerza suficiente, dentro de circunstancias que le son favorables, para hacer efectiva la responsabilidad ministerial que la Constitución consagra, tímidamente permite o la insinúa con ambigüedad. Lo delicado del caso estriba en que si no existen las condiciones políticas para que el sistema parla-

<sup>59</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “El sistema constitucional chileno”, en García Belaunde, D., Fernández Segado, F. y Hernández Valle, R. (coords.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, cit., pp. 276 y 277. Véase Moulin, Richard, *op. cit.*, pp. 333 y 339.

mentario sea exitoso, el sistema puede degenerar, como en el caso del tipo con matices parlamentarios, en asambleísmo, con los conocidos defectos que implica. Es probable que en este tipo el peligro de asambleísmo sea aún más real, lo que deduzco del ejemplo mencionado de esta Constitución chilena de 1833.

## VII. LA PERSPECTIVA DESDE LA REALIDAD CONSTITUCIONAL

A. Antes de examinar los tipos propuestos desde la perspectiva de la realidad constitucional, realizo algunas observaciones que ayudan a circunscribir los tipos.

No deja de sorprender que en general existe en América Latina una corriente, tanto en el sector político como en el académico, que apoya al presidencialismo, cuando menos en el tiempo presente y dentro de las actuales circunstancias, aunque simultáneamente propone controles propios del parlamentarismo, como es la responsabilidad ministerial, la cual ha estado presente en la región, primordialmente en Sudamérica, a partir de, cuando menos, la segunda mitad del siglo XIX.

Desde esta óptica, entonces, puede parecer extraño que el ejemplo chileno de 1871, y con mayor énfasis en 1891, no se hubiera multiplicado, y que los ejemplos de presidencialismo parlamentarizado no se hubieran convertido en sistemas parlamentarios, debido a que en múltiples Constituciones se colocaron los cimientos, las bases y la estructura para que tal situación aconteciera. Hasta se podría pensar que, desde el ángulo teórico, varios de esos sistemas eran más parlamentarios que presidenciales<sup>60</sup> pero, en la realidad, funcionaron casi siempre como presidencialistas y, generalmente, del tipo hegemónico. ¿Por qué?

Si la respuesta es de carácter general, resulta obvio que esta no es aplicable cien por ciento a un país. Sin embargo, a más de que no pretendo examinar caso por caso, sí existen elementos

<sup>60</sup> Véase Moulin, Richard, *op. cit.*, pp. 241-243 y 265.

que prevalecieron o prevalecen en muchos de los Estados latinoamericanos. Con esta aclaración, considero que entre los elementos más importantes se pueden enunciar los siguientes: los presidentes fueron los grandes dispensadores de favores y dádivas; en múltiples ocasiones contaron con el apoyo de los principales poderes de facto como el ejército, la iglesia y los poseedores de la riqueza; partidos políticos débiles, dominados por el presidente o él era el jefe indiscutible del mayor partido o fuerza política; los mecanismos de control parlamentario raramente se emplearon en la realidad, por diseño insuficiente o por la indiscutible fuerza política detentada por el presidente; el Poder Ejecutivo era el gran elector de los cargos públicos; la falta de cultura jurídico-política y el desprecio, en diversos grados, al Estado de derecho; el fracaso de los llamados “parlamentarismos” en la región y el consecuente desprestigio; y que el sistema parlamentario se encontraba distante de la vida política real del país.<sup>61</sup>

B. En el ser constitucional del presidencialismo latinoamericano, hay que tener en cuenta cuatro elementos muy importantes:

- a) el sistema de partidos, en el cual influye el régimen electoral;
- b) el gobierno de coalición o compartido;
- c) el gobierno dividido, y
- d) el poder de la calle.

a) El sistema presidencial en la realidad funciona de forma esencialmente diversa, dependiendo de si el sistema de partidos responde al esquema de partido hegemónico, al bipartidismo, tripartidismo, multipartidismo moderado o multipartidismo extremo.

Asimismo, su funcionamiento dependerá en buena parte de la habilidad del Poder Ejecutivo para negociar y llegar a acuerdos, según sea la situación que se presenta.

En los países en los cuales existe un partido predominante y el presidente es el jefe real de él, lo más probable es que el tipo responderá al presidencialismo hegemónico. No es lo mismo go-

<sup>61</sup> Véase Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, pp. 66, 67, 75, 116, 143, 182 y 183.

bernar en un país con partido predominante que en uno con multipartidismo moderado o extremo, aunque, reitero, resulta importante la habilidad política del presidente.

Desde luego, hay que tener en cuenta al sistema electoral que constituye un factor trascendente para la conformación de ese sistema de partidos.

b) Al gobierno de coalición le denomino también gobierno compartido, en virtud de que el Poder Ejecutivo no es monolítico, no se integra el gabinete con miembros de un solo partido, sino de dos o más.

Generalmente, si el partido del presidente obtiene mayoría en el congreso, este no se inclinará a invitar al gabinete a miembros de otro partido, aunque puede hacerlo por razones diversas.

Por el contrario, si no tiene esa mayoría, puede estar predisposto a que participen en el gabinete el dirigente o dirigentes principales de otro u otros partidos con los cuales se asegure dicha mayoría.

Los gobiernos presidenciales de coalición suelen darse en varios países sudamericanos, y con éxito. Todo depende de la relación de fuerzas entre los partidos coaligados, la distancia ideológica entre ellos, la disciplina de partido, y el contexto político del país. Un gobierno de coalición puede dar como resultado un presidencialismo equilibrado y exitoso, aunque también puede configurar uno débil si el presidente no logra un gabinete bien integrado, bastante homogéneo, con las reglas claras y alrededor de un programa de gobierno.

c) El gobierno dividido implica que el presidente no cuenta con mayoría en el congreso y, por la razón que sea, no forma una coalición de gobierno.

El gobierno dividido también puede ser exitoso, aunque las dificultades son mayores, si logra, a través de la negociación política, una mayoría legislativa suficiente para impulsar programas, iniciativas o proyectos concretos.

Desde luego que se corre el peligro de confrontaciones Ejecutivo-Legislativo y que se propicie la inamovilidad gubernativa,



si el congreso reiteradamente no aprueba las iniciativas presidenciales. No obstante, existen mecanismos constitucionales que pueden coadyuvar a superar este problema como son las iniciativas bloqueadas.<sup>62</sup>

El gobierno dividido no configura necesariamente un presidencialismo débil, aunque tiende a ello. Puede conformar un presidencialismo equilibrado, dependiendo de factores diversos como la negociación y la habilidad política del Ejecutivo, la fuerza de la opinión pública; el respeto y diálogo entre los partidos políticos, y la cultura política de la negociación.

El gobierno dividido significa, entre otros aspectos, que el electorado decidió no otorgar todo el poder a un partido. Los gobernantes deben ser sensibles a tal situación que, a su vez, implica el mandato de diálogo, negociación y concertación entre los partidos políticos.

d) El poder de la calle. Hay que tener en cuenta que en América Latina, más allá de los poderes Ejecutivo y Legislativo, de las relaciones entre ellos, y de la situación del presidente, se en-

<sup>62</sup> Carpizo, Jorge, "Propuesta de modificaciones constitucionales en el marco de la denominada reforma del Estado", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El proceso constituyente mexicano a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 207 y 208. Burdeau, Georges *et al.*, *Manuel de droit constitutionnel*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997, p. 657. Favoreu, Louis *et al.*, *Droit constitutionnel*, París, Dalloz, 1999, p. 763. Huber, John D., "Executive Decree Authority in France", en Carey, John M. y Shugart, Matthew Soberg (eds.), *Executive Decree Authority*, Nueva York, Cambridge University Press, 1998, pp. 247-250. Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 416. Al respecto el derecho constitucional latinoamericano comparado ofrece posibilidades y alternativas diversas. Véase García Belaunde, Domingo, "El sistema constitucional peruano", en García Belaunde, D., Fernández Segado, F. y Hernández Valle, R. (coords.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, *cit.*, p. 752. Shugart, Matthew Soberg y Carey, John M., *Presidents and Assemblies...*, *cit.*, pp. 140-150. González, Luis Eduardo y Gillespie, Charles Guy, "Presidentialism and Democratic Stability in Uruguay", en Linz, Juan J. y Valenzuela, Arturo (eds.), *The failure of Presidential Democracy...*, *cit.*, vol. 2, pp. 157 y 158. Lamounier, Bolívar, "La reforma institucional en Brasil: proyectos y resultados 1985-1993", en Nohlen, Dieter y Fernández B., Mario (eds.), *El presidencialismo renovado...*, *cit.*, p. 234.

cuenta el poder de la calle, de las manifestaciones y movimientos sociales, lo cual puede configurar un presidencialismo débil, donde, incluso, el titular del Ejecutivo pueda verse compelido a renunciar al cargo, como ha acontecido en Bolivia y Ecuador en años recientes, aunque lo peculiar de este fenómeno en la actualidad es que la sustitución presidencial se ha llevado a cabo, tal y como señalan las normas constitucionales, sin quebrantar el sistema democrático del país, en contraste a lo acontecido en décadas pasadas, en las cuales la sustitución anticipada, y fuera del marco jurídico, del presidente, implicaba la ruptura del orden constitucional.

C. Tal y como ya asenté, desde la perspectiva de la realidad constitucional, se pueden distinguir tres tipos diversos:

- a) presidencialismo hegemónico,
- b) presidencialismo equilibrado, y
- c) presidencialismo débil.

*D. Las características del presidencialismo hegemónico son:*

- 1) Existe un partido predominante, bipartidismo o dos bloques de partidos y el presidente es el jefe de su partido.
- 2) El presidente cuenta generalmente con mayoría en el congreso.
- 3) Existe disciplina en los partidos políticos.
- 4) El poder se encuentra bastante concentrado.
- 5) Los controles constitucionales entre los poderes políticos funcionan con debilidad.
- 6) Las iniciativas y propuestas presidenciales son generalmente aprobadas por el congreso sin mayor dificultad, aunque su propia mayoría legislativa puede negociar con el Ejecutivo algunas modificaciones a las iniciativas.

A pesar de la concentración de poder, el presidencialismo hegemónico no constituye una autocracia, porque existen eleccio-

nes libres y periódicas, alternancia en los cargos, controles deficientes o débiles pero controles, respeto al Estado de derecho, a pesar de que ocurren arbitrariedades; los derechos humanos se acatan, aunque su protección presenta debilidades; sin embargo, no existe una política de Estado para violarlos.

Dentro de este tipo, la realidad latinoamericana ha conocido y conoce muy diversos matices y situaciones, desde gobiernos autoritarios o casi autoritarios, populistas, democráticos con carencias, hasta plenamente democráticos, aunque estos últimos han sido los menos.

Es probable que el tipo que ha predominado en la realidad de América Latina sea precisamente este, el hegemónico, y que a esta situación se deba que para tratar de reforzar al congreso, se hayan incorporado mecanismos de control parlamentario —la responsabilidad política de los ministros—, para tratar de equilibrar el sistema, lo cual hasta ahora, en términos generales, ha fracasado en virtud de que el sistema presidencial cuenta con sus propios controles en los cuales hay que insistir, y son estos los que se postergan para privilegiar los de carácter parlamentario.

No obstante, no considero, como ya asenté, que determinados controles que las Constituciones latinoamericanas han incorporado sean de índole parlamentaria o que alteren el sistema presidencial: informes anuales, comparencias, interpelaciones, refrendo, o comisiones de investigación. Estos pueden funcionar bien en un sistema presidencial sin desvirtuarlo.

*E. Las características del *presidencialismo equilibrado* son:*

- 1) El sistema de partidos constituye bipartidismo, tripartidismo o multipartidismo, generalmente, de carácter moderado.
- 2) Si el presidente no cuenta con mayoría en el congreso, intenta construirla a través del gobierno de coalición o para proyectos determinados.
- 3) En general existe disciplina de partido, pero no tan rígida y, en casos diversos, los partidos dejan libertad a los legisladores para que voten de acuerdo con su conciencia.

- 4) Cada uno de los poderes ejerce las facultades que le señala la Constitución, lo cual lo fortalece dentro de su competencia.
- 5) Los controles constitucionales operan adecuadamente para establecer pesos y contrapesos entre los poderes políticos.
- 6) Muchas de las iniciativas del Poder Ejecutivo resultan exitosas; para ello tiene que dialogar y negociar con su propio partido, con el partido socio en el gobierno de coalición, o con los otros partidos en el congreso. Con frecuencia, sus iniciativas sufren alteraciones como consecuencia de la negociación.

El presidencialismo equilibrado, dentro del esquema del sistema presidencial, es probablemente el que responde mejor a la idea de democracia con gobernabilidad. El quid se encuentra en el adecuado sistema de controles y en su buen funcionamiento. El poder equilibrado refuerza el Estado de derecho y la adecuada protección de los derechos humanos. En este año de 2007, en varios países de la región, funciona el presidencialismo equilibrado, como en Brasil, Chile, Costa Rica, Perú, Uruguay y, me inclino a incluir entre ellos a México, Estado del cual haré una breve reflexión al final de este inciso.

F. Las características del *presidencialismo débil* son:

- 1) Casi siempre existe un sistema multipartidista, más extremo que moderado, y la distancia ideológica es grande entre los partidos más fuertes.
- 2) El presidente no cuenta con mayoría en el congreso y el gobierno opera dividido, dificultándose los acuerdos para obtener la aprobación de sus iniciativas.
- 3) Aunque exista disciplina de partido, la misma puede resultar irrelevante ante la multiplicidad de partidos.
- 4) El poder se encuentra disperso.
- 5) Los controles constitucionales del sistema presidencial se ven alterados en beneficio del Poder Legislativo o con controles propios del parlamentarismo —responsabilidad política de

los ministros ante el órgano legislativo—, y este último realiza una interpretación amplia y extensiva de los controles que la Constitución le señala, más que para controlar al Ejecutivo, para subordinarlo.

- 6) La acción del Ejecutivo se dificulta. El congreso intenta o logra ser el eje del gobierno. Las iniciativas presidenciales se congelan en el congreso o difícilmente son aprobadas por este órgano.

G. La misma Constitución normativa puede, en épocas diferentes, de acuerdo con diversos factores, operar en la realidad como presidencialismo hegemónico, equilibrado o débil. Es más, durante un mismo periodo presidencial, el tipo puede modificarse si en razón de las votaciones intermedias, el presidente pierde o logra la mayoría legislativa. O sea, la realidad cambiante modifica el tipo de presidencialismo, aunque la Constitución normativa no sufra modificación alguna.

Ejemplifico con la Constitución mexicana de 1917. Durante décadas el país fue gobernado por un partido predominante, que contó con amplias mayorías legislativas, sin que califique como estas se obtenían, y donde el presidente de la República fungía como el jefe real de un partido extraordinariamente disciplinado. Los anteriores datos son suficientes para comprender por qué México durante esas décadas contó con un presidencialismo hegemónico en la realidad.

En las elecciones intermedias de 1997, ese partido predominante perdió la mayoría en la Cámara de Diputados, pero el sistema continuó siendo principalmente hegemónico. El presidente de la República logró que el órgano legislativo le aprobara deuda pública que había contratado fuera de los marcos constitucionales —artículo 73, fracción VIII— y que sometió a la aprobación del congreso con posterioridad; aunque el presidente ya no logró la aprobación de otras iniciativas, continuó siendo el pivote del sistema político.

En 2000, el partido predominante dejó de ser tal, perdió la elección presidencial, y se terminó de forjar un sistema tripartito de partidos, en el cual ninguno obtuvo mayoría en las dos cámaras legislativas federales. El presidente, en lugar de dialogar y negociar con el congreso, lo injuriaba y no realizó ningún esfuerzo serio para que sus iniciativas se aprobaran; las anunciaba, las enviaba con retardo, y no contó con negociadores políticos eficientes o sencillamente los neutralizó con sus ofensas al órgano legislativo y su lengua irresponsable.

El presidencialismo hegemónico comenzó a oscilar hacia uno equilibrado y, alrededor de los dos años y medio últimos de ese periodo presidencial, se comenzó a vislumbrar un presidencialismo débil, en virtud de que numerosas iniciativas presidenciales quedaban “congeladas” en el congreso por las razones apuntadas; el Ejecutivo no trabajaba con seriedad, ya que su estrategia la basó exclusivamente en la propaganda mediática. Ciertamente, los controles constitucionales comenzaron a operar mejor o de acuerdo con la Constitución normativa, pero a pesar de ello, los dos últimos presidentes (1994-2006) se han burlado del congreso en un aspecto esencial: los controles relacionados con el “poder de la bolsa”.

En 2006, de nuevo, ninguno de los tres partidos políticos obtuvo mayoría absoluta en ninguna de las dos cámaras legislativas federales. El ambiente político subió de temperatura a grados alarmantes. La elección presidencial se ganó con una diferencia del 0.5% de los votos emitidos; todo el proceso fue de antagonismo feroz, y los resultados fueron controvertidos por el partido que obtuvo el segundo lugar en la elección.

Actualmente, ante ese panorama, parece que el Congreso de la Unión está decidido a tomar el liderazgo político, sin que pueda predecirse el desenlace. En otras palabras, no se conoce si el presidencialismo equilibrado se va a consolidar, o si el sistema de gobierno va a oscilar a un presidencialismo débil, como auguran algunos síntomas en el firmamento mexicano, entre ellos que el ala radical —la extrema derecha— del partido del propio presi-

dente de la República, ala que cuenta con gran fuerza política y con un número importante de senadores y diputados, se comporta más bien como una fracción de oposición dedicada a obstaculizar al titular del Poder Ejecutivo.

H. No hay que olvidarse que, en la realidad, más allá de los aspectos institucionales, en el funcionamiento del sistema político, y de acuerdo con las condiciones de cada país latinoamericano, gravitan con gran peso los grupos de presión y los factores reales de poder, como el gran capital, los medios de comunicación, los sindicatos, el ejército, la iglesia católica, las organizaciones no-gubernamentales, las guerrillas y el crimen organizado. Además, hay que tener en cuenta el contexto internacional y la presión de organismos internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

#### VIII. LA PERSPECTIVA DESDE LA INTERACCIÓN DE LA NORMA CON LA REALIDAD CONSTITUCIONAL

A. Los tipos de presidencialismo de acuerdo con la norma y de acuerdo con la realidad interactúan entre sí, definen y precisan, a su vez, a los diversos tipos.

Mi concepción de Constitución es que, en las escritas, esta es el punto en el cual la realidad jurídica valorada y la norma se interfieren. La realidad —el ser— determina a la norma en cuanto acontece algo que puede estar o no de acuerdo con la norma, pero esta influye y determina a la realidad en cuanto sus preceptos se van imponiendo sobre el ser, e incluso van alcanzando vigencia preceptos que únicamente tenían valor programático en una época.<sup>63</sup>

En otras palabras, coincido con la concepción helleriana que indica que en la noción de Constitución no se puede separar completamente la normalidad de la normatividad, el ser del

<sup>63</sup> Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, cit., pp. 42 y 43.

deber-ser; así, una Constitución política solo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas.<sup>64</sup>

B. Desde la perspectiva anterior, el tipo de presidencialismo puro en la realidad puede configurar un presidencialismo hegemónico, equilibrado o débil, de acuerdo con las características que he señalado para cada uno de estos tipos. En consecuencia, se puede hablar de presidencialismo puro-hegemónico, puro-equilibrado, puro-débil.

El presidencialismo predominante generalmente es hegemónico en la realidad, en virtud del valor de la norma y de que el presidente de la República luchará por ejercer todas las facultades que la Constitución le otorga. Los propios elementos de la realidad pueden configurar muy excepcionalmente un presidencialismo predominante-equilibrado o predominante-débil.

El presidencialismo atemperado tiende a ser un presidencialismo débil, pero de nueva cuenta, dependiendo de los elementos de la realidad, nos podemos encontrar con un presidencialismo atemperado-hegemónico o atemperado-equilibrado.

El presidencialismo con matices parlamentarios puede conformar los tres tipos de presidencialismo desde la perspectiva de la realidad.

El presidencialismo parlamentarizado oscila entre el parlamentarizado-hegemónico, y el parlamentarizado-débil; difícilmente es equilibrado.

El presidencialismo parlamentarizado es el menos exitoso; la hibridación de los sistemas de gobierno ha resultado en inestabilidad y rupturas políticas. La mezcla de los controles de ambos sistemas no ha demostrado, en la práctica, el éxito que anunciaron sus defensores. Entonces, no se configura como un presidencialismo equilibrado, debido a que la norma no lo persigue, y a que la realidad lo rechaza.

Es curioso observar que los ingenieros del presidencialismo parlamentarizado generalmente intentaron construir un presi-

<sup>64</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 267-269.



dencialismo débil, pero consiguieron configurar un presidencialismo parlamentarizado-hegemónico, cuando menos hasta ahora, en virtud de factores políticos reales, tanto nacionales como internacionales, y de la cultura política de las propias sociedades.

Tengo claro que si los factores reales se modifican, el presidencialismo parlamentarizado conducirá, con alto grado de probabilidad, a un sistema parlamentario, lo cual no me preocupa si se configura con gobernabilidad y estabilidad, debido a que están dadas las condiciones políticas para ello, y, por el contrario, se elude el asambleísmo que sería una consecuencia inevitable, si en un país no se satisfacen los elementos para alcanzar un sistema parlamentario exitoso.

C. La tipología que propongo persigue fines didácticos, que permitan una mejor comprensión de la diversidad y complejidad del presidencialismo latinoamericano, conforme a circunstancias de tiempo y lugar.

América Latina —casi una veintena de países— ha tenido sistemas presidenciales durante casi dos siglos, sistemas que se han diseñado de acuerdo con los eventos, situaciones y los ideales de cada nación, y que han oscilado en el tiempo.

A veces, un mismo Estado ha cambiado su Constitución con frecuencia. Por ejemplo, a partir de su independencia, Bolivia ha contado con 16 leyes fundamentales, Costa Rica con 14, Ecuador con 18 y Venezuela con 26.

Dentro de la vigencia de una misma Constitución, el tipo de presidencialismo se ha alterado conforme a elementos de la realidad que estructuran un determinado tipo e, incluso, como asenté, el tipo ha cambiado en un mismo periodo presidencial, en virtud de múltiples factores como el de las elecciones intermedias y la pérdida u obtención de mayoría legislativa por parte del partido que detenta el Poder Ejecutivo.

En consecuencia, la tipología del presidencialismo latinoamericano no constituye labor fácil de elaborar y se presta a ambigüedades. No obstante, vale la pena intentarla para comprender

mejor dicho sistema de gobierno en la región latina del continente americano.

## IX. EL SISTEMA SEMIPRESIDENCIAL EN AMÉRICA LATINA

Diversos autores consideran que en Latinoamérica algunas Constituciones han configurado un sistema semipresidencial, como es el caso de la peruana de 1979, o un sistema semiparlamentario, como la Constitución cubana de 1940.<sup>65</sup> Sin entrar a discutir dichas afirmaciones, hay que señalar que esas Constituciones no fueron exitosas; la primera terminó con el golpe de Estado de Fujimori, y la segunda fue de presidencialismo hegemónico en la realidad.

No obstante, no puede desconocerse que el sistema semipresidencial, especialmente el francés de la V República, presenta atractivos para diversas corrientes políticas y académicas que lo proponen como solución a los presidencialismos hegemónicos y a los débiles en la región, así como para superar el “problema” de los gobiernos divididos y su paralización. Dentro de esta corriente se encuentran algunos personajes que merecen mi respeto, como Humberto Nogueira Alcalá, Santiago Nino, Octavio Amorim Neto, Paulo Tafner y Giovanni Sartori.<sup>66</sup> Lo interesante de sus puntos de vista y análisis es que no proponen el sistema

<sup>65</sup> Thibaut, Bernhard, “Presidencialismo, parlamentarismo y el problema de la consolidación democrática en América Latina”, en *Estudios internacionales*, Santiago de Chile, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, año XXVI, núm. 102, 1993, p. 245. Nogueira Alcalá, Humberto, “Los regímenes presidencialistas de...”, *cit.*, pp. 483-486. Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

<sup>66</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, “Los regímenes presidencialistas de...”, *cit.*, pp. 493 y 494. Nino, Carlos Santiago, “El hiper-presidencialismo argentino y las concepciones de la democracia”, en *El presidencialismo puesto a prueba*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 55. Amorim Neto, Octavio y Tafner, Paulo, “Presidencialismo brasileiro: delegação, coordenação e conflito”, en Valadés, Diego y Serna, José María (coords.), *El gobierno en América Latina...*, *cit.*, pp. 226 y 227. Sartori, Giovanni, *op. cit.*, p. 115.

parlamentario para América Latina, porque consideran que no sería el idóneo, sino el semipresidencial.

Queda claro, entonces, que el debate sobre cuál es el mejor sistema de gobierno para América Latina continuará. Es probable que no sea acertado expresar un criterio que abarque a toda la región; antes de contestar es indispensable examinar a fondo la situación política de cada país.

No obstante, considero que en principio, en la actualidad, y hasta donde esta cuestión me ha preocupado y la he estudiado, pienso que probablemente el sistema de gobierno que puede ser más idóneo para nuestra región es el presidencialismo puro-equilibrado, en el cual operen, como deben operar, los pesos y contrapesos propios del sistema presidencial, aclarando que controles, como informes ministeriales, comparecencias e interpelaciones a los ministros, así como su ratificación por el congreso, el gabinete, el refrendo ministerial y las comisiones de investigación legislativas, no alteran la “pureza” del sistema, sino son consecuencia de la colaboración y coordinación entre los órganos del poder, y forman parte de los controles del Legislativo respecto al Ejecutivo. Reitero, lo que sí altera el sistema de controles del sistema presidencial es la introducción de la responsabilidad política ministerial.

El campo en el cual se pueden hacer ajustes al presidencialismo puro-equilibrado es amplio y abarca áreas como el fortalecimiento de los tribunales constitucionales, las iniciativas legislativas de urgencia o “guillotina”, el cabal funcionamiento del federalismo y el municipio; de varios de estos aspectos me he ocupado en otra ocasión.<sup>67</sup>

Lo que realmente me preocupa de esta problemática es que los países de América Latina no vayan a cometer errores que impliquen retrocesos en su incipiente democracia sino, al contrario, que se realicen reformas y adecuaciones que la fortalezcan, la vivifiquen y la protejan de aventuras políticas.

<sup>67</sup> Carpizo, Jorge, “Propuestas de modificaciones constitucionales...”, *cit.*, pp. 193-223.



## ¿ESTÁN DADAS LAS CONDICIONES EN MÉXICO PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL DE FONDO?

Eduardo ANDRADE SÁNCHEZ\*

Muchísimas gracias a mi buen amigo el doctor Adolfo Espinoza de los Monteros Cárdenas, rector de este Centro Universitario, amigo de muchos años. Te agradezco la invitación, la oportunidad de estar aquí, y tu generosísima presentación, muchísimas gracias Adolfo.

Quiero manifestar mi gratitud al maestro Homero Vázquez Ramos, director de la Cátedra Jorge Carpizo Mac-Gregor, con quien coincidí en el reciente Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional en Lima Perú, le agradezco muchísimo que me haya hecho el honor de invitarme a participar en este evento y poder compartir con ustedes un tema que es muy sugerente y que tiene una doble respuesta.

También quiero agradecer la presencia de los señores jueces del Estado, es un honor poderme dirigir a ustedes, les agradezco muchísimo la aceptación para que se realizara de esta forma el evento.

La cuestión planteada en el tema implica un doble enfoque, por lo que para abordarlo es necesario preguntarse si están dadas real y constitucionalmente las condiciones para una reforma que

\* Doctor en Derecho. Autor de varios libros. Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM. Presidente del Congreso Local de Veracruz, México. Exsenador de la República y ex diputado federal en el Congreso de la Unión en México.

incluya un cambio de fondo. Sin duda, es un reto poder responder tal cuestionamiento, así que procuraré hacerlo en el menor tiempo posible, dedicando para ello unos 35 minutos a la exposición y después, si ustedes lo desean, pasaremos a una sesión de preguntas y respuestas sobre tan apasionante tema.

Al analizar una posible reforma constitucional de fondo, quiero primero poner énfasis en esta última expresión que se usa mucho actualmente en torno a temas políticos sobre las modificaciones de fondo que necesita el país, por lo que mi primer cuestionamiento tiene que ver con la expresión de lo que constituye un cambio “de fondo”.

¿De qué se habla cuando se plantea la posibilidad de cambiar algo de fondo?, bien, la primera aproximación en el análisis tendría que ser una contraposición a lo que se considera un cambio de forma. Cuando se dice que algo se va a hacer de fondo, se está de alguna manera contraponiendo lógicamente a aquello que se hace de forma y que incide solo en la estructura, es decir, en la manera de presentar una realidad, ya sea física, como la fachada de un edificio, o bien, de carácter intelectual como puede ser una institución.

Cuando cambia la forma se puede estar transformando o modificando el modo cómo se presenta u opera esa estructura, pero cuando se habla de un cambio de fondo se incide específicamente en la esencia o sustancia de la cosa. Para un cambio de fondo en términos constitucionales habría que identificar primero cuál es la esencia de nuestro sistema constitucional y qué tipo de cambios estaríamos dispuestos a hacer a esa esencia de la estructura constitucional.

Hay que recurrir a los clásicos para determinar qué es lo esencial de una Constitución; sin detenernos demasiado en las teorías, es posible estar todos de acuerdo que en la terminología constitucional a lo largo de muchos años, lo esencial es aquello que tiene que ver con las decisiones políticas fundamentales.

Ello constituye la esencia de la Constitución, entonces para saber si están dadas las condiciones de un cambio de fondo, es

decir, de lo esencial en nuestro sistema constitucional, se tiene primero que identificar cuál es la sustancia de ese sistema y hacia dónde va el cambio.

Adelantaré algunas conclusiones para luego tratar de fundamentarlas y desarrollarlas.

No es posible hablar de un cambio de fondo, integralmente considerado, a la Constitución, precisamente porque esta contiene diversas decisiones políticas fundamentales, no solamente una. Hay diferentes áreas donde se determinan los diversos temas fundamentales; si decidiéramos cambiar todo, se correría el riesgo de voltear de cabeza el sistema y terminar por ser totalmente distintos a lo que somos.

Podríamos pensar en una modificación de la sustancia, de las decisiones políticas fundamentales, planteando una respuesta, por lo menos parcial, que incluyera cuestiones como ¿cuáles asuntos esenciales podrían dar lugar a un cambio de fondo?, y ¿cuál sería el sentido de ese cambio?, y en su caso, ¿qué lo justificaría?, y por otra parte, ¿cuáles temas no tendrían que ser objeto de cambio?

Podemos así parcializar el problema para determinar cuáles de nuestras decisiones políticas fundamentales pueden ser materia de una modificación de tipo sustancial.

Posteriormente se tendría que recurrir otra vez a los clásicos, para resolver cómo se contesta la pregunta que tiene que ver con las condiciones del cambio constitucional, ¿hablamos solamente de las condiciones jurídicas?, es decir, qué tipo de condiciones son las que tenemos que analizar para poder contestar si están dadas o no estas. Porque las condiciones afectan a una determinada realidad de una distinta manera, para lo que se propone un enfoque metodológico dual.

Vamos a un clásico como Kelsen, ¿qué diría respecto a condiciones jurídicas?, las tendría que analizar estrictamente desde el punto de vista jurídico formal, y si es así, ¿existen condiciones normativas en nuestra Constitución que permitan ese tipo de cambio esencial o no?, y hay algo más, ¿se necesitan jurídicamente o no?

Por otro lado, Lasalle plantearía cuestiones tales como ¿qué son las Constituciones finalmente sino la expresión de los factores reales de poder? Puesto que la estructura constitucional normativa es una cosa y otra distinta es la influencia o la incidencia de los factores reales de poder, las fuerzas de una sociedad que se expresan en la carta constitucional.

La respuesta a la segunda pregunta tiene que ver con condiciones no estrictamente jurídicas, sino más bien con condiciones políticas. ¿Los factores de poder, las fuerzas que juegan en el escenario nacional en este momento están dispuestas o no?, ¿presentan las condiciones necesarias para una modificación esencial de nuestro sistema constitucional?

No es posible dar una respuesta unívoca y es necesario verificar tanto las condiciones jurídicas como las políticas en distintas circunstancias y niveles de complejidad. De manera muy esquemática, se propone el siguiente ejemplo elemental: ¿cuál sería el corazón o piedra angular de la Constitución mexicana?, por definirlo de una manera coloquial. Esa esencia se encuentra en dos artículos, el 39 y 41, donde se determina lo que queremos ser como Estado. En nuestra declaración constitucional, se señala primero que la soberanía reside esencial y originariamente en el pueblo; que este tiene el derecho de cambiar, alterar o modificar la forma de su gobierno, y que ese gobierno constitucional es un gobierno republicano.

Somos esencialmente una República y pudiera parecer de perogrullo preguntar, pero la primera cuestión esencial, la primera pregunta política fundamental a partir de la esencia constitucional, dada esa soberanía popular y el establecimiento de una República, ¿hay condiciones para modificar ese corazón o ese núcleo constitucional?; mi respuesta es que ni jurídica, ni políticamente a nadie se le ocurriría plantear en México, por ejemplo, un debate sobre si deberíamos ser una monarquía o una República, todos estamos de acuerdo y creo que nadie debatiría sobre ese tema: somos una República con una soberanía radicada en el pueblo, una República *representativa* y en este aspecto cabría re-



visar si tal característica constitucional puede ser materia de una modificación de fondo.

El carácter representativo de una República se fundamenta en el hecho de que no podemos todos los ciudadanos ejercer simultáneamente nuestra parte de soberanía; a lo mejor un día se puede, tal vez con Internet, poner bajo consideración de la ciudadanía noche a noche qué es lo que se hace con la Compañía de Luz o qué con la seguridad pública, y que cada quien desde su propia casa en su máquina señalara, estoy de acuerdo con A, B o con C y sería una República con democracia directa, que no la hubo ni en la Atenas clásica, pero ese es otro tema. Si no se ejerce por el pueblo de manera directa y cotidiana la toma de decisiones que hasta ahora en ninguna parte ha podido ocurrir, aunque en el futuro la electrónica y la tecnología lo permitan, por ahora se tiene que recurrir a representantes populares en un proceso democrático que tomen esas decisiones, por ello somos República representativa.

Sin embargo, hay un tema que se ha dejado de lado en el análisis de la reforma del Estado. No se trata de renunciar al carácter representativo de la República, pero sí creo que federalmente tendríamos que empezar a introducir instituciones de la democracia denominada semidirecta o de democracia directa. Ya existen en algunas entidades federativas, pero en el ámbito federal, por ejemplo, una reforma constitucional no está sujeta a la ratificación refrendaria, es decir, a través de un referéndum.

Hay teóricos del constitucionalismo actual, como Häberle, que consideran que no hay un pleno ejercicio de la soberanía popular en aquellos lugares donde la Constitución, cuando se crea o se modifica, no queda sujeta a una ratificación popular por medio del referéndum. Esa es la esencia del ejercicio de las soberanías populares, pues nosotros no lo tenemos en nuestro país y la clase política no ha querido entrar a eso, ya que significa ceder una buena parte de la representatividad, para que la gente tome decisiones, especialmente aquellas que tienen que ver con la esencia de nuestra Constitución.

Aquí tenemos un tema en el que podrían estar dadas las condiciones jurídicas, sin variar la naturaleza esencial de la declaración de que somos una República representativa, bien podemos abrir espacio a la toma de ciertas decisiones de modo directo e introducir el referéndum para aprobar o rechazar reformas constitucionales.

Yo me pregunto y aquí abro un paréntesis para ejemplificar la cuestión que nos ocupa, si en el debate de la reforma energética se trató de dar una interpretación torcida al texto constitucional que otorga al Estado la propiedad y el control de toda la industria petrolera nacional, no solo de la exploración o de la explotación inicial. Toda la industria petrolera está atribuida en exclusiva a la nación, pero en la discusión se introdujo una buena dosis de truculencia al tratar de pasar al terreno de la ley, lo que finalmente debería ser una decisión fundamental de carácter político del país, para determinar qué hacer con nuestro principal recurso natural, el que nos proporciona la mayor fuente de ingresos públicos.

El asunto no corresponde a una ley ordinaria, pretendiendo introducir en ella una interpretación torcida de lo que puede pasar a propiedad privada y de lo que no. El verdadero debate es constitucional respecto, ahí sí, a una cuestión “de fondo”: ¿conviene —yo pienso que no, pero hay quien piensa que sí— traspasar a la iniciativa privada la explotación de nuestro petróleo, de nuestro gas?, entonces discutámoslo en términos constitucionales, no legales, y una vez discutido constitucionalmente resultaría conveniente someter la determinación de los representantes a la ratificación popular mediante un referéndum.

Aun sin este último elemento, el cual implicaría un cambio en nuestro sistema representativo que no se ha dado, las condiciones jurídicas existen formalmente para generar una reforma constitucional sobre la propiedad pública de la industria petrolera, pero ¿por qué no lo planteó el gobierno como un tema de modificación constitucional, como sería indispensable si se pretende cambiar el régimen de propiedad de la industria petrolera

o permitir el otorgamiento de contratos prohibido por la Constitución? Pues porque las condiciones políticas son adversas. Las encuestas han mostrado una oposición de la opinión pública al esquema privatizador del sector de los hidrocarburos. Planteándose como reforma constitucional, que ese el único ámbito en el que puede cambiarse el régimen aplicable a dichos hidrocarburos, se hubiera producido una oposición popular; ello implica que, por lo menos en esa materia, no están dadas las condiciones para un cambio constitucional de fondo y explica porqué se pretende darle la vuelta al asunto aplicando una reforma legal sin suficiente soporte constitucional. Del mismo modo, si tuviéramos un referéndum constitucional, la gente se opondría a tal reforma constitucional esencial, porque efectivamente lo es; la cuestión del petróleo no tiene por qué tratarse como un problema de interpretación que permita a la ley contravenir el texto constitucional, sino, en todo caso, discutirse como una decisión política fundamental.

Se ratifica así lo antes señalado: también por lo que respecta a la introducción del referéndum para ratificar reformas constitucionales, las condiciones jurídicas existen, no así las políticas. En el tema de la aplicación de figuras de democracia semidirecta habría que agregar la iniciativa popular y la revocación de mandato.

Como esto podríamos poner muchos ejemplos, pero resultaría muy extenso, hay distintos tipos de decisiones políticas fundamentales en nuestro país, las que tienen que ver, por supuesto, con las instituciones gubernativas, su origen democrático o la estructura federal que tienen que ver con lo político, hay otras de carácter social en las cuales ya se han hecho cambios esenciales a lo largo del tiempo. Por ejemplo, las modificaciones al sistema agrario nacional establecido originalmente en el artículo 27, efectuadas en la época del presidente Carlos Salinas de Gortari, fue un cambio de fondo. Asimismo, las que regían la relación de las iglesias y el Estado, el artículo 130 que también constituye una decisión política fundamental y que se modificó en otro momen-

to. Ahora procedería verificar si en otros campos hay condiciones para transformaciones de fondo.

Nadie discutiría como decisión política fundamental que la educación que imparta el Estado sea una educación gratuita. Ahora se busca no solo la gratuidad, sino la obligatoriedad de la educación media superior. Desde mi punto de vista, sería suficiente con garantizar la obligatoriedad de la primaria y la secundaria laica, y elevar su calidad, pero a fin de cuentas la introducción de la obligatoriedad de la preparatoria no supone un cambio esencial o de fondo.

En cambio, donde si notamos una necesidad jurídica de un cambio esencial, es en la relación de los poderes y la estructura de nuestro sistema gubernamental, que como está planteado en este momento en la Constitución, jurídicamente está resultando disfuncional.

Nuestro sistema constitucional real se basaba en un Ejecutivo muy fuerte, que analizó el doctor Carpizo Mac-Gregor en su obra jurídica y politológica que aborda los aspectos del presidencialismo mexicano. Si uno analiza la propia tesis del doctor Jorge Carpizo, lo que tenemos como resultado es que el sistema jurídico normativo de nuestra Constitución no dota al Ejecutivo de un poder excesivo o sumamente fuerte, la mejor demostración es la existencia de las que denomina acertadamente como “facultades metaconstitucionales”, es decir, que van más allá de la Constitución. Que el presidente fuera el jefe del partido hegemónico y que tuviera en la práctica la capacidad de decidir quiénes serían los gobernadores de los estados, los senadores, los diputados, etcétera, así como que contara con la fuerza para imponer toda una voluntad unificada en el Poder Legislativo, no derivaban del diseño constitucional, precisamente por eso eran metaconstitucionales.

Si uno observa y ahora que estuvimos en el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, pudimos ser testigos de otros textos constitucionales en el mundo, donde hay poderes ejecutivos mucho más fuertes que el mexicano, como el peruano y otros más en Latinoamérica.

El caso francés, donde por ejemplo el presidente puede imponer su agenda legislativa, es decir, tienen preferencia ciertas iniciativas presidenciales, mismas que deben ser dictaminadas en breve plazo por el Legislativo, lo que le da más poder al Ejecutivo, ya que puede decir al Legislativo: “yo no sé tú qué quieras tratar, pero primero vas a resolver lo que te estoy mandando, si quieres me lo niegas, pero primero me lo vas a resolver”. Eso le otorga un poder real sobre la agenda legislativa, y le da un rango superior al Ejecutivo sobre el Legislativo. En el derecho comparado existen otras ventajas de que disponen los ejecutivos, como poder gobernar por medio de decretos-leyes durante cierto tiempo si le mandan una iniciativa al Legislativo y este no la resuelve con celeridad. Si se atora la discusión, puede poner el Ejecutivo en vigor por ley y echar a andar su proyecto.

Estas preponderancias que se dan en algunos regímenes constitucionales al presidente de la República, no las tenemos en nuestro diseño constitucional y entonces lo que nos está pasando en este momento, es que ni opera el sistema antiguo hegemónico que le daba facultades metaconstitucionales al presidente por razones políticas, ni el sistema jurídico constitucional formal resuelve una dificultad o enfrentamiento entre los poderes. Desde el punto de vista estrictamente jurídico constitucional, no tenemos una solución para esta, digamos, igualdad de fuerzas entre el Ejecutivo y el Legislativo federal, que se ha producido con la alternancia.

Cuando el Poder Ejecutivo tiene a su favor una mayoría legislativa puede sacar adelante su proyecto, pero cuando no la tiene dicho proyecto aun cuando ha recibido un voto popular, se puede ver impedido por una decisión mayoritaria del Legislativo. Eso no quiere decir que el Legislativo esté obstruyendo deliberadamente el proyecto del Ejecutivo, sino más bien que ambos tienen un mandato que puede ser diferente.

En la última elección esto quedó de manifiesto, de ahí que sea necesario plantearse si debemos modificar el modelo de relación entre poderes. El PAN, por ejemplo, tenía una mayoría, re-

lativa, pero mayoría, en el Poder Legislativo federal como resultado de la elección del 2006; desde el punto de vista constitucional y político el pueblo le había dado un mandato al Ejecutivo electo por un partido y este contaba con un apoyo considerable desde el punto de vista del Poder Legislativo, que obligaría a la búsqueda de algunas alianzas con otros partidos para lograr una mayoría absoluta y sacar adelante el proyecto del Ejecutivo.

Curiosamente la alianza del Ejecutivo electo por el PAN, se dio en esa etapa con mayor frecuencia mediante el acercamiento hacia el PRI, que teóricamente es su opositor, pero así se resolvieron reformas como la relativa a ciertas garantías individuales que se modificaron en la reforma penal.

Entrando al terreno jurisdiccional, en lo personal me parece que ahí se dio un cambio de fondo, un cambio esencial, desde mi punto de vista negativo, para los derechos fundamentales de la gente, porque se redujeron las garantías individuales en lugar de expandirlas. La garantía que estaba expresamente señalada para la obtención de la libertad bajo caución desapareció como tal y se volvió más un derecho de la autoridad a través de la petición del Ministerio Público y de la decisión del juez; no se duda que las decisiones de los jueces sean correctas y válidas, pero queda muy claro que el derecho fundamental del individuo desapareció.

Antes solo bastaba acudir a la fracción I del artículo 20 de la Constitución y a la ley para ver el catálogo de delitos graves, entonces se sabía si se podía o no podía salir. Cuando la base de la libertad bajo caución era los cinco años como término medio aritmético, únicamente era necesario conocer la pena, si el término medio aritmético era superior a cinco años el acusado no podía estar en libertad, pero si era igual o inferior tenía el derecho de inmediato.

Actualmente lo que señala la Constitución es el catálogo de delitos en los cuales no procede la libertad bajo caución, pero en los demás “ahí veremos”, primero dependerá de si otros están o no en la lista de delitos graves señalada en la ley, y finalmente va a privar el arbitrio judicial, plenamente confiable desde el punto

de vista concreto, pero con la duda permanente de aquel que está sujeto a un proceso que no tiene un parámetro objetivo para saber si le van a conceder o no la libertad.

Además, se estableció un arraigo domiciliario que va contra la esencia de la garantía protectora de la libertad, por eso ahí sí hay un cambio de fondo, de la esencia misma de esa garantía protectora; se sabe que no es posible tener a nadie privado de la libertad más de tres días y que el juez deberá dictar un auto de formal prisión o no. Esa es la protección básica de la libertad, del liberalismo más elemental de la época de la Revolución francesa, incluso antes; dentro del marco de las instituciones que se dieron en Inglaterra desde el siglo XVII se proclamó la protección de la libertad individual; ahora tenemos un retroceso, ahora es al revés: se puede privar a alguien de la libertad por 40 días o más mientras se averigua si es o no responsable.

El arraigo original de tipo domiciliario solo era una retención en el domicilio, quizás una limitación dentro de cierto entorno: “no te puedes ir porque te estoy investigando, pero no te voy a privar de la libertad, vas a tener una limitación a la libertad, no una privación de la libertad”; ahora el arraigo es una privación absoluta de libertad.

En la misma reforma se consagró la incomunicación, facultando para aplicarla a “la autoridad competente”, ni siquiera a los jueces; puede ser el carcelero o la autoridad administrativa de una prisión quien decida si un procesado que solo en teoría tiene a su favor la presunción de inocencia, quede incomunicado.

Tal presunción de inocencia era un elemento teórico que se daba por entendido como parte del sistema penal; ya existía como un principio, ahora que la pusimos en la Constitución, se crearon paralelamente instituciones procesales que dejan sin efecto esa presunción porque al procesado que todavía es inocente formalmente, lo pueden incomunicar, no puede hablar ni con su esposa, ni con sus hijos, nada más con el defensor, y eso por decisión de la autoridad administrativa, porque la Constitución no señala que haya una garantía de participación judicial, ahí tenemos un cam-

bio de fondo, porque se modificó la esencia de la protección de la libertad individual. En rigor las condiciones jurídicas no estaban dadas, pero las políticas, derivadas de la creencia de que la criminalidad se puede disminuir suprimiendo garantías, sí se dieron.

No digo que sea inconstitucional porque no lo es, es constitucional ahora, que sea constitucional no quiere decir que sea justo y debido como decía Morelos. Hemos retrocedido en la protección de garantías individuales, pero ahí está en la Constitución y fue un cambio de fondo; esto viene a cuento porque decíamos que para esa finalidad, los partidos colaboraron en una alianza que hicieron el PRI y el PAN, creando las condiciones políticas para sacar el proyecto adelante.

Pero en muchos otros proyectos, ¿qué ocurre cuando a la mitad de un sexenio, como ahora pasó, el electorado retira la confianza al partido en el gobierno como en su momento se la retiró al PRI en el 2000? El pueblo tiene el derecho de retirarla cuando le venga en gana; de acuerdo con el artículo 39 constitucional, y cuando lo hace a la mitad del periodo del Ejecutivo, quitándole el respaldo del Legislativo, es viable interpretar que el pueblo rechaza el proyecto del Ejecutivo y promueve proyectos alternos en el Legislativo.

Los franceses resuelven esto bien con un sistema de semipresidencialismo, en donde el presidente nombra de hecho al primer ministro cuando tiene mayoría parlamentaria, pero si pierde dicha mayoría parlamentaria, se produce lo que los franceses — que son muy especiales para su terminología — denominan *cohabitación*, pues el gobierno tiene que cohabitar con la oposición y es la oposición quien nombra a un primer ministro para el desarrollo de un proyecto alternativo, apoyado por el voto de la gente.

Creo que jurídicamente nos está urgiendo una manera de resolver este problema. Un primer método sería dar más poderes al Ejecutivo y entonces estaríamos regresando, haríamos lo que estamos haciendo con la reducción de garantías individuales: volver constitucional lo que antes era metaconstitucional, para tener un Ejecutivo muy fuerte; yo no me inclinaría por esa



decisión, porque sería regresar y perder lo que se podía haber ganado con la alternancia democrática en el Poder Ejecutivo, pero debe optarse por una de dos soluciones jurídicas: o se fortalece el Poder Ejecutivo para que tenga instrumentos de control sobre el Legislativo, o se fortalece al Legislativo para que cuente con facultades tendentes a hacer valer una política alternativa frente al Ejecutivo, como el nombramiento de un jefe de gabinete o primer ministro.

Tal vez tenemos que movernos hacia un semipresidencialismo, donde el presidente tenga la capacidad de nombrar a un primer ministro que ejecute su política en todos los terrenos, respaldado por el Poder Legislativo, y si en un momento el presidente pierde esa mayoría porque el electorado no está de acuerdo con su modelo, entonces, son las fuerzas políticas del Legislativo quienes nombran a un primer ministro que ejecute el proyecto alterno. Hasta ahí llegaría el análisis jurídico formal.

Ahora vuelvo a la pregunta inicial y digo que jurídicamente sí existen condiciones; parece necesario ese cambio jurídico; pero al cuestionar si políticamente están dadas, la respuesta es no por una especie de primitivismo que todavía está presente en nuestra vida política, donde las estructuras jurídicas de la Constitución dieron pie a la alternancia y a la pluralidad, pero no han sentado las bases para una cultura jurídica de toma de decisiones en el Poder Legislativo, que es lo que sostiene, por ejemplo, al parlamentarismo.

En el parlamentarismo los partidos que tienen plataformas afines se ponen de acuerdo para un modelo alternativo al que esté en su momento y lo pueden cambiar mediante una decisión mayoritaria del Legislativo, incluso durante la gestión del Ejecutivo.

Por eso considero que no están dadas las condiciones políticas; no tenemos una definición ni cultural, ni ideológica de las fuerzas políticas en el Poder Legislativo. Teóricamente, solo teóricamente, si uno analiza las plataformas políticas del PRI y del PRD, uno pensaría que entre estos partidos es posible construir un

proyecto más o menos común y ponerlo como una alternativa de gobierno. Pero cuando se verifican las correlaciones concretas de los factores reales de poder que están vinculados a ciertos grupos del PRI o del PRD y se revisa la historia de confrontaciones, incluso de enemistades y agravios personales entre sus miembros, la vinculación entre dichos partidos que, ideológicamente, en un Estado parlamentario hipotético se daría casi naturalmente, aquí sería prácticamente imposible.

La alianza, acercamiento o coalición entre fuerzas como el PRD y el PAN, cuyas posiciones son incompatibles, en otra parte del mundo sería antinatural, y en cambio aquí de repente aparece como perfectamente viable en Oaxaca, donde se dice que habría una alianza por razones electorales entre el PAN y el PRD.

Si uno revisa las plataformas políticas de tales partidos, encuentra profundas diferencias. Bastaría preguntarle a alguien del PRD o del PAN qué piensa en materia del aborto, y tendríamos dos respuestas totalmente extremas; sin embargo, se muestran capaces de entrar en una especie de —no quisiera llamarlo contubernio— digamos eufemísticamente: unificación, para una tarea política electoral concreta. Entonces nos está ganando lo pragmático que impone una camisa de fuerza y evita lo que podría ser la conformación y de mayorías ideológicamente unificadas o por lo menos afines que sacaran adelante otro proyecto de gobierno distinto al que está propuesto desde el Ejecutivo

Esa es, en síntesis, una somera respuesta que me atrevo apenas a insinuar a la pregunta de si están dadas las condiciones para un cambio constitucional de fondo. En ciertos casos se han dado las condiciones jurídicas y políticas para hacer algunos cambios importantes —no siempre a mi juicio para bien—, por ejemplo, la reforma en materia de garantías aplicadas al proceso penal. Hay otros casos en que aun existiendo un espacio jurídico formal donde están dadas las condiciones y se necesitan los cambios, la correlación de las fuerzas políticas y de la cultura política del país, que son factores reales de poder, no los hacen factibles, y corregir eso va a ser quizá tarea de los jóvenes.

Yo siempre concluyo estas pláticas invitando a los jóvenes que están estudiando a que se interesen por la política, porque es un problema serio del país. No hay que despreciar la política, porque es en el campo de la política donde se va a resolver eso y mientras más personas participemos en ella e incidamos con claridad en lo que queremos para el país, será más fácil salir del problema que tenemos. En un ambiente donde hay depresiones económicas, donde no es fácil acceder al trabajo, donde la preparación académica como la que ustedes están recibiendo ya no es desgraciadamente una garantía de ascenso social y de acceso al mundo laboral, los cambios políticos e institucionales serán determinantes para su vida futura.

Yo les invito a que participen de estas reflexiones e intervengan en los temas políticos, se formen una idea de lo que hay que hacer y propicien una elevación de nuestra cultura política, que actualmente nos está impidiendo resolver el problema estructural de nuestra Constitución del que me he ocupado, y mientras más tardemos en resolverlo, vamos a enfrentar dos grandes riesgos, ya sea la parálisis en la que nos estamos hundiendo o en un escenario todavía peor, la desestabilización política y social que nos haría perder lo poco que hemos ganado.

Pero dejemos ese escenario ominoso y sombrío, pues al verlos aquí a ustedes presentes en un auditorio poniendo atención a esta plática, me inclino al lado positivo; México, por ustedes, va a salir adelante.



# EL FUNDAMENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Miguel CARBONELL\*

Al destacado constitucionalista Jorge  
Carpizo, maestro y amigo.

SUMARIO. I. *Introducción: justificar y aplicar los derechos.* II. *Justificaciones de la libertad de expresión.* III. *El argumento sobre el descubrimiento de la verdad.* IV. *El argumento de la auto-realización.* V. *El argumento de la participación democrática.* VI. *El contenido de la libertad de expresión.*

## I. INTRODUCCIÓN: JUSTIFICAR Y APLICAR LOS DERECHOS

Fue Norberto Bobbio quien sugería que, en nuestro tiempo (caracterizado por el propio Bobbio como el “tiempo de los derechos”), no hacía falta preguntarse por el fundamento de los derechos, sino que el esfuerzo teórico y político debía dirigirse hacia su efectiva aplicación. “El problema de fondo relativo a los derechos —afirmaba Bobbio— es hoy no tanto el de *justificarlos*, sino el de *protegerlos*. No es un problema filosófico, sino político”.<sup>1</sup>

\* Doctor en Derecho. Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Bobbio, Norberto, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997, p. 16.

La afirmación es cierta, pero no creo que en América Latina podamos darnos el lujo de dejar de ofrecer buenos a favor de ciertos derechos. Argumentos que puedan justificarlos en nuestras sociedades profundamente conservadoras, profundamente afectas al autoritarismo que ha gobernado la región durante siglos. Justificar los derechos tiene pleno sentido en América Latina, sin que ello vaya en demérito de la permanente exigencia sobre su efectiva aplicación. No son cuestiones que deban estar reñidas siempre y en todo momento.

En las páginas siguientes se exponen tres distintos argumentos que sirven para explicar, con mayor o menor provecho, por qué la libertad de expresión es importante para cualquier democracia constitucional. En el apartado final de este breve ensayo se aportan algunas consideraciones acerca del objeto que protege la libertad de expresión y que nos permite distinguirla de otros bienes tutelados constitucionalmente.

## II. JUSTIFICACIONES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Sobre la libertad de expresión, partiendo de una óptica filosófica más que normativa, podríamos preguntarnos: ¿qué justifica que debemos proteger la libertad de expresión? ¿Por qué debe una persona tener el derecho de expresar un punto de vista con el que no estamos de acuerdo? ¿Qué valor importante se tutela al permitir a ciertos sujetos defender ideas que sabemos que están equivocadas o son contrarias a la evidencia científica disponible? ¿Por qué debemos permitir que las personas adultas se alleguen de material que consideramos obsceno o que difunde valores contrarios a nuestras creencias más íntimas o esenciales?

Hay al menos tres distintos tipos de justificaciones de la libertad de expresión, o tres grandes tipos de argumentos que sirven para fundamentar su importancia:<sup>2</sup> a) el argumento sobre el des-

<sup>2</sup> Barendt, Eric, *Freedom of speech*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2007.

cubrimiento de la verdad; *b*) el argumento de la auto-realización personal, y *c*) el argumento de la participación democrática. Veamos, aunque sea a grandes rasgos, qué propone cada una de estas aproximaciones.

### III. EL ARGUMENTO SOBRE EL DESCUBRIMIENTO DE LA VERDAD

La verdad es un concepto o un objeto que suele ser valorado positivamente en las sociedades contemporáneas. Algunos pensadores le reconocen a la verdad un valor autónomo, mientras que otros la defienden a partir de postulados utilitaristas: la verdad sería algo valioso en la medida en que permitiría el progreso de la sociedad y el desarrollo humanos. Ahora bien, para llegar a descubrir la verdad, en la medida en que esto sea humanamente posible, es necesario poder discutir todos los elementos relevantes, dejando que cualquier persona se exprese sobre un cierto tema.

En este sentido, como lo dijo el gran juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes, debemos crear un “mercado de ideas”, donde cada una compita con las demás en una suerte de competición intelectual que nos acerque a todos a la verdad.<sup>3</sup>

El pasaje de Holmes en el que expresa su postulado del mercado de las ideas es el siguiente:

Si el hombre es consciente de que el tiempo ha dado al traste con muchas ideas enfrentadas, entonces se dará cuenta, aún más de lo que cree en los cimientos de su propia conducta, de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas; de que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que

<sup>3</sup> El postulado de Holmes sobre el “mercado de las ideas” se encuentra en su conocido voto disidente dentro del caso *Abrams versus US*, resuelto en 1919. Sobre esta idea puede verse, entre otros, Coderch, Pablo Salvador (dir.), *El mercado de las ideas*, Madrid, CEC, 1990.

entre en competencia con pensamientos contrarios; y de que la verdad es el único fundamento a partir del cual puede llegar a colmar sus aspiraciones sin riesgos ni peligros... tendremos que estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendan controlar la manifestación de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte... Únicamente una situación de inmediata y grave emergencia hace que no se pueda dejar que sea el tiempo el que haga rectificar a quienes incitan el mal.<sup>4</sup>

El argumento de la verdad como vía para defender la libertad de expresión parece ajustarse a patrones claros de racionalidad: ¿cómo podré dar con la verdad si no escucho todos los elementos que pueden ser relevantes para formar mi propio criterio? ¿Cómo podemos saber si tal o cual postulado es cierto si no tenemos a la vista todas las circunstancias o puntos de vista que sean pertinentes? Este tipo de razonamiento se aplica incluso en los procesos judiciales, en los que la búsqueda de la verdad legal se emprende a partir de una serie de reglas formales y sustanciales que nos indican, entre otras cuestiones, que el juez debe escuchar a las partes y que estas tienen el derecho de aportar ante el órgano judicial todos los elementos de convicción que sean oportunos para el caso concreto que se está ventilando.<sup>5</sup>

Ahora bien, el elemento de la verdad no puede servir para justificar por sí solo el derecho de libertad de expresión. En efecto, puede haber cierta información que sea verdadera, pero que no pueda ser dada a conocer; es el caso de la información relativa a la vida privada de las personas. Aunque una información de ese tipo sea verdadera, el darla a conocer está prohibido en la mayor parte de los Estados democráticos.

Por otro lado, algunos especialistas en el tema han señalado que una debilidad de este argumento es que una discusión libre

<sup>4</sup> He tomado la traducción de los pasajes transcritos de Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, BOE, 2005, p. 191.

<sup>5</sup> Ver sobre este punto el análisis de Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.



no necesariamente permite llegar a la verdad.<sup>6</sup> Para ello sería necesario no solamente dicha libertad, sino también que los participantes en el debate lo hicieran de forma desinteresada, poniendo a un lado sus argumentos y actuando de buena fe respecto de las posturas contrarias. Esto no siempre se verifica en la práctica, como cualquier observador de la política contemporánea puede atestiguar.

Por otra parte, en la actualidad el “mercado de las ideas” que postulaba Holmes quizá no esté abierto para todos. Hay personas que tienen la capacidad de hacerse oír por sus semejantes, mientras que otras no tienen acceso a los canales de difusión del pensamiento y deben contentarse con transmitir sus puntos de vista a las personas que tienen cerca. La accesibilidad al mercado tiene poco que ver con el contenido de verdad de las ideas que cada persona defiende; puede haber ideas verdaderas que simplemente no figuren en el debate público, mientras que otras —que son falsas— se diseminan con gran amplitud.

Finalmente, el argumento de la verdad parte de una idea que difícilmente es verificable: aquella que sostiene que todos los participantes en el debate público van a sostener posturas e ideas racionales. El postulado del interlocutor racional como participante activo o pasivo del mercado de las ideas puede ser puesto en cuestión.

Ahora bien, pese a sus defectos, el argumento que se basa en la búsqueda de la verdad para defender la libertad de expresión es interesante, ya que nos permite defender una idea valiosa (la verdad) y porque da lugar a regulaciones jurídicas que permiten e incluso fomentan el pluralismo informativo, de modo que todas las ideas puedan llegar al menos a ciertos destinatarios. De la misma forma, el valor de la verdad permite determinar algunos límites a la libertad de expresión; por ejemplo, en muchos países democráticos están prohibidas las expresiones comerciales que se alejen de la verdad o que difundan entre el público ideas fraudulentas sobre un cierto producto.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 7-13.

#### IV. EL ARGUMENTO DE LA AUTO-REALIZACIÓN

La libertad de expresión permite realizarnos como personas, al propiciar nuestro crecimiento intelectual y moral. Al estar expuestos a una diversidad de ideas, pensamientos, noticias e informaciones, podemos ir forjando nuestra propia personalidad y delimitando los ideales que han de guiar nuestra existencia. La libertad de expresión nos permite ser individuos más maduros y reflexivos, con lo cual nos beneficiamos nosotros, pero también beneficiamos a la sociedad en la que vivimos. En parte, la libertad de expresión que ejercemos tanto en calidad de emisores como en calidad de receptores nos puede acercar al ideal de vivir una vida feliz. La libertad de expresión, en este sentido, sería un elemento productor de felicidad. Por eso es que debemos defender la libertad de expresión, incluso de forma preferente frente a otros derechos.

Ahora bien, como pasa con el argumento de la búsqueda de la verdad, el argumento de la auto-realización personal tampoco puede ser utilizado de manera aislada para justificar cualquier ejercicio de la libertad de expresión.<sup>7</sup>

Por ejemplo, este argumento no nos permitiría justificar que también las llamadas personas morales o personas jurídico-colectivas —por ejemplo, los partidos políticos— tuvieran derecho a la libertad de expresión (lo que se reconoce en la mayor parte de países democráticos del mundo). Las personas colectivas no pueden tener conciencia moral y, en esa medida, no pueden aspirar a algo así como la “auto-realización”, que es más bien un privilegio de las personas individuales.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer que el argumento de la auto-realización pone de manifiesto la relación que existe entre libertad de expresión y autonomía moral de las personas. La libertad de expresión nos permite forjar nuestros propios planes de vida, al allegarnos de información útil para establecer prioridades vitales o para descartar formas de conducta que consideramos equivocadas.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 13-18.

Este tipo de argumento nos permite distinguir entre aquella información que es relevante para configurar nuestras ideas morales y políticas, y aquella otra que es de carácter técnico y que, en ciertos supuestos, puede ser dañina para los demás. Así, por ejemplo, cualquier sistema democrático aceptaría que es una limitación adecuada a la libertad de expresión que se impida dar a conocer a través de Internet la manera en que se puede fabricar una bomba nuclear. Ese tipo de información puede ser relevante para ciertos sujetos (e incluso para su auto-realización como personas), pero no puede ser permitida en virtud de su potencial de daño hacia otros derechos relevantes y hacia la auto-realización de los ideales de vida de otras personas.

## V. EL ARGUMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

La democracia moderna supone y exige la participación democrática de todos los habitantes adultos del país de que se trate. Para que esa participación no sea meramente testimonial, sino efectiva y plena de contenidos, es necesario que exista libertad de expresión como requisito previo para la generación de un debate público que sea “abierto, desinhibido y robusto”, para retomar los conceptos escritos por el juez William Brennan en la sentencia *New York Times* versus *Sullivan*. Este tipo de argumentos es secundado, entre otros, por los defensores de la democracia deliberativa, que entienden al debate público como un componente muy relevante del sistema democrático.<sup>8</sup>

La libertad de expresión y su ejercicio permiten a los ciudadanos comprender los asuntos de relevancia política y participar ampliamente en la construcción de cualquier sistema democrático.

<sup>8</sup> Ignacio Villaverde sostiene que la vigencia de los postulados de Brennan es absoluta en nuestro tiempo. Creo que tiene mucha razón. Ver su texto “Hacia un nuevo paradigma constitucional de las libertades de expresión e información”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa-CNDH, 2004, pp. 1-12.

La libertad de expresión permite desarrollar el esencial principio democrático de la rendición de cuentas, hacer visibles los actos del gobierno y discutir sobre las mejores alternativas en materia de políticas públicas.

La libertad de expresión permite alimentar las campañas partidistas, confrontar las ideas de los candidatos, ejercer la crítica contra los malos funcionarios, proponer modelos más funcionales en la forma de gobierno, etcétera.

Ahora bien, igual que sucede con los dos tipos de argumentos que ya hemos examinado, tampoco el argumento de la participación democrática nos puede servir para dar fundamento, por sí solo, a la libertad de expresión. En efecto, hay ciertas modalidades expresivas que no guardan relación con la democracia y con la participación política, pero que se consideran merecedoras de protección jurídica.

Es el caso de la protección que reciben los discursos artísticos, las novelas, la poesía, el material con contenidos sexualmente explícitos o la publicidad comercial. Todo ello está protegido, con independencia de que sea relevante para la participación democrática de los ciudadanos.

Incluso más: en democracia se protege también el discurso que propugna por la abolición del propio régimen democrático y de todas sus instituciones. La disidencia radical, la disidencia anti-democrática, merece ser protegida y debe tener un lugar dentro del debate público contemporáneo. Sofocar ese tipo de discursos, aunque existan evidentes razones para demostrar su falsedad o impertinencia, nos acercaría a un terreno que ninguna democracia debe permitir, salvo casos excepcionales: el de la censura previa por razones de contenido del discurso. Bajo el paraguas de la democracia deben caber todos los discursos y todos los interlocutores, por equivocados que sean sus argumentos, y salvo los límites que señalaremos más adelante.

La libertad de expresión es lo que permite que las posturas políticas que en algún momento son minoritarias puedan convertirse en mayoritarias. Esto es lo que da lugar, llevado al terreno

de lo partidista, a la alternancia en el gobierno, rasgo que es consustancial a la práctica del Estado democrático. Los partidos que hoy en día son minoría pueden expresar su crítica al gobierno y ofrecer a los ciudadanos las propuestas alternativas que consideren más adecuadas. Los ciudadanos podrán valorar esas propuestas y darle a ese partido su respaldo a través del sufragio. De esa manera la libertad de expresión contribuye de forma significativa y concreta al desarrollo democrático.

Una muy elocuente defensa de la libertad de expresión, por su valor para la solidez del régimen democrático, puede verse en el voto particular que hizo el juez Louis Brandeis, de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso *Whitney versus California*, resuelto en 1927. Se trata de un pasaje más o menos largo, pero que vale la pena transcribir en su integridad tanto por su belleza literaria como por la claridad con que su autor anuda la libertad de expresión con el sistema democrático. Las palabras del voto de Brandeis fueron las siguientes, en la parte que ahora interesa:

Quienes ganaron nuestra independencia creían que el propósito último del Estado era dar a los hombres libertad para desarrollar sus facultades, y que en su gobierno las fuerzas deliberativas debían prevalecer sobre las arbitrarias. La libertad para ellos tenía un valor como medio y como fin. Creían que la libertad era el secreto de la felicidad; el coraje, el secreto de la libertad. Creían que la libertad de pensar lo que se quiera y de decir lo que se piensa son medios indispensables para el descubrimiento y la propagación de la verdad política; que sin libertad de expresión y de reunión, el debate sería fútil; que con ellos el debate normalmente ofrece protección adecuada contra la diseminación de doctrinas perniciosas; que la mayor amenaza a la libertad es un pueblo inerte; que el debate público es un deber político; y que esto debe ser el principio fundamental del gobierno norteamericano. Reconocían los riesgos que corren todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no se puede garantizar solamente por el temor al castigo cuando ha sido infringido; que es aventurado oponerse al pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el temor engendra represión; que la represión engendra odio; que

el odio amenaza la estabilidad del gobierno; que el sendero de la seguridad se encuentra en la oportunidad de discutir libremente supuestos agravios y los remedios que se propongan; y que el mejor remedio para un mal consejo es uno bueno. Creyendo como creían en el poder de la razón aplicada por medio del debate público, desecharon el silencio impuesto por la ley, que es la peor forma en que la fuerza se vuelve un argumento...

El temor de daño grave no basta por sí solo para justificar la supresión de la libertad de expresión y de reunión. Los hombres temían a las brujas y quemaban mujeres. La función de la expresión es liberar al hombre de los grilletes del miedo irracional...

Quienes ganaron nuestra independencia con una revolución no eran cobardes. No temían los cambios políticos. No exaltaron el orden a expensas de la libertad. Para esos hombres valerosos, confiados en sí mismos y en el poder de la razón aplicada libremente y sin miedo a través del gobierno popular, ningún peligro que emane de la expresión puede considerarse claro y presente, a menos que la incidencia del mal que se teme sea tan inminente que pudiera materializarse antes de que hubiera ocasión de debatirlo a fondo. Si hubiese tiempo para exponer al debate las falsedades y falacias, para evitar el mal a través de la educación, el medio que tendría que aplicarse no es el del silencio sino el de mayor expresión. Esa ha de ser la regla, si la autoridad ha de conciliarse con la libertad. Ese es, en mi opinión, el mandato de la Constitución.<sup>9</sup>

Como puede verse, Brandeis en realidad conjuga elementos de los tres diferentes tipos de argumentaciones que se suelen esgrimir en defensa de la libertad de expresión: se refiere a la verdad, se refiere a la realización del destino individual y colectivo, y

<sup>9</sup> Algunos autores se han preguntado por el origen de la inspiración de Brandeis; se han cuestionado de dónde extrajo estos conceptos, que se han convertido en una referencia clásica en el entendimiento contemporáneo de la libertad de expresión y de su importancia para el sistema democrático; algunos han encontrado sus raíces remotas en la Oración Fúnebre pronunciada por Pericles en Grecia, durante el siglo V, a. C.; para una reflexión sobre este asunto ver Lewis, Anthony, *Ninguna ley. El caso Sullivan y la Primera Enmienda*, Miami, SIP, 2000, p. 76.

se refiere a la importancia de debatir pública y libremente sobre los asuntos de interés general para que un país sea democrático. Se trata de afirmaciones que, además de su hondura filosófica, son útiles para comprender la manera en que la libertad de expresión debe ser protegida por los textos constitucionales y por las personas encargadas de su aplicación.

## VI. EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Los anteriores apartados nos han permitido reflexionar someramente sobre los fundamentos filosóficos de la libertad de expresión y sobre la forma en que se pueden proyectar al funcionamiento de los modernos Estados constitucionales. Hemos hablado de conceptos como los de “verdad”, “auto-realización” y “democracia”; hemos destacado la importancia de aproximarse libremente a los temas que interesan a los ciudadanos, el valor de los procedimientos discursivos para asignar consecuencias jurídicas a nuestras conductas, la incidencia de los debates abiertos sobre las preferencias personales para realizar distintos planes de vida, etcétera. De esta manera, estamos listos para pasar a la última cuestión, que es la referida al tipo de actos que protege la libertad de expresión y la manera en que podemos distinguirlo de otras manifestaciones de la conducta humana.

Hablamos o escribimos con frecuencia sobre la libertad de expresión, pero pocas veces nos detenemos a pensar en cómo se delimita el objeto mismo que protege esa libertad. Estamos de acuerdo en que la libertad de expresión y la libertad de prensa deben estar protegidas, puesto que son derechos fundamentales. Estamos igualmente de acuerdo en que tales libertades merecen una tutela judicial incluso obsequiosa, en vista de la “posición preferente” que tienen respecto a otros derechos fundamentales. Pero no tenemos la misma claridad cuando se trata de preguntarnos por el objeto mismo de esa deferencia: ¿qué es la expresión y cómo podemos diferenciarla de otras manifestaciones de la conducta humana?

Contestar a esa pregunta presupone la construcción de una teoría filosófica de la libertad de expresión; su simple exposición excede con creces el objeto del ensayo, por lo que nos limitaremos a apuntar algunas distinciones más o menos conocidas, las cuales vienen a servir de complemento de las ideas que, a modo de una suerte de fundamento, se expusieron en las páginas precedentes. De las respuestas que seamos capaces de dar a las cuestiones planteadas dependerá en parte la construcción de una teoría de los límites a la libertad de expresión, puesto que un primer elemento para tal construcción depende precisamente de la delimitación que podamos hacer del objeto jurídico tutelado, ya que cualquier conducta que se ubique fuera de ese perímetro estará sujeto a otro tipo de protección o quizá a ninguna.<sup>10</sup>

El punto de partida para indagar sobre nuestro objeto de investigación es distinguir entre los actos de la conducta humana que son puramente expresivos y aquellos que se proyectan como “conductas materiales” exteriores y verificables. Es decir, por un lado tendríamos las expresiones del pensamiento, ya sean orales, en forma escrita o en cualquier mecanismo que recoja imágenes o expresiones (discos, diskettes, emisiones televisivas, etcétera), y por el otro aquellas conductas que realizamos cotidianamente y que comportan movimientos físicos que, de una u otra manera y con distinto alcance, cambian el mundo a nuestro alrededor.

En principio, las conductas puramente expresivas serían el objeto de tutela y protección de los derechos fundamentales de expresión e imprenta (recogidos, por citar un ejemplo, en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución mexicana).<sup>11</sup> Esto quiere decir que, como regla general, las expresiones que emitamos estarían jurídicamente protegidas, cualquiera que sea su contenido y cualquiera que sea la forma de transmisión de las mismas.

<sup>10</sup> Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites a la libertad de expresión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

<sup>11</sup> Una interpretación de tales artículos puede verse en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2009, pp. 367-475.



Sin embargo, hay que considerar que a esta regla general se le oponen diversas restricciones y limitaciones, incluso desde un punto de vista teórico y no solamente normativo. Una primera consideración debe hacerse respecto de aquellas expresiones que, siendo tales, incitan a la realización de conductas. El ejemplo que se suele citar en este caso es el que puso, nuevamente, Oliver Wendell Holmes en su voto del caso *Schrenk*, cuando dijo que si alguien grita “¡fuego!” en un teatro abarrotado no está ejerciendo su libertad de expresión solamente, sino que está poniendo en peligro la integridad física de quienes se encuentran en su interior, pues es probable que al escuchar dicha expresión la gente se levante y comience a correr hacia la salida.

Hay otros ejemplos de expresiones incitatorias que, siendo expresiones, tienen efectos conductuales más o menos directos y pueden dar lugar ya no a la protección de las mismas, sino a la determinación de responsabilidades jurídicas para quienes las emitan. Así, por ejemplo, la libertad de expresión probablemente podría amparar que una persona emitiera su punto de vista en la calle acerca de la inferioridad de cierto grupo racial, pero si esa misma persona incita a sus oyentes a ir detrás de un miembro de esa raza supuestamente inferior y a pegarle, entonces no estará protegido por la libertad de expresión, sino que con mucha probabilidad será considerado responsable de una conducta sancionada penalmente.

Scanlon nos ofrece otros ejemplos de conductas expresivas que, siendo tales, despliegan ciertos efectos dañinos hacia bienes jurídicamente protegidos y, en esa virtud, pueden ser sancionadas.<sup>12</sup> Por ejemplo, nos dice este autor, no está amparada por la libertad de expresión la comunicación del ladrón del banco que le extiende un papel al cajero pidiéndole todo el dinero que tiene. Tampoco está amparada en la libertad de expresión la difusión de una sencilla fórmula por la cual, a partir de elementos simples

<sup>12</sup> Scanlon, Thomas, “Teoría de la libertad de expresión”, en Dworkin, Ronald (comp.), *La filosofía del derecho*, México, FCE, 1980, pp. 285 y ss.

como los que se encuentran en la mayoría de los hogares de México o de otros países, se pudiera fabricar una bomba; si alguien da con esa fórmula no podría subirla a Internet, por ejemplo. Y si lo hace estaría incurriendo en una conducta prohibida en ciertos países.

LA CÁTEDRA DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
“JORGE CARPIZO” EN EL MARCO  
DEL TEMPERAMENTO ARTÍSTICO,  
JURÍDICO Y FEDERALISTA DE JALISCO

Javier PATIÑO CAMARENA\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El tránsito de un federalismo virtual o formal a un federalismo participativo o real.* III. *Razón de ser de la existencia de un Poder Constitucional Reformador.* IV. *Consideraciones en torno a las denominaciones que se le han dado al mecanismo ideado para reformar la Constitución.* V. *Semejanzas y diferencias del Poder Constitucional Reformador con el Poder Constituyente y con los poderes constituidos.* VI. *Directrices fundamentales en materia de reformas a la Constitución.* VII. *Los principales modelos para la integración del Poder Constitucional Reformador.* VIII. *El mecanismo de reforma constitucional adoptado por las Constituciones mexicanas.* IX. *El mecanismo de reforma constitucional adoptado por la Constitución federal de 1917.* X. *Interrogantes que plantea el mecanismo de reforma a la Constitución.*

I. INTRODUCCIÓN

En primer término quiero agradecer a los organizadores de este importante evento el que me hayan invitado a formar parte del mismo, ya que estoy consciente de la alta significación académica que tiene el mismo.

\* Doctor en Derecho. Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Extitular de la FEPADE.

Si se me pidiera que definiera con tres trazos a Jalisco, lo haría diciendo que es tierra de artistas, juristas y federalistas, y estas tres características se hacen presentes en este acto porque reviste un especial significado el que en este extraordinario “paraninfo”, esta tierra de juristas haya decidido organizar la “Cátedra Jorge Carpizo”, ya que con ello se rinde homenaje a este destacado jurista campechano contemporáneo que ha hecho aportaciones por demás significativas en el terreno constitucional, y de manera singular en el campo de los derechos humanos y en el terreno federal.

Que Jalisco es tierra de tierra de temperamentos artísticos lo prueba el hecho de que pocos estados pueden enorgullecerse como Jalisco de contar con pintores de la talla de Gerardo Murillo, el doctor Atl, célebre por sus pinturas alusivas al nacimiento y crecimiento del volcán Parícutín; de María Izquierdo, que en sus cuadros de circo de provincia dejó trazos de una mexicanidad genuina; de Chucho Reyes, el pintor lírico del alma romántica del pueblo, que en papel de china y de estraza hizo quikiriquear a sus gallos, relinchar a sus caballos y anunciar el estallido de sus judas, y al que Ghagall consideraba como su homólogo mexicano; pero también es la tierra de Raúl Anguiano, al que se ha llamado el pintor de las etnias y de los rostros sociales de México; de Juan Soriano, el pintor de diversos estilos y autor de varias esculturas monumentales y emblemáticas de diversos recintos culturales de México, que recibió el Premio Velásquez de las Artes 2005; de Jesús Guerrero Galván, de Roberto Montenegro, de Carlos Orozco Romero, de Jorge González Camarena, de Gabriel Flores, que en la Biblioteca Pública del Estado, pintó “El Párnaso de Jalisco”; de Guillermo Chávez Vega, que en 1976 en el Foro de Arte y Cultura pintó un mural sobre las Constituciones de México; pero sin lugar a dudas que entre esta pléyade de pintores ocupa un lugar privilegiado José Clemente Orozco, que en diversos murales tanto de la capital de la República como en el Palacio de Gobierno de Jalisco, en el paraninfo de esta Universidad de Guadalajara y en el Hospicio Cabañas plasmó alegorías alusivas a la Conquista,

al México mestizo, a la Revolución y a la justicia, y con quien nos maravillamos al contemplar en la Capilla Orozquiana del Hospicio Cabañas al hombre envuelto en el fuego de su propia condición, por lo que quienes lo hemos visto lo retenemos gravado en la retina como una de las más afortunadas alegorías del humanismo

Pero Jalisco no solo es tierra de temperamentos artísticos, sino tierra de notables juristas, como lo prueba el hecho de haber contado con abogados de la talla de Prisciliano Sánchez y de Francisco Severo Maldonado, que vinieron a significarse como los primeros tratadistas del federalismo en México; de Tadeo Ortiz de Ayala, que formó parte del grupo de liberales visionarios que estaban conscientes de que la consolidación de la Independencia de México requería afirmar la identidad nacional, organizar la vida institucional y formular un programa de desarrollo económico y social que hiciera posible mejorar en términos generales y específicos la economía del país, todo lo cual quedó plasmado en su obra *México considerado como nación independiente y libre o sean algunas indicaciones sobre los deberes más esenciales de los mexicanos*.

Otros notables juristas jaliscienses del siglo XIX fueron Valentín Gómez Farías, artífice de la llamada pre-Reforma, ya que adoptó diversas medidas legislativas que partieron de la consideración de que se debe distinguir la iglesia como cuerpo místico, de la iglesia como asociación política; también dejó su impronta en el ámbito nacional Mariano Otero, autor del voto particular del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 a través de la cual se restableció la vigencia de la Constitución Federal de 1824 y que, por lo mismo, es considerado como uno de los creadores del juicio de amparo y que además se significó como un notable promotor del sistema de elección directa en nuestro medio; en esta relación de juristas destacados también se debe hacer mención a Ignacio Luis Vallarta, que a finales del siglo XIX ejerció la magistratura, de tal suerte que le confirió peso, rango y jerarquía a la Suprema Corte de Justicia.

En el movimiento revolucionario de principios del siglo XX tuvo una participación destacada Luis Manuel Rojas, que pro-

nunció un viril “Yo acuso” a través del cual desenmascaró a los protagonistas del “Pacto de la Embajada” que fraguaron el golpe de Estado huertista, y quien años más tarde fue electo presidente del Congreso Constituyente de 1917; en estos años de efervescencia revolucionaria también destacó Manuel M. Diéguez, ya que durante su gestión como gobernador de la entidad promovió una serie de reformas laborales en las que se plasmaron varias de las reivindicaciones revolucionarias que más tarde fueron recogidas en la Constitución de la República federal mexicana de 1917.

Ahora bien, de entre todas estas aportaciones políticas y jurídicas a la forma de ser nacional, para los efectos de este evento resulta pertinente hacer una referencia un poco más detenida a las aportaciones que en el terreno de los hechos y en el campo teórico han hecho los jaliscienses a la estructura federativa de la República mexicana.

En el terreno de los hechos, cabe recordar que a principios del siglo XIX y en seguimiento de lo dispuesto por el Plan de Igualda y los Tratados de Córdoba, se convocó a un Congreso Constituyente que debería constituir a México como una monarquía constitucional. En dicho Congreso había tres corrientes, la borbónica, la republicana y la iturbidista, y si bien esta última era sensiblemente minoritaria, aprovechó el factor sorpresa y logró que se declarara a Iturbide primer emperador de México. En este estado de cosas, en 1823 Iturbide, contrariado por las críticas sistemáticas de varios constituyentes, los mandó apresar, y cuando el Congreso le exigió su libertad, optó por disolverlo, acto que fue considerado por los miembros de la corriente republicana como un “golpe de Estado,” razón por la cual a través del Plan de Veracruz exigieron el restablecimiento inmediato del Congreso, por lo que con el propósito de combatirlos mandó a los generales, Echévarri, Cortázar y Lobato que poco tiempo más tarde y como resultado de las maniobras de la Logia Escocesa emitieron el Plan de Casa Mata en el que consideraban que para resolver la delicada situación por la que atravesaba el país, se requería reinstalar de inmediato al Congreso disuelto.

En este estado de cosas y con estas ideas prevalecientes, el 27 de febrero de 1823 el general Quintanar, jefe superior de la Provincia de Guadalajara, se pronunció a favor del Plan de Casa Mata por considerar que su provincia era digna de mejor suerte que la que podía proporcionarle el gobierno central.

Cabe precisar, como lo hace Eucario López, que el general Luis Quintanar, a pesar de ser tenido como sospechoso de iturbidista y, por lo mismo, contrario a la República, abrazó con entusiasmo la causa federalista, como lo prueba el hecho de que para adoptar las medidas políticas que resultaran convenientes en ese momento, consideró su deber auscultar el sentir del pueblo, razón por la cual el 13 de mayo de 1823 giró una circular a todos los pueblos de la Provincia de Jalisco, explicando las ventajas de un gobierno constituido como República federada, y en dicha circular les pidió a todos los alcaldes y regidores que recogieran la opinión de los ciudadanos y le trasmitieran su sentir. Con las respuestas de los ayuntamientos, alcaldías y corregimientos se formaron dos cuadernos que muestran el sentimiento unánime de los pueblos de Jalisco por constituir en República federada lo que hasta entonces fuera la nueva Galicia. Estos cuadernos se conocen como *El Voto General de los Pueblos de la Provincia Libre de Xalisco* y sirvieron de base al solemne Bando del Capitán General del 21 de junio de 1823 en el que se declara la erección del Estado Libre de Xalisco.

En el referido Bando, el general Luis Quintanar partió de la consideración de que toda vez que se había desconocido al Congreso Constituyente, México carecía de gobierno central y la nación se encontraba, por así decirlo, en estado natural y que por ese hecho las diputaciones provinciales electas popularmente eran las únicas con existencia legal y poder autorizado para señalar el camino a seguir, concluyendo que el análisis de los votos expresados por los ayuntamientos de Jalisco ponía de manifiesto que estos se habían pronunciado, de manera inequívoca, a favor del federalismo.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Consúltese al efecto el *Voto General de los Pueblos de la Provincia Libre de Xalisco*, 1823, primer número de la Colección Jalisco en la Historia, a través del cual se

Los hechos referidos dieron como resultado que Iturbide restableciera al Congreso Constituyente, el cual tan pronto como pudo declaró la nulidad del Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba, “porque siendo el congreso soberano ningún plan o tratado puede señalarle al Congreso como debe de constituir a México”, hecho lo cual también resolvió la nulidad del imperio, y en un acto de congruencia también resolvió disolverse, puesto que ellos habían sido electos en el entendido de que deberían constituir a México como una monarquía constitucionalista y puesto que esta determinación resultaba inaceptable, se requería convocar a un nuevo Congreso Constituyente que sin límites de ninguna especie constituyera políticamente a México, y fue este nuevo Congreso el que poco tiempo más tarde promulgó el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de enero de 1824 y la Constitución Federal de octubre del mismo año.

En estos años, cuando se discutía en torno a la mejor forma de organizar al Estado mexicano, se dieron a conocer las obras de destacados jaliscienses, como lo fueron Prisciliano Sánchez que escribió *El pacto federal de Anáhuac* y Francisco Severo Maldonado que escribió *El Contrato de Asociación para la República de los Estados Unidos del Anáhuac*.

La obra del primero de inmediato se significó como de consulta obligada para todos aquellos que se interesaban por el estudio de esta forma de organización política. En su obra, Prisciliano Sánchez precisó que

...dentro del Sistema Federal, las provincias no se separan para ser otras naciones independientes en lo absoluto, sino que respecto a su gobierno interior se han pronunciado Estados Soberanos porque quieren ejercer éste sin subordinación a otra autoridad. Se independizan mutuamente para administrarse y, regirse por sí mismas, puesto que nadie mejor que ellas pueden hacerlo con mayor interés, con mayor acierto, y para esto tienen un derecho incontestable, así como lo tiene cada ciudadano para ser el señor

dio a conocer en 1973 una edición prologada por Eucario López, facsimilar de la publicada en 1823.



de su casa y sistematizar su régimen doméstico como mejor le acomode. Pero sin embargo, ellas aseguran que quieren permanecer como parte integrante del gran todo de la Nación de que son miembros, unidos por el vínculo indisoluble de la Federación, bajo una autoridad central que dirija la fuerza en masas, tanto para asegurar a todas y cada una de las agresiones extranjeras, como para garantizar su independencia recíproca.

En este mismo orden de ideas, Prisciliano Sánchez precisó que en un Estado federal cada entidad federativa debe proceder a darse la Constitución y leyes peculiares que sean más conformes a su localidad, costumbres y demás circunstancias, pero nunca deberán traspasar los límites de su objetivo interior, quedando en todo sujetas a las leyes de la Federación y a la Constitución general de la República.

Con base en el análisis de los hechos referidos, Jesús Reyes Heróles considera que en 1824 las realidades ya se habían inclinado por el federalismo, pues antes de que el Congreso Constituyente tomara alguna determinación, varias provincias (como en el caso Jalisco), en una u otra forma, se habían pronunciado por el sistema federal; de aquí que, al decir de Reyes Heróles, o el Congreso Constitucional reconocía este hecho o exponía el país a la disgregación.

El federalismo era el medio de unir lo desunido. De no haberse adoptado la decisión federal, México se habría balcanizado, varios países se hubieran desgajado del tronco común... El federalismo nos era connatural; realidades e ideas nos impulsaban a ser federales, y si el sistema federal no hubiera existido, seguramente lo habríamos tenido que inventar.

## II. EL TRÁNSITO DE UN FEDERALISMO VIRTUAL O FORMAL A UN FEDERALISMO PARTICIPATIVO O REAL

La estructura federativa delineada para la República mexicana por la Constitución de 1824, fue ratificada y confirmada

por las Constituciones de 1847, 1857 y 1917, razón por la cual se puede afirmar que una de las “ideas fuerza” de nuestra historia constitucional ha sido, es y seguirá siendo la consolidación de nuestro sistema federal. Sin embargo, en contra de este propósito, en la práctica ha operado un proceso centralizador que se ha dado tanto de la Federación respecto de los estados, como de los estados en relación con los municipios.

Pero esta forma de practicar el federalismo desde hace algunos años, ha entrado en la etapa no solo de los rendimientos decrecientes, sino también en la etapa de los rendimientos negativos y, por lo mismo, voces autorizadas han insistido en la necesidad de fortalecer las bases fundamentales del Estado federal.

En mi opinión, el fortalecimiento del pacto federal reclama, en primer término, que las autoridades federales no contemplen con desdén a las entidades federativas, sino que, por el contrario, deben tener presente, en todo tiempo, que las autoridades estatales y municipales son autoridades supremas dentro de sus respectivas órbitas competenciales.

Al respecto resulta pertinente precisar que muchas desviaciones de nuestro federalismo encuentran su origen en el hecho de que frecuentemente se explica al régimen federal como integrado por niveles de gobierno, lo que determina el que se le entienda en forma piramidal, y como resultado de ello se coloca al gobierno federal en la parte superior, al de los estados en la parte intermedia y a los gobiernos municipales en la parte inferior. Sin embargo, esta explicación choca con la naturaleza del sistema federal, ya que este se integra no por niveles, sino por órbitas competenciales concéntricas, razón por la cual las autoridades federales, las estatales y las municipales son autoridades supremas dentro de sus respectivas órbitas competenciales. De aquí que en una sana práctica federalista se deba partir del reconocimiento de que para un auténtico espíritu federalista no existen rincones y que entre más fuertes sean las partes que conforman a la Federación, más vigorosa será la unidad.

Es por ello que las reglas esenciales de un Estado federal son las que regulan la distribución de competencias entre los poderes de la Federación, de los estados y de los municipios, las relaciones entre esos órganos, su integración y funcionamiento, todas las cuales se encuentran establecidas en la Constitución federal que es, por lo mismo, la ley en la que se precisan los contornos del pacto federal.

Con base en estas consideraciones, se puede decir que de la naturaleza misma del Estado federal deriva el principio de supremacía constitucional sobre los poderes constituidos, ya sean de la Federación, de los estados o de los municipios.

Ahora bien, el fortalecimiento del sistema federal requiere que en respuesta a una de las aspiraciones más sentidas por los habitantes de las entidades federativas se aliente el establecimiento de polos de desarrollo a lo largo y a lo ancho de todo el territorio nacional y se fortalezca la participación de los gobiernos estatales y municipales en los programas de desarrollo regional, tareas en las cuales las autoridades locales, con una adecuada formación federalista, deben vigilar que en todo tiempo se respeten los derechos de sus respectivas entidades.

Ahora bien, toda vez que en el presente vivimos lo que podría llamarse un federalismo globalizado, ya que cada vez es más frecuente que se nazca en un lugar, que más tarde se estudie y trabaje en otras entidades federativas con las que se crean vínculos afectivos, razón por la cual se requiere que con el propósito de favorecer que todos seamos gestores del fortalecimiento de nuestro federalismo, las instituciones educativas promuevan el conocimiento respecto a la manera como cada entidad federativa ha contribuido a la forma de ser nacional, así como el que se conozca y respete su respectiva singularidad federativa para de esta suerte sentir como propio lo que suceda en cualquier rincón del edificio nacional.

Se trata de evitar que nuestra realidad federal sea la suma de 32 realidades diferentes que se desconocen unas a otras; en su lugar se debe alentar el que todo mexicano, con independencia

de su lugar de origen, considere como propio lo que ocurra en cualquier lugar de la República federal mexicana.

Cabe destacar que en 2010 la Constitución cumplió 93 años de vigencia e igualó la vigencia sumada de todas las constituciones anteriores.

### III. RAZÓN DE SER DE LA EXISTENCIA DE UN PODER CONSTITUCIONAL REFORMADOR

La estrecha vinculación que existe entre la realidad social y el derecho, exige que este último cuente con los mecanismos necesarios para que de manera institucional se recojan los cambios que la realidad social haga necesarios y sin que para ello resulte indispensable la ruptura del orden constitucional. De aquí que los ordenamientos jurídicos positivos configuren diversos mecanismos para reformar tanto las leyes ordinarias como la Constitución.

Las democracias representativas parten de la consideración de que le corresponde al Poder Constituyente, y solo a él, delinear, decir la idea de derecho de conformidad con la cual se debe constituir política y jurídicamente a una nación, en tanto que a los poderes constituidos les corresponde gobernar con apego a la Constitución elaborada por el Poder Constituyente y sin que en ningún caso y por ningún motivo se admita que los poderes constituidos puedan alterar o cambiar los términos de la Constitución en lo general o los términos de su responsabilidad institucional en lo particular; de aquí que se considere que los poderes constituidos para ser legales deben de ajustar su actuación a los principios y procedimientos establecidos por la Constitución.

Sin embargo, resulta claro que no se puede pretender que los términos que configuran la idea de derecho adoptada por el Poder Constituyente y los cuales se precisan en la Constitución, se proyecten inmóviles a través del tiempo, porque una Constitución estática que no recoja los cambios que la realidad exija como necesarios, estará condenada a perder su sentido y a dejar de ser

una fuerza normativa al servicio de la vida y se convertirá en una antigüalla jurídica, en un objeto de arqueología jurídica.

De aquí que toda Constitución, en tanto norma fundante de un ordenamiento jurídico, debe prever los mecanismos para su reforma o modificación, ya que de lo contrario para introducirle los cambios que se estimen necesarios, se requerirá sustituirla por otra que responda a las expectativas del momento.

En consecuencia, toda Constitución debe contar con mecanismos que permitan recoger los cambios que reclama la realidad, a efecto de armonizar en forma continua las formas políticas y jurídicas contenidas en la Constitución con las formas reales de vida, todo lo cual hace necesario que se configure un Poder Constitucional Reformador, perfectamente diferenciado del Poder Constituyente originario y de los poderes constituidos.

Con base en las consideraciones anteriores se puede decir que la salud de un régimen constitucional depende de que se logre un equilibrio entre la estabilidad y el cambio.

La Constitución debe ser estable, pero no debe convertirse en una pieza de arqueología jurídica.

La Constitución debe cambiar, pero sin que ello dé como resultado que se comprometa el principio de seguridad jurídica.

El equilibrio entre estabilidad y cambio se puede alcanzar por dos vías: la interpretación constitucional que puede ser por reiteración o por unificación, y la reforma constitucional.

#### IV. CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS DENOMINACIONES QUE SE LE HAN DADO AL MECANISMO IDEADO PARA REFORMAR LA CONSTITUCIÓN

Al mecanismo o poder legitimado para reformar a la Constitución, unos lo denominan Poder Constituyente Permanente, otros Poder Revisor, sin embargo, ninguna de estas denominaciones resulta satisfactoria ni afortunada, por lo que se propone denominarlo Poder Constitucional Reformador por las razones que se exponen a continuación.

La denominación Poder Constituyente Permanente no resulta satisfactoria, en primer término, porque parece conferirle un peso, rango y jerarquía mayor a la del Poder Constituyente propiamente dicho, que es un poder originario y el cual, por su propia naturaleza, tiene una existencia transitoria y fugaz; en segundo lugar, dicha denominación es criticable por inexacta, ya que dicho poder no tiene una existencia permanente, toda vez que su existencia es, en todo caso, intermitente, puesto que su presencia se concretiza solo cuando se pone en movimiento el mecanismo para reformar la Constitución, lo que puede tener lugar una o varias veces en un gobierno o no actualizarse este supuesto durante dicho término; en tercer término, la denominación Poder Constituyente Permanente resulta criticable por cuanto es una expresión que choca frontalmente con el principio de seguridad jurídica, ya que en caso de que existiera realmente un Poder Constituyente Permanente, ello iría en contra del principio de seguridad jurídica, ya que la ciudadanía no sabría a qué atenerse toda vez que la Constitución podría modificarse cotidianamente.

Otra denominación que se utiliza con frecuencia, es la de Poder Revisor, pero esta tampoco resulta satisfactoria, toda vez que su enunciado traduce la idea de un poder “corrector” de las decisiones adoptadas por el Poder Constituyente originario, lo que no corresponde a la realidad, ya que la actuación del llamado Poder Revisor no tiene por objeto “revisar” la obra del Poder Constituyente originario, sino que la razón de ser de su existencia deriva de la necesidad de introducirle a la Constitución los cambios que la realidad social exija como necesarios. Pero además, la denominación Poder Revisor induce a la confusión, ya que da lugar a que se piense que es un poder superior al Poder Constituyente originario, ya que quien revisa se coloca, por efectos de su actuación, en un plano superior respecto de quien es objeto de la revisión, lo cual no corresponde a la realidad, ya que el Poder Constituyente originario fue electo con el propósito claro de constituir políticamente a la nación, en tanto que los órganos con los que se integra al Poder Revisor fueron electos con el propósi-

to de “gobernar” con apego a la Constitución y, solo de manera excepcional, intermitentemente y actuando conjuntamente, pueden reformarla; por último, se puede decir que el término Poder Revisor resulta por demás desafortunado en los casos en los que a través de su actuación se adiciona la Constitución, pues las adiciones, por su propia naturaleza, no pueden ser consideradas como revisiones.

Es por ello que se considera que al mecanismo ideado para introducirle cambios a la Constitución se le debe denominar Poder Constitucional Reformador, ya que dicha denominación permite explicitar tanto su origen, que es la Constitución, como la función que le es propia, la cual consiste en reformar la Constitución con objeto de recoger los cambios que se estimen necesarios para armonizar en forma continua los principios contenidos en la Constitución con las formas reales de vida.

#### V. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DEL PODER CONSTITUCIONAL REFORMADOR CON EL PODER CONSTITUYENTE Y CON LOS PODERES CONSTITUIDOS

A efecto de estar en condiciones de precisar las semejanzas y diferencias que tienen el Poder Constituyente y el Poder Constitucional Reformador, se debe tener presente que el Poder Constituyente es un poder de decisión, no de ejecución; es un poder que antecede al Estado, puesto que es este poder el que lo crea, en tanto que los poderes constituidos son poderes de ejecución, son los órganos de expresión necesaria y continua del Estado, y su función esencial es la de gobernar con escrupuloso apego a los principios y procedimientos establecidos en la Constitución.

En este orden de ideas, se puede decir que el Poder Constitucional Reformador guarda una situación intermedia entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos, ya que se asemeja al primero por cuanto la actividad de uno y otro se traduce en la elaboración de normas constitucionales, pero se diferencian por cuanto el origen del Poder Constituyente es el pueblo actuando

en ejercicio de su soberanía, en tanto que el origen del Poder Constitucional Reformador es la Constitución elaborada por el Poder Constituyente, ya que en ella se precisan las bases para su creación.

De igual forma, se puede decir que el Poder Constitucional Reformador se asemeja a los poderes constituidos por su origen ya que en uno y otro caso su existencia se encuentra prevista en la Constitución elaborada por el Poder Constituyente, es decir, no son poderes originarios, sino secundarios, pero se diferencia de los poderes constituidos por su función, ya que en tanto que en el caso de los poderes constituidos su función es la de gobernar con apego a la Constitución, en el caso del Poder Constitucional Reformador su función es la de introducirle a la Constitución las reformas que resulten necesarias .

## VI. DIRECTRICES FUNDAMENTALES EN MATERIA DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN

Primera. La diferenciación entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos es un rasgo esencial de todo Estado social de derecho, razón por la cual es combatida por los partidarios de cualquier tipo de absolutismo.

Segunda. La titularidad del Poder Constituyente le corresponde al titular del poder soberano, el cual para el pensamiento democrático no es otro que el pueblo, es decir, la voluntad general, la mayoría.

Tercera. El Poder Constituyente es un poder originario, de definición política, al que le corresponde la función de “decir” la Constitución, en tanto que los poderes constituidos son poderes de ejecución, cuya función consiste en “gobernar” con apego a la Constitución.

Cuarta. La Constitución viene a significarse por ser la ley suprema a través de la cual se delinea el perfil político de la nación, por ser la ley a través de la cual se sientan las bases organizativas y funcionales del Estado, así como los términos del contrato social



con apego al cual los miembros de una comunidad han decidido vivir en sociedad.

Quinta. La diferenciación entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos ha dado como resultado la configuración del principio de supremacía constitucional, eje fundamental en el propósito de construir un Estado social y democrático de derecho, en el que se establecen diversos mecanismos que tienden a asegurar que en ningún caso los poderes constituidos puedan modificar la Constitución que los crea y regula.

Sexta. La estrecha vinculación que existe entre la vida y la Constitución hace necesario que esta última cuente con mecanismos que le permitan ajustar sus disposiciones a los cambios que la realidad haga necesarios.

Séptima. Toda Constitución debe aspirar a establecer un equilibrio entre estabilidad y cambio. Las Constituciones tienen que ser estables a efecto de que los integrantes del cuerpo social conozcan sus disposiciones y se encuentren en condiciones de exigir su invariable respeto y cumplimiento. Una Constitución meramente estable, pero sorda a los cambios que reclama la vida en sociedad, sería una pieza de arqueología jurídica.

Octava. El sistema adoptado por la Constitución mexicana vigente para reformar la Constitución responde al modelo americano o federal, conforme al cual para este fin se requiere de un mecanismo en el que intervienen tanto el Poder Legislativo federal, como los poderes legislativos estatales, que al actuar de manera concertada integran un nuevo poder al que se propone denominar Poder Constitucional Reformador, para de esta suerte explicitar tanto su origen, que es la Constitución, como su función, que es la de introducirle los cambios que la realidad social imponga como necesarios.

Novena. El PCR se asemeja al Poder Constituyente, por cuanto el ejercicio de la función de ambos da como resultado la elaboración de normas constitucionales, pero se diferencian en cuanto a su origen, por cuanto el Poder Constituyente es un

poder originario, en tanto que el PCR tiene su origen en la Constitución elaborada por el Poder Constituyente.

Décima. El PCR se asemeja a los poderes constituidos por su origen, ya que en uno y otro caso su existencia se encuentra prevista en la Constitución, pero se diferencian en cuanto a su función, ya que los poderes constituidos tienen como función la de “gobernar” con apego a la Constitución, en tanto que la función del PCR es la de introducirle a la Constitución los cambios que la realidad social exija como necesarios.

## VII. LOS PRINCIPALES MODELOS PARA LA INTEGRACIÓN DEL PODER CONSTITUCIONAL REFORMADOR

A efecto de entender la naturaleza de los mecanismos que se han ideado para reformar la Constitución, conviene tener presente que la diferenciación entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos es un rasgo esencial de todo Estado social y democrático de derecho y que la función propia del Poder Constituyente es la de “decir ‘la idea de derecho’ de conformidad a la cual quiere vivir una comunidad”, en tanto que la función que le es propia a los poderes constituidos es la de gobernar con apego a los principios y procedimientos contenidos en la Constitución, siendo un rasgo esencial del Estado social y democrático de derecho el que ninguno de los poderes constituidos puede reformar la Constitución que los crea y regula, ya que los representantes no pueden alterar los términos de su representación, consideraciones estas que configuran la medula del principio de “supremacía constitucional”, del que se puede decir es la columna vertebral de todo Estado de derecho.

Estas consideraciones han estado presentes en el diseño de los dos principales modelos que se han configurado para reformar la Constitución y los cuales atienden a la forma como se organiza al Estado, y a los que se les conoce como el modelo francés o central y el modelo americano o federal, los cuales tienen como denominador común el que a través de ellos se busca evitar que

la Constitución pueda ser reformada por alguno de los poderes constituidos, para de esta suerte preservar al principio de supremacía constitucional.

*A. El modelo central o francés*

A efecto de entender la razón de ser del modelo francés, que es el que por lo general adoptan los Estados unitarios o centrales, resulta pertinente tener presente que en este tipo de Estados solo existe un centro de impulso político, es decir, solo existe un Poder Legislativo, por lo que en caso de que se faculte a la legislatura en funciones para reformar la Constitución, se estará sentando las bases para que el Poder Legislativo actúe, en los hechos, como un Poder Constituyente Permanente, lo que riñe con el carácter propio del Poder Legislativo, que es un poder constituido y el cual, precisamente por tener esta naturaleza, no puede reformar la Constitución, sino que, por el contrario, debe ajustar su actuación en todo y por todo a lo que dispone la Constitución, a la que tienen que observar, acatar y respetar.

Adicionalmente se puede decir que en caso de que se faculte al Poder Legislativo para reformar a la Constitución, ello atentará en contra de los principios de supremacía constitucional y de seguridad jurídica, pilares en torno a los cuales se estructura el Estado social y democrático de derecho, ya que en tal caso, dicho poder no estará sometido a la Constitución, sino que estará sometida a sus designios, y el cuerpo social, por su parte, no sabrá a qué atenerse.

Ahora bien, toda vez que el Poder Constituyente solamente se convoca en situaciones extraordinarias (como puede ser el surgimiento de un Estado a la vida independiente, o bien, una profunda crisis política que haga necesario redefinir los términos del contrato social) y en consideración a que los poderes constituidos, por su propia naturaleza, no pueden reformar la Constitución, y dado que el “derecho” tiene la legítima pretensión de ser una fuerza normativa efectiva al servicio de la vida y toda vez

que esta es una realidad cambiante, se hace necesario que toda Constitución cuente con un mecanismo que les permita recoger los cambios que se hagan necesario.

Con base en estas consideraciones, en los Estados que se han organizado en forma unitaria o central, al Poder Constitucional Reformador se le estructura, por lo general, a través de la actividad concertada de dos o más legislaturas que se suceden en el tiempo, disponiéndose, en su fórmula más sencilla, que a la legislatura en turno le corresponderá precisar los términos de la propuesta de reformas que se quiere, en tanto que a la legislatura siguiente le corresponderá aprobar o rechazar el proyecto propuesto por la legislatura precedente. De esta suerte, la legislatura que propone los términos de una reforma no resuelve si se aprueba o no la misma, y la legislatura que resuelve sobre la aceptación o el rechazo de la reforma propuesta, no tiene intervención alguna en su formulación. La adopción de este mecanismo da como resultado que la Constitución solamente pueda ser reformada a través de la actividad concertada de dos o más legislaturas que se suceden en el tiempo, con lo que se evita que la Constitución sea reformada por alguno de los poderes constituidos propiamente dichos, ya que ello es contrario a los principios fundamentales de todo Estado de derecho y al principio de supremacía constitucional. Ahora bien, entre una y otra legislatura necesariamente tiene lugar un proceso electoral para renovar al Poder Legislativo, y durante la respectiva campaña electoral los términos de la reforma constitucional propuesta, por su importancia intrínseca, deben formar parte esencial de la misma, lo que permitirá que los ciudadanos, al elegir a sus representantes, tomen en consideración las posturas que asuman cada uno de los candidatos durante las campañas electorales en relación con la reforma constitucional en cuestión, y en seguimiento de ello resultará altamente probable el que en su oportunidad los electores voten por aquel candidato con cuya postura comulguen. Como se puede apreciar, en esta modalidad el mecanismo de reforma constitucional busca evitar que sea la misma legislatura (es decir, la concretización del Poder Legisla-

tivo en un momento dado y en un lugar determinado), la que proponga y resuelva una propuesta de reforma. Este sistema fue adoptado, entre otras, por la Constitución Francesa de 1791, por la Constitución Española de Cádiz de 1812 y por la Constitución federal mexicana de 1824.

### B. *El modelo federal o americano*

El modelo americano es, por lo general, el que adoptan los Estados que deciden organizarse en forma federativa y por lo mismo la configuración de este modelo parte de la consideración de que la Constitución federal es la ley en la que se precisan los términos del pacto federal con apego al cual se deben de regular las relaciones entre la Federación y las entidades federativas, por lo que la preservación de dicho pacto requiere que en materia de reformas a la Constitución se le dé participación tanto a la Federación como a las entidades federativas, ya que de lo contrario se adulterará su naturaleza, que es una forma de organización política que se sitúa, por así decirlo, a la mitad del camino entre el Estado central o unitario y la Confederación de Estados, por lo que la alteración del reparto de competencias entre la Federación y las entidades federativas puede dar como resultado el que el Estado federal se desnaturalice y dé lugar ya sea a un Estado central o bien a una Confederación de Estados. Así, para que se preserve el Estado federal se requiere que en el mecanismo de reformas a la Constitución, que contiene los términos del pacto federal, intervengan tanto el Poder Legislativo federal como las legislaturas de los estados, que al actuar de manera concertada o complementaria integran un poder que tiene una naturaleza diferente a los poderes constituidos.

Los contornos esenciales de este modelo se delinearon durante la Convención de Filadelfia, asamblea a la que se le confirió la responsabilidad de elaborar un proyecto de Constitución, de los Estados Unidos de América, el cual entró en vigor en 1789, tan pronto como la aprobaron 2/3 partes de los 13 estados concu-

rentes y la cual continúa vigente hasta el presente, por lo que en este año, 2011, cumple 222 años de vigencia.

Durante la Convención se tuvo presente que en materia de reformas a la Constitución ninguno de los poderes constituidos pueda alterar los términos establecidos en la Constitución federal, y toda vez que esta es la ley suprema que delinea los contornos del pacto federal, evidenciaron que la naturaleza del Estado federal exige que en materia de reformas a la Constitución no resulte admisible el que se le confiera el Poder Constitucional Reformador a ninguno de los poderes constituidos, sino que esta responsabilidad se le debe conferir a un poder distinto que se debe de integrar a través de la actividad concertada del Poder Legislativo federal y de los poderes legislativos de los estados, poder que al integrarse y funcionar de esta manera configura un poder perfectamente diferenciado de los poderes constituidos.

#### VIII. EL MECANISMO DE REFORMA CONSTITUCIONAL ADOPTADO POR LAS CONSTITUCIONES MEXICANAS

El siglo XIX en México vino a significarse por ser un siglo de definición constitucional, ya que durante el mismo se elaboraron siete Constituciones, las cuales tuvieron la pretensión de ser la expresión normativa de las ideas prevalecientes en su tiempo. El Poder Constituyente que elaboró cada una de dichas Constituciones ideó mecanismos para su reforma, unas veces con el propósito de dificultar el cambio de principios que favorecían a una determinada filosofía política, otras con el propósito de consolidar la vida institucional, y otras más por una combinación de ambos propósitos.

Cabe destacar que el Congreso Constituyente de 1856-1857 analizó la propuesta que en materia de reformas presentó la Comisión de Constitución encabezada por Melchor Ocampo, propuesta que, con apego al modelo francés, se configuró en los siguientes términos:

- a) Con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes, el Congreso acordaría qué artículos serían objeto de estudio para su reforma;
- b) El acuerdo se publicaría en los periódicos tres meses antes de la elección de la siguiente legislatura;
- c) Al verificarse las nuevas elecciones, los electores se deberían manifestar sobre la reforma propuesta y en caso de estar conformes lo deberían hacer constar en los respectivos poderes que dieran a sus candidatos a diputados;
- d) Hecho lo anterior, le correspondería a la nueva legislatura aprobar o rechazar los términos de las reformas;
- e) En caso de que se aprobaran los términos de la reforma, esta se debería someter al voto definitivo del pueblo en la elección inmediata;
- f) Finalmente, si la mayoría absoluta de los electores votare a favor de las reformas, el Ejecutivo sancionaría la reforma como parte de la Constitución.

El mecanismo de reformas propuesto era similar al de 1824, si bien más complejo, destacando dos novedades: la primera consistía en la exigencia de que se publicara el texto de la propuesta de reforma en los principales periódicos de la República, con objeto de que todos aquellos que tuvieran algo que decir sobre dicha propuesta contribuyeran con sus luces a su esclarecimiento.

La segunda novedad consistió en que la Comisión de Constitución señaló que toda propuesta de reforma constitucional, una vez aprobada por ambas legislaturas, se debería de someter a la aprobación definitiva del pueblo a través de una especie de referéndum. Esta exigencia resultó sorprendente debido a que el propio Congreso Constituyente, semanas antes, al discutir el sistema de elecciones, se había opuesto al sistema de elección directa de los diputados, por considerar que dado el nivel general de instrucción prevaleciente en el país, el pueblo aún no estaba preparado para ello; consideración con base en la cual se desechó la propuesta de elecciones directas y tan solo dio lugar a

que se transitara de un sistema de elecciones indirectas en tercer grado, a un sistema de elecciones indirectas en primer grado. En este estado de cosas resulta comprensible la sorpresa que les causó a varios “constituyentes” el percatarse de que en una materia tan delicada, como lo es la reforma constitucional, la Comisión de Constitución les propusiera que las propuestas de reformas después de haber sido admitidas por la legislatura precedente y de haber sido aprobadas por la legislatura siguiente, deberían someterse a la aprobación definitiva del pueblo por la vía del referéndum.

Así, varios constituyentes impugnaron el mecanismo de reformas propuesto, por considerar que resultaba sumamente prolongado y por cuanto no resultaba congruente con el sistema de elecciones indirectas en primer grado que el Congreso Constituyente había adoptado. Dicho consenso se vio fortalecido debido a que durante las deliberaciones se fue haciendo cada vez más evidente el que sí quería preservar los contornos del pacto federal plasmado en la Constitución, y evitar que el mismo se altere y dé lugar a un Estado centralizado o a una Confederación de Estados. Se requería que en los procesos de reforma constitucional intervinieran tanto los poderes federales como los poderes locales, para de esta suerte estar en condiciones de preservar el reparto de competencias establecido en la Constitución entre la Federación y las entidades federativas. A la postre, esta consideración resultó definitiva y dio como resultado que por 67 votos a favor y 14 en contra se adoptara el modelo americano, que es el que mejor se ajusta a la naturaleza de un Estado federal, ya que de conformidad al mismo las reformas a la Constitución deben ser sustanciadas a través de la actividad concertada del Poder Legislativo federal o Congreso de la Unión, y de la mayoría de las legislaturas de los estados, poderes que al actuar de manera coordinada y concertada para efectos de la reforma constitucional integran un poder distinto a los poderes constituidos.



## IX. EL MECANISMO DE REFORMA CONSTITUCIONAL ADOPTADO POR CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1917

Durante los trabajos del Congreso Constituyente de 1917 el tema relativo al mecanismo a seguir en materia de reformas constitucionales no suscitó discusión específica alguna, y por lo mismo dicho Congreso se limitó a ratificar el sistema de reformas constitucionales delineado en 1857, por lo que en el artículo 135 constitucional, aprobado en 1917, se sentaron las bases para estructurar al Poder Constitucional Reformador a través de la actividad concertada del Congreso de la Unión y de las legislaturas de los estados, en los términos siguientes:

Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las Legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión hará el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Del análisis de la disposición constitucional en comento se desprende que la Constitución mexicana es una Constitución “rígida”, no solo por cuanto establece un procedimiento para su reforma más complicado que el que se debe de observar para modificar a la ley ordinaria, sino además, porque el mecanismo de reformas a la Constitución le es confiado a un órgano diferente a los poderes constituidos. Ahora bien, si se atiende a la frecuencia con la que ha sido reformada, entonces se puede decir que su rigidez se ha visto atemperada por el hecho de que durante un largo periodo un partido político contó con una mayoría calificada no solo en el Congreso de la Unión, sino también en los congresos locales, lo que aseguró que el partido político en el poder pudiera sacar adelante las reformas constitucionales que consideraba indispensables para realizar su programa de gobierno.

Este mecanismo aprobado en 1917 hasta 2011 tan solo experimentó una reforma, la cual se publicó en el *DOF* el 21 de octubre de 1966 y tuvo como justificante el que con apego al texto hasta entonces vigente, solo el Congreso de la Unión podía hacer la declaratoria correspondiente a si la mayoría de las legislaturas de los estados habían aprobado o rechazado la propuesta de reforma que se les hubiera remitido, por lo que en caso de que el Congreso de la Unión se encontrara en receso, para poder hacer la declaratoria correspondiente se tenía que esperar hasta el siguiente periodo ordinario de sesiones o, en su defecto, convocar a un periodo extraordinario de sesiones.

Así, con el propósito de trascender esta situación, en 1966 se le adicionó a este artículo un segundo párrafo para precisar en el mismo que el Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas locales y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

En relación con la expresión “la presente Constitución puede ser adicionada o reformada”, se puede decir que la doctrina constitucional está de acuerdo en considerar que se adiciona la Constitución cuando a través de la actuación del Poder Constitucional Reformador se le agrega un enunciado jurídico hasta entonces inexistente en su seno, como sucedió en 1990 cuando se precisaron en el artículo 41 constitucional las bases organizativas de lo que más tarde sería el IFE, o en el caso de las disposiciones que en el presente conforman al artículo cuarto constitucional, todas las cuales han sido producto de la actividad del Poder Constitucional Reformador, ya que el texto original de dicho artículo, relativo a la libertad de trabajo, en 1974 fue incorporado al texto del artículo quinto que trata sobre la misma materia.

En cambio, se considera que se reforma la Constitución cuando por la vía del Poder Constitucional Reformador se suprime o modifica un enunciado constitucional ya existente. Si bien en unos casos la distinción entre una adición y una reforma

puede ser clara, diáfana y sencilla, en otros puede no serlo tanto, ya que con frecuencia las adiciones entrañan reformas y de igual forma las reformas con frecuencia implican adiciones. Hechas estas precisiones, cabe señalar que la referida distinción resulta irrelevante para efectos de sustanciación del proceso de reforma constitucional, ya que en uno y otro caso se deberá observar el mismo procedimiento.

También cabe aclarar que la exigencia de que las reformas o adiciones a la Constitución deben ser aprobadas en primer término por el Congreso de la Unión, y con posterioridad por las legislaturas de los estados, es una exigencia que se formuló por vez primera en la Constitución de 1857, la cual en su versión original estructuró el Poder Legislativo Federal en forma unicameral y no fue sino a través de la reforma constitucional de 1874 que se restableció al Senado de la República y con ello la organización bicameral del Congreso de la Unión.

El requisito de que las reformas o adiciones tengan que ser aprobadas tanto por el Congreso de la Unión como por la mayoría de las legislaturas de los estados, obedece a que en todo Estado social y democrático de derecho se requiere idear un mecanismo de reformas a la Constitución que trascienda a los poderes constituidos, pues estos por su propia naturaleza no pueden alterar, en ningún caso y por ningún motivo, los términos de su representación, ni a la ley que los crea y organiza, y, de igual forma, responde al propósito de preservar al “pacto federal” y garantizar el que cuando se quiera modificar sus términos, se conozca tanto el parecer de la Federación como el parecer de las entidades federativas en cuanto tales, las cuales deben velar para que prevalezca el reparto de competencias que establece la Constitución federal y cuidar que a través del mecanismo establecido para su reforma no se afecten o vulneren sus derechos e intereses fundamentales.

## X. INTERROGANTES QUE PLANTEA EL MECANISMO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN

El mecanismo de reforma constitucional delineado por el artículo 135 constitucional plantea más de una veintena de interrogantes de lo más relevantes y trascendentes, pero en esta ocasión, por razones de espacio y tiempo, me limitaré a plantear de manera ejemplificativa tan solo algunas de ellas.

1) ¿Quiénes pueden presentar iniciativas de reforma a la Constitución federal?

Sorprende el que en una materia tan importante y trascendente, como es la determinación de quienes pueden proponer reformas a los términos de la “voluntad general” expresada en la Constitución, no figure una determinación expresa sobre la materia, como lo hace la Constitución de los Estados Unidos.

En vista de ello, la doctrina constitucional mexicana ha resuelto que las entidades o instancias que tienen facultad para presentar iniciativas de leyes federales, también tienen la facultad para presentar iniciativas de reforma constitucional. Si bien esta postura presenta la ventaja de “cobijar” la práctica que durante 93 años se ha observado en esta materia, no resulta del todo consistente, ya que no es cierto, como algunos han dicho, que esta solución sea producto de la aplicación del principio general de que “quien puede lo más, puede lo menos”, ya que en todo caso daría lugar a un nuevo principio conforme al cual habría que reconocer que “quien puede lo menos puede lo más”, toda vez que resulta incontrovertible que las leyes federales tienen una jerarquía inferior a la Constitución y por lo mismo no tiene la misma relevancia, ni trascendencia modificar a esta que a aquellas. Es por ello que se considera que esta materia debe ser objeto de una atención preferente en el momento en el que se planté la oportunidad de reformar el mecanismo de reformas a la Constitución.

2) La exigencia constitucional de que toda iniciativa de adición o reforma a la Constitución debe ser aprobada, en primer término, por las 2/3 partes de los miembros presentes del Con-

greso de la Unión, plantea la interrogante de determinar la manera como deben sesionar las cámaras que conforman a dicho cuerpo colegiado, ¿en forma conjunta o separada? es decir, se requiere determinar si las cámaras que integran al Congreso de la Unión, al ocuparse de una reforma constitucional, deben sesionar en asamblea única, o si deben de sesionar en forma sucesiva y complementaria como lo hacen cuando se ocupan de iniciativas de leyes federales.

El argumento de mayor peso que esgrimen los partidarios de que las cámaras sesionen en forma sucesiva y complementaria al ocuparse de propuestas de reforma a la Constitución, lo hacen consistir en que el análisis de los procesos de reforma a la Constitución, que han tenido lugar desde 1921 hasta septiembre del 2010, pone de manifiesto que en todos los casos las cámaras han sesionado en forma sucesiva y complementaria, en tanto que los críticos de esta postura consideran que la repetición de una práctica irregular no la convalida.

Al margen de las consideraciones anteriores, se puede decir que el hecho de que las cámaras hayan sesionado en el pasado en forma separada y sucesiva en los procesos de reforma a la Constitución, no es obstáculo para que llegado el momento en el que se considere políticamente conveniente reformar el mecanismo de reformas a la Constitución, los actores políticos resuelvan que por la importancia, relevancia y trascendencia que tiene todo proceso de reforma constitucional, en el futuro las cámaras que integran al Congreso de la Unión tengan que sesionar en forma conjunta, en asamblea única, como lo hace en Francia el Congreso cuando sesiona en el Palacio de Versalles con objeto de resolver lo conducente en relación a una propuesta de reforma a la Constitución.

3) La disposición que establece que las reformas a la Constitución deben ser aprobadas, en primer término por las 2/3 partes de los miembros del Congreso de la Unión presentes ¿realmente configura un quórum calificado que asegura que la reforma aprobada cuenta con un amplio consenso a favor de la misma?

José María Iglesias, a finales del siglo XIX, recomendaba que en materia de reformas constitucionales no se deben admitir,

...sino las que aparezcan indispensables y que reúnan un quórum calificado, para que así cuando llegue a reunirse las dos terceras partes de los votos, y más todavía cuando éstos aumenten, se tendrá una seguridad, punto menos que completa, de que la reforma iniciada se recomienda por su justicia y su conveniencia y no deje duda de que representa verdaderamente la voluntad de la nación.

Ahora bien, resulta claro que el quórum de votación de 2/3 partes que exige el artículo constitucional en comento, tendrá un alcance diferente si se exige respecto del total de los integrantes del Congreso de la Unión, o de las cámaras que lo componen, o si tan solo se exige respecto de los miembros presentes en la sesión respectiva de dichos cuerpos colegiados. En el caso, la Constitución vigente exige que la propuesta de reforma constitucional sea aprobada por el voto de las 2/3 partes de los integrantes del Congreso de la Unión que se encuentren presentes.

En vista de ello, para saber si una propuesta de reforma a la Constitución fue aprobada por el quórum de votación requerido, se requiere, en primer término, conocer los términos en que se configuró en la sesión respectiva el quórum de asistencia que exige la Constitución, y el cual es, en ambas cámaras, de simple mayoría. Ahora bien, toda vez que la Cámara de Diputados se integra con 500 representantes, para que dicho cuerpo colegiado pueda sesionar y adoptar resoluciones deben encontrarse presentes, al menos, 251 diputados, y en caso de que de esta forma se haya constituido el quórum de asistencia, entonces el quórum de votación consistente en 2/3 partes de los miembros presentes, se colmará con 167 votos a favor de la reforma ( $251 \div 3 = 83 \times 2 = 167$ ), lo que representa 1/3 parte de los integrantes de la referida cámara. El mismo razonamiento se debe de hacer en relación con el Senado, que se integra con 128 senadores, en cuyo caso el quórum de asistencia de simple mayoría se colmará con 65 senadores, por lo que el quórum de votación requerido, del voto favorable de 2/3 partes

de los miembros presentes, se satisfecerá con 43 votos a favor de la reforma en cuestión ( $65 \div 3 = 21.6 \times 2 = 43$ ).

Con base en las consideraciones anteriores, se puede concluir que el propósito que persigue la exigencia de un quórum de votación calificada que “no deje duda de que representa verdaderamente la voluntad de la nación”, se verá frustrado si dicho quórum calificada se exige, no en función de los integrantes del cuerpo colegido en cuestión, sino en relación con la mayoría que se encuentre presente en la sesión, ya que en este caso se puede satisfacer el quórum de votación requerido con el voto de 167 de los 500 diputados y con el voto de 43 de los 128 senadores, lo que equivale a  $1/3$  parte de los integrantes del Congreso de la Unión, situación que se compagina mal con el principio básico de toda democracia consistente en que las decisiones se deben tomar por mayoría, y además está lejos de asegurar que la reforma en cuestión cuenta con un amplio consenso a favor de la misma.

Es por ello que he propuesto que se denomine “cláusula Copperfield” al quórum calificada de votación de  $2/3$  partes de los miembros del Congreso de la Unión cuando se le agrega la expresión “que estén presentes”, ya que con dicha expresión se introduce un artificio que da como resultado que el quórum de votación calificada de  $2/3$  partes, se convierta, en la hipótesis planteada, en un quórum de votación real equivalente a  $1/3$  parte de los integrantes del Congreso.

Pero la aplicación de la fórmula empleada por la Constitución dará resultados diametralmente opuestos si en la sesión en la que se va a conocer de la propuesta de reforma constitucional el quórum de asistencia se integra con la totalidad de los integrantes de la Cámara de Diputados, que son 500, pues en tal caso la exigencia de que las propuestas de reformas a la Constitución tengan que ser aprobadas por el voto de las  $2/3$  partes de los miembros presentes, exigirá el voto favorable de 333 diputados, y en tal hipótesis se le conferirá un poder extraordinario a la minoría contraria a la reforma, ya que bastará la oposición de 168 diputados, que representan  $1/3$  parte de los integrantes de la cá-

mara, para frustrar la voluntad de 332, que representan 2/3 partes del referido cuerpo colegiado, situación que, como en el caso anterior, se compagina mal con los principios fundamentales de la democracia.

Con base en las consideraciones anteriores, se puede decir que en caso de que en la sesión de resolución de una propuesta de reforma constitucional el quórum de asistencia se configure con la simple mayoría de los integrantes del cuerpo colegiado en cuestión, el quórum calificado de votación exigido (2/3 partes de los presentes), favorecerá a la minoría promovente de la reforma constitucional, en tanto que en la medida en que el quórum de asistencia se configure con un número mayor de integrantes, y sobre todo en los casos en que se integre con la totalidad de los integrantes del referido cuerpo colegiado, el quórum de votación exigido (2/3 partes de los presentes, que en este caso lo serán todos o casi todos) favorecerá a la minoría opositora a la reforma en cuestión.

4) ¿Por qué tipo de mayoría deben aprobar las legislaturas de los estados las propuestas de reforma a la Constitución federal que les sea remitidas después de haber sido aprobadas por el Congreso de la Unión?

El problema se plantea toda vez que la Constitución federal determina la forma y términos cómo se deben votar en el Congreso de la Unión las propuestas de reforma a la Constitución, pero no precisa la mayoría con la cual deben ser aprobadas en las legislaturas locales, ya que se limita a exigir que la propuesta de reformas a la Constitución federal, una vez aprobadas por las 2/3 partes de los miembros presentes del Congreso de la Unión, deberá ser aprobada por la mayoría de las legislaturas, es decir, por al menos 17 de las 32 existentes, pero sin especificar el tipo de mayoría con la cual se debe aprobar la propuesta de reforma en el seno de cada una de ellas.

En vista de ello, todo hace pensar que este tipo de determinación debe ser resuelto por las Constituciones locales, pero el análisis de las mismas permite afirmar que dichas Constituciones



prevén el tipo de mayoría con que se deben aprobar las propuestas de reforma a la Constitución local, pero no contienen disposición alguna respecto a la mayoría con la cual la legislatura estatal debe aprobar las propuestas, de reforma a la Constitución federal que les sean remitidas por el Congreso de la Unión o por su Comisión Permanente, y consecuentemente existe indefinición al respecto.

La falta de disposición al respecto en las Constituciones de los estados ha dado como resultado que en algunos se resuelva, que el quórum de votación para aprobar una propuesta de reforma a la Constitución federal es de simple mayoría de los diputados integrantes de la legislatura que se encuentren presentes, lo que contrasta con el hecho de que en sus Constituciones locales se exija que las propuestas de reforma a la Constitución local respectiva deban ser aprobadas por el voto de las 2/3 partes del total de los integrantes de la legislatura y no solo de los presentes. A efecto de evitar que se presenten situaciones como la descrita, resultaría conveniente el que por lo pronto las Constituciones locales exijan el mismo quórum de votación para aprobar las propuestas de reforma a la Constitución federal que a la local, máxime que, bien vistas las cosas, la Constitución federal y la local configuran, en su conjunto, la Constitución de la entidad.

Espero que con estas explicaciones les haya ilustrado la enorme importancia que reviste el análisis detenido del mecanismo establecido para reformar a la Constitución y despierte en ustedes el ánimo de realizar estudios diversos sobre el tema.



# ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO EN MÉXICO\*

Enrique CARPIZO\*\*

A Jorge Carpizo,  
el hombre que nunca dijo adiós...

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Control de convencionalidad o control constitucional difuso?* III. *¿Control difuso de convencionalidad o simple actividad protectora de los derechos humanos?* IV. *Control convencional, ¿amplio o restringido?* V. *Control de convencionalidad, ¿oficioso o a petición de parte?* VI. *¿Hacia una supremacía convencional?* VII. *La supremacía constitucional y su interacción con el ámbito externo.* VIII. *Conclusiones.* IX. *Fuentes.*

## I. INTRODUCCIÓN

¡Se fue el campeón pero quedaron sus victorias! Así es como Jorge Carpizo pasa del aspecto terrenal al de la eternidad. Salvo los enemigos de la rectitud, nadie que lo conoció pudo siquiera pro-

\* Agradezco a la doctora Julieta Morales y a la becaria Laura Rodarte Ledezma, sus valiosos comentarios y sugerencias sobre el contenido de este trabajo. Cualquier error es exclusiva responsabilidad del autor.

\*\* Profesor de Amparo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma casa de estudios, [e\\_carpizo@yahoo.com.mx](mailto:e_carpizo@yahoo.com.mx).

nunciar una mala referencia sobre su humildad, trato y educación. Se trató de un hombre flexible que supo tener mano dura y decir la verdad pesara a quien le pesara. Hoy descansa en paz nuestro ejemplar campechano a consecuencia de un problema preoperatorio. Su familia, sus amigos y sus discípulos, no creemos en su muerte, creemos en la viveza de sus posturas, de sus anhelos.

Jorge Carpizo, pese a fallecer, sigue siendo la inspiración de muchos ciudadanos, estudiantes, profesores y funcionarios de gobierno. Nuestro campeón detentó con gran talento cargos públicos importantes en la República mexicana, nadie olvida su trabajo como rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, presidente fundador de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, procurador general de la República, secretario de gobernación y embajador de México en Francia, entre otras comisiones no menos importantes, como cuando asumió la Dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas, la Coordinación de Humanidades y la Abogacía General de la UNAM.

Más de una decena de doctorados *honoris causa*, múltiples premios y reconocimientos, así como diversos libros y centenares de artículos escritos avalaron su prestigio universitario y vocación por el derecho. Jorge Carpizo fue mi principal impulsor y hasta su muerte continuó inculcándome valores y principios: amor a la región. Una vez me dijo *nunca te detengas si de mostrar la verdad y hacer el bien se trata*; y varias veces me recordó *lo importante no es el parentesco sino la cercanía, la capacidad y la honestidad intelectual*.

A Jorge Carpizo lo vi y sentí como un padre, fue mi amigo, mi maestro y mi colega. A Jorge Carpizo no se le pasó un detalle para quienes consideró cercanos, siempre nos protegió y orientó a toda costa, esa era la característica esencial de su persona, de su amistad. Fue tan detallista que, a sabiendas de los infortunios de la vida, durante muchos años guardó una carta de despedida para ser divulgada después de su muerte.<sup>1</sup> Jorge Carpizo era un

<sup>1</sup> Jorge Carpizo escribió: “Con la alegría de haber existido durante 68 años, me despido de mis familiares y amigos. Traté de vivir lo mejor que pude dentro

hombre de objetividad comprobada y eso le permitió desayunar con un panista, comer con un priísta y cenar con un perredista, sin considerarse traición. Se trató de un caballero, ejemplo de vida digna a la que algunos desearon ensuciar y que ninguno pudo conseguir. Un personaje de logros abundantes, pero con muy poca memoria para recordarlos. Un hombre congruente cuyo amor a la Universidad Nacional Autónoma de México demostró al nombrarla heredera universal de sus bienes.

Hoy mi padre académico, mi amigo, mi tío, mi maestro... continúa vivo en mis acciones y posturas. Nunca podré evadir la razón y los motivos de sus enseñanzas, sin lo cual no sería el estudiante que soy, por eso he retomado fuerzas para pronunciar un hasta luego, he retomado fuerzas para seguir mis planes sin su mano en mi hombro, he retomado fuerzas para caminar hacia su eterna compañía que por silenciosa podría resultar odiosa; sin embargo ¡sé que está conmigo y siempre lo recordaré! Conservo la felicidad de que se haya ido tal y como era, fuerte, invicto, lúcido, indoloro y sin despedirse. Qué mejor forma de caminar hacia la perpetuidad del pensamiento jurídico y político de este mundo.

Mil gracias Jorge por permitirme estar cerca de ti y aprender de tu persona y experiencia. Mil gracias tío por enseñarme que no hay mayor imposible que el que uno mismo se plantea. Mil gracias amigo por hacerme ver que la felicidad se alcanza cuando uno deja de esperar de los demás y hace lo que está en

de mis circunstancias, y de servir con devoción a México y a su Universidad Nacional. En los cargos que ocupé siempre rendí informes públicos, presenté evaluaciones y dejé constancia de lo realizado en múltiples libros y artículos. El mejor homenaje que puedo recibir consiste en que se lean y reflexionen. Nunca mentí ni cometí delito alguno. Cumplí con mis responsabilidades al máximo de mi capacidad y voluntad. En mis libros y artículos tanto los académicos y los testimoniales, dejo constancia del país que me tocó vivir, servir, gozar y sufrir. Mil y mil gracias a aquellos que colaboraron lealmente conmigo y con los valores que rigieron todas mis actividades. Me voy amando, con todas mis fuerzas, convicciones y emociones, a nuestro gran país y a su, y mía también, Universidad Nacional”, Periódico *Milenio*, México, 12 de junio de 2012.

nuestras manos. Mil gracias maestro por darme la posibilidad de comprender lo impredecible de la naturaleza humana. Un millón de gracias colega por dejarme gozar de tu singular y especial personalidad.

Sin duda, mi aprendizaje aún no termina, tu forma de pensar persiste, tus intervenciones me cautivan, tus ponencias me motivan y, en general, tus aportaciones simplemente retan y acompañan mi creatividad. Seguiré tu pensamiento y acciones a favor de la dignidad humana, el perfeccionamiento del Estado y la vida universitaria. Desde el otro extremo del camino, pronuncio un *nos vemos tío*, como la última vez que charlamos y expreso en tu memoria las siguientes reflexiones.

\* \* \* \* \*

Si reconocemos haber transitado de un control constitucional concentrado a otro de tipo difuso, entonces México llegó tarde a este en razón a que ahora está frente a uno de índole convencional. De ser cierta esta idea ¿cuáles serían los lineamientos de operatividad del control convencional en la nación mexicana?

Vale la pena mencionar que al lado de esa pregunta, tanto en el ámbito académico como en el seno de instituciones judiciales, también se analiza *a)* cuál debe ser el nombre que debe darse al control convencional, *b)* si su ejercicio debe ser difuso, esto es, limitado a autoridades judiciales, y *c)* si dicho sistema debe proceder de oficio o a petición de parte.

No obstante, considero que existen otros temas paralelos que también deben analizarse para saber si la nación *d)* transita hacia un principio de supremacía convencional, *e)* si la Corte de Justicia puede declarar inconvencional una reforma constitucional, y *f)* si la jurisprudencia interamericana, en general, vincula a México. Doy a conocer mi criterio.

## II. ¿CONTROL DE CONVENCIONALIDAD O CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO?

Esa pregunta admite múltiples respuestas, pero solo me ocuparé de brindar la relacionada con el origen federal del control difuso. He destacado que el método británico de invalidez sirvió de precedente al control constitucional americano y al control constitucional europeo, ambos conocidos como control difuso o concentrado. Sin embargo, aún considero vigente el debate sobre si debe adoptarse un sistema difuso o uno de tipo concentrado,<sup>2</sup> inclusive agregó otra opción: la simple actividad protectora de los derechos humanos.

He dicho que los sistemas judiciales de control concentrado o difuso preservan el principio de supremacía constitucional y analizan los actos, las normas y las omisiones a la luz de lo dispuesto en la Constitución federal. Ahora, el sistema que permite estudiar abstenciones, actos y normas conforme a lo dispuesto en convenios internacionales y su entendimiento, a pesar de lo dispuesto en el derecho interno, privilegia el *principio de observancia convencional*, pues la preeminencia de los tratados internacionales impone una obligación relativa hacia el interior del Estado, pero casi absoluta para la Comisión y la Corte interamericanas.

Bajo ese contexto, si tiene que escogerse entre el control de constitucionalidad difuso, el control concentrado y el control

<sup>2</sup> Véanse Highton, Elena I., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp. 107-173; y Sagüés, Nestor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp. 381-417.

convencional interno, opino que debe optarse por este último o por una simple actividad protectora de los derechos humanos. Profundizo mi postura.

### III. ¿CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD O SIMPLE ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Pocos académicos pretenden adicionar al control de convencionalidad con el adjetivo difuso. Otros, advierten la existencia de un control convencional externo realizado por instancias internacionales, frente a uno de índole interno confiado a órganos nacionales.<sup>3</sup> En ambos casos, tanto el llamado control de convencionalidad difuso como el control de convencionalidad interno, se encomienda a autoridades de naturaleza judicial. Ahora, creo que esas clasificaciones muestran creatividad, y sobre todo mayor utilidad la segunda, no obstante, las dos resultan un tanto empeñadas en limitar a órganos judiciales la actividad protectora de los derechos humanos.

El objeto fundamental del control de convencionalidad consiste *a)* en hacer respetar y cumplir el contenido de los tratados internacionales jurídicamente vinculantes al Estado demandado; *b)* en hacer respetar y cumplir el contenido de la jurisprudencia emanada de la interpretación y aplicación de los convenios y protocolos internacionales; *c)* en hacer respetar y cumplir el contenido de las normas internas o precedentes judiciales o administrativos que por sí solas o en forma armónica al derecho internacional de los derechos humanos —o viceversa— resulten aplicables en favor de la dignidad humana, y *d)* en reparar los ultrajes a los derechos humanos o indemnizar a la víctima o víctimas de la violación.

<sup>3</sup> García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011, pp. 123-159.



¡Así es como debe entenderse y funcionar ese sistema!

Por eso hablo de una simple actividad protectora de los derechos humanos, con independencia del nombre que se le asigne o el órgano que la emplee, pues su objeto es el mismo: tutelar la dignidad humana, procurar su pleno desarrollo o reparar o indemnizar una violación al derecho humano en juego.<sup>4</sup>

Considero que la técnica con que opera el control de constitucionalidad concentrado o difuso quedó totalmente implícita en el control convencional. Pues la potestad originalmente otorgada a jueces federales o estatales es complementaria de aquella que se reconoce a cualquier autoridad del Estado, lo que a su vez fomenta una competencia abierta en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos. El artículo 1o. constitucional en México no distingue y dice: "...todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad..."<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Véase Carpizo, Jorge, "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, julio-diciembre de 2011, pp. 3-29.

<sup>5</sup> "Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por ori-

De ahí que el título de este apartado remita a una lógica y notable transición en materia de tutela y preservación de la dignidad humana, la cual no debe confundirse o mezclarse con ideas tendentes a limitar su ejercicio, ya que las posturas extremadamente técnicas, únicamente obstaculizan la actividad protectora de los derechos humanos y, por esa razón, propongo la adopción de una simple actividad protectora de los derechos humanos, mas no un “control difuso de convencionalidad” o “control convencional difuso” limitado a juzgadores y contradictorio del citado precepto 1o. de la Constitución mexicana.<sup>6</sup>

La idea de un control convencional limitado a jueces es acorde al sistema vigente en los Estados Unidos de América, país que no se encuentra sometido a ninguna autoridad transnacional, ni convenio internacional protector de la dignidad humana, sino a simples referentes provenientes del texto o interpretación de su norma suprema; situación que a su vez muestra una tendencia diferente a la que México requiere, esto es, no de naturaleza abierta en materia de respeto y desarrollo de los derechos humanos. Veamos por qué.

#### IV. CONTROL CONVENCIONAL, ¿AMPLIO O RESTRINGIDO?

En relación a si debe ser operado desde una visión amplia o limitada, considero que el reconocimiento de derechos, incluidos los implícitos y la tutela de los mismos, no es monopolio de ninguna autoridad o institución del país; aceptar lo contrario implicaría sostener una visión restringida donde el reconocimiento de derechos —y su salvaguarda— únicamente competa a ciertas autori-

gen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. Cfr. Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 164a. ed., México, Porrúa, 2011, pp. 19 y 20.

<sup>6</sup> *Idem*.

dades del Estado, dígase jueces federales o estatales,<sup>7</sup> *ombudsman* nacional o locales, entre otras procuradurías o defensorías de los derechos humanos de tipo social, familiar, ambiental, etcétera.

Mi postura sobre la procedencia del control de convencionalidad implica tener presente que la tutela de las prerrogativas humanas corresponde a toda autoridad del país. Incluso cometo el atrevimiento de afirmar que se trata de una obligación ciudadana que no admite la posibilidad de un monopolio a favor de una o varias autoridades o de crear un ámbito de impunidad conforme a los criterios judiciales que impiden la procedencia del amparo contra actos u omisiones de particulares que violen prerrogativas humanas, sin soslayar la jurisprudencia que exenta al juez de distrito de violar derechos humanos.<sup>8</sup>

A nuestro juicio, no existe razón insuperable para evitar que cualquier autoridad del Estado e incluidas las personas, sean a su vez quienes deban reconocer, respetar y tutelar derechos humanos. Así lo impone una sana interpretación del artículo 1o. de la Constitución federal, el cual es jurídico y no político.<sup>9</sup>

Si bien no todo está en nuestras manos o dentro de nuestras competencias, lo cierto es que la realización de actos u omisiones encaminados a reconocer, respetar o salvaguardar derechos humanos, reitero, no puede quedar limitada a órganos especializados del Estado.

Algunas universidades en el mundo han reconocido a nivel institucional que sus integrantes, profesores y personal burocrá-

<sup>7</sup> Cfr. López Daza, Germán, “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio de 2011, pp. 169-193.

<sup>8</sup> “SENTENCIA DE AMPARO. NO PUEDE SER VIOLATORIA DE GARANTÍAS”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, julio a diciembre de 1989, t. IV, tesis II. 3o. J/4, p. 663.

<sup>9</sup> Sobre ese tema cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, en Pérez Royo, Javier *et al.*, *Derecho constitucional para el siglo XXI*, t. I, España, Aranzadi, pp. 1727 y ss.

tico, deben respetar y desarrollar derechos humanos, obligación que además imponen a través de su normativa interna y de las recomendaciones que emite el respectivo *ombudsman* universitario.<sup>10</sup>

Debemos estar conscientes de que cualquier persona puede adoptar una postura inteligible acorde a la dignidad humana, sin que ello implique definitividad en la misma.

Tengamos presente que si antes las autoridades y los habitantes del Estado trataban de actuar conforme a una cultura de legalidad para luego pasar a una tendencia favorable al contenido de la Constitución, ahora la idea es ejercer tomando como punto de partida no solo a la ley o a la norma suprema, sino también a la dignidad humana contemplada en todo el orden jurídico interno o externo vinculante, sin que esa postura sea violatoria de la soberanía interna o desprece la integración de soluciones conforme a leyes nacionales.

Con base en esa idea, queda superada la duda respecto a si un trabajador social con conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y su jurisprudencia, o un simple ciudadano con sentido común, puede ejercer un análisis de convencionalidad y resolver a favor de su especie y su medio ambiente.

Debe quedar claro que no hablo de la teoría del *Drittwirkung*, respecto a la existencia de derechos humanos con eficacia horizontal.<sup>11</sup> Si bien propongo una idea acorde a esa tendencia, mi

<sup>10</sup> Entre las diversas universidades que prevén la existencia de un *ombudsman* universitario, destaco las siguientes: Defensoría de los Derechos Universitarios DDU de la Universidad Nacional Autónoma de México, y la Defensoría Universitaria de la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>11</sup> Sobre esta teoría se recomiendan consultar los siguientes estudios: Anzures Gurría, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio de 2010, pp. 3-51; Mijangos y González, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo *et al.* (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador*

pretensión consiste en mostrar la necesidad de ampliar el catálogo enunciativo de quienes se consideran obligados a proteger y actuar en forma armónica a la dignidad humana, su entorno y desarrollo. En México, oficialmente, se otorgan esas facultades a las autoridades judiciales, haciendo especial distinción entre las estatales y las federales, pero ¿qué pasa con las personas físicas y morales?

Respecto a esta última pregunta conviene advertir que no solo se trata de hacer viable la impugnación de actos provenientes de particulares o de empresas que a su vez violan derechos humanos, sino de comprender que a ellos también les corresponde la obligación de respetar, proteger, fomentar y, por qué no, de reconocer y desarrollar derechos.

Ahora, la interrogante expuesta en el título de este apartado podría responderse en sentido restringido: por temor a una desestructuración legal o constitucional que monopoliza la tutela de los derechos humanos o la desaplicación de normas o actos positivos u omisos que los violen. Duda que no solo significa aceptar la apertura protectora como sinónimo de descontrol, ilegalidad, inconstitucionalidad o inconventionalidad, sino también miedo a la pérdida del poder.

Desde mi perspectiva, lo único que pudiera acontecer cuando una autoridad o ciudadano reconoce, tutela o viola derechos humanos, es que su proceder sea cuestionado en forma adicional a los argumentos de invalidez que en general se pronuncian en contra de sus actos o abstenciones, pero difícilmente podrá generarse un ámbito de impunidad que no pueda reivindicarse a favor de la dignidad humana.

En principio, la función protectora de los derechos humanos está encomendada al mismo ser humano. Como dije, no comulgo con tendencias encaminadas a restringir la tutela de los derechos o prerrogativas humanas y tampoco considero que ello únicamente corresponda a ciertas autoridades del Estado a través de

instrumentos de defensa constitucional, entre otros.<sup>12</sup> Mi postura es más amplia y vincula a toda persona, sea autoridad o no, tenga facultades expresas para ello o no, esto es, distingo entre la existencia de un vínculo jurídico que obliga a reconocer y respetar derechos, frente a otro de tipo racional que conlleva a ser congruentes con nuestro ser y respetuosos de nuestro entorno social, político, económico y ambiental.<sup>13</sup>

Desde esa premisa, me inclino a favor de una circunferencia abierta en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos, cuyo ejercicio no está limitado a lo previsto en la Constitución o a las autoridades que ella prevé, sino también a lo dispuesto en tratados internacionales, sus convenciones y protocolos vinculantes y referenciales, así como a usos y costumbres de la localidad o región en que se encuentra la persona afectada o surge el conflicto, sin soslayar la obligatoriedad de la jurisprudencia nacional e internacional que, contrario a lo resuelto por la Corte mexicana en el expediente varios 912/2010,<sup>14</sup> sí vincula en todos los casos a México. Así lo impone la interpretación armónica de los artículos 1o. y 133 constitucionales;<sup>15</sup> cualquier justificación en jurisprudencia nacional para hacer caso omiso a los precedentes emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos pone en ap-

<sup>12</sup> Sobre instrumentos de defensa constitucional en México, *cfi.* Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.

<sup>13</sup> Es aquí en donde tienen un papel principal los derechos humanos de segunda y tercera generación.

<sup>14</sup> Expediente formado con motivo de la consulta realizada por la Segunda Sala de la Corte al Pleno de ese alto tribunal para saber cómo ejecutar la sentencia interamericana que condena a México en relación con el caso Rosendo Radilla Pacheco. Consúltese García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011, pp. 247-253.

<sup>15</sup> La Corte de Justicia adujo en forma irracional que la jurisprudencia interamericana solo obliga a México cuando el fallo de donde emana condena al País. *Cfi.* García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, *op. cit.*, p. 245.

titud de recibir otra condena por violación a los artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al artículo 27 de la Convención de Viena.<sup>16</sup>

Para recordar nuestro deber de reconocer y respetar derechos humanos, no se requieren facultades expresas en la Constitución, en un tratado internacional o en la ley. El miedo de invadir esferas competenciales o afectar el debido proceso se desvanece cuando el motivo toral del acto u omisión es la protección a la vida, su integridad, la privacidad y el honor.

Una autoridad interna o externa jamás podrá revocar una determinación respetuosa de la dignidad humana, salvo que predomine un criterio cerrado que impida la labor estadual y ciudadana de proteger prerrogativas humanas. Una cosa es interpretar en forma armónica, congruente o conforme al sistema y algo distinto es declarar inconstitucional una norma. Para este último fin sí podrían requerirse facultades expresas, pero para interpretar a favor de la dignidad ¡no!

## V. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, ¿OFICIOSO O A PETICIÓN DE PARTE?

Considero que el reconocimiento de derechos y su tutela no dependen de la excelencia argumentativa de quien lo demanda, sino de la experiencia de quien imparte justicia. Mi tesis es contraria a la idea del estricto derecho, principio que no permite suplir los reclamos en favor de quien sufre un perjuicio.<sup>17</sup>

El principio *jura novit curia* impone la obligación correspondiente a cada parte. Al accionante, dar los hechos, y al juez, reconocer,

<sup>16</sup> Carbonell, Miguel *et al.*, *Derecho internacional de los derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2003, t. II, pp. 251-303 y 1311-1345.

<sup>17</sup> “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. NO OPERA EN LOS CASOS EN QUE ES IMPROCEDENTE UN RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, AUN TRATÁNDOSE DE MENORES DE EDAD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, enero de 2007, t. XXV, tesis 1a. XVII/2007, p. 486.

proteger y aplicar el derecho.<sup>18</sup> En México las violaciones a ese postulado son abundantes y parte de ello se debe a la jurisprudencia de la Corte de Justicia que avala la inoperancia de los argumentos que no son redactados de manera brillante. Así, los jueces federales trasladan un sentimiento de culpa al litigante y lo acusan de no haber planteado sus motivos de inconformidad en forma excelsa: lo ridiculizan.<sup>19</sup>

El motivo principal de declarar “inoperantes”, “ineficaces”, “inatendibles” o “insuficientes” los argumentos de impugnación, consiste en resolver de manera más sencilla los procesos constitucionales. El presidente de la Corte de Justicia, en su informe de labores 2010-2011, refiere que del 100% de los amparos que se promueven ante el Poder Judicial Federal, el 47.44% de los presentados ante tribunales colegiados se niega; el 31.12% de los presentados ante tribunales unitarios también se niega, y el 12.51% de los que se interponen ante jueces de distrito, para no perder costumbre, de igual forma se niega.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Sentís M., Santiago, *El juez y el derecho*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, pp. 9-40.

<sup>19</sup> “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, Amparo directo 3770/76, p. 42, y “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, Amparo directo 82/80, p. 100.

<sup>20</sup> TRIBUNALES COLEGIADOS: Amparo directo. El movimiento de los juicios de amparo directo en el año fue de una existencia inicial de 41,346 asuntos; durante el periodo ingresaron 165,895 asuntos durante el mismo, reportando una existencia final de 46,272, al egresar 161,268 asuntos. La distribución por materias de los ingresos de los amparos directos es de 20,273 en materia penal (12.22%), 37,215 en administrativa (22.43%), 46,474 en civil (28.01%) y 61,933 en trabajo (37.33%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos directos promovidos en los tribunales colegiados fueron 54,326 ampara (33.68%), 76,521 no ampara (47.44%), 8,755 sobresee (5.42%), 7,695 desechados o no interpuestos (4.77%) y 13,971 incompetencias e impedimentos (8.66%). TRIBUNALES UNITARIOS: Amparo indirecto. Al inicio del año estadístico se reportaron 609 amparos indirectos en proceso de resolución, ingresando 4,142, de los cuales se resolvieron 4,090, quedando al final 661 amparos indirectos. Los juicios de amparo indirecto ingresados a los tribunales unitarios se distribuyó en 3,407 en materia penal (82.25%), 36 en



Ahora, esos porcentajes no especifican el número de asuntos cuya negativa se basa en la existencia de argumentos “inoperantes”, esto es, casos en que los promoventes no se expresan en la forma que los tribunales de la Federación requieren para poder atender un reclamo;<sup>21</sup> sin embargo, la figura del estricto derecho, salvo contadas excepciones, es comúnmente utilizada en México.

En la jurisprudencia nacional solo es pertinente que las autoridades actúen de manera oficiosa cuando se trata de personas o sectores vulnerables, por ejemplo, materia agraria, familiar, laboral a favor del trabajador, o penal en beneficio del reo o la víctima.<sup>22</sup>

materia administrativa (0.9%) y 699 en materia civil (16.88%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos indirectos tramitados en los tribunales unitarios fueron 1,357 ampara (33.17%), 1,273 no ampara (31.12%), 864 sobresee (21.12%), 262 desechadas (6.4%), 28 no interpuestas (0.68%), 179 incompetencias (4.37%) y 127 con otros sentidos (3.10%). JUZGADO DE DISTRITO: Amparo indirecto. Al inicio del año había 62,218 amparos indirectos en proceso de resolución, ingresando 401,436, de los cuales se resolvieron 407,719 quedando 55,048 amparos indirectos al final del año estadístico dos mil diez. Los juicios de amparo indirecto ingresados a los juzgados de distrito se distribuyen en 144,718 en materia penal (36.05%), 115,783 en materia administrativa (28.84%), 72,084 en materia civil (17.95%) y 68,851 en materia de trabajo (17.15%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos indirectos tramitados en los juzgados de distrito fueron 89,529 ampara (21.95%), 51,012 no ampara (12.51%), 171,100 sobresee (41.96%), 42,804 desechados (10.49%), 25,806 no interpuestos (6.32%), 17,810 incompetencias (4.36%) y 9,658 otro sentido (2.36%), *cf.* Informe anual de labores 2010, Anexo documental, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

<sup>21</sup> Véase, *supra*, “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, *cit.*

<sup>22</sup> “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. PERMITE SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DEL INculpADO CUYA DEFENSA SE HAYA REALIZADO EN FORMA DEFICIENTE O NULA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, noviembre de 2009, t. XXX, tesis 1a. CXCIX/2009, p. 415; “AGRARIO. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA AGRARIA”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, Amparo directo 5725/86, p. 48; “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA DE TRABAJO. OPERA EN FAVOR DEL TRABAJADOR CUANDO EL ACTO RECLAMADO AFECTE ALGÚN INTERÉS FUNDAMENTAL TUTELADO POR EL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, octubre de 2008, t.

Al respecto, se han ideado una serie de razonamientos que a nada práctico conducen cuando se trata de reconocer y proteger derechos humanos, muestra de ello son las distinciones entre “corregir” y “suplir lo deficiente de la queja”. La Suprema Corte avala posturas que entienden por lo primero la enmienda de lo errado, es decir, la rectificación oficiosa del error en que haya incurrido alguna de las partes con motivo de la cita de un precepto legal o constitucional, y por “suplir lo deficiente de la queja”, la obligación de analizar en su conjunto los conceptos de invalidez o razonamientos esgrimidos por el accionante para efectos de transformar las deficiencias en argumentos eficientes.<sup>23</sup>

Opino que no hay razón suficiente para discriminar a quienes no forman parte de un sector vulnerable, pues en ambos casos se adolece de lo mismo: una violación a la Constitución o a los derechos de fuente nacional o internacional vinculantes o referenciales; por ello, urge superar la postura del estricto derecho, dado que es contraria a los principios de informalidad y buena fe que deben regir la prosecución de cualquier instrumento de defensa constitucional, de reconocimiento de derechos o salvaguarda de los mismos.

Hay que tener presente que cuando las violaciones se reparan, la sociedad gana, pues la Constitución se respeta y los derechos humanos se reconocen, pero cuando su reconocimiento y protección depende de la calidad de los argumentos expuestos en la demanda, los jueces mexicanos *a)* aligeran su carga laboral, *b)* traicionan su encomienda principal de impartir justicia, y *c)* dan la espalda al control de convencionalidad interno en detrimento del principio de acceso a una justicia eficaz.

Será un trabajo complejo cambiar la visión limitada en materia de impartición de justicia. Se trata de romper o superar pa-

XXVIII, tesis P. /J. 105/2008, p. 63; y “SUPLENCIA DE LA QUEJA. PROCEDE EN CUESTIONES DE DERECHO FAMILIAR”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, Amparo en revisión 2959/87, p. 322.

<sup>23</sup> Cfr. Carpizo, Enrique, *La defensa constitucional en México*, México, Porrúa, 2011, pp. 117-120.

radigmas demasiado arraigados en México y si a eso sumamos la idea de restringir la procedencia del control de convencionalidad a petición de parte afectada, estaríamos desconociendo la jurisprudencia interamericana que establece la oficiosidad de dicho control,<sup>24</sup> pero sin razones suficientes para afirmar que en el ámbito interno debe ser claro y excelso el reclamo.

Mi tesis tiene como base la previa instauración de un proceso o procedimiento que pueda ameritar un control de convencionalidad sin necesidad de que alguna de las partes lo solicite.

En la actualidad, como dije, es difícil pensar que una autoridad avale o permita la existencia de un acto, norma u omisión contrario a la dignidad humana. La realidad, en algunos asuntos, deja ver un ánimo que revierte ese tipo de atentados. Tal es el caso de los jueces de Chihuahua y un magistrado de Monterrey, entre otros, que se van sumando a ese movimiento protector y han desaplicado ataques legislativos a la presunción de inocencia y el debido proceso.<sup>25</sup>

No obstante, a los jueces federales les está costando un poco más de tiempo y trabajo, pues, por una parte, complican la admisión de asuntos trascendentales en el plano de la protección judicial de los derechos humanos y, por otra, aún aplican las jurisprudencias que postulan la inoperancia de los conceptos de violación.<sup>26</sup>

## VI. ¿HACIA UNA SUPREMACÍA CONVENCIONAL?

Pasar de una supremacía constitucional a otra de naturaleza convencional no es del todo plausible. La idea de apelar al princi-

<sup>24</sup> *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154. Véase García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, vol. IV, pp. 619-655.

<sup>25</sup> Todo ello en forma previa a la aceptación oficial del control difuso y del control de convencionalidad en México.

<sup>26</sup> "CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES", *cit.*

pío de jerarquía cuando se trata de instrumentos que reconocen y salvaguardan derechos, significa olvidar el avance interpretativo generado en sedes académicas o instancias nacionales e internacionales de justicia.

De qué serviría ponderar o armonizar si el diálogo inteligible se opaca a partir de una sola pregunta, ¿qué documento tiene superioridad en el caso?, cuya respuesta plantea una solución de corte legalista que, trasladada al ámbito protector de los derechos humanos, priva de escuchar las razones o debates que pudieran suscitarse ante un aparente conflicto entre el ejercicio de derechos o su contemplación en abstracto.

No creo en la transición de supremacía constitucional a convencional, sino en la interpretación integradora o armónica del contenido de la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es decir, que el contenido de esos convenios se considere como una extensión al catálogo de derechos expresos o implícitos en la norma suprema y, por tanto, la interpretación deba ser en conjunto y en beneficio de sus destinatarios: el ser humano y su entorno social, político, económico y ambiental.<sup>27</sup>

Es verdad que la relativización del concepto de soberanía y su clasificación en interna y externa, indudablemente provocó la flexibilización del principio de supremacía constitucional, lo cual no es sinónimo de inexistencia o inutilización de ese lineamiento, sino de entender que la carta magna debe ser interpretada en forma compatible al ámbito internacional, sin soslayar la esencia del Estado y sus principios rectores, los cuales no pueden ser reformados a partir de leyes o resoluciones que le sean inferiores, salvo que privilegien el ejercicio razonable del Estado y los derechos humanos.

La propia Corte Interamericana, en el caso *Castañeda Gutman*, reconoce que la dirección del gobierno y su actividad democrática interior es competencia exclusiva del país, siempre y cuando

<sup>27</sup> Carpizo, Enrique, *La defensa constitucional en México*, cit., pp. 3-16.

mantenga los mínimos de protección que hasta ahora México contempla en materia de derechos políticos y civiles.<sup>28</sup>

Considero que en vez de intentar adoptar una supremacía convencional, debemos postular el principio de coordinación entre los sistemas nacionales e internacionales y viceversa, en aras de privilegiar la dignidad humana de manera acorde a las particularidades de cada región, de cada estado, de cada sector, de cada caso y de cada persona, recordemos, ¡nadie sobra!

Además, la procedencia del principio pro persona, en su variante de preferencia normativa, permite superar el criterio de interpretación jerárquico y atender a la norma que mayor beneficio otorgue a la persona.<sup>29</sup> De ahí que el principio de supremacía convencional sea también relativo y tampoco obligue en forma tajante a las instancias internacionales, quienes en todo momento deberán atender a los cambios sociales que experimenta la región y, en todo caso, aplicar la norma que más ventajas ofrezca o reconozca al ser humano, con independencia de que sea nacional o internacional, o provenga de una interpretación interna o externa.

Como vemos, solo podría hablarse de una supremacía convencional en el caso de que la región americana tuviera el interés mayoritario de constituir un Estado transnacional de derecho. Actualmente, si bien existen países que han establecido una comunidad europea, lo cierto es que dicha tendencia aún no se debate en el ámbito jurídico y político de nuestra región, por lo cual, la intención de sustentar un principio de supremacía abso-

<sup>28</sup> *Caso Catañeda Gutman vs. México*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 6 de agosto de 2008, serie C, núm. 184. Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, vol. IX, pp. 775-790.

<sup>29</sup> Cfr. Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales, interpretación constitucional, la Corte y los derechos*, México, Porrúa, 2011, pp. 96 y 97; y Castilla, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio de 2009, pp. 65-83.

luta de los tratados internacionales, ostenta los mismos vicios de la preeminencia constitucional de mediados del siglo pasado. No descarto posibles ventajas en la creación de una comunidad americana, pues existen algunos matices que nos orientan a pensar de esa forma, sin embargo, debemos transitar hacia ello de manera consciente y, mientras eso no suceda, el Estado debe actuar de manera acorde a la dignidad humana, sin imponer interpretaciones que a nada práctico conduzcan.<sup>30</sup>

## VII. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y SU INTERACCIÓN CON EL ÁMBITO EXTERNO

El origen moderno del principio de supremacía constitucional se debe al federalismo norteamericano y, como dijimos anteriormente, México, en esencia, lo contempla desde la Constitución de 1824, y literalmente en el artículo 126 de la Constitución federal de 1857, pasando de allí al contenido del artículo 133 de la norma suprema de 1917.<sup>31</sup>

Dicho postulado configura una de las principales características del Estado contemporáneo, ¿cuál? Aquella consistente en

<sup>30</sup> Sobre estas ideas se recomienda consultar los apuntes del II Seminario sobre Derecho Constitucional Transnacional, de Marcelo Figueiredo, publicados por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Facultad de Derecho, 2012.

<sup>31</sup> “Artículo 126. Esta Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del congreso; serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados”; “Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”. Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, 24a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 627, también puede consultarse Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, 7a. ed., España, Trotta, 2007, pp. 21-45.

reconocer la existencia de un documento supremo denominado Constitución. En ese entonces se hablaba de una soberanía absoluta, no obstante, la transición de Estado de derecho a Estado constitucional de derecho, entre otras cosas, permitió que la norma suprema recuperara su naturaleza jurídica y que, posterior a la Segunda Guerra Mundial del siglo pasado, el tema de la soberanía se relativizara a favor de un sistema internacional de relaciones amistosas y de protección a los derechos humanos, situación que a su vez motivó distinguir entre soberanía interna y soberanía externa, siendo esa última el plano susceptible de comprometerse con otras naciones en el mundo.<sup>32</sup>

Así, el principio de supremacía constitucional, como dije, se flexibiliza en aquellos países que se han sumado al esfuerzo internacional de reconocimiento y salvaguarda de los derechos humanos, mas no en territorios que no forman parte de él o que no tienen la obligación jurídica de reconocer y tutelar derechos conforme a convenios internacionales; un ejemplo lo encontramos en Estados Unidos de América, país que, principalmente, obedece lo que su Constitución prevé o su interpretación judicial dispone.

Ahora, México se sumó al sistema internacional de protección a los derechos humanos. México firmó y ratificó diversos tratados y convenios internacionales en la materia. México aceptó la competencia de órganos administrativos y judiciales transnacionales y, en consecuencia, México adoptó la distinción entre soberanía interna y soberanía externa, sobre todo porque celebró el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>33</sup>

Tales acontecimientos implicaron el sustento de una supremacía constitucional no absoluta. Por una parte, el orden jurídico

<sup>32</sup> Carpizo, Jorge, *Algunas reflexiones constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 152 y 153.

<sup>33</sup> Ese tratado fue celebrado el 21 de marzo de 1986 y entró en vigor el 11 de enero de 1988, véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, 1986, disponible en la página web de la Suprema Corte de Justicia mexicana, <http://www2.scjn.gob.mx/red/tratadosinternacionales/>.

nacional en materia de derechos humanos, desde 1980, no está únicamente compuesto por normas nacionales, sino también por cláusulas internacionales previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mejor conocida como Pacto de San José y, por otra, desde 1998, México aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, entonces, el tema de la impartición de justicia ya no incumbe solamente a los jueces nacionales, sino también a instancias transnacionales.

### VIII. CONCLUSIONES

Considero que México cuenta con presupuestos básicos para actuar de manera congruente al sistema internacional de protección a derechos humanos, pues se comprende *a)* la transición de Estado legal a Estado constitucional de derecho, y de este a otro donde su actuación no solamente se basa en la Constitución que le da origen, sino también en lo dispuesto en tratados internacionales vigentes y su interpretación; *b)* que la Constitución es una norma jurídica vinculante para todos los seres humanos, sean o no autoridades; *c)* que entre derechos fundamentales y humanos no existe mayor diferencia que la simple denominación; *d)* que impartir justicia con la mentalidad de un Estado legalista produce incalculables consecuencias negativas a nivel social; *e)* que los métodos de interpretación creados, hace más de dos siglos, con el fin de entender al derecho privado, actualmente devienen insuficientes para la adecuada aplicación del derecho público; *f)* que la actividad inteligible de las autoridades del Estado tiene límites racionales; *g)* que las realidades no jurídicas y la costumbre constitucional e internacional, son elementos indispensables para la solución, si quiera plausible, de un conflicto constitucional o entre el ejercicio de los derechos; *h)* que los compromisos internacionales en materia de derechos humanos deben ser apreciados y aplicados con la misma jerarquía y rigor que los derechos previstos en la Constitución; *i)* que toda violación a un derecho humano no solo implica su restitución material, sino también la



posibilidad de indemnizar al afectado, y j) que el reconocimiento y protección de los derechos humanos no es monopolio del Estado o campo vedado a la sociedad y sus integrantes.

En resumen, ya no hay pretextos para afianzar lo que de antemano sabemos que corresponde ejercer, el control convencional interno o la simple actividad protectora de los derechos humanos... El método de control difuso no debe considerarse un límite para la defensa de los derechos humanos, cuya exclusividad, insisto, dejó de ser competencia de algunas autoridades del Estado porque la actividad protectora de los derechos humanos es una facultad genérica del gobierno y obligación de los ciudadanos.

Por ello, mi propuesta consiste en adoptar una visión amplia de control de convencionalidad o implementar una simple actividad protectora de los derechos humanos: no limitada a jueces o autoridades del Estado, sino también susceptible de ser operada por cualquier persona.

Con esa idea se logra comprender que la tendencia tutelar actual absorbe al control constitucional difuso o concentrado y, por tanto, no resulta del todo pertinente hacer separaciones limitativas de su alcance protector. Empero, estoy consciente de que mi propuesta requiere de preparación constante en materia de derechos humanos y de jurisprudencia internacional, pero también reconozco nuestro deber y compromiso de evitar actividades estatales o ciudadanas que lejos de proteger a la dignidad humana, propician un arbitrio arbitrario y legitimador de los intereses más oscuros del poder y de la ambición humana. Sobre ese tema reitero el principio de evitar interpretaciones fraudulentas o desbocadas de los derechos humanos.<sup>34</sup>

## IX. FUENTES

ANZURES GURRÍA, José Juan, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*.

<sup>34</sup> Sobre los límites al intérprete de los derechos humanos, *cf.* Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales, interpretación constitucional, cit.*, pp. 83-94.

- Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio de 2010.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 164a. ed., México, Porrúa, 2011.
- *et al.*, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. II, 2a. ed., México, Porrúa, 2003.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. IX, 2009.
- CARPISO, Enrique, *Derechos fundamentales, interpretación constitucional, la Corte y los derechos*, México, Porrúa, 2011.
- , *La defensa constitucional en México*, México, Porrúa, 2011.
- CARPISO, Jorge, *Algunas reflexiones constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- , “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, julio-diciembre de 2011.
- CASTILLA, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio de 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011.
- , *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. IV, 2008.
- y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamien-

- tos de Latinoamérica”, en PÉREZ ROYO, Javier *et al.*, *Derecho constitucional para el siglo XXI*, t. I, España, Aranzadi.
- , *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.
- HIGHTON, Elena I., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.
- LÓPEZ DAZA, Germán, “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio de 2011.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo *et al.* (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. IV, 2008.
- SAGÜÉS, Nestor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.
- SENTÍS M., Santiago, *El juez y el derecho*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, 1986”, en <http://www2.scjn.gob.mx/red/tratadosinternacionales/>.  
 ———, Informe anual de labores 2010. Anexo documental, México, 2011.
- Periódico *Milenio*, México, 12 de junio de 2012.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, 24a. ed., México, Porrúa, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, 7a. ed., España, Trotta, 2007.

### *Jurisprudencia nacional*

- “AGRARIO. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA AGRARIA”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, Amparo directo 5725/86.
- “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, Amparo directo 3770/76.
- “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, Amparo directo 82/80.
- “SENTENCIA DE AMPARO. NO PUEDE SER VIOLATORIA DE GARANTÍAS”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, julio a diciembre de 1989, t. IV, tesis II. 3o. J/4.
- “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. PERMITE SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DEL INculpADO CUYA DEFENSA SE HAYA REALIZADO EN FORMA DEFICIENTE O NULA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, noviembre de 2009, t. XXX, tesis 1a. CXCIX/2009.
- “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA DE TRABAJO. OPERA EN FAVOR DEL TRABAJADOR CUANDO EL ACTO RECLAMADO AFECTE ALGÚN INTERÉS FUNDAMENTAL TUTELADO POR EL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, octubre de 2008, t. XXVIII, tesis P./J. 105/2008.

“SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. NO OPERA EN LOS CASOS EN QUE ES IMPROCEDENTE UN RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, AUN TRATÁNDOSE DE MENORES DE EDAD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, enero de 2007, t. XXV, tesis 1a. XVII/2007.

“SUPLENCIA DE LA QUEJA. PROCEDE EN CUESTIONES DE DERECHO FAMILIAR”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, Amparo en revisión 2959/87.



## LA DIVISIÓN DE PODERES: TEORÍA Y REALIDAD

Luis Enrique VILLANUEVA GÓMEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Origen y evolución de la doctrina en los sistemas anglosajón y francés.* III. *La división de poderes en la Constitución norteamericana y sus proyecciones en la Constitución mexicana de 1824.* IV. *Parlamentarismo y presidencialismo: una caracterización general.* V. *Parlamentarismo y presidencialismo a través de las Constituciones mexicanas en el siglo XIX.* VI. *Algunos elementos de carácter parlamentario en la Constitución de 1917.*

### I. INTRODUCCIÓN

“El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 49.

División de poderes y garantías del gobernado son los dos supuestos jurídicos básicos en que se fundamenta la moderna estructura constitucional del Estado occidental.

La exigencia de dividir el poder constituyó y sigue constituyendo un mecanismo obligatorio en la elaboración de cualquier Constitución democrático-burguesa. Al lado de la doctrina de la soberanía popular, de los derechos del hombre y del régimen re-

\* Maestro en Derecho. Director jurídico del Congreso local de Jalisco. Exconsejero de la judicatura del estado de Jalisco. Profesor de la Universidad de Guadalajara.

presentativo, la separación de poderes se convirtió en la estructura limitante del poder a fin de impedir su abuso, y como consecuencia, garantizar la libertad individual.

En torno a la concepción de la división del poder público se crearon las partes “orgánicas” de las Constituciones modernas. Obedece al ejercicio de diversas funciones por parte del Estado moderno, el hecho de asignar a distintos órganos determinadas competencias, distribuyéndose así las tareas legislativas, ejecutivas y judiciales, con el objeto de crear dispositivos de separación, de control, de colaboración o de mutua vigilancia entre dichos órganos.

“División” implica pues, separación de poderes en el sentido de que su respectivo ejercicio se deposita en órganos distintos, interdependientes, y cuya conjunta actuación entraña el ejercicio del poder público por parte del Estado.

Esta figura se plasma, como se sabe, en el texto del artículo 49 de nuestra Constitución general. Para la mejor comprensión de su naturaleza e implicaciones, es preciso revisar algunos antecedentes de la doctrina sobre la división de poderes. Esta es producto del análisis teórico de instituciones jurídico-políticas que a la vez retroalimenta en sus proyecciones históricas, experimentando así diversas interpretaciones y siendo utilizada como un instrumento político de acuerdo con el lugar y el momento histórico determinado. De ahí que sea indispensable indagar sobre su origen y desarrollo para entender su regulación y realización en el sistema constitucional mexicano.

El primer antecedente significativo de la doctrina podemos encontrarlo en el pensamiento del notable filósofo Aristóteles, que después de un severo análisis de varias Constituciones de su época, diferenció las funciones del Estado, concluyendo que legislar, administrar y juzgar son tareas que deben corresponder a instituciones diversas.

En su obra *La política*, libro IV, señala que “En todas las constituciones existen tres elementos que deben estar bien armonizados para el buen funcionamiento del gobierno; en cambio, sí



hay diferencias entre los mismos, diferirán consiguientemente las constituciones”.<sup>1</sup>

Según Aristóteles, en la *polis* debe darse una división de funciones, en la que un órgano denominado asamblea deliberante resuelve sobre los asuntos comunes; al segundo, llamado grupo de magistrados, se le encomienda resolver sobre ciertos asuntos, el juzgar y el mandar es por excelencia lo propio del poder. Por último, un cuerpo judicial encargado de dirimir controversias mediante tribunales, mismos que se encontraban organizados por materias para un mejor funcionamiento.

A partir de la doctrina aristotélica, numerosos pensadores han planteado la necesidad de diferenciar, e incluso separar las funciones del poder público.

Así, Polibio, Cicerón, Tomás de Aquino, Marcillo de Padua, Maquiavelo, Bodino (quien ya plantea la existencia de cinco formas de soberanía y la necesidad de un Poder Judicial autónomo), y Puffendorf, no pueden ser ignorados entre los más sobresalientes.

En vía de ejemplo, se puede señalar que Cicerón, al respecto, escribió que “si en una sociedad no se reparte equitativamente los derechos, los cargos y las obligaciones, de tal manera que los Magistrados tengan bastante poder, los grandes bastante autoridad y el pueblo bastante libertad, no puede esperarse permanencia en el orden establecido”.<sup>2</sup>

Por su parte, Polibio, al referirse a la organización gubernativa de Roma, expresó:

...el gobierno de la república romana estaba refundido en tres cuerpos, y en todos los tres tan balanceados y bien distribuidos los derechos, que nadie, aunque sea romano, podrá decir con certeza si el gobierno es aristocrático, democrático o monárquico. Y con razón, pues si atendemos a la potestad de los cónsules, se dirá que es absolutamente monárquico y real; si a la autoridad del Senado,

<sup>1</sup> Aristóteles, *La política*, libro IV, capítulos XI, XII y XIII.

<sup>2</sup> Cfr. Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, t. I, p. 94.

aparecerá aristocrático, y si al poder del pueblo se juzgará que el Estado es popular.<sup>3</sup>

Sin embargo, en ninguna de estas doctrinas encontraremos concepciones teóricas significativamente distintas de las elaboradas por Aristóteles para los efectos del presente trabajo. Es por ello que abordo los antecedentes a partir de los sistemas anglosajón y francés, en donde Locke y Montesquieu infirieron los principios teóricos de la organización constitucional occidental bajo cuyo esquema se proyecta el sistema político mexicano.

## II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA EN LOS SISTEMAS ANGLOSAJÓN Y FRANCÉS

Como es sabido, los grandes principios inspiradores para la elaboración del sistema político americano fueron, por una parte, el constitucionalismo anglosajón que presentó un modelo para la creación de una estructura pública que sintetizaba los ideales de la democracia liberal, y por otra, el constitucionalismo francés, que se caracterizó por su genialidad para ensayar y planear la diversidad en las formas constitucionales, con el fondo de la filosofía del iluminismo y en donde la declaración de los derechos del gobernado constituyó un principio medular.

En primer lugar, analizaremos someramente el desarrollo de la doctrina de la división de poderes en Gran Bretaña, basándonos en los estudios elaborados por Locke y Montesquieu, quienes deduciendo sus ideas a partir de una realidad histórica concreta, aportaron además un elemento nuevo.

Hasta entonces la diversidad de órganos y la clasificación de funciones obedecían exclusivamente a una mera división de trabajo, pero a partir de Locke, la finalidad primordial consiste en la necesidad de limitar el poder, convirtiéndose, de este modo, la

<sup>3</sup> Polibio, *Historia universal*, libro VI, capítulo VI.

división de poderes en la principal limitación interna del poder público, que encuentra su complemento en la limitación externa de las garantías individuales.

John Locke es un pensador que ejerció una notable influencia en el pensamiento político europeo y norteamericano, sobre todo al configurarse la democracia liberal y constitucional. Por razones de orden cronológico y metodológico, previamente expondré las concepciones de Locke sobre la distinción de poderes, mismas que retomadas por Montesquieu tuvieron notable influencia en suelo americano.

De acuerdo con Locke, en estado natural el ser humano ejerce dos clases de poder, como lo son el de hacer todo lo que estime conveniente para su conservación y la de los suyos, y el de castigar los crímenes cometidos en agravio de sus intereses personales o patrimoniales. Cuando la sociedad civil se organiza políticamente, el individuo renuncia a tales poderes para transferirlos al estado, de manera que esa libertad, así como el ejercicio de la autodefensa será regulado a partir de entonces por la legislación que el aparato estatal crea y aplica.<sup>4</sup>

De lo anterior, se infiere que el Estado como producto social tiene dos poderes básicos: el Poder Legislativo, que regula cómo las fuerzas de un Estado deben ser empleadas para la conservación de la sociedad y de sus miembros, y el Poder Ejecutivo, que aplica las leyes, asume la prerrogativa discrecional de proteger intereses privados y públicos, así como también la función jurisdiccional. Locke considera la existencia de un tercer poder: el Federativo que tiene por misión las relaciones exteriores, hacer la guerra y la paz, alianzas, tratados y las demás funciones diplomáticas. En suma, las cuestiones vinculadas con la seguridad nacional.

Los poderes Legislativo y Ejecutivo deben estar depositados en diferentes órganos. Hay para ello una primera razón puramente práctica, puesto que no siempre es necesario expedir leyes,

<sup>4</sup> Locke, John, *El ensayo sobre el gobierno civil*, capítulo V.

pero siempre lo es el ejecutar las que han sido hechas. Una segunda razón, puramente psicológica, se agrega a esta: la tentación de abusar del poder sería un peligro potencial en aquellos en cuya persona se reuniesen las dos funciones, y en consecuencia llegarían a tener un interés distinto del resto de la comunidad, contrario a los fines de la sociedad y del Estado.

Para Locke, el Legislativo es el poder supremo, considerándolo el alma del cuerpo político, puesto que establece la primera y fundamental ley positiva de todos los Estados (es decir, la Constitución). Por lo que respecta al Poder Ejecutivo, pese a ser subordinado, conserva la facultad discrecional, en virtud de que el primero no puede preverlo ni proveer a todo el ejercicio de la función pública.

Además de que el Poder Legislativo no debe extenderse más allá de lo que el bien público exige, los derechos naturales de los hombres no desaparecen, sino que, por el contrario, subsisten para limitar el poder social y fundar el ejercicio real de la libertad. De esta forma, la existencia del parlamento y la Constitución representan un primer esfuerzo por limitar y controlar el poder, hasta entonces más o menos absoluto, del gobernante.

La principal obra de Locke, *El ensayo sobre el gobierno civil* (publicado en 1871), planteó de manera definitiva las bases de la democracia liberal, de esencia individualista.

Sin duda, con Montesquieu llegamos al principal exponente de una teoría sistemática de la separación de poderes, expuesta en una célebre obra: *El espíritu de las leyes* (publicado en 1892), que interpreta la Constitución inglesa.

Inicia su trabajo señalando que es una experiencia eterna cómo todo hombre en ejercicio de poder se ve impulsado a abusar de él y llega hasta donde encuentra límites. El abuso del poder solo se ve impedido si por la disposición de las cosas, el poder detiene al poder. Lo que a su vez supone no el poder único y concentrado, sino una fragmentación del poder y cierta distribución de funciones separadas; en este sentido, es célebre su afirmación: “Los poderes que se atemperan los unos a los

otros, que se contrapesan los unos a los otros, con sus respectivos contrapesos”.<sup>5</sup>

Montesquieu orienta su doctrina a la libertad política más amplia, que tiene por finalidad mantener la libertad de los ciudadanos bajo el reconocimiento del siguiente principio: “Todo gobierno puede ser libre si observa la división de poderes de modo que ninguno de ellos pueda predominar sobre los demás”.<sup>6</sup>

En cada Estado, afirma Montesquieu, hay tres clases de poderes: la potestad legislativa, que se encarga de hacer las leyes; la potestad ejecutiva, que ejecuta y aplica la ley a casos generales, y la potestad judicial, que castiga los delitos y juzga las diferencias entre los particulares. Principio que indirectamente quedará plasmado en nuestro artículo 49 constitucional.

La novedad de Montesquieu con respecto a Locke consiste en haber distinguido la función jurisdiccional de la función ejecutiva, no obstante que las dos consisten en la aplicación de leyes. Sin embargo, pensó que la justicia al realizar una aplicación rigurosa del derecho, constituye un dominio absolutamente distinto, una función del Estado naturalmente determinada por otras leyes.

La idea básica que expone en su doctrina fue la de asegurar la libertad del hombre por la diversificación de poderes y por la necesidad de evitar la concentración de potestades en uno solo.

Sus afirmaciones son concluyentes: cuando se concentran el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados —dice el pensador francés— no hay libertad...; no hay tampoco libertad si el Poder Judicial no está separado del Poder Legislativo y del Ejecutivo; todo se habrá perdido si el mismo cuerpo de notables, o de aristócratas, o del pueblo, ejerce estos tres poderes.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, libro VIII, capítulo II.

<sup>6</sup> *Ibidem*, libro XI, capítulo V.

<sup>7</sup> *Ibidem*, libro XI, capítulo VI.

Montesquieu fijó su atención más en el equilibrio que en la separación de poderes. Un esquema teórico que se convirtió en un principio dogmático institucional al paso del tiempo.

Una vez enunciados los principales planteamientos doctrinales, examinaré su realización en los sistemas constitucionales respectivos.

La Constitución inglesa organizaba el gobierno nacional en tres departamentos, legislativo, ejecutivo y judicial, los que de ninguna manera se encontraban completamente separados y diferenciados entre sí, tal que existía determinada intervención entre los mismos. Montesquieu solamente asentó que para la existencia y defensa de la libertad era indispensable que las tres potestades no se encontraran depositadas en una misma persona o corporación.

También se preocupó por establecer limitaciones internas de los poderes, surgiendo de aquí el sistema de frenos y balanzas, que atribuye a cada uno de los distintos órganos facultades de control y acción sobre los otros, garantizando así el equilibrio.

En cuanto a la caracterización específica de cada una de las partes de la estructura orgánica gubernamental en Gran Bretaña, se determinó que el Poder Legislativo sería confiado al cuerpo de los nobles y al cuerpo que sea elegido para representar al pueblo, cada uno de los cuales tendrá su asamblea y deliberaciones aparte, puntos de vista e intereses separados e incluso antagónicos. Así, cada una de las dos cámaras del cuerpo legislativo poseerá el lastre necesario para ponerse en situación de resistir a la otra. A la primera se denominó Cámara de Loores, y a la segunda, Cámara de los Comunes.

Le compete al monarca la titularidad del Poder Ejecutivo, porque se requiere para el mejor desempeño de sus funciones una acción inmediata que siempre será mejor dirigida por un solo mando que por varios.

Por último, la función judicial es competencia de los tribunales en lo referente a la aplicación de las leyes, erigiéndose como el medio para vigilar y preservar el control constitucional. Este ob-

jetivo se cumple a partir de instituciones jurídicas, como en esta época lo son el hábeas corpus, el juicio de amparo, el recurso de casación, etcétera.

Al igual que en Gran Bretaña, el constitucionalismo francés partió del doble supuesto (derechos del hombre y división de poderes), empero, las concepciones sobre estos fundamentos fueron muy diversas en el transcurso de su evolución constitucional, y en especial, de la doctrina de la división de poderes.

La Revolución francesa fue, en buena medida, una reacción provocada frente a la concentración de poder en una sola persona. Efecto de lo anterior, la Constitución Política Francesa de 1791 consignó una rígida división de poderes: el Poder Legislativo se delegó a una asamblea nacional, el Ejecutivo en el rey, y el Judicial en los jueces que habían de ser electos por el pueblo. Con lo anterior surgió una especie de gobierno monárquico constitucional con elementos que alentaban una evolución hacia el sistema parlamentario.

León Duguit consideró que la teoría inflexible de la separación de poderes que adoptaron los primeros constituyentes franceses, resultó una interpretación exagerada de las ideas de Montesquieu, toda vez que los principios fundamentales de su pensamiento, según Charles Eisenmann, pueden resumirse en los siguientes postulados: no confusión de poderes, no identidad de los órganos soberanos, carácter mixto del órgano político supremo, y con soberanía de las diversas fuerzas políticas y sociales.<sup>8</sup>

Estas ideas señalan la existencia de una incongruencia total respecto de los conceptos originales.

La carta constitucional de 1793 sostuvo la tesis a favor de la máxima concentración de poder en una asamblea única, y consiguientemente la dependencia del Ejecutivo respecto de ella, alejándose del pensamiento de Montesquieu, organizándose, en síntesis, un gobierno bajo el sistema convencional.

<sup>8</sup> Cfr. Eisenmann, Charles, "La pensée constitutionnelle de Montesquieu", en *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu; bicentenaire de l'esprit des lois*, París, Sirey, 1952, pp. 133 y ss.

Nuevamente en 1795 se elabora una nueva Constitución, cuyo modelo retorna a la técnica divisoria del poder público, teniendo similitud a la primera carta magna. El Poder Legislativo se depositó en dos cuerpos colegiados: el Consejo de Quinientos y el Consejo de los Ancianos; el Ejecutivo se atribuyó a un cuerpo colegiado, en donde la presidencia era rotatoria, estableciéndose lo que llamaríamos un presidencialismo colegiado. Refiriéndonos a las funciones, se formuló una separación extremadamente rígida entre los dos órganos políticos.

Resulta innegable que las doctrinas constitucionales francesa y anglosajona tuvieron el mérito de ser las primeras en llevar a la práctica la teoría de la división de poderes, con los más variados enfoques, en un momento histórico de transición, de donde se desprende su proyección e influencia en toda Europa y, consecuentemente, el continente americano.

No podemos concluir esta sección sin antes hacer una somera exposición en relación con las críticas formuladas en el devenir histórico sobre la doctrina de la división de poderes; algunas de ellas perfectamente cimentadas, otras más, producto de las erróneas interpretaciones de muy diversos pensadores.

Rousseau desarrolló una severa crítica, fundamentándose en la imposibilidad de la división de la soberanía, aludiendo que “Los poderes solamente son emanaciones de la autoridad soberana, a la cual están supeditados”.<sup>9</sup> El poder soberano es, por definición indivisible; sin embargo, es posible distinguir en él tres funciones.

Carré de Malberg sostiene que la descomposición de la potestad estatal en tres poderes nos lleva a destruir en el Estado la unidad, que es el principio mismo de su fuerza, además genera una insuficiente capacidad de acción en cada uno de los poderes.<sup>10</sup>

Finalmente, niega la igualdad y equilibrio de los poderes, puesto que es inevitable que uno de ellos tenga preponderan-

<sup>9</sup> Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, libro II, capítulo II.

<sup>10</sup> Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, trad. de José Lion Depitre, México, FCE, 1948, p. 754.



cia sobre los demás. Sin embargo, este predominio puede ser y ha sido atenuado a través de prevenciones constitucionales diversas.

Posteriormente se advierte una tendencia a atenuar la separación de poderes; Kant establece que “Los tres poderes del estado están coordinados entre sí...; cada uno de ellos es el complemento de los otros dos...; se unen el uno al otro para dar a cada quien lo que es debido”.<sup>11</sup>

Duguit asienta que teóricamente, esta separación absoluta de poderes no se concibe. El ejercicio de una función cualquiera del Estado se traduce siempre en una orden dada o en una convención concluida, es decir, en un acto de voluntad o una manifestación de su personalidad. Implica, pues, el concurso de todos los órganos que constituyen la personalidad del Estado.<sup>12</sup>

Adolfo Posada dice lo siguiente: los problemas políticos y técnicos actuales sobrepasan, y mucho, la doctrina de la separación de poderes que, por otra parte, no ha podido realizarse prácticamente nunca, por oponerse a ello la naturaleza de los Estados (organismos y no mecanismos), y la índole de las funciones de gobierno que piden, con apremio, gran flexibilidad institucional.<sup>13</sup>

La pretensión de adscribir a cada uno de los órganos del Estado el ejercicio de las tres funciones tradicionales es imposible en la práctica.

De la Bigne de Villeneuve desarrolla las siguientes concepciones: no separación de poderes estatales, sino unidad del poder del Estado... diferenciación y especialización de funciones sin duda... pero al mismo tiempo coordinación de funciones, síntesis de servicios, asegurada por la unidad del oficio estatal supremo, que armoniza sus movimientos...<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Kant, Emanuel, citado por De la Bigne de Villeneuve, *La Fin Du Principe de Séparation des Pouvoirs*, París, 1934.

<sup>12</sup> Duguit, León, *La Séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789*, p. 1.

<sup>13</sup> Posada, Adolfo, *La crisis del Estado y del derecho político*, Madrid, 1934, p. 77.

<sup>14</sup> De la Bigne de Villeneuve, Marcel, *El fin del principio de la separación de poderes*, París, 1934, p. 128.

En general, el derecho constitucional moderno no se muestra muy entusiasta con una estricta separación de poderes. Finer dice: hay que considerar dos problemas: el primero es la posibilidad de separar los poderes de modo diferente según las cualidades específicas, y el segundo, cómo han de diferenciarse realmente los poderes en las modernas democracias.<sup>15</sup>

Las condiciones actuales requieren una concentración de poder, en virtud de la necesidad de acciones estatales y uniformes para lograr una mayor eficacia.

El fenómeno de correlación de fuerza política entre los poderes Ejecutivo y Legislativo se ha ido inclinando hacia la decisiva preponderancia del primero. Las situaciones de crisis, que han puesto en peligro la estabilidad de los Estados, han desplazado el centro de gravedad de la potestad pública hacia el Poder Ejecutivo en la mayoría de las organizaciones estatales. Véase al efecto, el texto de los artículos 49 y 29 de nuestra Constitución general.

Otra condicionante real que ha desfigurado la clásica concepción de la división de poderes, es la influencia ejercida por los partidos políticos. La integración de los poderes constituidos, cuando existen mayorías que les permiten cubrir con sus miembros simultáneamente los puestos del Poder Ejecutivo y los del Legislativo, e influir en la composición del Judicial, han hecho ilusoria la pretendida división de poderes. Esto, a su vez, se vincula con el debate sostenido entre los partidarios del sistema electoral mayoritario y los defensores del sistema electoral proporcional.

Sin embargo, a pesar de todos los argumentos esgrimidos con antelación, no se puede negar que los actuales regímenes políticos conservan elementos de la clásica doctrina de la división de poderes; dentro de su organización estatal existe cierta separación de funciones. En la actualidad, un cuerpo colegiado representativo se encarga de la función legislativa. También, se intenta fortalecer y ampliar las facultades de los órganos encargados de

<sup>15</sup> Finer, Hermann, *Theory and practice of Modern Government*, 2a. ed., Nueva York, Henry Holt and Co., 1950, pp. 219 y ss.

la función jurisdiccional, sobre todo en el aspecto de control de la constitucionalidad y de la legalidad respecto de los actos de los otros dos poderes.

Además, conviene puntualizar que muchas de las críticas a esta institución parten de la confusión entre “poderes” y los “órganos del Estado”, toda vez que el poder es único, pero para su ejercicio se deposita en los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial; asimismo, se suele denominar como separación de poderes, mientras que en realidad lo que se da es una distribución de funciones en diferentes entes.

Aun cuando la “división de poderes” todavía aparece —al menos formalmente— en la mayoría de las Constituciones occidentales modernas, es bien conocida la preeminencia que el Ejecutivo ejerce respecto de los otros dos poderes.

Así las cosas, es verdad que los poderes no deben actuar siempre y necesariamente separados; tanto es así que si bien cada uno tiene establecidas sus facultades, empero, en varias ocasiones se da su concurrencia, recuérdese al respecto los sistemas que se desprenden del texto constitucional a través de los cuales se consagra la colaboración de los poderes.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la intromisión, la dependencia y la subordinación son conductas violatorias del principio de la división de poderes. La intromisión se produce cuando uno de los poderes interfiere o se inmiscuye en un asunto concerniente a otro, sin que por ello pueda considerarse que existe una sumisión o dependencia. Por su parte, mediante la dependencia un poder impide a otro, de forma antijurídica, tomar decisiones o realizar conductas de manera autónoma. Por último, la subordinación implica el sometimiento de uno de los poderes a otro, de ahí que represente el mayor grado de violación a la separación de poderes.

### III. LA DIVISIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA Y SUS PROYECCIONES EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1824

La fuente más representativa del Constituyente mexicano de 1823 en relación con la división de poderes, sin duda alguna, fue la Constitución norteamericana de 1787.

Es cierto que la Constitución de Apatzingán, sancionada en 1814 por el Congreso de Anáhuac a iniciativa de José María Morelos, contemplaba ya la institución, al disponer en sus numerales 11 y 12, respectivamente: “Tres son las atribuciones de la soberanía, la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares...”. “Estos tres Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no deben ejercerse ni por una sola persona, ni por una sola corporación...”.

Pero también es cierto que este documento nunca tuvo una vigencia real, dado el estado de guerra en que el país se encontraba como consecuencia del movimiento insurgente.

Es por ello que el análisis comparativo entre el sistema norteamericano y el nuestro lo realizaré a partir de la Constitución de 1824, primera que reguló los destinos de México como nación independientemente.

Como punto de partida, recordemos que varias de las Constituciones de los estados que integrarían la Unión Americana incorporaron la teoría de la división de potestades como un elemento esencial de su organización; incluso, más de una llegó a señalar que la motivación principal de la separación de poderes —en una rama legislativa, otra ejecutiva y otra judicial— era asegurar que el gobierno fuese de leyes y no de hombres.

Los grandes legisladores que se congregaron para cristalizar su pensamiento en la Constitución norteamericana tienen como rasgo común el sentido pragmático que caracteriza al anglosajón, convirtiendo en instituciones constitucionales las corrientes ideológicas europeas. Prueba de lo anterior es el establecimiento en su Constitución de un articulado que no contiene ninguna defini-

ción expresa de los principios que la sustentan, sino disposiciones que los desarrollan pragmáticamente.

Resulta lógico pues, que nuestro derecho constitucional como el de los demás países latinoamericanos plasmen en sus respectivos ordenamientos constitucionales las ideas que consagran tales principios, estructurando, a imitación del constitucionalismo estadounidense, su organización política.

En efecto, la decisión por el pacto federal es, merced a la transacción de Connecticut, una síntesis histórica de realidades políticas tan concretas como las plasmadas en los planes de Virginia y de New Jersey.

La decisiva influencia que tuvo la Constitución aprobada por el Congreso Constituyente de Filadelfia en la conformación del orden jurídico-político predominante en América está fuera de discusión, si consideramos la presencia de instituciones tales como el régimen republicano, el sistema federal, la división de poderes, el bicammarismo, el Distrito Federal, e incluso, la vicepresidencia (en México, 1824), en un importante número de Constituciones y ordenamientos políticos como el nuestro.

El Constituyente de Filadelfia acogió el pensamiento de Montesquieu relativo a la división de poderes, logrando una separación del poder del Estado en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, derivada de la índole jurídica de los actos de autoridad en que se traduce, esto es, de los resultados de su ejercicio. En otras palabras, la calificación de cada una de las potestades obedece a una distribución de las funciones primordiales que desempeñan. Sin embargo, no excluye la posibilidad del ejercicio de actividades que no correspondan a su esfera competencial.

De igual manera, el sistema constitucional mexicano logra hoy atenuar la rígida división de poderes por dos medios principales: asignando a un poder funciones que materialmente deberían corresponder a otro, y exigiendo la participación de dos órganos para considerar como constitucionalmente válido el ejercicio de determinadas atribuciones.

Así, los norteamericanos establecieron un sistema de controles recíprocos que garantizaba el equilibrio de poderes.

Ahora bien, con el fin de apreciar nítidamente las proyecciones de la Constitución norteamericana en la Constitución mexicana de 1824 (respecto de la doctrina de la división de poderes), efectuaré un análisis comparativo de ambas leyes fundamentales, precisando sus características análogas, así como ciertos enfoques particulares que las distinguen.

La Constitución de Filadelfia, en su artículo primero, sección primera, estableció: “Todos los poderes legislativos otorgados en la presente Constitución, corresponderán a un Congreso de los Estados Unidos, que se compondrá de un Senado y una Cámara de Representantes”. Por ende, cuando el objeto de su desempeño consiste en la creación de normas de derecho, abstractas, generales e impersonales, surgirá la primera rama del poder público que es el Poder Legislativo.

Cuando la potestad estatal se materializa en actos tendentes a la aplicación concreta, particular o personal de las normas, sin resolver o dirimir ningún conflicto jurídico, nos encontramos con el ejercicio de la segunda tarea del poder público: la ejecutiva, que de acuerdo con el artículo segundo, sección primera, de la Constitución norteamericana, se deposita en un individuo llamado presidente de los Estados Unidos, quien desempeñará su encargo, juntamente con el vicepresidente, por un periodo de cuatro años.

Los constituyentes norteamericanos se pronunciaron en favor del fortalecimiento del Poder Ejecutivo para que tuviese una mayor independencia, con el objeto de frenar los posibles abusos de la legislatura y pretendiendo conseguir el equilibrio político necesario entre ambos órganos.

De esta manera, se configuró el régimen presidencialista con un Ejecutivo fuerte, autónomo, electo popularmente y con la calidad de jefe de Estado, investido de amplias facultades que lo situaron de hecho por encima de los otros dos poderes.

En tercer lugar, el Poder Judicial decide las controversias jurídicas mediante la aplicación de normas, configurándose así un acto jurisdiccional. De acuerdo con el artículo tercero, sección primera, de la Constitución estadounidense: “Se deposita el Poder Judicial de los Estados Unidos en un Tribunal Supremo y en los Tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo”.

Sin embargo, el aspecto más trascendental se debe a que el Poder Judicial se erige en vigilante máximo del orden constitucional, procurando que la actuación de los poderes se mantenga dentro de los lineamientos de la estructura constitucional.

Respecto a México, no debemos olvidar que la Constitución de 1824 es producto de un difícil momento en la historia política de nuestro país, obra del Segundo Congreso Constituyente reunido en 1823.

Infructuosas resultaron las tareas constituyentes del Primer Congreso en 1822, al ser disuelto por Iturbide debido a cuestiones políticas. No obstante, sirvió para dejar aclarada la tendencia a optar por la forma de gobierno republicana, representativa, evitándose en consecuencia enfrentamientos posteriores por esta cuestión y quedando pendiente únicamente lo relativo al federalismo, su contrapunto, la configuración centralizante.

El nuevo Congreso Constituyente se reunió el 5 de noviembre de 1823, iniciando sus labores con el objeto de formular la primera Constitución mexicana. Como circunstancia previa, se aprobó el Acta Constitutiva de la Federación, fechada el 31 de enero de 1824, en cuyo articulado se contienen las directrices para elaborar la carta magna. En dicha acta se proclamó el principio de la división de poderes al disponer en su artículo noveno que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Ejecutivo Legislativo y Judicial.

Se prohibió que estos tres poderes se reunieran “en una corporación o persona” y que se depositara en Legislativo en un individuo, prohibición última que no decretó la Constitución Federal de 1824 al adoptar este principio.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de octubre de 1824 expresó en su artículo sexto: “Se divide el Supremo Poder de la Federación para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”. Quedó así plasmada en la parte orgánica la figura de la división de poderes.

A fin de advertir las notables semejanzas entre ambas Constituciones, considérese que el Legislativo se depositó en un Congreso General, compuesto de dos cámaras: la de Senadores y la de Diputados, y en su receso funcionaría un Consejo de Gobierno. El Ejecutivo se depositaría en un solo individuo no reelegible de inmediato, que sería el presidente de la República, quien sería suplido por un vicepresidente. El Poder Judicial recayó en la Suprema Corte de Justicia, los tribunales de circuito y los juzgados de distrito.

Es necesario destacar que pese al innegable influjo de la legislación constitucional angloamericana, nuestros constituyentes no fueron simples imitadores, sino prudentes agentes de adecuación de un sistema de acuerdo con las necesidades jurídicas, políticas y sociales del país.

Se puede apreciar desde la génesis constitucional hasta nuestros días, la conservación del principio de la división de poderes como un pilar esencial dentro de la estructura gubernamental, no obstante las trasgresiones y ajustes que en nuestro devenir histórico se han realizado.

#### IV. PARLAMENTARISMO Y PRESIDENCIALISMO: UNA CARACTERIZACIÓN GENERAL

Adquiere cada uno diferentes modalidades según el país en que se manifiesten, y son múltiples las circunstancias que influyen en su desarrollo; se forma en algunos una combinación entre ambos sistemas con la relativa o subrayada prevalencia del uno sobre el otro.

Entre dos polos ideales de preferencia política, como los son el Estado presidencial “puro” y el parlamentario “puro”, suelen



conformarse en diversa medida, las organizaciones estatales vigentes.

De esta forma, el ser “más o menos” parlamentario o el ser “más o menos” presidencial se define a partir de “modelos” cuyos indicadores son generalmente establecidos con base en realidades nacionales. Tal es el caso de los controles que las cámaras o el parlamento ejercen sobre la integración del gabinete o Consejo de Ministros, tal es también el asunto del control legislativo sobre las finanzas públicas, o bien, el grado de intervención que las cámaras ejerzan respecto del proceso electoral. Desde esta perspectiva, confrontaré, con base en los indicadores señalados, las características más relevantes de un sistema parlamentario típico y de un gobierno presidencial típico.

Estos dos tipos se estructuran en referencia a la organización del Poder Ejecutivo y a sus relaciones frente a las cámaras. Ya tenga el carácter de unitario, encontrándose depositado en una persona denominada “presidente”, o bien, en un cuerpo colegiado, como las juntas de gobierno, o bien, delegado en un “Consejo de Ministros” o “Gabinete”, que a su vez se encuentra presidido por un “primer ministro”.

### 1. *Sistema parlamentario*

Este gobierno implica que el ejercicio del Poder Ejecutivo se encuentra encomendado a un cuerpo colegiado llamado Consejo de Ministros, mismo que emana del parlamento, de donde recibe su denominación, pues existe un inobjetable predominio de las cámaras sobre la actuación ejecutiva.

El Consejo está presidido por un “primer ministro”, quien es el jefe del partido dominante en el parlamento, y se integra por un número variable de funcionarios denominados “ministros”, correspondiéndole a cada uno un determinado ramo de la administración estatal, siendo responsables de los actos del Ejecutivo frente al parlamento y la opinión pública.

Pese a que el parlamento no ejerce la titularidad del gobierno, por razones obvias, tiene reservadas, entre otras funciones, la representación de la opinión popular, el control financiero, la expedición de leyes, la dirección de las decisiones políticas fundamentales, de donde se deduce su preeminencia en el orden político, legal y económico del país.

Resulta indispensable para el buen funcionamiento del parlamentarismo, un proceso electoral en el que coexistan partidos organizados y una alta educación cívica.

Diferentes tratadistas han hecho caracterizaciones sobre el sistema parlamentario, entre los que se distingue Karl Loewenstein que precisó en su obra las siguientes:<sup>16</sup>

- a) Identidad personal entre los miembros del gabinete y los del parlamento;
- b) El gobierno, encomendado al gabinete, “está fusionado con el parlamento formando parte integral de éste”;
- c) El gabinete está presidido por un jefe llamado “primer ministro”, que al mismo tiempo es miembro del parlamento y líder del partido que en este predomine;
- d) La subsistencia de un gabinete determinado y su actuación gubernativa dependen del respaldo de la mayoría parlamentaria y, a la inversa, la renuncia de los funcionarios que lo componen deriva de la falta de apoyo por parte de dicha mayoría;
- e) Control recíproco entre el gabinete y el parlamento, en el sentido de que la división de aquel puede provocar la disolución de este o una nueva integración de dicho cuerpo gubernativo, mediante la convocatoria a elecciones anticipadas.

Jorge Carpizo, por su parte, señala las siguientes peculiaridades:<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, pp. 103-107.

<sup>17</sup> Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1979, pp. 13 y 14.

- a) Los miembros del gabinete son también miembros del parlamento;
- b) El gabinete está integrado por los jefes del partido mayoritario o por los jefes de los partidos que por coalición forman la mayoría parlamentaria;
- c) El Poder Ejecutivo es doble: existe un jefe de Estado, que tiene principalmente funciones de representación y protocolo, y un jefe de gobierno, que es a quien corresponde la administración y el gobierno del mismo;
- d) En el gabinete existe una persona que ejerce el liderazgo y a quien se suele denominar primer ministro;
- e) El gabinete subsistirá siempre y cuando cuente con el apoyo de la mayoría parlamentaria;
- f) La administración pública está encomendada al gabinete, pero este se encuentra sometido a la constante supervisión del parlamento.

El tratadista argentino Germán Bidart Campos formula una sistemática enumeración de los atributos característicos del sistema parlamentario, afirmando al efecto lo siguiente:<sup>18</sup>

- a) En el parlamentarismo hay dualidad de jefe de Estado y de gobierno, el primero puede ser un rey o un presidente de la República; el segundo es siempre el primer ministro;
- b) El jefe de Estado es políticamente irresponsable;
- c) El Poder Ejecutivo está a cargo de un gabinete, o ministerio, o Consejo de Ministros, presidido generalmente por un primer ministro;
- d) Entre el Poder Ejecutivo y el parlamento existe coordinación y colaboración;
- e) En tanto el parlamento puede obligar a dimitir el gabinete; el parlamento puede ser disuelto, en sus dos cámaras o en una sola, por el jefe de Estado;

<sup>18</sup> Bidart Campos, Germán Jorge, *El derecho constitucional. Del poder*, t. I, pp. 90 y 91.

- f) Los actos que cumple el jefe de Estado irresponsable políticamente, van acompañados del refrendo ministerial, cuyo ejercicio real se encuentra avalado por la relativa autonomía que tienen los miembros del gabinete frente al Ejecutivo.

Como se puede apreciar, los doctrinistas concuerdan en el señalamiento de las características generales del régimen parlamentario, por lo que visualizamos ya con las directrices esenciales de ese sistema; sin embargo, es imprescindible conocer las críticas más severas y fundadas que se realizan en su contra, destacándose sobremanera la situación quimérica acerca de la colaboración de poderes, mientras que en realidad existe una concentración del Poder Legislativo y del Ejecutivo en el parlamento.

La anterior premisa se confirma debido a la vinculación entre parlamento y gabinete, toda vez que este se integra, como ya se especificó, con ministros que forman parte del cuerpo parlamentario. Tampoco es óbice la circunstancia de que en el sistema exista un presidente o un rey, ya que generalmente ese alto dignatario no ejerce funciones de poder en el gobierno del Estado, sino que lo representa interior e internacionalmente.

En suma, es obvio que pese a la existencia de una dualidad de poderes, estos no son independientes ni iguales, sino que se manifiesta una sujeción, absorción y control absoluto del Ejecutivo por el parlamento.

## 2. *Sistema presidencial*

El presidencialismo difiere diametralmente del sistema parlamentario, contrastando sus principios fundamentales que los caracterizan. Los elementos que constituyen este sistema varían normativamente dependiendo del régimen jurídico-político que los aplique, sin embargo, en todo caso, se conservan las directrices esenciales del mismo.

En términos generales, el sistema presidencial se caracteriza por el principio de la separación de poderes, en donde el presi-

dente participa con independencia en la dirección política, siendo el jefe del Estado y el jefe del gobierno a la vez; al ser electo periódicamente por sufragio universal no hay subordinación del Ejecutivo al Legislativo, por lo que no depende de este para su existencia, sino, por el contrario, existe un marcado predominio del presidente sobre el parlamento, en virtud del cúmulo de facultades que se le confieren en fundamentales aspectos para la conducción del país; además, el jefe del Ejecutivo designa libremente a sus colaboradores inmediatos que lo auxilian con funciones consultivas, obrando en representación de este, quienes no son responsables ante el Poder Legislativo, pudiendo ser removidos solamente por el órgano que los nombró; más aún, el régimen de partidos, ya sea bipartidista o excepcionalmente el sistema de partido único, influye marcadamente en el gobierno presidencialista, y por último, el presidente no puede disolver el congreso, ni este puede obligar a renunciar al Ejecutivo a través de un voto de censura.

De manera somera, a eso se reducen los rasgos comunes del presidencialismo; en seguida analizaré los lineamientos del sistema, siendo los principios rectores los que a continuación se enuncian:

- a) El Poder Ejecutivo es unitario. Está depositado en un presidente que es, al mismo tiempo, jefe de Estado y jefe de gobierno. El titular del órgano supremo en quien se deposita el Poder Ejecutivo emana de la voluntad popular como expresión mayoritaria de la ciudadanía, pronunciándose teóricamente por un régimen democrático auténtico. Si se parte de esta base, en el sistema presidencial no se da la supeditación al congreso por parte del presidente, ya que su investidura proviene del sufragio universal manifestado en elecciones directas o indirectas. Aunque pudiera darse el caso de que la asamblea legislativa designara al titular del Ejecutivo, por ningún motivo acontecerá que su permanencia esté subordinada a la decisión de esta.

- b) Compete al Ejecutivo la función administrativa estatal; en consecuencia, tiene la facultad de nombrar y remover libremente a sus inmediatos colaboradores, denominados secretarios de Estado. Estos lo auxilian en los diversos ramos de la administración pública, no siendo políticamente responsables ante el congreso, sino solamente ante el presidente. Asimismo, cabe destacar las circunstancias peculiares del sistema: ni el presidente ni los secretarios de Estado pueden ser miembros del congreso; por otra parte, el Ejecutivo puede estar afiliado a un partido político diferente al de la mayoría del congreso.
- c) En el presidencialismo no hay posibilidad de la formación de un Consejo de Ministros que constituyan un cuerpo decisivo y ejecutivo distinto, y hasta potencialmente opuesto al presidente, porque los secretarios de Estado derivan su nombramiento y permanencia en el cargo a la determinación presidencial.
- d) Como jefe de Estado, al presidente le corresponde la representación interna y externa del país, tomando las decisiones de las medidas fundamentales en ambos ámbitos, responsabilizándose de sus resultados y consecuencias. Como autoridad máxima en el campo administrativo, el Ejecutivo se encarga, con la cooperación de los secretarios de despacho, de planificar las actividades socioeconómicas del Estado, resolviendo la problemática que surja en este ramo para satisfacer las necesidades del pueblo y elevar sus niveles de vida.
- e) Debido al régimen democrático imperante en el sistema presidencial, la titularidad de la facultad legislativa no le corresponde al Ejecutivo, si bien dicha prohibición no puede considerarse absoluta, pues el presidente, en casos excepcionales, podría desempeñar la función de crear leyes legitimando constitucionalmente su cargo.
- f) Resulta innegable que para la solución de la heterogénea problemática nacional es necesario un Ejecutivo fuerte y ágil que tome las medidas y resoluciones idóneas requere-

ridas por las actividades gubernativas del Estado contemporáneo, por lo que al presidente se le ha asignado una amplia gama de atribuciones constitucionales y legales. La amplitud, variedad y diversidad cualitativas y cuantitativas que deben caracterizar el cuadro de facultades presidenciales, no deben paralelamente significar arbitrariedad o conversión del titular del Ejecutivo en un órgano incontrolado y autoritario.

- g) En el sistema presidencial es indiscutible que la preeminencia gubernativa le corresponda al órgano ejecutivo, ya que es quien concentra múltiples facultades que ejerce directamente o por conducto de autoridades subordinadas. Pese a que el sistema permita el predominio del presidente, rechaza la falta de control de la actividad ejecutiva. La sustracción necesaria de las funciones legislativa y jurisdiccional del extenso ámbito presidencial ha hecho sobrevivir el principio de la separación de poderes, y paralelamente evita la degeneración del régimen de gobierno.

De hecho, México siempre se ha estructurado constitucionalmente dentro del sistema presidencial, salvo breves interregnos parlamentarios; teniendo la actuación del presidente limitaciones y controles en el terreno jurídico; a continuación haré una breve reseña de los sistemas aludidos en este parágrafo en el transcurso de nuestra historia constitucional con el objeto de apreciar las variantes ocurridas.

#### V. PARLAMENTARISMO Y PRESIDENCIALISMO A TRAVÉS DE LAS CONSTITUCIONES MEXICANAS EN EL SIGLO XIX

No está en mi ánimo formular una descripción pormenorizada sobre la evolución político-constitucional del parlamentarismo y presidencialismo mexicanos, sino un seguimiento somero de ambos sistemas a partir del periodo inicial de la guerra por la independencia nacional.

La evolución de los sistemas parlamentario y presidencial en el devenir constitucional decimonónico, manifiesta una evidente inestabilidad en cuanto a la preeminencia de un sistema sobre el otro, coexistiendo indiscutiblemente ambos a través de algunos matices recíprocos; no obstante la forma de gobierno adoptada por el Estado, resulta innegable su interacción.

A manera de preámbulo, señalaré que después de la época colonial y una vez iniciada la independencia mexicana, el primer antecedente que sirvió de inspiración principal a los legisladores dentro del ámbito nacional debió ser el documento denominado *Los elementos constitucionales* de Ignacio López Rayón, formulados en 1812, que planteaban ya la división de poderes, pero con la marcada supremacía del Legislativo, basada en el principio de que el ejercicio de la soberanía le competía al Supremo Congreso Nacional Americano. Resulta también muy significativo que en un documento constitucional, netamente mexicano, ya aparece un pequeño indicio de control constitucional que debía ejercerse por la vía jurisdiccional.

Situación similar se encuentra en *Los sentimientos de la nación*, redactados por José María Morelos, en relación con los principios que esbozaban la estructura y la división de poderes; sin embargo, respecto a la soberanía, se depositaba su ejercicio en los representantes del pueblo, y no en el Poder Legislativo.

El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, conocido usualmente como Constitución de Apatzingán, y expedido en octubre de 1814, establecía la división tripartita de poderes, los cuales recaían en el Supremo Congreso, el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia. Señalaba la estructura y composición de tales cuerpos, así como sus atribuciones, siendo el Supremo Congreso Mexicano, cuerpo depositario de la soberanía.

Dicho de otra manera, se puede afirmar que se planteó la interpretación de un separatismo rígido de la división de poderes, adoptándose con el propósito de lograr un Congreso políticamente dominante. Dado el cúmulo de facultades otorgadas al



Legislativo, los otros dos poderes aparecen notablemente disminuidos frente a este gigante constitucional.

Puedo calificar a la Constitución de Apatzingán como una carta magna bien conformada, de notorio predominio parlamentario. No puede ignorarse el hecho de que la norma citada nunca entró en vigencia, dadas las condiciones de beligerancia en que se encontraba el país, pero el precedente de primacía legislativa es evidente.

La siguiente referencia de importancia la encuentro el 31 de enero de 1824, fecha en que se expide El Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, antecedente inmediato de la primera Constitución federal, donde ya se plantea en forma abierta el establecimiento del sistema presidencial que se implantaría y robustecería en varios, por no expresar que en la mayoría, de los documentos constitucionales de nuestro país en el transcurso del siglo XIX.

Respecto a la Constitución de 1824, estimo necesario un análisis más detallado, vista la trascendencia que esta implica en la vida jurídica nacional. Determinó como uno de sus principios fundamentales la división de poderes, predominando la tesis del establecimiento de un sistema de gobierno de carácter eminentemente presidencial y, sin embargo, no faltan los doctrinistas que afirman la teoría de que se pretendió fortalecer al Poder Legislativo, toda vez que se le asignaban una serie de importantes facultades, que no es lugar para analizar, pero que de ninguna manera puede equipararse a las del Ejecutivo.

Para subrayar más claramente la preeminencia del sistema presidencialista, es indispensable realizar un breve estudio sobre la formación del Poder Ejecutivo en la Constitución del 1824; mi planteamiento comprende dos aspectos esenciales, a saber: la problemática inherente a la titularidad del Ejecutivo, y en segundo término, las atribuciones y restricciones que le son conferidas por la carta magna.

Surgió la tesis del Ejecutivo unipersonal con respecto a la titularidad de este poder, fundamentada principalmente en las

ideas de unidad y celeridad en el manejo de las decisiones gubernativas, no obstante que de inmediato se propuso la teoría opuesta que sustentaba el postulado de un Ejecutivo colegiado basado en los principios de libertad y seguridad. Tras innumerables y acalorados debates, los diputados constituyentes acordaron el que se depositará el Poder Ejecutivo en un solo individuo, no reelegible de inmediato, que se denominaría presidente de la República, se supliría por un vicepresidente y, a falta de ambos, en ciertos casos el encargo recaería provisionalmente en el presidente de la Suprema Corte de Justicia.

Por imitación a la carta norteamericana, la Constitución mexicana estableció la Vicepresidencia, sin prever las consecuencias de la coexistencia de esta institución, dado que el titular de la misma era un instrumento que propiciaba la anarquía en el Ejecutivo y un obstáculo infranqueable para su progresivo desarrollo, puesto que el ejercicio de la Vicepresidencia se asignaba al candidato segundo en votos, por definición opositor al presidente electo. La realidad histórica ha demostrado que en nuestro país la Vicepresidencia ha sido la principal fuente de intrigas entre los enemigos del presidente, así como un foco de debilitamiento del sistema presidencial.

Ahora bien, las facultades atribuidas al Ejecutivo Federal fueron múltiples y heterogéneas, distinguiéndose la de iniciativa legal, la facultad reglamentaria, el veto suspensivo y el libre nombramiento de altos funcionarios, mismas que amalgamadas propiciaron el fortalecimiento del Poder Ejecutivo.

Por otra parte, la propia Constitución definió restricciones a las facultades del presidente, siendo las más importantes: el no poder impedir la celebración de las elecciones; tampoco podía privar a nadie de su libertad ni imponer penas; le estaba prohibido abandonar el país durante su encargo y un año después, así como dirigir las fuerzas armadas, en ambos casos, sin el consentimiento del Congreso; por último, carecía de la atribución para ocupar la propiedad privada, sin la previa aprobación del Senado o del Consejo de Gobierno, y mediante el pago de la indemniza-

ción correspondiente. Cabe destacar la figura del refrendo, referida a los secretarios de Estado, sin cuya firma los reglamentos, decretos y órdenes del Ejecutivo no serían obedecidos.

No obstante las limitaciones antes enunciadas, el órgano legislativo estaba muy lejos de adquirir hegemonía frente al Ejecutivo, mismo que, según lo revela nuestra historia, ha sido casi siempre el poder preeminente, circunstancia que ha dado la tónica de régimen presidencialista al sistema de gobierno implantado en la Constitución de 1824. En vía de señalamiento, se constata un esbozo de control constitucional y legal por conducto parlamentario, que es atribución del Consejo de Gobierno.

Pese a todo lo anterior, estimo que la primera Constitución federal estructuró netamente un sistema presidencialista.

Las Siete Leyes Constitucionales de 1836 establecen el primer ordenamiento de carácter centralista, en él se suprimió la Vicepresidencia, contenía como innovación primordial, la creación de un cuarto poder, denominado “Supremo Poder Conservador”, dándose así la primera ruptura frente a la clásica división tripartita del poder; merced a lo anterior, la tendencia presidencialista continuó y además se fortaleció en el sistema de gobierno de aquellos días, demostrándose esto con la permanencia de las facultades exclusivas del presidente de la República para nombrar secretarios de Estado, consejeros, gobernadores de los departamentos, empleados diplomáticos, cónsules, coroneles y demás funcionarios de alta jerarquía dentro del gobierno. La importantísima retención de la facultad para vetar leyes. Respecto a la institución del refrendo, persistió aunque se modificó su significado, dado que todos los reglamentos, decretos y órdenes del Ejecutivo deberían ser autorizados por los ministerios de acuerdo con su ramo. Sin embargo, se suprimió la frase consignada en la Constitución anterior que determinaba que “sin este requisito no serían obedecidos”, con lo que cambió la esencia de la disposición.

Se deduce de lo expuesto que la existencia del Supremo Poder Conservador reforzó en la práctica la postura presidencialista en esta época.

Las Bases Orgánicas de Organización Política de la República Mexicana de 1843 conservan en su parte orgánica el régimen centralista, radicalizándose el presidencialismo mexicano como consecuencia de la concentración del poder político, jurídico y económico en un solo individuo.

Al restaurarse el federalismo mediante el Acta de Reformas de 1847, paralelamente recobraron vigencia los postulados de la Constitución de 1824, proponiéndose las siguientes reformas: se suprimió la vicepresidencia; el control de la constitucionalidad de las leyes, a moción autoritaria y por vía mixta, que procesalmente se inicia y concluye jurisdiccionalmente, pero que en el fondo y en el intermedio del proceso, se resuelve parlamentariamente... huelga abundar sobre la hegemonía del Ejecutivo federal en las directrices esenciales del Estado mexicano.

Es el turno de examinar la Constitución de 1857, la cual fue y sigue siendo objeto de múltiples debates, surgiendo una corriente que centralizaba sus críticas dado el carácter y perfil de preponderancia parlamentaria, la cual se dijo, obstaculizaría la acción del Ejecutivo, pero que, por otra parte, encontraba su justificación en los más recientes antecedentes históricos de la época.

Independientemente de la validez que pudieran tener los argumentos planteados por los impugnadores, es necesario hacer destacar las diferencias más sobresalientes respecto de las anteriores Constituciones. Es notable la supresión del Senado. El Ejecutivo se depositó en el presidente de la República, y la suplencia correspondía, según el texto original, al presidente de la Suprema Corte, desapareciendo temporalmente la Vicepresidencia. Asimismo, se suprimió la figura del veto por parte del Ejecutivo federal. Subsiste la facultad del Ejecutivo de la unión para el nombramiento de los más altos funcionarios públicos. La figura del refrendo recupera su fórmula original, aunque también subsiste su escasa o nula aplicación en la vida jurídica de nuestro país por motivos evidentes.

Para algunos tratadistas, la Constitución de 1857 asignó el epicentro del poder plasmado en la Constitución al Legislativo,

hasta que las reformas de 1874 hicieron regresar a la estructura presidencialista. Otros estiman que, pese a los innegables matices parlamentarios de la carta magna de 1857, su esencia nos remite al presidencialismo que siempre se había conocido en México desde 1824, y que en buena medida se acogió en la Constitución actual. El caudillismo del periodo santanista y la lucha de facciones polarizadas a partir de la Guerra de Reforma, fortalecieron en amplia medida el poder del Ejecutivo. Una historia oscilante entre cuartelazos triunfantes y represiones sangrientas conforman el marco general en cuyo entorno se fundamentará, un siglo después, el amplio conjunto de poderes que hoy ejerce el presidente de la República.

En esta perspectiva, es claro el predominio del sistema de gobierno presidencial, sin dejar de reconocer la coexistencia de los rasgos parlamentarios que disminuyen o se incrementan según las demás condiciones que intervienen en un momento histórico determinado.

Creo interesante mencionar que en su obra *La Constitución y la dictadura*, don Emilio Rabasa interpreta la dictadura porfirista como “resultado de una utópica y demagógica división de poderes, inscrita en la Constitución de 1857 que imposibilita el funcionamiento real del Ejecutivo”.<sup>19</sup> Estaba convencido que un país en formación como el nuestro solo podía llegar a la madurez institucional por obra de un gobierno fuerte y con facultades legales que le permitieran resolver los problemas que una realidad inestable y siempre fluctuante planteaba en cada momento.

La rectoría económica del Estado, que ahora tiene rango constitucional, así como gran parte de las atribuciones presidenciales en materia económica, financiera y militar, contrastan claramente con la concepción liberal-individualista de la sociedad y del Estado que prevaleció sobre todo durante la segunda mitad del siglo XIX, como un efecto tardío de la vertiginosa industrialización europea.

<sup>19</sup> Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, TIP de Revista de Revistas, 1912, p. 189.

En este sentido, el Estado queda reducido al rol de gendarme o vigilante de la actividad económica desarrollada por particulares con base en el principio de la libre empresa, a fin de “garantizar la equidad y proporcionalidad en las operaciones mercantiles”.

En este contexto, no causa sorpresa encontrar durante el siglo pasado, en las actividades productivas y en las relaciones políticas un estado de anarquía, debido principalmente a la ausencia de un poder suficientemente fortalecido para imponerse en los varios sectores de la vida nacional que se ubican en un territorio extenso, con escasa población, carente de vías de comunicación, amalgamado al retraso económico y los violentos contrastes sociales, factores que explican ampliamente la posterior tendencia a fortalecer el poder del presidente en las esferas económica y militar.

## VI. ALGUNOS ELEMENTOS DE CARÁCTER PARLAMENTARIO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

En el texto constitucional emanado de la Asamblea Constituyente de 1916, destacan figuras de índole parlamentaria que se encuentran insertas en el mismo y que en la actualidad determinan una amalgama de perspectivas que enfocadas de forma distinta han provocado el resurgimiento en la práctica de una serie de instituciones legales que anteriormente tenían una nula aplicabilidad y solo eran concebidas como quimeras dentro de nuestro sistema jurídico.

En el aspecto histórico es factor determinante el antecedente porfirista en el cual acaecen hechos trascendentes en el desarrollo histórico-jurídico posterior de nuestro país. Por un lado, sobreviene la conversión del poder nacional en un poderío personal que trae aparejado el sometimiento de todos los factores opuestos al sistema y la conciliación de los diversos intereses nacionales dirigidos por un solo individuo; por otra parte, la adopción de una política económica de favoritismos en la que la finalidad esencial era robustecer la nación a través de la inversión, sin importar su procedencia, nacional o extranjera.

La Constitución de 1917 se convirtió desde un principio en formidable instrumento de poder que con el decurso del tiempo transformó a la Presidencia en un poder autocrático que guardaba poco respeto a las normas constitucionales. Sin embargo, en lo que se refiere a la estructura política en México, no puede decirse que la Constitución sea letra muerta, sobre todo en lo referente a los rasgos parlamentarios que día a día adquieren mayor fuerza.

Por lo que toca a la cobertura jurídica, el Constituyente de Querétaro dotó constitucionalmente de amplias facultades al Ejecutivo. A este respecto, Venustiano Carranza manifestó la convicción de que la Constitución de 1857 había sido implacable, en virtud de la naturaleza abstracta de las doctrinas en que se fundamentaba.

Por otro lado, las reformas sociales revolucionarias fueron empleadas como instrumentos de poder por parte del Estado para justificar su actuación, sirviendo como instrumentos frente a las personas sociales y las anteriores clases poseedoras, todo lo cual ha contribuido a la inmovilidad del Ejecutivo federal.

Entre las múltiples y antagónicas opiniones que se han vertido en torno al presidencialismo mexicano emanado de la Constitución de 1917, me parece pertinente, por vía de referencia, citar las siguientes: Daniel Cosío Villegas afirma que en México existe una monarquía absoluta sexenal y hereditaria en línea transversal.<sup>20</sup> Para Jorge Montaña el presidente es el centro de la autoridad y también el punto necesario de equilibrio.<sup>21</sup> Patricio E. Marcos, Jacqueline Peschard y Carmen Vázquez asientan que el presidente es una especie de monarca absoluto, cuando no un dictador constitucional.<sup>22</sup> Para Octavio Paz el presidente es el

<sup>20</sup> Cosío Villegas, Daniel, *El sistema político mexicano*, México, Joaquín Moritz, 1975, pp. 30 y 31.

<sup>21</sup> Montaña, Jorge, *Los pobres de la ciudad en los asentamientos espontáneos*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1976, p. 34.

<sup>22</sup> Marcos, Patricio E. *et al.*, "El presidencialismo mexicano como fábula política", en *Estudios Políticos*, México, UNAM, vol. I, núms. 3 y 4, 1975, p. 34.

dueño del PRI y de los medios de información, y tiene facultades casi ilimitadas para usar los fondos federales.<sup>23</sup> Para Pablo Neruda el presidente es un emperador azteca, mil veces más intocable que la familia real inglesa.<sup>24</sup> Para James L. Busey el presidente mexicano es el patrón político de toda la República y, en un sentido político, México es su hacienda.<sup>25</sup>

De las opiniones anteriores se infiere la idea de un Ejecutivo fuerte con facultades ilimitadas en todos los ámbitos, alcanzando el grado de una figura omnipotente; sin embargo, existen alternativas para limitar su poder por medio de controles cuyo origen nos remite a los elementos parlamentarios que a continuación intentaré analizar.

Pese a que varios autores, entre ellos Felipe Tena Ramírez, encuentran elementos parlamentarios, se afirma que “son puramente formales, pues no alteran en nada el sistema presidencial asentado en la Ley Fundamental; en ninguno de esos matices el Ejecutivo queda subordinado al Legislativo”.<sup>26</sup>

En este particular como en otros tantos, se manifiesta una clara ruptura entre la realidad política y el texto constitucional. La declaración formal de controles que la Constitución hace se enfrenta cada día de cada sexenio a una innegable concentración de poder en el presidente, que hace de tales controles, instrumentos débiles o nulos.

Los elementos parlamentarios que consagra la carta magna, se ubican en los siguientes dispositivos: artículo 92, que dice: “Todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos”. Esta figura constitucionalmente se le denomina “refrendo”.

<sup>23</sup> Paz, Octavio, *Posdata*, México, Siglo Veintiuno Editores, 1970, p. 55.

<sup>24</sup> Neruda, Pablo, *Confieso que he vivido. Memorias*, México, Seix Barral, 1974, pp. 230 y 231.

<sup>25</sup> Bussey, James L., *Political Institutions and Processes, Latin América*, Nueva York, Random House, 1964, p. 29.

<sup>26</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2004, pp. 249 y 257.



Para Tena Ramírez, desde el punto de vista teórico, las finalidades que persigue el refrendo son las siguientes:<sup>27</sup>

- a) La de dar autenticidad a los actos que certifica, quedando privado el refrendo de su cometido, cuando se dispone que el secretario de Estado firmará antes que el Ejecutivo federal.
- b) La de constituir una limitación material a la voluntad del jefe de gobierno mediante la participación indispensable del ministro del ramo; para la validez de su actuación sería la segunda finalidad, pero dicha negativa en nuestro sistema equivaldría a la desobediencia de una orden del superior que lo ha designado libremente y que en igual forma puede removerlo.
- c) La tercera finalidad, consiste en el traslado de la responsabilidad del presidente de la República al secretario refrendatario; en este punto cabe recordar que el Ejecutivo federal es responsable de los actos de sus ministros, en virtud del libre nombramiento que de ellos hace, y de ninguna manera se intenta eximir de responsabilidad al jefe de gobierno para transferirla al agente refrendatario.

En el contexto de la realidad nacional, la utilidad del refrendo se finca en determinar una triple responsabilidad del agente refrendatario: la penal, la técnica y la política.

- a) La responsabilidad penal que surge cuando el acto refrendado es delictuoso, convirtiéndose con el estampamiento de la firma del secretario en copartícipe del delito, con el agravante de que su responsabilidad, a diferencia de la presidencial, sí es exigible penalmente durante el desempeño del encargo, previo el juicio político celebrado en los términos del título cuarto constitucional y su ley reglamentaria.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 251.

- b) La responsabilidad técnica fundada en el hecho de que cada secretaría, en su respectivo ramo, cuenta con el personal especializado que auxilia al jefe del ejecutivo, por medio del material de información y decisión que el titular de la misma le presenta bajo su responsabilidad. En estrecha vinculación, las reformas de 1982 al título cuarto de la Constitución general establecen una responsabilidad de orden administrativo, que facilita al gobierno federal, vía Secretaría de la Función Pública, para practicar la confiscación de bienes que siendo propiedad de servidores públicos de la Federación, se presumen adquiridos con fondos del erario federal (artículos 22 y 112 de la Constitución general de la República).

En el artículo 93 constitucional encontramos otro elemento de carácter parlamentario, pues los dos primeros párrafos señalan:

Los Secretarios del Despacho, luego que esté abierto el período de sesiones ordinarias, darán cuenta al Congreso, del estado que guarden sus respectivos ramos. Cualquiera de las Cámaras podrá citar a los Secretarios de Estado, al Procurador General de la República, así como a los directores y administradores de los organismos descentralizados federales o de las empresas de participación estatal mayoritaria, para que informen cuando se discuta una ley o se estudie un negocio concerniente a sus respectivos ramos o actividades.

El párrafo final de dicho dispositivo establece: “Las Cámaras, a pedido de una cuarta parte de sus miembros, tratándose de los diputados, y de la mitad, si se trata de los Senadores, tienen la facultad de integrar comisiones para investigar el funcionamiento de dichos organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria. Los resultados de las investigaciones se harán del conocimiento del Ejecutivo Federal”.

En los últimos años ha sido frecuente observar cómo los secretarios de Estado y otros altos servidores se les ha citado ante el Congreso para que informen sobre proyectos de leyes de su competencia. Los datos que proporcionan los secretarios del despacho son realmente testimonios emanados del presidente y, en todo caso, la censura que se pudiese verter se daría en la persona del secretario. Asimismo, por este medio la asamblea legislativa ejerce un control para supervisar las actuaciones del jefe de la unión. Tal control será tanto más eficaz cuanto logre diluirse la marcada dependencia de las cámaras frente a la persona del presidente.

El artículo 29 constitucional determina otro matiz de tipo parlamentario, estableciendo como requisito para que la suspensión de garantías pueda ser decretada por el presidente de la República, el acuerdo de los titulares de las secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y la aprobación del Congreso de la Unión.

No cabe duda que el funcionamiento de nuestro sistema presidencial, en el caso del artículo 29, se aproxima, como en ningún otro, al sistema parlamentario, consecuencia de la trascendencia que tiene la suspensión de garantías, justificándose el requisito de la aprobación del Gabinete, implicando una responsabilidad solidaria con el presidente de la República, y sin embargo, en una sola ocasión (1942-1945) ha operado la mecánica constitucional prevista por el numeral 29, lo cual dice mucho del peso específico que la voluntad del Ejecutivo tiene.

Los artículos 84 y 85 constitucionales plantean las hipótesis de la sucesión presidencial, y refiriéndose concretamente a los de los presidentes interino y sustituto, los que son nombrados por el Congreso de la Unión para reemplazar al jefe de gobierno, constituyen, sin lugar a dudas, reminiscencias al modelo parlamentarista, dada la intervención decisiva que efectúa la asamblea legislativa en tan trascendente designación. Todo lo cual constituye una importante excepción a la elección directa del presidente por medio del sufragio popular. La designación del llamado presiden-

te provisional por parte de la Comisión Permanente durante los recesos de las cámaras federales, no parece escapar al anterior planteamiento.

El artículo 74, fracción IV constitucional, introduce un control legislativo frente a la administración de la hacienda pública, facultando a la Cámara de Diputados para discutir y, en su caso, aprobar anualmente los documentos rectores del gasto público federal: el Presupuesto de Egresos y el Informe de la Cuenta Pública.

Después del superficial análisis, podemos concluir en que es innegable la presencia en la Constitución mexicana de 1917 de diversos elementos parlamentarios que, plasmados en su texto, formalizan algunos de los medios de control presidencial. En el aspecto fáctico su aplicabilidad es más común y frecuente en el presente, y necesariamente dichos componentes se irán multiplicando en el futuro para llegar a ser indispensables en su momento como factores de equilibrio dentro de la estructura gubernamental de nuestro país y como un intento más para lograr la democratización integral del sistema.

SEGUNDA PARTE  
ESTUDIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS



# EL SISTEMA NACIONAL NO-JURISDICCIONAL DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: ALGUNAS PREOCUPACIONES

Jorge CARPIZO

SUMARIO: I. *Los derechos humanos.* II. *El ombudsman.* III. *Preocupaciones sobre el sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos.* IV. *Innovaciones en el ombudsman mexicano que se han desvirtuado.* V. *Recomendaciones “light” y escasas.* VI. *Interpretación restrictiva de las facultades.* VII. *La autonomía de los órganos locales.* VIII. *El grave problema de la inseguridad pública.* IX. *Una reflexión final y algunas sugerencias.*

## I. LOS DERECHOS HUMANOS

El valor del ser humano y su dignidad es un tema antiguo y recurrente en el mundo, específicamente en el pensamiento occidental. No obstante, su pleno reconocimiento ha recorrido un trayecto muy largo y accidentado, en virtud de que —como bien afirmó Hobbes— el hombre es el lobo del hombre o, como comúnmente se afirma, el pez grande se come al pequeño o, desde la visión errada de Gorgias, lo natural es el gobierno del más fuerte y, en tal virtud, el débil debe someterse al poderoso, debido a que la naturaleza así lo establece.

La lucha por el reconocimiento de la dignidad humana la encontramos ya en algunos pensadores de la Grecia clásica, en

el Cristianismo, en diversos filósofos medievales y del Renacimiento, en algunas declaraciones inglesas y españolas, pero las ideas adquieren dimensión universal con la ilustración francesa del siglo XVIII, y los catálogos de los derechos del hombre de las excolonias norteamericanas y de las declaraciones de Francia,<sup>1</sup> producto de la Revolución en aquel país.

Muy citado es el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que expresa que “ Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de constitución”. Es la manifestación máxima del liberalismo filosófico y político, y esa idea aún se encuentra vigente en nuestros días. Una sociedad necesariamente tiene una constitución física, tal y como todo individuo la posee también. Entonces, el mencionado artículo 16 necesariamente se está refiriendo a una constitución democrática; es decir, si en la sociedad no están asegurados los derechos del hombre y el poder se encuentra concentrado, tiene una constitución física, desde luego que sí, pero no una constitución democrática, no un Estado de derecho, o como decimos en la actualidad un Estado de derecho constitucional, democrático y social.

La separación de poderes es especialmente importante para que, como afirmó Montesquieu, el poder detenga al poder, para que existan *checks and balances*, pesos y contrapesos, entre los poderes, con la finalidad de que estos se controlen entre sí y entonces florezca la libertad. En una palabra, la idea de la separación de poderes se puede subsumir en la de los derechos humanos. También se puede expresar diciendo que donde el poder está concentrado no puede existir garantía alguna de los derechos humanos.

<sup>1</sup> Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 13a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 124-133. Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, México, UNAM, 1962, pp. 36, 75, 91-100. Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1956, p. 17. Jellinek, Jorge, *La declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*, México, Nueva España, s. f., pp. 29-42.



Así, derechos humanos y división de poderes son conceptos íntimamente relacionados, que no admiten alejamiento o distancia.

El citado artículo 16, en esencia, es hoy tan actual como en 1789, a pesar de que una buena parte del liberalismo filosófico y político ha sido superado. O tal vez sea más preciso decir que se ha perfeccionado con la perspectiva y proyección social. Los derechos sociales son derechos humanos y constituyen una unidad con los de carácter individual, civil o político. Los mexicanos tenemos una buena fórmula para esta síntesis; el liberalismo social, que en otras latitudes es algo equivalente a la social democracia.

Los derechos humanos jamás se extinguirán, “por ser consustanciales con la idea del hombre, subsistirán siempre ontológicamente y renacerán en la realidad de la existencia política, ya que la libertad jamás podrá ser eliminada, porque el hombre es, en esencia, su libertad”.<sup>2</sup> Por tanto, el interés por los derechos humanos no es una moda transitoria, no es algo pasajero que hay que soportar por algún tiempo mientras se crean o reviven otros temas. Los derechos humanos son, y será el tema vertebral, nuestra atmósfera y oxígeno, mientras el ser humano exista en este planeta.

Definir los derechos humanos es, a la vez, muy complicado y fácil. Son de esos conceptos cuyo significado se intuye, y delimitarlo parece labor sencilla, pero cuando se intenta se comprueba que es una noción difícil de aprehender. Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) discutió, en 1990, una definición para plasmarla en el Reglamento Interno, después de muchos intercambios de opinión, se llegó a una, inspirada en instrumentos internacionales. El artículo 2o. de ese Reglamento precisó que “Los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano”. Parece una definición tautológica. Tal vez lo sea, pero circunscribe bien el concepto.

<sup>2</sup> Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Civitas, 1988, p. 292.

II. EL *OMBUDSMAN*

De nada o poco sirven las declaraciones si no existen simultáneamente los procesos y procedimientos, las garantías procesales constitucionales para resarcirlos si estos son violados. Hoy en día tiene una importancia excepcional ese conjunto de garantías procesales en el amplio campo del derecho procesal constitucional, justicia constitucional, jurisdicción constitucional o defensa de la Constitución, que no son términos intercambiables,<sup>3</sup> pero persiguen una misma finalidad: asegurar la plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos.

Dentro de este amplio campo, más específicamente en el de la justicia constitucional, se encuentra la figura del *ombudsman*.

En forma sencilla se puede definir al *ombudsman* como el organismo en el cual su titular es un funcionario público de alto nivel, quien actúa con independencia, pero es responsable ante el Poder Legislativo; recibe quejas en contra de autoridades y funcionarios, las investiga y emite recomendaciones, y periódicamente rinde cuentas sobre el cumplimiento de estas.

El *ombudsman* nació en Suecia, con la Constitución de 1809, y persiguió establecer un control adicional para el cumplimiento de las leyes, supervisar cómo estas realmente eran aplicadas por la administración, y crear un nuevo camino, ágil y sin formalismos, a través del cual los individuos pudieran quejarse de las arbitrariedades y violaciones cometidas por autoridades y funcionarios.

En México, figuras parecidas al *ombudsman* se conocieron desde el siglo XIX. En este sentido encontramos la Ley de Procuradurías de Pobres de 1847, que don Ponciano Arriaga promovió en San Luis Potosí.

<sup>3</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 198, 213-222, 226-232. Corzo Sosa, Edgar, “La justicia constitucional en México”, en *Justicia constitucional comparada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, 1993, pp. 12-18. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-CNDH, 2004, pp. 8-16.

En el siglo XX podemos señalar varios ejemplos, especialmente a partir de 1979,<sup>4</sup> pero fue con la creación de la CNDH, el 5 de junio de 1990, cuando esta institución tomó verdadera forma en el país. Llegó para quedarse y para ser un instrumento valioso en la defensa y protección de los derechos humanos, instrumento que creció y se fortaleció hasta integrar un sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos, a partir de la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de la adición de un apartado B al artículo 102 constitucional, el 28 de enero de 1992. Asimismo, importante es la reforma constitucional a dicho artículo y apartado, en septiembre de 1999, que configuró a la CNDH como un organismo constitucional autónomo.

### III. PREOCUPACIONES SOBRE EL SISTEMA NACIONAL NO-JURISDICCIONAL DE DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

He sido, y continúo siéndolo, un ferviente defensor del sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos. Intervine en su creación y lo he estudiado y analizado en otras ocasiones.<sup>5</sup> Estoy persuadido de que sus efectos benéficos son muchos y aún pueden ser más y de mayor calidad, que este sistema nacional es un instrumento útil para una mejor protección de los derechos humanos en el país, y que hay que cuidarlo y vigilarlo para que cumpla cabal y plenamente con sus funciones en beneficio de todos los mexicanos.

<sup>4</sup> Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y Ombudsman*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 11-14. Aguilar Cuevas, Magdalena, *El defensor del ciudadano* (Ombudsman), México, UNAM-CNDH, 1991, pp. 116-134.

<sup>5</sup> Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y...*, *cit.*, nota 4, pp. 87-97. Carpizo, Jorge, *Temas constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 373-396. Carpizo, Jorge, *Algunas reflexiones constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 67-140. Véase Armienta Calderón, Gonzalo M., *El ombudsman y la protección de los derechos humanos*, México, Porrúa, 1992, pp. 55-73.

Siempre he sostenido que los problemas se presentan para ser resueltos y superados, que son muy útiles los diagnósticos de las instituciones para conocer con precisión lo que debe ser corregido. También he manifestado, y así he actuado, que el secretismo y la opacidad son enemigos de las instituciones, que un órgano vigoroso actúa con transparencia frente a la sociedad, y que las críticas razonadas y de buena fe no debilitan a las instituciones sino las fortalecen.

En 2010, cuando la CNDH cumpla su vigésimo aniversario y el mencionado sistema no-jurisdiccional dieciocho años de su creación, sería prudente que se realizara un ejercicio de evaluación en el cual participaran todos los organismos y comisiones del sistema, las respectivas comisiones de derechos humanos del Congreso federal, las organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y algunas organizaciones sociales de prestigio.

Sin embargo, 2010 va a ser un año de conmemoraciones muy importantes y este ejercicio, que debe ser público y seguido con interés por la sociedad, se perdería. Además, considero que existen problemas en el sistema no-jurisdiccional que deben ser discutidos y resueltos a la brevedad posible con la finalidad de fortalecerlo, amén que no es saludable que las más importantes evaluaciones se efectúen mayormente en el extranjero. 2009 sería un buen año para este ejercicio.

En la actualidad los presupuestos de muchos de esos organismos, en especial el de la CNDH, son generosos. ¡Qué bueno! Lo apoyo plenamente. Deben disponer de recursos suficientes para cumplir muy bien con sus funciones. Este sistema es hoy en día uno de los tres más grandes del mundo y que cuenta con mayores recursos económicos. No obstante, me pregunto: ¿los resultados y beneficios que la sociedad mexicana recibe corresponden al esfuerzo que se realiza en otorgarle esos recursos?, ¿la protección real de los derechos humanos en México es mejor hoy que hace dieciocho, quince, diez o cinco años?

Me acuerdo cómo comenzó la CNDH: en dos cuartos, con dos escritorios, seis sillas y un teléfono. Estupendo que en la ac-

tualidad la situación es diametralmente diferente, pero, reitero, ¿corresponden los recursos asignados con los resultados que obtiene la sociedad del mencionado sistema no-jurisdiccional?

El sistema no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos en México es grande, lo integran la Comisión Nacional y treinta y dos organismos. En virtud de que no existe una evaluación del sistema como tal, es difícil pronunciarse sobre los resultados del mismo, además de que estos son de lo más heterogéneos. Considero, con la información que poseo, que varias comisiones están realizando su trabajo muy bien; algunas con deficiencias y otras dejan mucho que desear. Mi propósito es que todas, absolutamente todas, puedan encontrarse en el renglón de muy bien o bien.

En esta virtud, de los informes de las comisiones, de sus actividades públicas, de sus pronunciamientos, del intercambio de opiniones con presidentes de algunas comisiones y dirigentes de organizaciones no gubernamentales (ONG) me han surgido inquietudes que me preocupan, porque debilitan al sistema, debido a que otorgan municiones a los enemigos de este, pero especialmente porque la defensa y la protección de los derechos humanos que dicho sistema debe realizar, por lo cual fue creado y existe, no se encuentra en un buen momento, más cuando de nueva cuenta el asunto de la violación de los derechos humanos aflige a la sociedad mexicana. La inseguridad pública lesiona gravemente varios derechos humanos y se convierte en un cáncer que debe ser curado de inmediato.

Nunca será acertado generalizar. En consecuencia, mis preocupaciones e inquietudes no son aplicables a todas las comisiones y organismos, que a partir de ahora me referiré a ellos con el nombre genérico de comisiones. Expongo mis inquietudes con ánimo positivo, para colaborar en su superación y en el fortalecimiento del sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos, pero con un objetivo que no oculto: que este cumpla a plenitud con sus funciones para que ayude a parar en seco las violaciones de los derechos humanos en beneficio de todos y cada uno de los mexicanos.

#### IV. INNOVACIONES EN EL *OMBUDSMAN* MEXICANO QUE SE HAN DESVIRTUADO

A. La CNDH se inspiró en la figura del *ombudsman* pero adaptándola a la realidad mexicana. El derecho comparado aporta ideas y el conocimiento de instituciones y sistemas jurídicos de otras latitudes, que pueden ser útiles para el perfeccionamiento de un determinado orden jurídico, pero estos no se pueden trasladar extra-lógicamente; hay que tener presente las peculiaridades, evolución y realidades del país en donde la nueva institución se intenta implantar, y así se hizo en México con el objetivo de alcanzar las finalidades para las cuales esa Comisión se creaba y que se señalaron con claridad en el artículo segundo del decreto de creación, y en el tercero se enumeraron sus atribuciones.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> El artículo segundo del Decreto de creación de la CNDH estableció que “La Comisión Nacional de Derechos Humanos será el órgano responsable de promover y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa a los derechos humanos. Con este propósito instrumentará los mecanismos necesarios de prevención, atención y coordinación que garanticen la salvaguarda de los derechos humanos de los mexicanos y de los extranjeros que se encuentren en territorio nacional; esto último, en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores”.

El artículo tercero de dicho Decreto normó que: “Para cumplir con las responsabilidades a que se refiere el artículo anterior, la Comisión Nacional de Derechos Humanos tendrá las siguientes atribuciones:

I. Proponer la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos;

II. Establecer los mecanismos de coordinación que aseguren la adecuada ejecución de la política nacional de respeto y defensa de los derechos humanos;

III. Elaborar y ejecutar los programas de atención y seguimiento a los derechos humanos;

IV. Elaborar y proponer programas preventivos en materia de derechos humanos, en los ámbitos jurídico, educativo y cultural para la Administración Pública Federal;

V. Representar al Gobierno Federal ante los organismos nacionales y, en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores, ante los internacionales, en cuestiones relacionadas con la promoción y defensa de los derechos humanos;

La CNDH nació como un *ombudsman* renovado o transformado, en virtud de que presentó características hasta entonces desconocidas en un *ombudsman*. Resalto dos de las más importantes, en virtud de que implican las dos primeras preocupaciones que voy a exponer del funcionamiento actual del sistema nacional no-jurisdiccional de derechos humanos.

B. La primera, el artículo sexto del decreto de creación estructuró un Consejo, como cuerpo colegiado, y le señaló sus funciones.

Antes de 1990, ningún *ombudsman* en el mundo contaba con un Consejo. El *ombudsman* es siempre una *persona*. Situación diferente es que el *ombudsman* tenga colaboradores muy importantes, o que se ocupe de temas específicos y especializados, como acontece en varios países, como puede ser el de la niñez, el militar, el de salud, el de educación, pero un Consejo, un órgano colegiado, integrado por miembros externos a la oficina del *ombudsman*, fue una verdadera novedad.

Las razones para la creación del Consejo fueron principalmente las siguientes: a) existía, y con razón, desconfianza de la sociedad hacia cualquier órgano creado por el Poder Ejecutivo; b) el presidente de la CNDH iba a enfrentarse a los grandes violadores de derechos humanos, principalmente miembros de procuradurías y corporaciones policíacas, y se quería que tuviera el respaldo de personalidades nacionales con prestigio y credibilidad; c) para que desempeñara funciones parecidas a las de un órgano legislativo interno, que discutiera y aprobara los aspectos

VI. Formular programas y proponer acciones que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenios y acuerdos internacionales signados por nuestro país”.

El Reglamento Interno de la CNDH de 1990, interpretando esos artículos, amplió las facultades de esa Comisión Nacional. Por ejemplo, en su artículo 5o. asentó:

“III. Elaborar y ejecutar los programas de atención y seguimiento a los reclamos sociales sobre Derechos Humanos.

IX. Proponer las reformas, adiciones o nuevos instrumentos jurídicos que se juzguen indispensables en materia de protección y defensa de los Derechos Humanos ante las instancias competentes”.

generales e importantes de la Comisión, y d) para que fuera una especie de contralor de la misma.

Debe quedar claro: las funciones del Consejo son muy importantes, pero en relación con las recomendaciones específicas el único competente es el presidente de la CNDH, debido a que él es el último responsable de la investigación, y la recomendación solo puede estar fundamentada en la verdad jurídica que se desprende de la investigación y en las pruebas contenidas en el expediente, y no como resultado de una votación. Esto no quiere decir que el presidente aparte de informar al Consejo sobre las recomendaciones, acepte o no que algún miembro pudiera tener alguna intervención individual, cuando así lo solicite. Más adelante me referiré a un ejemplo que me consta.

El Consejo se diseñó como un cuerpo colegiado muy importante y así funcionó durante los primeros años de vida de la CNDH, a grado tal que el Consejo hizo, como debía ser, una interpretación amplia de sus facultades señaladas en el Decreto de creación, y así se plasmó en el artículo 10 del Reglamento Interno que proyectó, discutió y aprobó, y el cual solicitó que se publicara en el *Diario Oficial de la Federación* para darle plena validez. Los juristas tradicionales del gobierno se negaron, aduciendo que un Reglamento Interno, aprobado por diez personalidades ajenas al gobierno, no podía publicarse en el *Diario Oficial*. Entonces, el presidente de la Comisión y los diez integrantes del Consejo manifestaron que si no se atendía su solicitud, presentarían unánimemente su renuncia. El presidente de la República apoyó, sin titubeo alguno, dicha solicitud, y el Reglamento Interno se publicó en el *Diario Oficial*, con el disgusto enorme de muchos abogados del gobierno.

Así era ese Consejo de 1990, valiente e innovador. Estuvo integrado por mexicanos muy distinguidos, de diversas ideologías; todos mexicanos de excepción. Nunca fue un grupo de amigos o incondicionales del presidente de la Comisión. Los cito en orden alfabético con su personalidad de entonces: Héctor Aguilar Camín, historiador y novelista; Guillermo Bonfil Batalla, coordinador nacional del Seminario de Estudios de la Cultura; Carlos



Escandón Domínguez, rector de la Universidad Iberoamericana; Carlos Fuentes, ensayista y literato; Javier Gil Castañeda, coordinador de la Unión Nacional de Organizaciones Regionales Campesinas Autónomas; Oscar González César, catedrático universitario y coordinador nacional del Programa de Descentralización de la Cultura del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes; Carlos Payán Velder, director general del periódico *La Jornada*; César Sepúlveda, catedrático universitario y expresidente de la Comisión Interamericana de Derechos de la OEA y en ese momento miembro de la Comisión Internacional de la ONU; Rodolfo Stavenhagen, profesor-investigador del Colegio de México y presidente de la Academia Mexicana de Derechos Humanos, primera organización no-gubernamental en esta materia en el país, y Salvador Valencia Carmona, rector de la Universidad Veracruzana.

Fue un Consejo espléndido. No se tomó ninguna decisión importante en la CNDH que no se hubiera discutido y aprobado por el Consejo. Ahí están las actas de las sesiones, sus acuerdos y los testimonios de los miembros de ese Consejo que aún viven. Como primer presidente de la CNDH siempre me sentí apoyado por el Consejo y se creó una mística enorme por la causa de los derechos humanos; reitero lo expresado en relación con las recomendaciones específicas: estas fueron, como tienen que ser, responsabilidad exclusiva del presidente del organismo.

Sin embargo, no existía secreto alguno con los miembros del Consejo. Voy a exponer un caso paradigmático al que nunca antes me había referido, pero como ya han pasado muchos años lo puedo comentar.

El 7 de noviembre de 1991, en el Llano “La Víbora”, municipio de Tlalixcoyan, Veracruz, siete elementos de la Policía Judicial Federal murieron a manos de soldados, quienes transgredieron la legislación penal y la disciplina militar. La CNDH realizó una minuciosa investigación.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Cuarto Informe Semestral. Diciembre de 1991-junio de 1992*, México, CNDH, 1992, p. 19.

En la Comisión estábamos preocupados. Iba a ser la primera vez que civiles le llamarían públicamente la atención al Ejército mexicano. Todos respetamos al Ejército y la divisa siempre fue que si a las infracciones y posibles delitos de algunos miembros se les aplica la ley, ello no daña a las instituciones sino las fortalece.

Carlos Payán Volver es periodista, pero es también abogado; litigó durante años y posee un fino criterio jurídico. Me manifestó en privado que, si yo estaba de acuerdo, él podría auxiliarnos estando presente en las sesiones de evaluación de pruebas y redacción de la probable recomendación. De inmediato acepté su ofrecimiento y así fue: en esa recomendación la intervención de Carlos Payán fue muy valiosa y siempre le he agradecido su gesto. Dicha recomendación fue aceptada por el secretario de la Defensa Nacional, en virtud de las pruebas. Me llamó telefónicamente para decirme que él no iba a encubrir a nadie y que creía en el valor de la ley.

Así fue como actuó ese Consejo. Tal vez en alguna ocasión valga la pena que un historiador se ocupe de esos años.

Pues bien, no puedo negar que estoy preocupado por algunos de los actuales consejos, en los cuales tengo conocidos y en varios se encuentran algunos de mis mejores amigos-fraternales, que son grandes mexicanos. No es un problema de las personas que son consejeros, a varios los admiro y los respeto, sino de la interpretación que se otorga a sus funciones; una interpretación extraordinariamente restrictiva, en la cual los consejos consultivos casi resultan de oropel, para exhibirlos en las ceremonias, en razón de las grandes personalidades nacionales que se encuentran en algunos de ellos, pero se les limita, no se les involucra en aspectos esenciales del funcionamiento de la comisión. Se ha puesto una camisa de fuerza a los consejos de muchas comisiones, no en todas. Ciertamente que hay consejos que están funcionando con la filosofía con la que se creó la institución.

A lo que me refiero va a quedar claro con un ejemplo reciente que me inquieta. El artículo 105, fracción II, inciso g), de nuestra Constitución federal legitima a la CNDH para interponer la

acción de inconstitucionalidad en contra de leyes y tratados internacionales que vulneren los derechos humanos consagrados en la propia Constitución.

Estoy completamente de acuerdo con que la Comisión Nacional y los organismos del sistema posean dicha facultad, que data de septiembre de 2006, y que muchos, incluido yo, otorgamos razones de por qué la debía poseer.<sup>8</sup>

Como es conocido, el presidente de la CNDH ejerció dicha facultad en un caso especialmente importante y delicado sin informar previamente al Consejo: la despenalización de un “supuesto de aborto” en el Distrito Federal, aprobado por su Asamblea Legislativa. Cuando algunos consejeros mostraron su inconformidad, se les manifestó que aquella es facultad exclusiva del presidente, y no está obligado a informar previamente a ese órgano colegiado. Por cierto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación respaldó la constitucionalidad de esa reforma legislativa con una votación de ocho votos a favor y tres en contra, votación muy importante si se considera lo delicado del tema.

Por el contrario, se reformó la Constitución del Estado de Querétaro para que un solo organismo poseyera tanto las facultades derivadas del artículo 102, apartado B, de la Constitución federal y las que se derivan del artículo sexto respecto al acceso a la información pública. Algunos consejeros de la CNDH solicitaron que se interpusiera la acción de inconstitucionalidad por considerar que dicha reforma a la Constitución de Querétaro violaba la Constitución federal y los derechos humanos, y yo

<sup>8</sup> Carpizo, Jorge, “Principales diferencias entre el *ombudsman* español y el mexicano”, publicado originalmente en 2003, e incluido en el libro *Algunas reflexiones...*, *cit.*, nota 5, pp. 120 y 121. Ya en 2000 me había referido a este aspecto, véase *Temas constitucionales*, *cit.*, nota 5, p. 396. Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999, p. 390. Aguiar de Luque, Luis y Elvira Perales, Ascensión, “Intervención del Defensor del Pueblo en procedimientos jurisdiccionales”, en *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Madrid, Universidad Carlos III, 1992, p. 165. Véase Astudillo, César y Carbonell, Miguel, *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, 169 pp.

coincido con ellos, porque la naturaleza de los dos órganos y sus funciones son diversas, aunque los dos se ocupen de asuntos de derechos humanos.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> En el acta del Consejo Consultivo de la CNDH del 8 de abril de 2008, se contienen los siguientes párrafos: “En otro tema, el doctor Miguel Carbonell Sánchez comentó el pasado 31 de marzo del presente año, se publicó una reforma integral a la Constitución del Estado de Querétaro en la que se ordena la fusión entre la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro y la Comisión Estatal de Acceso a la Información Pública, y desde su punto de vista este nuevo artículo 33 de la Constitución de Querétaro viola la Constitución Federal en sus artículos 6o., fracción IV y 102 apartado B, en esta medida puso a consideración de los integrantes del Consejo Consultivo la posibilidad de interponer una acción de inconstitucionalidad, aseguró que es manifiesto el hecho de que la Constitución exige en el artículo 6o., fracción IV que los órganos encargados de acceso a la información sean órganos autónomos y especializados, es igualmente manifiesto que los Ombudsmen tienen competencia para conocer de actos de autoridades administrativas conforme al artículo 102, apartado B en donde se señalan causas de incompetencia en materia laboral, electoral y jurisdiccional como todos saben, y desde luego que en materia de transparencia no se puede eliminar a todo lo laboral, a todo lo electoral y a todo lo jurisdiccional, por lo que encuentra una segunda incompatibilidad, aparte de la autonomía y la especialización, por otro lado el artículo 6o., fracción II ordena proteger la vida privada y los datos personales y no señala si sólo frente a autoridades o, también, frente a particulares; aplicando la máxima de que donde la ley no distingue no cabe distinguir o el intérprete no debe distinguir, entonces se deberían proteger los datos personales frente a particulares para que no haya amenazas o llamadas telefónicas a los domicilios particulares para ofrecer servicios bancarios, etcétera, y esto tampoco lo pueden hacer los *Ombudsmen* según el artículo 102, apartado B. Asimismo, aseguró que se reducen las garantías, es decir, en el Estado de Querétaro las personas podían quejarse ante la Comisión de Acceso a la Información, y ante una negativa podían promover una queja ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos, ahora ya no, por lo tanto se dio un paso atrás. Por otro lado, las Comisiones de Derechos Humanos emiten recomendaciones y, en este caso, habría que ponderar si es la mejor forma de garantizar el derecho de acceso a la información. Añadió que en la exposición de motivos, para llevar a cabo esta reforma, se argumentó que el derecho al acceso a la información es un derecho humano y como es un derecho humano corresponde tutelarlos a la Comisión Estatal de Derechos Humanos. Sin embargo, ésta es una confusión conceptual bastante evidente porque, también, el derecho a la salud es un derecho humano y nadie propone que desaparezca el ISSSTE o el IMSS, una cosa es administrar un derecho y otra cosa es tutelar un derecho. Por tanto hay una serie de violaciones gravísimas

La reforma al artículo 6o. constitucional es muy clara al ordenar la existencia de organismos especializados para los asuntos de acceso a la información pública, con autonomía operativa, de

mas que ameritan la interposición de la acción de inconstitucionalidad. Asimismo, el doctor Miguel Carbonell Sánchez apuntó que el pasado 10 de marzo, un día antes de que el Congreso del Estado votara la reforma, un grupo de miembros del área de Derecho Constitucional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM envió una carta al Congreso del Estado de Querétaro en donde se señala esta violación constitucional, del entonces proyecto, hoy norma publicada. Esta carta está firmada por el doctor Jorge Carpizo, el doctor Lorenzo Córdova, el doctor José María Serna y él mismo, y señaló que dejaría copia al Secretario Técnico del Consejo Consultivo de esta Comisión Nacional. Añadió que el día de hoy 8 de abril del presente año, 26 órganos garantes de la transparencia, que representan casi el 100% de las instituciones encargadas del tema, enviaron una carta dirigida al Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en la que solicitan ejerza la acción de inconstitucionalidad, este documento está firmado por el Secretario Ejecutivo del IFAI y que a su vez es Secretario Técnico de la COMAIP (Conferencia Mexicana de Acceso a la Información Pública). Por todo lo anterior consideró, como su deber, traer este punto a la mesa y pidió al Consejo Consultivo se tome en consideración su petición de interponer la acción de inconstitucionalidad a la reforma Constitucional del Estado de Querétaro en la que se ordena la fusión entre la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro y la Comisión Estatal de Acceso a la Información Pública. Por su parte, el doctor Héctor Fix-Zamudio señaló, que desde su punto de vista, él no está de acuerdo en la fusión de las Comisiones en comento, sin embargo, la decisión de interponer la acción de inconstitucionalidad es decisión libre y exclusiva del Presidente de la CNDH, por lo que el Consejo Consultivo, independientemente de su postura, no tiene facultades para decidir sobre la presentación de la acción de inconstitucionalidad en el punto de referencia. El doctor Miguel Carbonell Sánchez comentó que efectivamente la facultad y la representación jurídica la tiene el Presidente de la CNDH y es manifiestamente independiente. Aquí el punto está en que desde hace algún tiempo la CNDH tiene la facultad de interponer acciones de inconstitucionalidad, por lo que considera que es su deber traer a este Consejo aquellas normas jurídicas que vayan en contra de la Constitución Federal y que en esa medida puedan ser combatidas a través de la acción de inconstitucionalidad. Comentó que él coincide con lo dicho por el doctor Héctor Fix-Zamudio, y supone que el Presidente de esta Comisión Nacional tomará en cuenta, en la medida que lo estime conveniente, los comentarios de los integrantes del Consejo Consultivo; añadió que hay elementos suficientes de carácter argumentativo para suponer que la violación existe y que él únicamente lo pone a la mesa como lo hizo, en el mes de febrero del presente año, cuando planteó la inconstitucionalidad del

gestión y de decisión. Es decir que, por ejemplo, mientras las recomendaciones y actuaciones del *ombudsman* no son obligatorias para las autoridades, las decisiones de los organismos que garantizan el acceso a la información pública sí lo son. Mientras estas últimas son autoridades, los *ombudsmen* no lo son. Mientras los organismos del artículo 6o. constitucional se ocupan exclusivamente de un derecho humano, aunque con grandes conexiones con los otros, el campo de los *ombudsmen* abarca casi todos los derechos humanos, que son innumerables. Mientras los *ombudsmen* tienen excluida de su competencia las materias electoral y laboral, los otros organismos es todo lo contrario.

Pero lo más importante es que la Constitución federal en sendos y diversos artículos constitucionales, ordena la creación de esos organismos en forma por demás diferenciada.

Para que lo anterior quede claro apunto: reunir esas facultades en un solo organismo con el argumento de que ambos se ocupan de derechos humanos, sería tan absurdo como sostener que desaparezcan los juzgados de distrito, en virtud de que, al fin y al cabo, los *ombudsmen* protegen los derechos humanos, o viceversa.

Un mes después se expusieron razones endebles a esos consejeros por las cuales se había decidido no interponer la acción de inconstitucionalidad. Lo increíble es que la Procuraduría General de la República sí interpuso dicha acción con argumentos similares a los que habían expuesto los consejeros. La PGR defendiendo los derechos humanos, a lo cual se negó la CNDH.

tipo penal de apología del vicio del Código Penal del Estado de Chiapas, para que se interpusiera la acción, y como lo seguirá planteando porque la CNDH ya tiene esa facultad...

El doctor Ricardo Pozas Horcasitas expresó que se encuentra preocupado por el proceso que están llevando las Comisiones Estatales de Derechos Humanos y las Comisiones Estatales de Acceso a la Información, porque la creación de estas Comisiones son dos momentos en un proceso de consolidación de las funciones y de la supervisión de los ciudadanos de las funciones del Estado. Le preocupa que se fusionen y que su diferenciación no se mantenga como dos funciones del ejercicio del derecho de los individuos a ser respetados frente al abuso y mal uso de las instituciones del Estado, como el derecho de los ciudadanos a saber de las funciones y el manejo de los bienes y recursos públicos”, pp. 22-25.

Por cierto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió *por unanimidad* que el mencionado artículo de la Constitución de Querétaro era inconstitucional.

No deja de sorprender que, en cambio, cuando la CNDH decidió responder a un estudio crítico del ejercicio de sus funciones y responsabilidades, el presidente de la misma buscó la aprobación del Consejo a dicha respuesta “con el fin de que sea el máximo órgano colegiado de este organismo nacional quien asuma la defensa del mismo”, según se lee en el oficio que remitió a todos los consejeros el 28 de febrero de 2007.

Los ejemplos se multiplican. Yo me pregunto: ¿tal y como están funcionando actualmente varios consejos del sistema no-jurisdiccional, si desaparecieran, se alteraría en algo, para bien o para mal, el trabajo de esas comisiones?, ¿o ni se notaría?

Como conozco a varios personajes de buena fe, y que son extraordinarios mexicanos, que integran algunos consejos de los que puedo llamar decorativos, les solicito, con afecto y respeto, que contesten esta pregunta en su fuero interno, teniendo en cuenta únicamente la causa de los derechos humanos. Que consideren que si son designados por los congresos con mayorías calificadas es por la importancia del cargo. En el caso específico de los consejeros de la CNDH, la designación la realiza el Senado de la República por las dos terceras partes de los legisladores presentes, tal y como se designan únicamente a algunos de los más elevados cargos del servicio público. La lógica jurídica impone que la Constitución conforma a dicho Consejo como un órgano *muy importante* de la Comisión Nacional.

Como asenté, los problemas están para ser resueltos. Considero que los consejos deben preservarse y fortalecerse, y deben cumplir funciones trascendentes: las que corresponden a todo órgano colegiado en una institución. Propongo, en consecuencia, la revisión de sus atribuciones legales. A mí no me cabe duda alguna, por ejemplo, que en el caso de la CNDH, el Consejo Consultivo debe aprobar o poder solicitar al presidente el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, cuya redacción sería respon-

sabilidad exclusiva de la presidencia de la Comisión, la cual, por contar con muchos abogados, no se justifica que pague a personas ajenas al organismo honorarios muy altos para la redacción de esa acción; además, cuenta en su estructura orgánica con una Dirección General de Asuntos Jurídicos, área que podría realizar esta importante tarea.

C. La segunda innovación con la que nació la CNDH, y la segunda preocupación que expreso, fue que se le dotó expresamente de la función de divulgación y difusión de la enseñanza y promoción de los derechos humanos con el objeto de ampliar al máximo posible la cultura de los derechos humanos entre los mexicanos. El Reglamento Interno en 1990 creó seis direcciones generales y una de estas fue precisamente la de Divulgación y Capacitación,<sup>10</sup> con amplias facultades.

La razón de esta atribución responde al nivel de educación y cultura que en general la sociedad mexicana tiene respecto al conocimiento de los derechos humanos, y hay que reconocer que se ha avanzado positivamente en este aspecto. En 1990 nuestro nivel en este campo era bastante inferior al actual. Estábamos muy mal.

Expongo una idea que orienta en gran parte las preocupaciones que externo en este ensayo. No es lo mismo un *ombudsman*

<sup>10</sup> El artículo 18 del Reglamento Interno de la CNDH de 1990 dispuso:

“La Dirección General de Divulgación y Capacitación dependerá del Secretario Técnico del Consejo, siendo sus atribuciones:

I. Formular los programas a través de los cuales se difunda la enseñanza y promoción de los Derechos Humanos en los medios masivos de comunicación nacional y extranjeros, y divulgarlos en coordinación con la Dirección General de Comunicación;

II. Establecer y someter a la consideración del Presidente, la política editorial de la Comisión;

III. Coordinar la participación, en los eventos académicos en los que haya de intervenir la Comisión;

IV. Planear y promover los programas de capacitación que para la prevención y defensa de los Derechos Humanos brinde la Comisión a funcionarios o particulares, y

V. Las demás que le sean conferidas en otras disposiciones legales”.



en Europa Occidental que, por ejemplo, en América Latina. En Europa la mayoría de los casos que conoce el *ombudsman* son infracciones administrativas y fallas en los servicios públicos. En cambio, en la mayoría de los países de nuestra región son casos de tortura, desapariciones forzosas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, cateos y visitas domiciliarias ilegales, complicidades ilícitas de autoridades, corrupción, impunidad, etcétera.

Entonces, en cada país deben examinarse con cuidado las facultades que se otorgan al *ombudsman* para que realmente pueda ser uno de los más eficaces protectores y defensores de los derechos humanos. Esta diferencia se expresa muy bien en la denominación que se ha acuñado de *ombudsman criollo*,<sup>11</sup> y que guarda implicaciones profundas y prácticas. En América Latina, los que laboran en las oficinas del *ombudsman* deben estar imbuidos de la mística por la causa de los derechos humanos, a la cual se sacrifica cualquier otro interés. En algunos países, ser un *ombudsman* comprometido con dicha causa puede ser hasta peligroso para la integridad personal.

D. Con convicción defendiendo esta atribución de enseñanza y divulgación en nuestro sistema nacional no-jurisdiccional de los derechos humanos.

No obstante, la misma en algunos casos se ha deformado y pervertido. De ser una labor importante, pero que el *ombudsman* mexicano podría no tener, porque no le es esencial, en virtud de que otras instituciones la podrían desarrollar, como escuelas, universidades y centros especializados, se le ha colocado como la más importante.

Por ejemplo, la CNDH expide escasas recomendaciones — que constituye la labor más trascendente, a un lado de la real y buena tarea de conciliación—, y cuando algunos sectores de la sociedad y las organizaciones no-gubernamentales lo señalan, contesta que está trabajando muy bien y presume el número de

<sup>11</sup> Madrazo, Jorge, *El ombudsman criollo. Discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Derechos Humanos*, México, Academia Mexicana de Derechos Humanos-CNDH, 1996, pp. 9, 10 y 19-25.

publicaciones, algunas ajenas a temas de derechos humanos y excesivamente costosas, y congresos académicos que realizan, y a los que asisten en el extranjero.<sup>12</sup>

Bueno, esas actividades están bien, pero no pueden desplazar la esencial del *ombudsman*. Es algo así como si el juez no expidiera resoluciones y dijera que cumple muy bien con su responsabilidad debido al número de publicaciones que edita. En concreto, por ejemplo, desde hace varios años nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza un trabajo editorial extraordinario y magnífico. No podría alegar, como no lo hace, que esta sustituye su función de interpretar la Constitución.

Además, en este punto tengo otras inquietudes: algunos de los contratos que se han firmado para la redacción de libros son millonarios, hasta casi dieciséis veces lo que percibe anualmente como salario un investigador titular C de tiempo completo. Increíble, realmente increíble. Los contratos se han otorgado por razones de amistad o para granjearse simpatías políticas. Bien se puede aplicar el axioma de que la mujer del César no solo debe ser honesta, sino también parecerlo.

En varias comisiones, los eventos académicos que organizan están lejanos al tema de los derechos humanos; se utilizan para invitar a amigos y para promociones personales.

El *ombudsman* no debe ser ostentoso ni andar saliendo al extranjero en agradables relaciones sociales, solo cuando es indispensable. Su lugar se encuentra en México, donde existen tantos problemas. Un ejemplo: un *ombudsman* hizo declaraciones sobre la austeridad, al día siguiente viajó a Europa en primera clase, ni siquiera en clase de negocios. Los comentarios no esperaron. Uno de los pasajeros le tomó una foto entrando a esa primera clase, porque estaba indignado, no de que viajara como potentado, sino de la hipocresía de las declaraciones del día anterior. Él guarda esa foto como recuerdo.

<sup>12</sup> Cito un ejemplo, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Precisiones al documento denominado "La Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México / Una evaluación crítica / Human Rights Watch"*, México, CNDH, 2008, p. 11.

Urge que se regrese al verdadero significado de la facultad de divulgación y difusión de la enseñanza y promoción de los derechos humanos, y que el *ombudsman* sea austero y congruente. No es posible que se despilfarren los recursos en fiestas, banquetes y obsequios.<sup>13</sup> Todo lo que posee es autoridad moral, y si la lesiona sufre la institución y su eficacia.

¿Los órganos de auditoría y fiscalización no saben ni encuentran nada incorrecto? Nada de nada, como acontece en tantos espacios públicos de México.

## V. RECOMENDACIONES “LIGHT” Y ESCASAS

A. Como decía, las recomendaciones constituyen la labor más importante del *ombudsman* junto con la de amigable composición o el llamado procedimiento de conciliación.

<sup>13</sup> “México, D. F., 29 de mayo (aprox.). El 29 de marzo pasado, en medio de la turbulencia provocada por su declaración sobre las causas de la muerte de la indígena Ernestina Ascencio, el presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), José Luis Soberanes Fernández, dio una muestra de lo despedido que es al gastar, en sólo cuatro horas, más de 150 mil pesos.

Ese fue el costo aproximado de una comida privada que, de manera inusitada, ofreció Soberanes a los visitantes adjuntos del organismo —unos 250 empleados, más una veintena de funcionarios e invitados especiales—, en el jardín del hotel Royal Pedregal, ubicado en avenida Periférico Sur número 4363.

El menú consistió en sopa de tortilla o soufflé de espinaca, pechuga rellena con queso y, de postre, strudel de manzana. Los alimentos fueron acompañados con vino tinto y blanco”. *Proceso*, 30 de mayo de 2007, en *proceso.com.mx*, p. 1 de 3.

“...Sin embargo, lo que no se puede entender o aceptar es el enorme gasto que (la CNDH) tiene en comidas exquisitas con facturas de hasta 16 mil pesos en la compra de caviar, patés y otros gustos carísimos cuando tiene el papel de defender a un pueblo que vive en la miseria”. *Proceso*, 31 de mayo de 2007, en *proceso.com.mx*, p. 1 de 2.

De acuerdo con FUNDAR, partícipe del *Programa Atalaya* del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), programa que se precisa en la nota 17, del presupuesto de 866 millones de la CNDH para el año 2008, 54 millones se destinarán al rubro de estímulos al personal y casi 40 para gratificaciones de fin de año. Todos esos millones son con independencia de las remuneraciones normales al personal. Véase [http://www.atalaya.itam.mx/docs/notas%20prensa%202008/Fortuna\\_CNDH\\_y\\_Profeco\\_agravio\\_a\\_consumidores.pdf](http://www.atalaya.itam.mx/docs/notas%20prensa%202008/Fortuna_CNDH_y_Profeco_agravio_a_consumidores.pdf).

La recomendación debe tener una sólida base jurídica. En buena parte su estructura es la de una sentencia; la argumentación jurídica es la columna vertebral de ella, basada en pruebas que deben ser relacionadas con cada uno de los puntos de la recomendación.

Si la recomendación no posee esa sólida base jurídica, la autoridad encontrará subterfugios y razones para no aceptarla e, incluso, le puede ganar la batalla de la opinión pública al *ombudsman*, lo cual es grave, porque su labor se basa en su autoridad moral y en el costo político que representa para el funcionario no aceptar la recomendación.

Por ello, en los primeros años de la creación del sistema, las comisiones, incluida la CNDH, fueron muy cuidadosas en la redacción de las recomendaciones y en sus fundamentos jurídicos basados en pruebas. Muchas de esas recomendaciones contribuyeron a crear el prestigio del *ombudsman* en México y a ganarle la confianza de la sociedad.

En la actualidad, en algunas comisiones existe descuido en la redacción de las recomendaciones; se expiden con bases jurídicas endebles o de plano con carencia de ellas. Las tesis que contienen las recomendaciones de la CNDH de 1990 a 2005 pueden consultarse en un estudio cuidadoso al respecto.<sup>14</sup>

Diversas comisiones incluso llegan a autocalificar a sus documentos como recomendaciones *light* en virtud de que les tiene sin cuidado la argumentación y las bases jurídicas que las sustentan. Para ellos, las recomendaciones no son importantes en la labor del *ombudsman*, son únicamente una más entre las múltiples funciones que corresponden a su responsabilidad. Como ejemplo, en los puntos recomendatorios de las mismas, en algunas no se señala que a la CNDH se le debe informar el inicio y la conclusión de las acciones que se están recomendando a la autoridad competente. En otras, no todas las autoridades responsables, que tuvieron que

<sup>14</sup> Véase Sandoval Vargas, Graciela y Corzo Sosa, Edgar, *Criterios jurídicos de las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1990-2005)*, México, UNAM-CNDH, 2006, pp. 147.

ver con la presunta violación a los derechos humanos, están señaladas en los encabezados de diversas recomendaciones, sino que se desprende de su lectura.

B. Esta concepción trae consigo otra consecuencia. En varias comisiones, específicamente la CNDH, mientras más aumenta su presupuesto y crece el número de funcionarios y visitadores, el número de recomendaciones expedidas disminuye. Al respecto existen estadísticas precisas que son preocupantes en extremo.<sup>15</sup> ¿Qué está sucediendo?, ¿en qué se ocupan tantos servidores públicos cuyas remuneraciones, y cada día más jugosas, cubre un pueblo pobre y parte de él en pobreza extrema?

Mi preocupación en este punto es todavía más profunda. Existen casos en los cuales los proyectos de recomendación se guardan en el escritorio del *ombudsman* por no considerarlas oportunas o correctas políticamente, y solo se expiden si las circunstancias políticas se modifican y se estima que su publicación llevará un beneficio personal o ya es políticamente oportuno.

Lo anterior se convierte en un galimatías que principalmente está dañando el prestigio de la CNDH.

C. El problema actual de las recomendaciones culmina en un desgano, descuido o indolencia para darle seguimiento a las pocas que se expiden. Se considera que si hay que emitir algunas recomendaciones para paliar la crítica de su escasez, la responsabilidad del *ombudsman* llega hasta ahí.

<sup>15</sup> Ackerman, John M., *Organismos autónomos y democracia. El caso de México*, México, Siglo Veintiuno Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 150-158.

El presupuesto de la CNDH para 2008 es de 866,000,496 pesos mexicanos, superior a los presupuestos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU o la Corte Europea de Derechos Humanos. Véanse <http://www.cndh.org.mx/normat/transp/presup/2008/finanzas01.pdf>.

[http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia\\_14\\_04\\_05.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_14_04_05.pdf).

[http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/medina\\_03\\_04\\_08.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/medina_03_04_08.pdf).

[http://scm.oas.org/doc\\_public/SPANISH/HIST\\_05/CPI15043S06.doc](http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_05/CPI15043S06.doc).

<http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/FundingBudget.aspx>.

Error craso y garrafal. El seguimiento de las recomendaciones es esencial a la función del *ombudsman*. Si no, toda la labor se esfuma y termina en nada. La defensa de los derechos humanos finaliza en una farsa.

Por esta razón, en los primeros años se cuidó con esmero el seguimiento de las recomendaciones. Los datos precisos se hacían públicos y se organizaban verdaderas campañas de información para presionar a las autoridades incumplidas por medio de la opinión pública. Los resultados fueron satisfactorios.<sup>16</sup> En la actualidad, hay que esperar, en el mejor de los casos, a que se publique el informe anual de actividades de la CNDH, para conocer cuál fue el seguimiento de cada recomendación.

La labor del *ombudsman* se desploma si no existe un seguimiento riguroso de las recomendaciones. La autoridad acepta la recomendación y se evita el costo político del rechazo, no cumple y no pasa absolutamente nada. El *ombudsman* se convierte en figura querida y simpática más para la autoridad que para la sociedad.

Sobre el no seguimiento de las recomendaciones existen estudios.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Por ejemplo, véanse Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Segundo Informe Semestral. Diciembre 1990-junio 1991*, México, CNDH, 1991, pp. 16-24. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Tercer Informe Semestral. Junio-diciembre de 1991*, México, CNDH, 1991, pp. 49-71. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Cuarto Informe Semestral...*, *cit.*, nota 7, pp. 68-126. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Principales actividades de la Comisión Nacional de Derechos Humanos durante su quinto semestre de existencia. Junio-noviembre 1992*, México, CNDH, 1992, pp. 6-9. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Dos años y medio en cifras. Junio 1990-noviembre 1992*, México, CNDH, 1992, p. 18.

<sup>17</sup> Human Rights Watch, *La CNDH de México / Una evaluación crítica*, s. l., Human Rights Watch, 2007, pp. 3, 4, 59 y 60, [http://hrw.org/spanish/reports/2008/mexico0208/1.htm#\\_Toc189372653](http://hrw.org/spanish/reports/2008/mexico0208/1.htm#_Toc189372653). La Comisión Nacional de los Derechos Humanos redactó un documento para contestarle a esta ONG extranjera, intitulado: *Precisiones al documento denominado...*, *cit.*, nota 12, pp. 21, 23, 41, 49 y 64.

El Programa Atalaya de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flasco), FUNDAR, Centro de Análisis e Investigación y el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), tiene como objetivo principal la formulación

## VI. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS FACULTADES

A. No se justifica que en casos importantes el *ombudsman* se abstenga de actuar. Cuando se le pregunta la razón, contesta: no tengo facultades para ello y solo puedo conducirme de acuerdo con la ley, sería grave que traspasara las facultades que la norma me otorga.

Claro está que el *ombudsman* solo puede conducirse y guiarse conforme a la ley y por ningún motivo la puede violar. Nadie le solicita que infrinja la ley. Un delito no se remedia cometiendo otro.

El *ombudsman* se escuda en el principio de legalidad, olvidándose de que sobre él prima el de constitucionalidad y la supremacía de la norma constitucional. Así se le ha hecho notar, pero se insiste en la carencia de facultades para actuar.<sup>18</sup>

Además, la cuestión se encuentra en que la norma se interpreta, y tratándose de los derechos humanos la interpretación puede ser literal o restrictiva, o axiológica y finalista.

Sobre la interpretación de los derechos humanos, inmersa en el gran tema de la interpretación constitucional, mucho se ha escrito y de gran provecho.<sup>19</sup>

de análisis de gestión pública sobre el desempeño de la CNDH en la promoción y protección de los derechos humanos. Véanse

[http://www.atalaya.itam.mx/docs/objetivos/Proyecto\\_Atalaya\\_2003-2006.pdf](http://www.atalaya.itam.mx/docs/objetivos/Proyecto_Atalaya_2003-2006.pdf).

<http://www.atalaya.itam.mx/index.html>.

<http://www.atalaya.itam.mx/acceso.html>.

<sup>18</sup> Al respecto, véase Human Rights Watch, *La CNDH de México / Una evaluación crítica...*, cit., nota 17, pp. 32, 33, 54-56 y 61-65, y la respuesta que recibió a dichas observaciones: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Precisiones al documento denominado "La Comisión Nacional..."*, cit., nota 12, pp. 4, 5 y 20.

<sup>19</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, t. 1, pp. 730, y t. II, pp. 731-1428. Fix-Zamudio, Héctor, "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", *Revista Jurídica Veracruzana*, Xalapa, Órgano del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, núm. 4, 1970, pp. 9, 15, 16 y 28. Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM-Fontamara, 2001, pp. 132-151 y 255-273. Los estudios de Moreno, José Juan, "Conflictos entre principios constitucionales" y de Prieto Sanchís,

Si los tribunales constitucionales hubieran optado por una interpretación restrictiva de los derechos humanos, no hubieran conseguido el prestigio que han alcanzado, pero lo que es peor, la protección y defensa de los derechos humanos se hubiera detenido. Afortunadamente no ha sido así. Los ejemplos abundan, como son los casos de Estados Unidos, Alemania, Italia, España e incluso México.<sup>20</sup>

Ese *ombudsman* se olvida que los derechos humanos poseen una tendencia *progresiva*. Por ella se entiende que su concepción y protección nacional, regional e internacional se va ampliando irreversiblemente, tanto en lo que toca al número y contenido de ellos como a la eficacia de su control. Esta es la misma idea que René Cassin expresó como la impresionante expansión del concepto y de su contenido.<sup>21</sup>

Siempre he sido un defensor de la progresividad de los derechos humanos y de su interpretación axiológica o finalista, que al final de cuentas es la gran diferencia específica de la interpretación constitucional. Desde 1971 escribí: la finalidad última de la interpretación constitucional debe ser proteger y defender lo más valioso que existe para cualquier hombre: su libertad y dignidad.<sup>22</sup>

Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, pp. 286. Morbidelli, G., "Introduzione al diritto e all' interpretazione", en Morbidelli, G. et al., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bolonia, Monduzzi Editore, 1995, pp. 34-40. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-CNDH, 2004, pp. 122-132.

<sup>20</sup> Favoreu Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994; Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968; Cappelletti, Mauro, *The judicial process in comparative perspective*, Oxford, Clarendon Press-Oxford University Press, 1989, pp. 161-169.

<sup>21</sup> Cassin, René, "*Les droits de l'homme*", Recueil des Cours, Leyden, Holanda, Academie de Droit International, vol. 140, 1974, p. 326.

<sup>22</sup> Carpizo, Jorge, "La interpretación constitucional en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año IV, núm. 12, 1971, p. 385.



Si se desconoce la progresividad de los derechos humanos y que su interpretación debe ser de carácter axiológico y finalista dentro de los marcos de la Constitución, los tratados internacionales y la ley, se limita la protección de aquellos.

*B.* No es esta la ocasión de hacer teoría al respecto, sino de ir al grano.

En octubre de 1992, la CNDH me publicó un ensayo en el cual afirmé:

Se discute cuál debe ser la capacidad del *Ombudsman* para investigar casos penales. Considero que no hay una contestación única aplicable a todos los países, sino que depende de la situación particular de cada uno de ellos. Generalmente el *Ombudsman* no investiga los casos penales, sino recomienda que se realice la investigación. Sin embargo, cuando la autoridad no lo hace, o no tiene ningún ánimo de colaboración con el *Ombudsman*, éste debe realizarla para que no prevalezca la impunidad.

Lo anterior pone al *Ombudsman* ante una situación difícil. Debe crear su propia capacidad de investigación penal y entrenar a parte de su personal para ello. Esto es un reto de dimensiones gigantes, pero, cuando sea necesario, se deberá hacer.<sup>23</sup>

Claro que me estoy refiriendo al *ombudsman criollo*, y exactamente así actuamos cuando tuve dicha responsabilidad.

*C.* Permítaseme sintetizar uno de los casos emblemáticos al respecto: el homicidio de la abogada Norma Corona, defensora de los derechos humanos en Sinaloa. Su antecesor, el licenciado Güemes, también había sido asesinado. El escándalo nacional e internacional fue tremendo. La indignación fue enorme.

La investigación del asesinato de Norma Corona caminaba lentamente. La CNDH envió a dos visitantes a investigar a Culiacán. Uno de los presuntos autores materiales del homicidio fue a su vez asesinado y otro detenido. Del resultado de la investigación de la CNDH hasta ese momento, se entregó a la respectiva

<sup>23</sup> Carpizo, Jorge, "Algunas reflexiones sobre el *Ombudsman* y los derechos humanos", en *Derechos humanos y...*, *cit.*, nota 4, pp. 45 y 55.

Procuraduría un dictamen que no se hizo público para evitar el entorpecimiento de sus investigaciones.<sup>24</sup>

En virtud de que las investigaciones de la Procuraduría continuaban extremadamente lentas, la CNDH prosiguió las suyas y decidió hacer públicas las tres hipótesis que debían seguirse para el esclarecimiento del crimen.<sup>25</sup>

Mientras tanto, la delegación de la PGR en el estado de Sinaloa detuvo al presunto autor intelectual de ese asesinato y a otros presuntos autores materiales. El comandante en jefe de esa plaza fue felicitado y honrado.

Sin embargo, las pruebas que la CNDH continuó recabando no coincidían con esas conclusiones. Al contrario, las pruebas que obtuvo fueron abrumadoras en el sentido de que el autor intelectual del asesinato era precisamente el comandante en jefe de la PGR en esa plaza, el felicitado, y los autores materiales agentes de la policía judicial federal y local. Los detenidos por la PGR eran “chivos expiatorios”. La CNDH entregó el expediente completo al procurador general de la República y contra ese comandante se ejerció acción penal.<sup>26</sup> El móvil del crimen había sido que Norma Corona, al investigar el asesinato del licenciado Güemes y de tres venezolanos, había descubierto que ese comandante y otros agentes policiacos federales y locales los habían asesinado y estaban involucrados en el narcotráfico.

Así tiene que actuar el *ombudsman criollo*; esa es la realidad en la cual está inmerso. Si le da temor, lo único respetable es que comprenda que él no es la persona adecuada para esa responsabilidad.

El *ombudsman criollo*, por la naturaleza de sus recomendaciones e investigaciones, se convierte en un personaje nacional, el

<sup>24</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Primer Informe...*, cit., nota 13, pp. 33 y 34.

<sup>25</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Segundo Informe...*, cit., nota 16, pp. 59 y 60.

<sup>26</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Tercer Informe...*, cit., nota 16, pp. 83-86.

*ombudsman* europeo occidental difícilmente lo es. Al *ombudsman criollo* se le otorgan recursos suficientes para realizar investigaciones a fondo, el *ombudsman* europeo por lo general es un órgano de tamaño pequeño y excepcionalmente regular; el *ombudsman criollo* tiene como principal función la protección y defensa de los derechos humanos, el *ombudsman* europeo se ocupa principalmente de infracciones administrativas, aunque la tendencia actual está inclinándose también por los problemas de derechos humanos.

El caso de Norma Corona me recuerda muchos otros de nuestros días. Por ejemplo: los asesinatos y desapariciones de mujeres en Ciudad Juárez. La CNDH expidió la Recomendación 44 de 1998, que expuso las graves irregularidades que se habían cometido en las investigaciones ministeriales y policíacas, y numeró recomendaciones acertadas al gobierno de Chihuahua. En los cinco años siguientes, la CNDH realizó un seguimiento mínimo de las recomendaciones aceptadas. En sus informes anuales afirmó que las respectivas autoridades no habían proporcionado la información que se les había requerido. El seguimiento mínimo de la citada Recomendación de 1998 tuvo como consecuencia que los efectos de la misma fueran nulos.

Los asesinatos y desapariciones de mujeres en Ciudad Juárez prosiguieron. El escándalo internacional y nacional fue inmenso e intervinieron organismos internacionales. En este panorama, la CNDH, en 2003, emitió un “Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre los Casos de Homicidios y Desapariciones de Mujeres en el Municipio de Juárez, Chihuahua”, en el cual concluyó que el estado de Chihuahua no había cumplido varias de las recomendaciones más importantes de 1998. La CNDH esperó cinco años para volver a ocuparse realmente de ese caso. En esos cinco años acontecieron 187 nuevos homicidios de mujeres y 28 desaparecieron.<sup>27</sup>

A partir de 2003, la CNDH modificó su postura en este caso y comenzó a darle seguimiento a sus recomendaciones, y desde

<sup>27</sup> Human Rights Watch, *La CNDH de México / Una evaluación crítica...*, cit., nota 17, pp. 42-47.

entonces ha expedido varios documentos importantes al respecto, pero esperó cinco años para hacerlo y después de la fuerte presión internacional y nacional. Además, no debe omitirse que con el cambio de gobierno en el estado de Chihuahua y la nueva procuradora general de justicia de ese estado, la CNDH encontró mayor colaboración y aceptación para sus documentos y acciones.

Human Rights Watch, al examinar los hechos acontecidos en Ciudad Juárez, concluyó que “El caso de Juárez ilustra la fundamental y constructiva función que puede desempeñar la CNDH después de documentar prácticas abusivas. Lamentablemente, la institución demoró cinco años en asumir este rol constructivo, y el costo de este retraso para las víctimas y sus familias es incalculable”.<sup>28</sup>

La CNDH le contestó a Human Rights Watch y numeró los diversos documentos que ha expedido al respecto desde 1998: en 2003, 2004, 2005 y 2008, los que contienen sus recomendaciones y el correspondiente seguimiento.<sup>29</sup> La ONG internacional no desconoció dichos documentos y acciones. Los cita todos, menos el último, en virtud de que su documento es anterior al de 2008. No obstante, sorprende que la CNDH respondió en forma muy general y defensiva, y no se refirió en nada a su casi inactividad durante cinco años, ni a los asesinatos y desapariciones de mujeres durante aquellos. El *ombudsman* debe tener sentido autocrítico, más que esa ONG, si bien manifestó sus desacuerdos con la ac-

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>29</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Precisiones al documento denominado “La Comisión Nacional...”*, cit., nota 12, pp. 42, 59, 69 y 70. Por ejemplo, en la p. 42 se afirma: “En este contexto, sería conveniente que *HRW* hubiera revisado al menos uno de los 21 Informes Especiales o alguna de las 14 Recomendaciones Generales emitidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, por ejemplo el Informe especial sobre los Casos de Homicidios y Desapariciones de Mujeres en el Municipio de Juárez, Chihuahua, del año 2003, y el seguimiento que se le ha dado en los 4 años siguientes, para que con mayores elementos pudiera fundamentar su crítica y estar en condiciones de atribuir a la CNDH una falta de verificación hacia las autoridades”.

tuación de la CNDH en este caso, también reconoció los aciertos que ha obtenido en el mismo, a partir de 2003.

El *ombudsman*, con la ley en la mano, debe hacer una interpretación finalista de sus facultades. Precisamente para ello se crea una institución con esas características en un país como el nuestro, y por las cuales se le dota de presupuesto y recursos que en algunos de los países más ricos del mundo les parecen inverosímiles. La finalidad es que no prevalezca la impunidad, más que casi todas las asesinadas y desaparecidas en Ciudad Juárez eran mujeres pertenecientes a familias humildes. En el mundo se exhiben documentales y videos sobre estos asesinatos acontecidos desde hace quince años. “La ciudad devorando a sus hijas”, “fenómeno que horroriza a México y al mundo”, afirman aquellos,<sup>30</sup> y la CNDH se dilató cinco años para volver a actuar. Reconozco que a partir de 2003, en este caso específico, su conducta se modificó por la razón que sea.

Dejo constancia que en la actual CNDH conozco a seis funcionarios capaces y honestos, y que creen en la causa de los derechos humanos. Varios de ellos son mis amigos, aunque soy más amigo de la verdad.

Como señalan varios tratadistas, el análisis que el *ombudsman* realiza de cada caso no debe únicamente circunscribirse al punto de vista legal, sino también debe tener presente el de la justicia, la equidad, los principios de coexistencia social y la conducta que deben seguir los funcionarios públicos.<sup>31</sup>

## VII. LA AUTONOMÍA DE LOS ÓRGANOS LOCALES

A. Cuando se discutían los principios que contendría el proyecto constitucional para elevar la institución del *ombudsman* a

<sup>30</sup> Periódico *El Universal*, 5 de septiembre de 2008, p. E9.

<sup>31</sup> Letowska, Ewa, “The Polish Ombudsman: the Commissioner for the Protection of Civil Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 39, parte I, 1990, p. 212. Gellhorn, Walter, *Ombudsmen and Others*, Cambridge y Massachusetts, Harvard University Press, 1996, p. 14.

este rango, uno de los más polémicos era si debía existir un solo órgano de carácter nacional con delegaciones en los estados, o si, por el contrario, cada estado debía contar con su comisión autónoma e independiente.

Especialmente las ONG más serias y comprometidas en la causa de los derechos humanos estaban a favor de la primera opción, debido a que opinaban que en las entidades federativas, el *ombudsman* se vería presionado por las fuerzas políticas —específicamente las autoridades— y sociales locales; opinaban que un *ombudsman* nacional sería más autónomo e independiente. Era el mismo escepticismo que había prevalecido en la creación de la CNDH en 1990.

Considero que se tomó la decisión correcta en el sentido de apoyar la descentralización, el sistema federal y a que los problemas se deben resolver lo más cercano de donde se presentan.

Al mismo tiempo, se preservó la unidad de la interpretación que en estos casos debe existir. No se descubrió el Mediterráneo, sino que el órgano revisor de la Constitución se inspiró en la larga y fructífera tradición y experiencia de nuestro juicio de amparo, y esta es la razón por la cual las recomendaciones, acuerdos y omisiones de los *ombudsmen* locales pueden ser recurridos ante el órgano nacional, lo cual no implica ninguna jerarquía del órgano nacional hacia el local, que debe gozar de autonomía. Es la misma situación que acontece con un juez de distrito y un tribunal colegiado. Este último puede revisar la resolución del primero, pero el juez para expedirla debe tener asegurada su independencia. No puede el magistrado indicar al juez el sentido de la sentencia.

B. Como ya expresé, no se puede generalizar y hay comisiones locales que laboran y hacen honor a la autonomía e independencia indispensable en un *ombudsman*. No obstante, varios presidentes de comisiones sienten, por un lado, la presión de las autoridades locales y, por el otro, la de la CNDH. No desean distanciarse de esta última porque se quedarían aislados ante la presión de las autoridades locales, pero entonces resultan débiles ante indicaciones por parte de la Comisión Nacional, fracturán-

dose con ello el sistema nacional no jurisdiccional de defensa de los derechos humanos.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, México, OCNUDH, 2004, pp. 186 y 187, donde se encuentra el siguiente texto: “En el caso de los ombudsmen, el nombramiento recae en los legislativos. Aunque la diversidad de situaciones impide hacer un análisis detallado, se pueden mencionar algunos problemas detectados en la remoción o cambio de presidentes de ombudsmen. Se ha ido configurando un patrón: cuando un ombudsmen se muestra excesivamente independiente frente al gobernante, el resultado son obstáculos a su posible reelección... Guadalupe Morfín, de Jalisco, y Raúl Ramírez, de Baja California, encontraron serios obstáculos —atribuidos por un buen número de actores a causas políticas— cuando intentaron reelegirse. En el transcurso de la consulta también se recibió información sobre un presunto hostigamiento de los gobiernos de Querétaro y Chiapas a los ombudsmen de esos estados, Bernardo Romero Vázquez y Pedro Raúl González, respectivamente. En algunos casos, el malestar se expresó en la desprotección frente al hostigamiento de quienes se sintieron irritados por sus recomendaciones. La ex ombudsmen de Jalisco, Guadalupe Morfín Otero, y Bernardo Romero Vázquez, por ejemplo, tienen varias denuncias penales en su contra. En suma, hay evidencia de que la autonomía de los ombudsmen no está plenamente garantizada.

Un último aspecto particularmente delicado son las divisiones que existen al interior de la comunidad de ombudsmen mexicanos. Las diferencias han llegado a la prensa, en donde incluso se han publicado desplegados periodísticos en los que se descalifican las actividades de unos u otros. El ombudsmen de Querétaro incluso presentó un documento donde alega haber sido hostigado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos...”

En el mismo sentido al autor de este ensayo se le entregó un cuadro sinóptico cuya información ha verificado con algunos responsables de ONG de derechos humanos, que le solicitaron omitiera sus nombres. En virtud de la confianza que le merecen dichos responsables, transcribo el siguiente cuadro sinóptico:

INTROMISIÓN DEL PRESIDENTE DE LA CNDH EN LAS DESIGNACIONES  
DE LOS TITULARES DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DE DERECHOS  
HUMANOS Y LA VULNERACIÓN DE SU AUTONOMÍA

<i>Titular y estado</i>	<i>Hecho</i>
Guadalupe Morfín Otero <i>Jalisco</i>	Con el caso de Puente Grande inicia una relación conflictiva entre la comisionada estatal y la CNDH. Posteriormente, los puntos de vista de Guadalupe Morfín sobre prostitución, niños de la calle y la re-

Así no se ideó el sistema no jurisdiccional, y esta situación daña el buen funcionamiento del propio sistema y los resultados que el mismo debe presentar. La CNDH tiene que aceptar y per-

	comendación sobre adopciones, incomodaron a ciertos grupos. La CNDH cabildeó con el entonces gobernador Ramírez Acuña, el cardenal Juan Sandoval Iníguez y el Congreso local por lo que se impidió su reelección. Incluso se intentó llevarla a juicio político por la emisión de una recomendación
Bernardo Romero Vázquez <i>Querétaro</i>	Denunció hostigamiento: primero por parte del gobierno estatal debido a las recomendaciones emitidas y, posteriormente, por parte de la CNDH.
Raúl Ramírez Bahena <i>Baja California</i>	No pudo ser reelegido por decisión del gobierno del estado e influencia de la CNDH.
Pedro Raúl López Hernández <i>Chiapas</i>	Ante un problema de tierras en la comunidad de Laguna Chamula, municipio de Comitán de Domínguez, la Comisión emite una recomendación que el gobierno del estado no acepta. Los campesinos recurren a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual se concentra en una supuesta extralimitación de las funciones de Pedro Raúl, por lo que le emite una recomendación. La cual sirve de pretexto para que el entonces presidente del Congreso del Estado —y actual presidente de la Comisión Estatal— pueda operar su destitución. Antes de su destitución, Pedro Raúl fue hostigado mediante amenazas a su integridad física y nunca hubo solidaridad de la CNDH.
Magdalena Beatriz González Vega <i>San Luis Potosí</i>	Debido al trabajo conjunto con la CDHDF en el proyecto “Fortalecimiento Institucional de Organismos Públicos de Derechos Humanos”, patrocinado por la Fundación Mac Arthur y la Comisión Europea, la CNDH relegó al organismo local, a pesar de que el proyecto fue avalado por la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Derechos Humanos, el titular de la CNDH intervino para que este se cancelara. Los miembros de la mesa directiva que promovieron el desarrollo de dicho proyecto fueron relegados. Esta situación influyó en el enrarecimiento del ambiente para evitar la reelección de Magdalena Beatriz González Vega.



catarse de que no guarda jerarquía respecto a los órganos locales. Los debe apoyar con respeto a su independencia.

C. Un órgano constitucional autónomo no implica irresponsabilidad, ni que sus actos sean secretos u opacos. Al contrario, uno de los aspectos de la defensa de su autonomía se encuentra en la transparencia de su actuación.

El 13 de noviembre de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto con adiciones al artículo 6o. constitucional para garantizar el acceso a la información pública, estableciéndose una serie de bases sobre esta materia para la Federación, los estados y el Distrito Federal.

La primera es que: “Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad”.

Resulta obvio que esta base y todas las otras bases de la mencionada adición son aplicables sin excepción a los órganos constitucionales autónomos de carácter federal y local.

La Constitución, en su artículo 102, apartado B, se refiere a los *organismos* de protección de los derechos humanos. La reforma al artículo 6o. constitucional no hace exclusión alguna. Hubiera sido un craso error si lo hubiera realizado, debido a que el derecho al acceso a la información pública es característica de la democracia, la secrecía de la autocracia y los regímenes totalitarios.

En consecuencia, a la CNDH y a todos los organismos respectivos de los estados y del Distrito Federal les obligan todas las bases incluidas en el artículo 6o. constitucional. El acceso a la in-

<p>Manuel Vidaurri Aréchiga <i>Guanajuato</i></p>	<p>De la misma forma que en el caso de San Luis Potosí, la participación en el proyecto financiado por la Fundación Mac Arthur y la Comisión Europea, originó que la CNDH relegara al organismo local. Hubo intentos para evitar la reelección de Manuel Vidaurri Aréchiga</p>
---	--

formación pública es un derecho humano. El sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos está obligado jurídica y moralmente a dar el ejemplo de transparencia a todo el sector público del país.<sup>33</sup>

## VIII. EL GRAVE PROBLEMA DE LA INSEGURIDAD PÚBLICA

A. Desde hace muchos años la seguridad pública se ha venido deteriorando en forma alarmante. Los homicidios, secuestros, narcotráfico y robo se han incrementado y multiplicado. La violencia la podemos representar en el número de asesinatos y decapitados de los cuales dan noticia cotidiana los medios de comunicación. La corrupción e ineficiencia de los cuerpos policíacos y ministeriales es increíble, y como corolario la impunidad.

La sociedad ha organizado marchas masivas para protestar, decir basta y exigir acciones concretas a las autoridades en 1997, 2004 y 2008.

La inseguridad pública, alimentada por diversos agentes de la autoridad, por acción o por omisión, lesiona gravemente muchos derechos humanos protegidos en nuestra Constitución. Entre otros menciono: a la vida; a la libertad; al tránsito y a la movilidad; a que se administre justicia a través de los tribunales; a la justicia pronta y expedita; a que la actuación de las instituciones

<sup>33</sup> Véase López Ayllón, Sergio y Arellano, David, *Estudio en materia de transparencia de otros sujetos obligados por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental*, México, IFAI-CIDE-UNAM, 2008. En la p. 62 se lee: “La CNDH ha avanzado en el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, mientras que ha fallado en su enfoque al usuario”. En la p. 65 se afirma que de los órganos con objetivo específico como son la Auditoría Superior de la Federación, el Banco de México, el Instituto Federal Electoral y el Infonavit, “la CNDH es el organismo que menos congruencia ha alcanzado entre acción organizacional y marco normativo, debido principalmente a las carencias en su enfoque al usuario”.

En la p. 70 se resalta que la CNDH ocupa el lugar 11 entre los 16 organismos estudiados con nivel de implantación bajo, en lo que respecta a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información.

policíacas debe regirse por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez; a que nadie puede ser privado de su libertad, propiedades o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales; a que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio o posesiones sino a través de mandamiento de autoridad competente fundado legalmente.

Ante el grave panorama de la inseguridad pública y violación de derechos humanos, la presencia de la CNDH ha pasado casi desapercibida. Declaraciones y desplegados tibios y timoratos. La misma terminología de los políticos. Su presencia se ha desvanecido a tal grado que ante la indignación popular por la inseguridad pública no se le menciona como parte del problema ni de la solución, asiste únicamente a ceremonias. Todo lo anterior es grave, gravísimo. Es casi como si no existiera.

En los últimos once años, a partir de la primera manifestación, la CNDH debe señalar las recomendaciones emitidas, no declaraciones o buenas intenciones, sobre este problema; los estudios y estadísticas que ha realizado sobre la corrupción e ineptitud de los funcionarios públicos; sobre la impunidad galopante; sobre la preparación técnica y práctica de los agentes del Ministerio Público y de la policía, y sobre la administración de justicia; decirnos los proyectos de leyes que ha redactado, los trabajos serios que ha presentado sobre la seguridad pública. ¿Es que en estos once años no se ha percatado de esta terrible problemática?, ¿las quejas que recibe no se refieren a ella?

La CNDH puede contestar que en 2006 expidió el “Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad pública en nuestro país”. En la presentación de este afirma que

Esta Comisión Nacional instrumentó un programa de trabajo orientado a lograr un análisis sistemático de carácter documental y de campo sobre la manera de cómo el Estado mexicano trata de cumplir su encomienda sobre la seguridad pública que brinda a la ciudadanía, y que en su sentido más amplio comprende la labor

que realizan las instituciones que integran los tres ámbitos de gobierno, encargadas de la prevención e investigación de los delitos.

Este Informe Especial es muy general y vago. En mi opinión no aporta casi nada para la solución del gravísimo problema de la inseguridad pública en el país. La parte más importante del mismo, que debería ser la de las propuestas, contiene dieciséis que, en mi criterio, son también vagas, y no contribuyen en nada o casi en nada a la solución del problema. Son propuestas que expresan que se realice lo que las autoridades “dicen” que ya están llevando a cabo, reiteran ideas acertadas que se han expuesto desde hace muchos años, las cuales comenzaron a ejecutarse y con posterioridad se abandonaron, recomiendan que se concluyan acciones que se supone se están implantando, y que las autoridades del área cumplan con sus compromisos. En concreto, nada o muy poco,<sup>34</sup> y demasiado tarde: en 2006.

<sup>34</sup> Transcribo el apartado *VII. Propuestas* de este Informe Especial de la CNDH para que el lector pondere si mi opinión y criterio al respecto son adecuados y certeros: “VII. PROPUESTAS. Por lo expuesto anteriormente, y en virtud de que el derecho a la seguridad pública, corresponde garantizarlo a los tres órdenes de gobierno, esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos formula respetuosamente a ustedes señoras y señores secretarios de Gobernación y Seguridad Pública Federal; procuradores generales de la República, de Justicia Militar y de Justicia de las entidades federativas; gobernadores de las entidades federativas, jefe de Gobierno del Distrito Federal; secretarios, subsecretarios y directores generales de Seguridad Pública del Distrito Federal y de las entidades federativas, se formulan las siguientes propuestas:

PRIMERA. Que en el marco de las Conferencias Nacionales de Seguridad Pública, de Procuración de Justicia de Prevención y Readaptación Social, se tomen las medidas para activar, renovar y coordinar, con toda objetividad, las políticas gubernamentales en el ámbito de la seguridad pública, así como los programas de trabajo que hasta ahora se están instrumentando sobre la prevención del delito, el combate a la corrupción y a la impunidad, la dignificación de los cuerpos policiales, la atención a víctimas del delito y la renovación integral del sistema penitenciario, con la finalidad de que se fomente la cultura de la denuncia y se reafirme el estado de derecho.

SEGUNDA. Que dentro del mismo marco, se emitan los acuerdos necesarios, tendientes a garantizar que se informe a la ciudadanía, puntualmente, con datos estadísticos confiables, el estado que guardan las órdenes de investigación, pre-

Dicho Informe Especial es a lo más una cafiaspirina que persigue curar un cáncer generalizado. ¿Es este un Informe digno de un *ombudsman* cuya oficina cuenta con más de mil servidores

sentación, aprehensión, reaprehensión y de comparecencia, a fin de acreditar que a las víctimas u ofendidos del delito, se les está garantizando una pronta, completa y sobre todo imparcial, procuración y administración de justicia.

TERCERA. En razón de lo anterior, se realice una reordenación en la base de datos de la Procuraduría General de la República, así como de las Procuradurías Generales de Justicia de los 31 estados de la República Mexicana y la del Distrito Federal, con la finalidad de detectar los mandamientos judiciales y ministeriales citados en el punto que antecede, a fin de que a la brevedad se designe personal para que se avoque al desahogo inmediato de las órdenes de aprehensión rezagadas; asimismo, de detectarse alguna acción u omisión imputable a los servidores públicos responsables de las mismas, se tomen las medidas conducentes, para sancionar esas conductas y evitar en un futuro, acciones de esa naturaleza, debiendo notificar puntualmente a la víctima del delito las acciones realizadas al respecto.

CUARTA. En virtud de la problemática derivada de la falta de coordinación adecuada entre las policías preventivas de los tres ámbitos de gobierno, se tomen las medidas conducentes para que se homologuen las acciones que hagan posible la formación de cuerpos policiales preventivos con similar capacidad táctica-operativa, para el análisis y desactivación de escenarios pre-delictivos, el manejo e integración de información e investigación preventiva y de conocimientos sobre las condiciones particulares del entorno socio-delictivo en el que brindan sus servicios y los derechos humanos.

QUINTA. El desarrollo profesional deberá basarse en técnicas modernas y en la formación de valores cívicos, el conocimiento de los ordenamientos jurídicos inherentes a su función, la vocación de servicio y de comportamiento ético, con la finalidad de que se transformen cualitativa y cuantitativamente los sistemas operativos, el marco jurídico, la capacitación y la profesionalización policial, así como el régimen disciplinario, las prestaciones sociales, los ascensos y promociones, el equipamiento, los sistemas de información, el respeto a los derechos humanos y los mecanismos de control, de evaluación, de medición de resultados y de mejora continua para elevar la calidad del servicio de seguridad pública.

SEXTA. Debido a que la prevención del fenómeno delictivo es sin duda una tarea compartida entre los tres ámbitos de gobierno, se recomienda que con un espíritu de colaboración institucional coordinada, y de corresponsabilidad, respetando el ámbito de las atribuciones que a cada uno compete, se ofrezca una respuesta integral a las demandas de la comunidad en esta materia, y se permita o amplíe la participación de la sociedad civil.

SÉPTIMA. Como es primordial avanzar sustancialmente en la integración del Registro Nacional de Policías y el Sistema Nacional de Huellas Dactilares

públicos?, y presentado diez años después de la marcha social de 1997 para solicitar resultados en el problema de la inseguridad pública.

Delincuencial, a efecto de contar con información oportuna que permita la expedita identificación de los elementos policiales y de los internos de los centros penitenciarios, por ello, se recomienda que a la brevedad posible se concluya la consolidación y aplicación de los datos de dicho Registro, a fin de que el Sistema Nacional de Información sea confiable y permita enfrentar de manera integral, coordinada y exitosa la inseguridad pública.

OCTAVA. La experiencia refleja que la problemática de mayor impacto para el esquema de prevención, procuración e impartición de justicia, se refleja en los altos niveles de impunidad, con los que se anula la capacidad disuasiva y reactiva de las policías preventivas, y para evitarlo debe fomentarse la participación de la víctima del delito, por lo cual se recomienda que se impulse la cultura de apoyo y respeto a la condición de la víctima del delito, que permita a ésta ejercer sus derechos y obtener de parte de los servidores públicos los apoyos necesarios.

NOVENA. Consolidar el Sistema Nacional de Seguridad Pública, incorporando iniciativas desde el seno del Consejo Nacional de Seguridad Pública, donde las dependencias del Ejecutivo Federal responsables de las áreas de Desarrollo Social y Humano y de Crecimiento con Calidad, conjuguen esfuerzos con los estados y municipios de la Federación, a fin de que contribuyan a corto plazo con la estructura de una política criminal coherente, que permita combatir no solamente las causas que propician la criminalidad, sino también sus efectos, promoviendo para ello programas conjuntos entre las instituciones públicas, privadas y la sociedad, con la finalidad de que les permitan desactivar los escenarios pre-delictivos, atacando sus factores estructurales.

DÉCIMA. A fin de transparentar el desempeño institucional, se promueva la participación ciudadana, bajo esquemas de representación que aseguren la presencia de personas comprometidas con el tema de la seguridad pública, así como relacionadas con los lugares en los que se pretenden ejecutar los planes y programas de acción, se hagan públicos los resultados y se diseñen las estrategias de trabajo sobre la base de las condiciones geo-delictivas.

UNDÉCIMA. Con el propósito de lograr la eficiencia en la institución del Ministerio Público, bajo un nuevo modelo de procuración de justicia nacional, de elevada eficacia jurídica y el uso pertinente de la investigación científica aplicables en contra de las formas tradicionales y más recientes de las actividades ilícitas, se recomienda, promover el cumplimiento de los compromisos adquiridos dentro del marco de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, en cuanto al intercambio de información, para el diseño y ejecución de operativos conjuntos, que les permitan a su vez reducir el tiempo de integración de las averiguaciones previas, incorporando nuevas tecnologías informáticas y personal

¿Es que la CNDH no siente que tiene cuando menos un gramo de responsabilidad de la situación de inseguridad en la cual México se encuentra horriblemente sumergido?, cuando su finalidad es la defensa y protección de los derechos humanos.

especializado del mismo, así como erradicar la práctica ilegal de iniciar las denominadas “actas circunstanciadas”, con el fin de esclarecer puntualmente los hechos probablemente delictivos que les son denunciados; así mismo, se debe reducir el rezago en la integración de las averiguaciones previas, y solucionar con ello uno de los reclamos sociales, el de contar con un sistema de procuración de justicia digno de confianza.

**DUODÉCIMA.** Para alcanzar los objetivos anteriores, también dentro del marco de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, se planeen, determinen y supervisen adecuadamente, los proyectos y programas de profesionalización y capacitación especializada del personal sustantivo de la Procuraduría General de la República y las procuradurías de las entidades federativas, a fin de obtener unidad en los criterios, así como criterios uniformes de actuación con los que se garantice la vigilancia y el respeto del Estado de derecho; y además, coordinar la información entre las procuradurías del país y sus similares a nivel internacional, para la localización de fugitivos y satisfacer solicitudes de extradición; mismo, deberá obtenerse asistencia jurídica internacional, con el compromiso de realizar la investigación, trámite y desahogo de las peticiones señaladas, dando cumplimiento a los requisitos legales aplicables y los tratados internacionales de los que México es parte.

**DÉCIMATERCERA.** Diseñar y ejecutar un programa de intercambio de información entre los tres niveles de gobierno, que les permita dar un seguimiento oportuno hasta lograr el cumplimiento de los mandamientos judiciales y ministeriales, para lo cual se debe realizar una reestructuración orgánica, funcional y de operación de las instituciones, así como establecer un proceso de reingeniería financiera orientada a fortalecer las actividades sustantivas y a mejorar la eficiencia en el manejo de los recursos.

**DÉCIMACUARTA.** Se adopten las medidas jurídicas necesarias, por parte de los tres órganos de gobierno, tendentes a garantizar el cumplimiento efectivo y puntual de las recomendaciones emitidas por esta Comisión Nacional, así como por las Comisiones Estatales de Derechos Humanos, a fin de resarcir el pleno goce de los derechos fundamentales que les resulten afectados a las personas por las acciones u omisiones en que incurran o hayan incurrido, servidores públicos federales, estatales o municipales en el ejercicio de sus funciones.

**DÉCIMAQUINTA.** Es preciso desarrollar los derechos que constitucionalmente se encuentran reconocidos a favor de las víctimas del delito, a fin de hacerlos efectivos a través de redes de atención integral de fácil acceso, que permitan inicialmente conocer el alcance de sus derechos y lograr su cumplimiento; es necesario, como en el caso de los inculpados, que cuenten con una verdadera

¿Qué ha hecho con efectividad en estos once años? Solicitar más y más presupuesto, gastarlo superfluamente, no en las funciones sustantivas, e intentar crearse buena imagen derrochando recursos en medios de comunicación.

En esta situación tiene también responsabilidad la Comisión de Derechos Humanos del Senado de la República, que no le ha solicitado a la Comisión Nacional explicación alguna. Al contra-

representación legal gratuita y profesional que defienda los derechos que les reconoce la Constitución, así como, tomar las medidas de la seguridad idóneas para evitar que se revelen los datos personales y eliminar los riesgos de sufrir amenazas por parte de los delincuentes.

DÉCIMASEXTA. Con el propósito de lograr una acción eficiente en la prevención del delito y en la reacción ante su surgimiento, es indispensable instrumentar redes de comunicación, a partir de un solo número telefónico de emergencia en el ámbito nacional que permita la respuesta inmediata y coordinada por parte de las autoridades". Véase *www.cndh.org.mx*, 3 pp.

Ahora bien, se pueden contrastar estas propuestas con algunas de las medidas y acciones que el autor de este artículo tomó al respecto cuando tuvo la responsabilidad de actuar como autoridad, véase Carpizo, Jorge, *Un año en la procuración de justicia: 1993*, México, Porrúa-PGR, 1994, pp. 27-102, 105-123, 129, 130, 135-162, 173, 174 y 181-199.

Como académico no he abandonado este tema. Entre otros estudios destaco: "Reformas constitucionales al Ministerio Público y la creación de un sistema nacional de seguridad pública", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, t. XXVIII, núm. 82, 1995, pp. 371-383. "Derechos humanos y procuración de justicia", *Nexos*, México, núm. 251, noviembre de 1998, pp. 13-15. Con Andrade, Julián, *Asesinato de un cardenal. Ganancia de pescadores*, México, Nuevo Siglo-Aguilar, 2002, pp. 515-538. *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, pp. 1-49. "La reforma del Estado en 2007 y 2008", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, núm. 19, pp. 19-48. "La moral pública en México", *Voz y voto*, México, núm. 181, 2008, pp. 38-45.

Estos esfuerzos académicos, por contribuir a superar el grave problema de la inseguridad pública, fueron realizados por una persona que además está dedicada a estudiar otros temas. El lector interesado podrá, entonces, comparar estos ensayos con las propuestas de la CNDH sobre la misma cuestión, organismo que también se ocupa de otras responsabilidades, pero que cuenta con más de mil servidores públicos. Además, el lector interesado podrá contrastar la fecha de las propuestas de la CNDH con las de los ensayos escritos por el autor de este artículo.



rio, varios de los miembros de esa comisión de la anterior legislatura, al quedarse sin trabajo, recogieron los frutos de su convivencia; cuando menos uno, el más importante, se convirtió en funcionario de la CNDH, con una remuneración envidiable. Por eso estamos como estamos.

Dicho organismo, el 24 de agosto de 2008, tres días después de la firma del “Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Legalidad y la Justicia”, manifestó públicamente que

Próximamente, como parte de sus funciones, la CNDH emitirá el Segundo Informe Especial sobre Seguridad Pública, para lo cual ha decidido realizar un Segundo Censo de Delitos No Denunciados, como instrumento de información valioso para los fines compartidos del abatimiento de la impunidad y el apoyo a las víctimas.<sup>35</sup>

De nueva cuenta, como en el caso de Ciudad Juárez, se actúa o se promete actuar después de la presión pública. ¿Es así como debe actuar un *ombudsman*?

Por ello, la CNDH debe, como todo organismo público, proporcionar la documentación pública que se le solicita con base en el artículo 6o. constitucional.

B. El 21 de agosto de 2008, ante el gran problema de la inseguridad pública, se firmó el mencionado “Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Legalidad y la Justicia”, suscrito por autoridades federales y locales, personalidades sociales y víctimas de delitos. El presidente de la CNDH firmó también los 75 compromisos que comprenden dicho Acuerdo.

El 3 de septiembre del propio año se publicó en diversos medios de comunicación el desplegado firmado por 29 organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos, manifestando que evaluarían el avance de los 75 compromisos del mencionado Acuerdo.

<sup>35</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, comunicado de prensa CGCP/131/08, 24 de agosto de 2008, en [www.cndh.org.mx](http://www.cndh.org.mx).

Dicho desplegado y declaración revisten un interés especial. Mucho nos dice sobre el *ombudsman* mexicano. A ese documento le encuentro aspectos positivos:

- a) Es la primera presencia realmente importante del sistema nacional no-jurisdiccional de defensa y protección de los derechos humanos sobre la inseguridad pública, a partir de la gran marcha social de 1997.
- b) En el primer párrafo expresan que actuarán “en ejercicio del mandato constitucional más amplio posible”. Reconocen una interpretación extensiva de sus facultades, lo cual, hasta donde conozco, no había acontecido en esos once años. Además citan un instrumento internacional.
- c) Expresamente aceptan que la seguridad pública es un derecho fundamental.
- d) Informan a la opinión pública su intención de tomar una serie de medidas que contribuyan a superar este grave problema. Esa intención es más que bienvenida.

Como se dice, más vale tarde que nunca. El liderazgo de esas acciones lo toma la CNDH, como debe ser, por constituir el organismo que cuenta con mayores recursos humanos y financieros, y por ser la Comisión un organismo con presencia nacional, como su propio nombre lo indica, además de haber sido hasta ahora omisa respecto a esta responsabilidad.

C. No obstante, también existen aspectos preocupantes:

- a) Se manifiesta que es un “Acuerdo de unidad”, y el presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal manifestó que no fue invitado a la reunión, quizá por razones ideológicas, ni a suscribir el Acuerdo, y se creó una polémica pública al respecto entre los presidentes de esas dos comisiones.<sup>36</sup> Asimismo, en el desplegado no aparecien-

<sup>36</sup> Periódico *El Centro*, 4 de septiembre de 2008, p. 4, y 5 de septiembre de 2008, p. 9.

- ron las firmas de otros dos presidentes de esos organismos. Entonces, ¿de qué unidad se está hablando?
- b) El seguimiento y evaluación de esos 75 compromisos le corresponde a las organizaciones sociales que han venido luchando por la seguridad pública. Empero, ¿la CNDH dice que también va a realizar esa labor?
  - c) ¿Qué va a pasar si la evaluación de los *ombudsman*, específicamente de la CNDH, es diversa a la de las organizaciones sociales? Por ejemplo, si estas últimas perciben proclividad de la CNDH hacia las autoridades o, por el contrario, resulta más papista que el papa por remordimiento o para lavar omisiones pasadas.
  - d) Las organizaciones sociales invitaron y desean que el seguimiento y la evaluación los realicen instituciones académicas.<sup>37</sup> Cuando menos hasta ahora no se ha invitado a la CNDH a pesar de su desplegado. Todo indica que no goza de la total confianza de las organizaciones sociales.
  - e) El presidente de la CNDH firmó el Acuerdo Nacional. Él es un funcionario público que goza de autonomía funcional, pero que es responsable ante la sociedad. Los reclamos sociales son también para él, quien debe cumplir los compromisos a los que se compromete en el Acuerdo Nacional y en su desplegado. En consecuencia, la CNDH, en este punto específico, debe ser evaluada, no evaluadora. Parece que la finalidad es: para no ser evaluada me autoproclamo evaluadora.
  - f) La CNDH se quiere convertir en juez y parte. Conoce todas las omisiones en que ha incurrido respecto a este grave problema. Se declara evaluadora para no rendir cuentas y evadir sus responsabilidades. Pocas situaciones dañan más a un *ombudsman* que el oportunismo político.
  - g) Resulta surrealista que el presidente de la CNDH ponga fecha para que los funcionarios que no cumplan los mencio-

<sup>37</sup> Periódico *El Universal*, 5 de septiembre de 2008, p. A15.

nados compromisos presenten su renuncia y él no se incluya, cuando él es también un *funcionario* que ha estado en esa responsabilidad ya casi nueve años, y ha sido omiso, por la razón que sea, en proteger y defender realmente el derecho humano de la seguridad pública. Él es parte del grave problema que vivimos. Al respecto, tiene una enorme responsabilidad por omisión. Ojalá ahora contribuya a su solución.

Considero que para la fecha que señaló, las ONG deben presentar una evaluación de las acciones de la CNDH, a las que se comprometió en su desplegado. La sociedad puede, y debe, pedirle cuentas y responsabilidades a un *ombudsman*. Ningún organismo público debe estar exento de la rendición de cuentas.<sup>38</sup>

Rechazo tajantemente la nueva filosofía u ocurrencia del *ombudsman* nacional: me convierto en evaluador para no ser evaluado.

D. La CNDH tiene una responsabilidad jurídica, moral e histórica, que no puede eludir. Reitero, ineludiblemente habrá de ser evaluada por la sociedad, a través de las ONG de derechos humanos.

## IX. UNA REFLEXIÓN FINAL Y ALGUNAS SUGERENCIAS

A. A las ONG de derechos humanos las contemplo un poco pasivas. Ante las dificultades por las que está transitando el sistema nacional no-jurisdiccional de los derechos humanos, no han podido, aunque algunas lo han intentado, crear conciencia en la sociedad, que tiene el derecho de recibir los beneficios que deben

<sup>38</sup> El tema de la rendición de cuentas y de los controles a que el *ombudsman* debe estar sujeto como cualquier otro organismo público desborda las finalidades de este ensayo. No obstante, es un asunto crucial. Al respecto se pueden conocer las críticas que Human Rights Watch realizó a la CNDH; Human Rights Watch, *La Comisión Nacional...*, *cit.*, nota 17, pp. 119, 120 y 126-128, y las respuestas de la CNDH a las mismas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Precisiones al documento denominado...*, *cit.*, nota 12, pp. 8, 9, 28, 29 y 36.

derivarse de la institución del *ombudsman criollo*, de los problemas actuales que afligen a ese sistema no-jurisdiccional.

Desde luego, existen algunas ONG muy activas y que realizan espléndidamente sus labores y cumplen con sus finalidades. No puedo dejar de expresar que tengo dudas de que actualmente constituyan la mayoría.

Anhelo verlas de nueva cuenta como las conocí hace muchos años, con fortaleza singular, con mística inagotable, en pie de lucha. El momento de México las necesita. Hay que apoyar y colaborar con el *ombudsman* en sus labores, pero cuando sea necesario hay que criticar positivamente. Asimismo, denunciar cualquier probable desviación en las funciones, irresponsabilidad o corrupción.

Las ONG tienen un papel muy importante que desempeñar y lo deben seguir cumpliendo sin desmayo alguno.

B. Soy optimista. El sistema nacional no-jurisdiccional de defensa de los derechos humanos puede y debe superar los problemas actuales que lo debilitan e impiden que cumpla sus funciones con plenitud. Reitero, existen comisiones que están trabajando bien o muy bien.

Dicho sistema nacional se puede fortalecer con las siguientes medidas o actitudes:

- a) Transparencia en su funcionamiento. Debe ser un ejemplo de respeto al artículo 6o. constitucional en relación con el derecho de acceso a la información pública.
- b) Vigorizar el desempeño de sus funciones primordiales, entre las que destaca la expedición de recomendaciones y el seguimiento de su cumplimiento.
- c) Realización total de las atribuciones de los consejos consultivos. Si es necesaria alguna reforma legal al respecto, que se efectúe.
- d) Cuidado especial al momento de la designación de los *ombudsman*. Deben tener experiencia, estar comprometidos y creer en la causa de los derechos humanos. No es un cargo

burocrático más. A los *ombudsman* deben adornarles las virtudes de capacidad, valentía, honradez, congruencia y lealtad infinita a la causa de los derechos humanos.

- e) Creación real, no ficticia, del servicio civil de carrera, especialmente de los visitadores adjuntos, quienes deben gozar de autonomía técnica y a quienes hay que garantizarles el nombramiento por concurso abierto de oposición, estabilidad, ascensos por concursos de mérito, remuneración, adscripción y sistema de responsabilidades. Las recomendaciones son deducciones lógico-jurídicas de las pruebas que obran en el expediente. El visitador adjunto no puede recibir instrucciones contrarias a las pruebas. De aquí la importancia de su autonomía técnica.
- f) Austeridad en el manejo de los recursos financieros. La autonomía del *ombudsman* no implica irresponsabilidad. Deben realizarse auditorías de fondo por los órganos de fiscalización. Quien nada debe nada teme. En este aspecto, las oficinas del *ombudsman* deben ser, y así tiene que ser, casas de cristal. Recuérdese que su autoridad es únicamente moral y si esta se deteriora, resulta imposible que pueda cumplir con su función.
- g) Las comisiones respectivas de los congresos tienen que respetar la autonomía e independencia de los *ombudsman*. Apoyarlos frente a sus enemigos institucionales y tradicionales, pero no descuidarlos, sino pedirles información, preguntarles e interpelarlos cuantas veces sea necesario. La reforma reciente al artículo 93 constitucional establece las bases de esta atribución. Los pesos y contrapesos, la labor de control, de información y transparencia son indispensables en cualquier sistema democrático, incluido los *ombudsman*.
- h) Las ONG deben reactivarse en su labor civil en beneficio de la causa de los derechos humanos. Jamás recibir apoyos económicos de los *ombudsman*. Respeto mutuo amplio. Cada uno cumple con funciones diversas que confluyen en la mis-

ma causa y objetivo: una mejor defensa y protección de los derechos humanos.

Es posible llevar a cabo las sugerencias que expongo. Solo se necesita voluntad política y más voluntad política, aunada a gran amor y entrega a la causa de los derechos humanos. Creer y dedicarse a ella con plenitud, con abnegación, sin titubeo alguno.





# LA CRECIENTE INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS, ESPECIALMENTE EN LA REGULACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Héctor FIX-ZAMUDIO\*

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *La progresiva y constante influencia del derecho internacional en las Constituciones iberoamericanas.* III. *La evolución de los instrumentos constitucionales para la protección de los derechos humanos en los tribunales, cortes y salas constitucionales en los ordenamientos de Iberoamérica.* IV. *Organismos predominantemente jurisdiccionales que poseen la función de tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.* V. *Los derechos humanos constitucionales internos de fuente internacional.* VI. *Las relaciones entre los tribunales, cortes y salas constitucionales con los organismos de carácter internacional, en la solución de controversias constitucionales, particularmente en el campo de los derechos humanos.* VII. *Necesidad de establecer procedimientos internos para regular el cumplimiento de los fallos y las recomendaciones de las cortes y de las comisiones internacionales de derechos humanos.* VIII. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

1. Esta materia de las relaciones cada vez más estrechas entre el derecho constitucional interno y el derecho internacional de los

\* Doctor en Derecho. Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

derechos humanos es bastante compleja, especialmente en virtud de la creciente vinculación entre ambos campos, y por ello es conveniente precisar varios aspectos: *a*) en primer lugar es necesario tomar en cuenta que las Constituciones iberoamericanas han reconocido, con diversos matices, la supremacía del derecho convencional y consuetudinario de carácter internacional respecto del derecho interno, de manera ostensible respecto de la regulación y protección de los derechos humanos, en un nivel superior al del derecho internacional general, en relación con los ordenamientos constitucionales internos; *b*) la creación de instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, incluyendo los organismos tanto universales como regionales de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional.

2. Debe tomarse en consideración que el concepto de derechos humanos ha sido desarrollado desde varias perspectivas: *A*) en primer término existe un enfoque más estricto, que entiende por tales a los que han sido establecidos para beneficio de los seres humanos en sus dimensiones individual y colectiva; pero *B*) desde una perspectiva más amplia se abarcan otros sectores estrechamente vinculados con los primeros y que se divide en tres categorías: *a*) los derechos humanos en sentido estricto; *b*) los comprendidos por el *derecho humanitario*, es decir aquellos que protegen a las personas durante los conflictos internacionales e internos, y *c*) aquellos que se comprenden dentro del llamado *derecho de los refugiados*, es decir el que abarca los de las personas que se ven precisadas a abandonar su país de origen por problemas de persecución política, conflictos armados, discriminación o marginación, y cuyo número se ha incrementado considerablemente en los últimos años en muchos lugares del mundo contemporáneo. La doctrina ha señalado esta triple relación en el campo extenso de los derechos humanos.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Cfr. Cançado Trindade, Antonio Augusto *et al.*, *As Tres Vertentes da Protecção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados*, San José de Costa Rica-Brasilia, Comité Internacional de la Cruz Roja-Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Alto Comisio-

3. A) Se toma en primer lugar la dimensión estricta de los derechos humanos, que surgió de una amplia trayectoria que podemos retrotraer desde el punto de vista histórico hasta sus antecedentes remotos en la filosofía grecolatina, posteriormente, la Edad Media, el Renacimiento y particularmente la Revolución francesa al finalizar el siglo XVIII, que consagró en un documento constitucional los derechos de carácter individual, es decir, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, los que se introdujeron también en las cartas de los estados de las colonias inglesas en América, durante su lucha de independencia y posteriormente con las primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que entraron en vigor en 1791, y esta institucionalización se generalizó en las Constituciones clásicas liberales del siglo XIX, que se extendieron a los derechos sociales, económicos y culturales, los que fueron elevados a nivel constitucional en algunas cartas de la primera posguerra, en primer término en la carta federal mexicana y en el mismo periodo en algunas europeas encabezadas por la ley suprema Alemana de 1919.

4. Al término de la Segunda Guerra Mundial y debido a las violaciones masivas y persistentes de los derechos humanos por los regímenes totalitarios que iniciaron esta conflagración, y la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, una de cuyas finalidades fue reconocer la importancia de tales derechos, se modificó una de las reglas tradicionales del derecho internacional clásico al otorgar a las *personas individuales y a los grupos sociales la categoría de sujetos del derecho internacional*, que antes se confería de manera exclusiva a los Estados, ya que eran ellos, por conducto de la protección diplomática, los encargados de la

nado de las Naciones para los Refugiados, 1996; Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Brasil, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, esp. t. I, pp. 270-349, Cançado Trindade, Antonio Augusto y Ruíz de Santiago, Jaime, *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, Costa Rica, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2001.

protección de los derechos humanos de sus nacionales residentes en otros Estados. La labor de las Naciones Unidas en este campo ha sido impresionante por medio de convenciones, declaraciones y recomendaciones.

5. Desde el punto de vista *sustantivo*, en este ámbito mundial o universal podemos señalar como documentos básicos, en primer lugar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, expedida en París el 10 de diciembre de 1948 por las mismas Naciones Unidas, y que en un principio solo podía ser considerada como un catálogo de compromisos morales, pero que con el tiempo se ha convertido en un instrumento imperativo en muchos de sus preceptos, por medio de la costumbre internacional y la institución del *ius cogens*. En segundo lugar, en este ámbito se pueden destacar los dos pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expedidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y que entraron en vigor el 3 de enero y el 23 de marzo de 1976, respectivamente, y que en la actualidad han sido ratificados por una gran mayoría de los Estados miembros de las Naciones Unidas.

6. Pero a partir de la segunda posguerra, además del avance que se ha señalado anteriormente del reconocimiento a las personas individuales y los grupos sociales como sujetos del derecho internacional, se han introducido *normas de derecho procesal e instituciones tutelares, inclusive algunas de carácter jurisdiccional* para la protección de los derechos humanos en la esfera internacional mundial o universal, ya que las Naciones Unidas por medio de tratados multilaterales han introducido de manera paulatina diversos *comités* que se encargan por materias de la protección específica de algunos derechos humanos. Algunos de estos comités están facultados para admitir reclamaciones individuales y formular recomendaciones a los Estados respectivos, atribuciones que han aumentado de manera paulatina. Estos comités han sido reconocidos por los Estados iberoamericanos, los que tienen la obligación de enviar a los mismos informes sobre la situación de

los diversos derechos. El más importante de dichos comités es el de Derechos Humanos, formado por 18 expertos elegidos a título individual, por un periodo de cuatro años, con reelección. Está regulado por el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, que ha sido reconocido por casi todos los gobiernos de Iberoamérica.

7. A lo anterior deben agregarse los dos órganos que dependen del Ecosoc (Consejo Económico y Social): el actualmente Consejo de Derechos Humanos, de reciente creación, que sustituyó a la anterior Comisión de Derechos Humanos, y que se integran por representantes de los Estados, cuya primera presidencia la ocuparon los representantes de México. Como dependiente del organismo anterior, se estableció como un órgano técnico a la Subcomisión (anteriormente de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, actualmente de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que se forma por 26 expertos de cinco regiones).

8. Finalmente, debe señalarse que la Organización de las Naciones Unidas cuenta con varios tribunales, entre los cuales destaca la Corte Internacional de Justicia y recientemente la Corte Penal Internacional, así como algunos creados por el Consejo de Seguridad con el objeto de sancionar a los acusados de genocidio y crímenes contra la humanidad, como los de Yugoslavia y de Ruanda. Aun cuando la Corte Internacional de Justicia tiene como función esencial la solución de conflictos entre Estados, en algunos casos las controversias son sobre aplicación de derechos humanos.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> En los casos de los hermanos alemanes Lagrand, residentes en los Estados Unidos, que fue promovido por la República Federal de Alemania contra el gobierno de Estados Unidos, resuelto por la Corte Internacional de Justicia el 27 de junio de 2001, dando razón a la promovente, en el sentido de que no se había dado cumplimiento a la obligación establecida por el artículo 36, párrafo 1, inciso h) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, de informar a los extranjeros acusados de delitos graves, de la posibilidad de acudir al respectivo cónsul de su país para su asistencia en la defensa judicial, con lo cual se infringía el derecho del debido proceso establecido

9. Además de los anteriores, se han creado tres tribunales regionales, dos de ellos con comisiones que se encargan de recibir las reclamaciones y formular recomendaciones, así como presentar los casos ante las cortes respectivas. Es decir: cortes Europea, Interamericana y Africana, esta última todavía en vías de operación, ya que su estatuto ya ha sido aprobado, y en 2006 se han designado los jueces que deben integrarla, pero todavía no se establece el lugar de su residencia. Estos organismos están vinculados con *tres organizaciones regionales*: el Consejo de Europa, la Organización de los Estados Americanos y la Carta de la Unidad Africana de 1963. Estos tres tribunales son la vía de solución definitiva de los planteamientos de violación de los derechos humanos, y corresponden a tres convenciones: la Europea (Roma, 1950, en vigor en 1953); Americana (San José, 1969, en vigor en 1978), y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981, en vigor en 1986). En América y África actúan como órganos de instrucción las comisiones respectivas; en Europa funcionó desde 1954 hasta 1998, ya que fue suprimida por el Protocolo número 11, que entró en vigor el primero de noviembre de 1998, en la cual se estableció el acceso directo de los afectados ante la misma Corte, la que se transformó en permanente.<sup>3</sup>

por otros tratados internacionales suscritos por los dos países contendientes. Una sentencia posterior de 31 de marzo de 2004, en el caso denominado *Avena y otros*, planteado por el gobierno de México ante la misma Corte Internacional de Justicia contra los Estados Unidos por el mismo motivo, también le dio la razón al gobierno mexicano por las mismas razones que en la controversia anterior; *Cfr.* Gómez Robledo V., Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México contra los Estados Unidos de América)”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. V, 2005, pp. 178-220.

<sup>3</sup> Como la bibliografía sobre estos sistemas regionales es muy abundante, citaremos únicamente las más recientes. Por lo que respecta al sistema europeo, que fue el primero en aparecer, se pueden considerar como los estudios más recientes: Marguenaud, Jean Pierre, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 3a. ed., Dalloz, París, 2005; Brage Camazano, Joaquín, “*Strasburgum causa finita*. El amparo intereuropeo ante el Tribunal de Estrasburgo, última instancia de tutela de los derechos fundamentales en Europa”, Fix-Zamudio, Héctor, “La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional”, y Mo-

En cuanto a la Corte Africana, que como hemos dicho todavía no entra en funcionamiento, ha despertado el interés de la doctrina no solo de ese continente, sino también de otras regiones en las cuales han realizado por varios años esta actividad tutelar de los derechos humanos los organismos jurisdiccionales que hemos mencionado con anterioridad.<sup>4</sup>

renilla Allard, “El proceso de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, los tres en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 1035-1220. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Problemas que enfrenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la actualidad y remedios posibles”; Duarte, María Luisa, “O Direito de União Europeia e o Direito dos Direitos do Homem-una defesa do triângulo judicial europeu”; Salado Osuna, Ana, “Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo”, estos últimos en Pérez Royo, Javier *et al.* (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Cisur Menor. Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, t. I, pp. 1707-1746, 1747-1767, 1833-1850, respectivamente. Por lo que se refiere al sistema interamericano, se pueden mencionar como estudios recientes: Fix-Zamudio, Héctor, “Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos”, en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 165-224, *id.*, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ovalle Favela, José (ed.), *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, México, UNAM, 2006; Faúndez Ledesma, Héctor, *El sistema americano de protección de los derechos humanos*, 2a. ed., San José, Costa Rica; Cañado Trindade, Antonio Augusto y Ventura Robles, Manuel E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2003; *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Costa Rica, Organización de los Estados Americanos-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005; García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2 vols., el I, 2001, reimpresso, 2006, el II, 2006,

<sup>4</sup> *Cfr.* entre los estudios más recientes pueden mencionarse: Mascareñas Gómez Monteiro, Antonio Manuel, “La Charte Africaine des Droits de l’Homme et des Peuples”, en *Judicial Protection of Human Rights at National and Level*, Milán, Giuffrè, 1991, t. I, pp. 467-483; Bucergenthal, Thomas, Grossman, Claudio y Nikken, Pedro, *Manual internacional de derechos humanos*, Caracas-San José, Instituto Interamericano-Editorial Jurídica Venezolana, 1990, pp. 115-127; Murray, Rachel, *The African Commission on Human and Peoples Rights and International Law*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000, en el cual se destaca la combinación de las estructuras tradicionales y la influencia de las

10. B) Se puede hacer una breve referencia a los otros sectores estrechamente vinculados con los derechos humanos en sentido propio, que son los relativos al derecho humanitario y el de los refugiados. La primera categoría, como se ha mencionado anteriormente, comprende los derechos humanos afectados durante las situaciones de emergencia tanto internas como internacionales, que han sido tan frecuentes en los últimos años. Este sector ha sido desarrollado por la comunidad internacional debido a la constante promoción del Comité Internacional de la Cruz Roja, la que se apoya en las diversas secciones nacionales. Con motivo de esta meritoria labor, se aprobó en Suiza el primer convenio suscrito en 1864, que se desarrolló posteriormente por medio de cuatro convenciones suscritas en la ciudad de Ginebra, del mismo país, que constituyen la base fundamental del derecho humanitario, y que ha continuado su evolución de acuerdo con los numerosos conflictos que se han presentado en los siguientes años y por este motivo se hizo necesario revisar en una Conferencia Internacional, efectuada también en Suiza en 1974, los convenios de 1949, los que fueron adicionados por dos nuevos *protocolos, el primero relativo a los conflictos internacionales y las guerras de descolonización*, el segundo, que contiene normas relativas a *conflictos internos que rebasen la situación de simples disturbios*.

11. Como una breve referencia al derecho de los refugiados se puede señalar que este sector del concepto amplio de los derechos humanos se fundó con dificultad en la primera posguerra, debido a la insistente promoción del Dr. Fridthof Hansen (1861-1930), delegado de Noruega a la Liga de las Naciones, la que surgió en 1919 con motivo de los Tratados de Paz de Versalles al

occidentales, así como las diferencias que dicha mezcla produce en la labor de la citada Comisión Africana, pp. 33-47; Saavedra Álvarez, Yuria, *La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Organización y funcionamiento*, tesis de licenciatura, México, 2004; Odimba, Jean Cadet, “Protección de los derechos fundamentales en África”, en *El derecho de amparo en el mundo*, cit., nota 3, pp. 945-984; id., *Protección regional de los derechos humanos. Comparado*, México, Porrúa, 2006, pp. 27-123.



terminar la Primera Guerra Mundial. Como la citada Sociedad de Naciones surgió débil por la desunión de los países en aquel entonces, no fue sencillo acoger las meritorias iniciativas del Dr. Hansen ante dicha Organización, en beneficio de millones de refugiados de todo el mundo, que se habían visto obligados a abandonar sus lugares de residencia debido a los constantes conflictos surgidos en esa primera posguerra, y que culminaron con la todavía más destructiva Segunda Guerra Mundial iniciada en 1939. No obstante las dificultades, el Dr. Hansen en 1921 logró, con el acuerdo de las potencias más importantes, establecer el llamado *Pasaporte Hansen*, que protegió a los desplazados de 26 países, entre ellos los de la naciente Unión Soviética, y en 1922 logró que la misma Sociedad de las Naciones le entregara más de diez millones de libras esterlinas, para lograrles asentamientos seguros. Debido a esa importante labor, el Dr. Hansen fue designado primer comisionado de los refugiados de las Liga de las Naciones y además le fue conferido muy merecidamente el Premio Nobel de la Paz en 1923.

12. Durante la Segunda Guerra Mundial las hostilidades provocaron el desplazamiento de un número creciente de personas en Europa, por lo que 43 países decidieron establecer en 1943 la Agencia de las Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación (UNRAA), encargada de la repatriación de las personas que no tenían ninguna otra posibilidad de solución. Sus funciones terminaron hasta 1947, después de haber repatriado siete millones de personas.

13. El 15 de diciembre de 1946, con antelación a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció por conducto de un Estatuto Provisional y año y medio de duración, la Organización Internacional de Refugiados (OIR), que fue sustituida de manera definitiva con la designación el 13 de diciembre de 1949, por parte de la Asamblea General, de un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, cuyo Estatuto fue aprobado por la misma Asamblea General el 14 de diciembre de 1950, y

recibió desde entonces el nombre de ACNUR, cuya oficina inició sus actividades el primero de enero de 1951. Este organismo fue perfeccionado de manera paulatina, ya que el 26 de julio de ese mismo año de 1951 fue aprobada en Ginebra, Suiza, la Convención Relativa a los Derechos de los Refugiados, que protegía a los desplazados hasta el primero de enero de ese año, por lo que fue necesario suscribir por la Asamblea General el 31 de enero de 1967, en la ciudad de Nueva York, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, que protege los derechos de los refugiados que han surgido con posterioridad de esa fecha.

## II. LA PROGRESIVA Y CONSTANTE INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

14. De manera paulatina, también a partir de la segunda postguerra, las Constituciones de Iberoamérica incorporaron con mayor intensidad las normas de derecho internacional convencional y consuetudinario, y otorgaron a las relativas a los derechos humanos preeminencia dentro del derecho internacional.

15. Si se observa dicha evolución, se puede señalar que la mayor penetración del derecho internacional ha sido en el campo de los derechos humanos, ya que si bien se estableció una jerarquía superior al derecho internacional general sobre el derecho interno, esa jerarquía se fortaleció respecto del *derecho internacional de los derechos humanos*.

16. Es posible señalar que desde un punto de vista panorámico existen tres categorías de esa incorporación en las Constituciones nacionales: *a)* tienen preeminencia sobre el derecho interno, pero inmediatamente por debajo de las normas constitucionales, y aquí podemos señalar varios ejemplos: Portugal, España, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua y México; *b)* reconocimiento expreso o implícito de la equiparación de las normas de derecho internacional a nivel constitucional nacional: Argentina, reforma de 1994; Brasil (1998); Colombia, de manera

implícita (carta de 1991); Perú (carta de 1979, pero no en la vigente de 1993) y Venezuela (Constitución de 1999); *c*) la doctrina sostiene que puede advertirse la tendencia de conferir a dicho derecho internacional de los derechos humanos un carácter superior a las mismas normas constitucionales internas.<sup>5</sup>

17. En esta dirección es conveniente destacar la evolución que ha tenido el derecho internacional convencional en las Constituciones de Iberoamérica, y particularmente en los ordenamientos latinoamericanos, ya que en nuestra región se había otorgado tradicionalmente un rango secundario a los tratados internacionales en general, incluyendo los relativos a los derechos humanos, pero esta situación ha evolucionado, en ocasiones con celeridad, hacia el reconocimiento de su nivel jerárquico superior al de las normas internas. En esta materia podemos destacar tres corrientes:<sup>6</sup> *a*) en la primera se ha señalado a los tratados internacionales en general una situación jerárquica superior a las normas ordinarias, pero inmediatamente inferior a las normas constitucionales (y como ejemplo podemos citar la decisión de la Suprema Corte mexicana que modificó la jurisprudencia tradicional en 1999);<sup>7</sup> *b*) un segundo sector académico señala el criterio mayoritario que otorga a los *tratados de derechos humanos* la misma jerarquía de las normas constitucionales, ya sea expresamente, como en la carta peruana de 1979; en la reforma constitucional argentina de 1994 y en la ley suprema venezolana

<sup>5</sup> Cfr. Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2003.

<sup>6</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>7</sup> Este criterio jurisprudencial se estableció por unanimidad de diez votos al resolver el Tribunal en Pleno el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, tesis LXXVII/99, publicada en el *Informe de Labores de la Suprema Corte de Justicia, 1999*, pp. 841-843. Pueden consultarse los agudos comentarios sobre esta tesis realizados por los juristas mexicanos, Becerra Ramírez, Manuel, Carpizo, Jorge, Corzo, Edgar y López Ayllón, Sergio. En *Cuadernos Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 169-208.

de 1999, o en ocasiones de manera implícita, y c) finalmente se puede mencionar una corriente doctrinal que sostiene que dichas disposiciones internacionales poseen una categoría superior a la de los preceptos constitucionales internos. Debe destacarse que en la carta fundamental venezolana de 1999, además de establecer, como se ha dicho, que los tratados internacionales de derechos humanos tienen la misma categoría que las normas constitucionales, dispone además que, en caso de conflicto con los derechos constitucionales internos, se confiere primacía a las *normas más favorables a los afectados ya sean nacionales o internacionales*.<sup>8</sup>

18. Si bien la incorporación de los tratados así como de las costumbres internacionales en los ordenamientos nacionales se inició en Europa Occidental, inclusive en la primera posguerra, en cuanto que el artículo de la Constitución alemana de Weimar de 11 de agosto de 1919 disponía en su artículo 4o. que: “Las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, forman parte del Reich (Estado) alemán”, y un precepto similar estaba regulado por el artículo 9o. de la carta federal austriaca en su texto original de 1921. En la segunda posguerra se ha seguido la misma tendencia, inclusive con mayor vigor en las cartas constitucionales europeas, y al efecto podemos citar como ejemplo el artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, que establece sobre esta materia que “Las normas generales del derecho internacional público constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos de modo inmediato para los habitantes del territorio federal”.

19. Continúan en esta dirección otras cartas supremas como la italiana de 1948, y la austriaca de 1929, que fue restablecida

<sup>8</sup> El artículo 26 de la Constitución Política de Venezuela establece que “Los tratados pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público constitucional” (las cursivas son mías).

en 1945,<sup>9</sup> y esta influencia del derecho internacional se ha extendido también a otros ordenamientos europeos, entre los cuales destacan dos países que sufrieron largas dictaduras, y que al restaurarse el sistema democrático, se han incorporado a los ejemplos anteriores en sus textos constitucionales, nos referimos a las cartas de Portugal (1976-1982) y de España (1978).

20. El artículo 1o., inciso 2 de la carta española, establece: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y *los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España*” (las cursivas son mías).<sup>10</sup> Además debe tomarse en consideración lo dispuesto por el artículo 96, inciso I, de dicha carta fundamental, en el sentido de que: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España *formarán parte del derecho interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional...* (las cursivas son mías)”.

21. Por lo que respecta a la ley fundamental portuguesa, en su artículo 8o. vigente se dispone, al respecto:

(*Del Derecho internacional*). 1. Las normas y los principios del Derecho internacional general o común forman parte integrante del

<sup>9</sup> El artículo 10 de la Constitución de la República Italiana de 1947 dispone en lo conducente: “El ordenamiento jurídico italiano se sujetará a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas...”. A su vez, el artículo 9o. de la Constitución austriaca de 1929, restablecida en 1945 y reformada varias veces con posterioridad, establece en la parte relativa de su artículo 9o.: “1. Se consideran parte integrante del ordenamiento federal las normas generalmente reconocidas del derecho internacional...”.

<sup>10</sup> *Cfr.* Fernández Segado, Francisco, *Manual de derecho constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 240-339; Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, 2a. ed., Madrid, Átomo Ediciones, 1998, t. I, pp. 231-234; Jiménez Blanco, Antonio *et al.*, *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Aroces, 1993, pp. 49-53.

derecho portugués. 2. Las normas vigentes de los convenios internacionales ratificados o aprobados regirán en el derecho interno una vez que se haya publicado oficialmente y en la medida que obliguen internacionalmente al Estado Portugués. 3. *Regirán directamente en el ámbito interno las normas emanadas por los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que forme parte Portugal, con tal que así esté establecido en los respectivos tratados constitutivos* (las cursivas son mías).

22. De manera específica en cuanto a los derechos humanos, la carta fundamental de Portugal, dispone:

*(Del ámbito y sentido de los derechos humanos)*. 1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución *no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del Derecho internacional*. 2. *Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre* (ese precepto es muy similar al de la Constitución española citado anteriormente) (las cursivas son mías).

23. En los ordenamientos latinoamericanos se ha efectuado una evolución similar al tomar en cuenta el desarrollo europeo de incorporación interna de los tratados internacionales, como se ha señalado con anterioridad. Para destacar esta evolución se pueden citar varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos que han consagrado, con diversas modalidades, la jerarquía superior de los tratados de derechos humanos incorporados al derecho interno, respecto de las disposiciones legislativas nacionales, pero con algunas variantes en el nivel de los primeros respecto de las segundas.

24. a) En primer término y en esta dirección debe citarse el artículo 46 de la Constitución guatemalteca de 1985, el cual preceptúa: "*Preeminencia del derecho internacional*. Se establece el principio general de que *en materia de derechos humanos*, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen

preeminencia sobre el derecho interno”. b) A su vez, el artículo 7o., primer párrafo de la carta fundamental de Costa Rica de 1949, dispone: “Los tratados públicos, las convenciones internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, *autoridad superior a las leyes*” (en ambos preceptos las cursivas son mías). Respecto del segundo artículo mencionado, este se refiere a los instrumentos internacionales en general, pero aun cuando se señala expresamente la jerarquía superior de los mismos, se aplica con mayor razón a los relativos a los derechos humanos, y todos ellos, pero especialmente estos últimos, se aplican constantemente por los tribunales costarricenses, en especial por la Sala Constitucional de ese país.

25. c) En la carta suprema de Colombia de 1991 se establece en el artículo 93 el siguiente precepto, cuya parte final se inspira en el principio establecido por los artículos 16 y 10, respectivamente de las Constituciones de Portugal y de España, mencionados con anterioridad: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen *los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el derecho interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia*” (las cursivas son mías).

26. d) La situación de predominio es todavía más evidente cuando se reconoce de manera expresa la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, como ocurre en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina reformada sustancialmente el 22 de agosto de 1994. En la primera parte de dicho artículo (que es bastante extenso y se refiere a las facultades legislativas del Congreso Nacional), se dispone, en principio, la naturaleza superior de los tratados internacionales y de los concordatos, pero confiere *rango constitucional* a algunos instrumentos sobre *derechos humanos* al señalar de manera precisa:

...en las condiciones de su vigencia tienen *jerarquía constitucional*, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución (que se refiere a los derechos humanos consagrados por dicha parte de la Ley Suprema), y deben entenderse *complementarios* de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo, previa aprobación de dos terceras partes de los miembros de las Cámaras. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos (no mencionados expresamente en dicho precepto), luego de ser aprobados por el Congreso requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para poder gozar de la jerarquía constitucional (las cursivas son mías).<sup>11</sup>

27. e) El artículo 105 de la Constitución peruana anterior de 1979, establecía de manera expresa: “*Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución*” (las cursivas son mías).<sup>12</sup> Sin embargo, en la carta fundamental vigente de 1993 se suprimió dicho precepto, y en su lugar se introdujo la disposición final cuarta, la cual dispone que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y

<sup>11</sup> Los instrumentos internacionales enumerados de manera expresa por la citada norma de la Constitución argentina son los siguientes: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales; el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Protección y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño. *Cfr.* Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997, t. I, pp. 99-297.

<sup>12</sup> *Cfr.* García Sayán, Diego, “Constitución Política y política exterior”, en *La Constitución diez años después*, Lima, Constitución y Sociedad-Fundación Friedrich Naumann, 1989, pp. 205-221.



acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, norma que también se inspira en los mencionados artículos 16 y 10 de las cartas portuguesa y española.<sup>13</sup>

28. f) En esta dirección, también debemos destacar la parte relativa del artículo 5o. de la Constitución chilena de 1980, reformada por el plebiscito de 30 de julio de 1989, y que conserva la modificación constitucional de 1995: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*”<sup>14</sup> (las cursivas son mías).

29. g) Se advierte la propensión a conferir rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 142 de la Constitución de Paraguay de 1992, en la cual se establece que: “Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución”. A nuestro modo de ver, lo anterior equivale a disponer de manera implícita que dichos tratados poseen un rango similar al de las normas fundamentales, lo que en cierta manera se asemeja a lo que disponía el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979 (ver *supra* párrafo 27), y establece actualmente el artículo 75, inciso 22, de la carta argentina reformada en 1994 (véase *supra* párrafo 26).

30. h) También debe destacarse lo dispuesto por el artículo 5o., parágrafo LXXVII, inciso 2o. de la Constitución brasileña vigente de octubre de 1988, de acuerdo con el cual “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de

<sup>13</sup> Cfr. Curlizza, Javier, “La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos”, en *La Constitución de 1993. Análisis y comentario, II*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1995, pp. 56-83.

<sup>14</sup> Cfr. Blanc Renard, Neville *et al.*, *La Constitución chilena*, Valparaíso, Universidad Católica, 1990, t. I, pp. 36-40.

los *tratados internacionales en que sea parte la República del Brasil*” (las cursivas son mías). Lo anterior significa en mi concepto, que los derechos consagrados en dichos tratados forman parte de manera implícita de los que tienen carácter fundamental y han sido consagrados expresamente por dicha ley suprema, en el supuesto de que los primeros amplíen y complementen a los segundos.

31. i) La carta fundamental de Venezuela de 1999 siguió el ejemplo de las Constituciones de Perú de 1979 y de la reforma constitucional argentina de agosto de 1994, pues reconoció de manera expresa la *jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos* en su artículo 23, el cual preceptúa:

*Los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de República, y son de aplicación directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público* (las cursivas son mías).<sup>15</sup>

32. Como puede observarse, en la mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se advierte una tendencia cada vez más acentuada para otorgar a los tratados internacionales en general una jerarquía superior a las normas ordinarias, y específicamente a aquellos que consagran derechos humanos, ya que en cuanto a estos últimos existe la tendencia de otorgarles una categoría equivalente a las disposiciones constitucionales (ya sea de manera expresa o implícita), o al menos, inmediatamente inferior a la de las normas fundamentales.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Cfr. Brewer-Carías, Allan R., *La Constitución de 1999 comentada*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, p. 161. El autor considera que el citado precepto transcrito debe considerarse como una de las grandes innovaciones de esa carta fundamental.

<sup>16</sup> Sobre esta tendencia a la jerarquía superior de los tratados internacionales, especialmente los que consagran derechos fundamentales, pueden consultarse, entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte In-

33. En el ordenamiento constitucional mexicano no se ha iniciado todavía un desarrollo similar, ya que se había impuesto por muchos años en la jurisprudencia y en la doctrina tradicionales, el criterio inspirado en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, precepto que casi literalmente se consagró en el artículo 126 de la Constitución federal de 1857, y con ligeras variantes ese texto fue incorporado al artículo 133 de la carta fundamental vigente.<sup>17</sup> De acuerdo con esta norma, la Corte Federal de Norteamérica y la Suprema Corte mexicana establecieron interpretaciones similares, en el sentido de que una vez aprobados los citados tratados internacionales, ratificados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado, debían equipararse a las leyes federales.<sup>18</sup>

34. Sin embargo, en fecha reciente la Suprema Corte de Justicia modificó esta interpretación tradicional sobre la equiparación de los tratados a las leyes federales y estableció una nueva tesis, en el sentido de que *los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano, respecto de la Constitución federal*. Este nuevo criterio significa una apreciación más moderna del mencionado artículo 133 constitucional, y se apoya esencialmente, entre otros argumentos, en que los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la

teramericana de Derechos Humanos”, en *The Modern World of Human Rights. El mundo moderno de los derechos humanos, Essays in Honor. Ensayos en honor, Thomas Buergenthal*, Costa Rica, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 1996, pp. 159-207; Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, cit., nota 5.

<sup>17</sup> En su primer párrafo, el citado artículo 133 de la ley fundamental de México, establece: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de la Unión...”.

<sup>18</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, en su libro *Estudios de derecho constitucional*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 22-24; Fix-Zamudio, Héctor y Carmona Valencia, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 70-79.

comunidad internacional, y por lo tanto, en esta materia no existe limitación de competencias entre la Federación y las entidades federativas.<sup>19</sup>

35. Considero en lo particular que una *interpretación progresiva*, en especial en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, puede conducir aun sin modificar el citado precepto de la carta federal mexicana, hacia la incorporación de los derechos humanos consagrados por los tratados internacionales ratificados por nuestro país (que han sido muy numerosos en los últimos años), en los términos del citado artículo 133 constitucional, como parte integrante de los preceptos constitucionales que establecen derechos fundamentales, cuando no los contradigan o los limiten, sino por el contrario, los complementen y los desarrollen. En tales condiciones, y en mi concepto, los derechos de fuente internacional, pero integrados a nuestro ordenamiento interno, cuando impliquen condiciones más favorables para los gobernados respecto de los establecidos en nuestra carta federal, *deben considerarse al mismo nivel jerárquico de los preceptos de la Constitución mexicana que establecen los propios derechos fundamentales.*

### III. LA EVOLUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS CONSTITUCIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS TRIBUNALES, CORTES Y SALAS CONSTITUCIONALES EN LOS ORDENAMIENTOS DE IBEROAMÉRICA

36. En la actualidad la función de mayor trascendencia de los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos constitucionales en los ordenamientos iberoamericanos consiste en la protección de los derechos humanos tanto constitucionales como de fuente internacional. Es preciso señalar la dolorosa experiencia tanto histórica como reciente de la violación sistemática y generalizada de dichos derechos fundamentales, rea-

<sup>19</sup> Cfr. *supra* nota 7.

lizada por los caudillos que establecieron una tradición autoritaria durante el siglo XIX, así como por los gobiernos castrenses que predominaron en varios de los países de nuestra región durante los años sesenta a los ochenta del siglo XX, que con algunas recaídas, parecen haber sido superados en la actualidad, con la consolidación mayoritaria de gobiernos tendencialmente democráticos. Para contrarrestar dichas violaciones se han establecido *numerosos instrumentos protectores* de los derechos de la persona humana, más elaborados que los que imperan en otras regiones del mundo.

37. Por ello el carácter distintivo del sistema jurisdiccional constitucional iberoamericano se apoya en la creación de instrumentos procesales específicos para la protección de los derechos humanos, diversos del *hábeas corpus* (que tiene origen angloamericano), y entre ellos se debe destacar especialmente el *derecho de amparo*, que surgió en el derecho mexicano en el siglo XIX, pero que ha tenido una ostensible trascendencia en numerosos ordenamientos latinoamericanos, así como también en España, y además se ha consagrado en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos.

38. Si bien el recurso o acción de *hábeas corpus* tiene su origen en el derecho angloamericano, ya que surgió, como es sabido, en la Edad Media en Inglaterra y se desarrolló paulatinamente hasta culminar en la ley de *hábeas corpus* de 1679, como instrumento procesal para la protección específica de la libertad de movimiento y de la integridad personales,<sup>20</sup> este instrumento se trasladó a la legislación y jurisprudencia de las colonias inglesas en América, y de ahí a las Constituciones locales de Estados Unidos (con una breve referencia en la carta federal de 1787). Esta evolución, ya sea directamente de la legislación inglesa o de los ordenamientos norteamericanos, se incorporó paulatinamente a los países de Latinoamérica, con el nombre original, o bien, como exhibición personal o amparo de la libertad. En nuestra

<sup>20</sup> Cfr. Holdsworth, Sir William, *A History of English Law*, vol. 1, reimpresión de la 6a. ed., Londres, 1966, pp. 227 y 228; Sharpe, R. J., *The Law of "Habeas Corpus"*, Oxford, Oxford University Press, 1976, pp. 1-7.

región procede para combatir restricciones a la libertad física o la integridad de las personas detenidas por autoridades administrativas, y excepcionalmente contra decisiones de carácter judicial.<sup>21</sup> También esta institución tutelar fue establecida con ese nombre en la Constitución Española de 1978.<sup>22</sup>

39. De manera diversa, y también con el antecedente de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes del derecho norteamericano, pero además con influencia tanto española como francesa, el *derecho de amparo debe considerarse como una creación latinoamericana*, la cual se inició en el ordenamiento constitucional mexicano en tres etapas: a) La primera en la Constitución del Estado de Yucatán de 31 de marzo de 1841, cuyo proyecto fue elaborado por el ilustre jurista y político yucateco Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, estimado con toda razón como uno de los creadores de la máxima institución procesal mexicana y también el primero en Latinoamérica que inició la consagración legal de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, y que mencionó expresamente haberse inspirado en el sistema norteamericano por conducto del clásico libro del pensador francés Alexis de Tocqueville *La democracia en América del Norte*, que se divulgó en nuestra región por conducto de la traducción castellana de D. A. Sánchez de Bustamante aparecida en París en 1836, obra bien conocida por los juristas latinoamericanos de esa época.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Hábeas Corpus*, 2a. ed., Buenos Aires, 1988, pp. 51-58; Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en América Latina", en *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, pp. 19-24; García Belaúnde, Domingo, *El hábeas corpus en el Perú*, Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 1979, y Borea Odría, Alberto, *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*, Lima, 1992.

<sup>22</sup> Cfr. Gimeno Sendra, Vicente, *Hábeas Corpus*, Madrid, Tecnos, 1995.

<sup>23</sup> Cfr. El volumen publicado por la Suprema Corte de Justicia, *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México, 1960; Fix-Zamudio, Héctor "Algunos aspectos de la vida jurídica de Manuel Crescencio García Rejón", en *Edición conmemorativa medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, 1991, pp. 488-501.

40. b) En el ámbito nacional el amparo fue establecido en el documento denominado Acta Constitutiva y de Reformas de 18 de mayo de 1847 (que introdujo modificaciones a la Constitución Federal de 1824), documento que tuvo su origen en un voto particular, elaborado por el notable jurista mexicano Mariano Otero al dictamen de la Comisión de Constitución del Constituyente de 1846-1847;<sup>24</sup> c) La tercera y última fase se desarrolló en las discusiones del Constituyente de 1856-1857, en las cuales se citó con frecuencia la revisión judicial norteamericana y su divulgación por Alexis de Tocqueville. El juicio de amparo se consagró definitivamente en los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857, y de ahí pasó a los actuales artículos 103 y 107 de la vigente carta federal de 1917, el segundo precepto modificado en varias ocasiones posteriores.

41. La intención de los creadores del amparo fue trasplantar al ordenamiento mexicano la revisión judicial norteamericana, pero extendida a la tutela de los actos y no solo a la impugnación de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas. Sin embargo, al implantarse una institución angloamericana en un ordenamiento de tradición romanista, debido a tres siglos de dominación española, lo que en su origen era considerado como un principio, con independencia de la vía judicial en la que se planteara la cuestión constitucional, se transformó en un procedimiento específico.<sup>25</sup> Dicho procedimiento fue regulado en México por diversas leyes de amparo (1861, 1869, 1882); se incorporó

<sup>24</sup> La bibliografía al respecto es amplia, pero nos limitamos a citar el estudio de Fix-Zamudio, Héctor, *Acta Constitutiva y de Reformas de 1847*, Santa Fe de Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales. Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, núm. 46, 1967, pp. 46-60, reproducido posteriormente en el libro coordinado por Patricia Galeana, *México y sus Constituciones*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica-Archivo General de la Nación, 2003, pp. 198-242.

<sup>25</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "The Confluence of Common Law and Continental European Law in the Mexican Writ of Amparo", en *The Mexican Forum (El Foro Mexicano)*, Institute of Latin American Studies, The University of Texas in Austin, octubre de 1983, pp. 4-8; *id.*, "El juicio de amparo mexicano y el

posteriormente a los códigos de procedimientos civiles de 1897 y 1908; y con base en la carta federal vigente de 1917, se expedieron las leyes de amparo de 1919 y la actual de 1936, con numerosas reformas posteriores.<sup>26</sup>

42. El juicio de amparo mexicano se convirtió con el tiempo en un conjunto de procesos entre los cuales destaca la creación de un recurso de casación federal contra las resoluciones de todos los jueces y tribunales del país, que se concentró primeramente en la Suprema Corte de Justicia, lo que provocó un impresionante rezago, el cual trató de corregirse en las reformas constitucionales y legales de 1951 y 1968. Las de 1951 crearon los tribunales colegiados de circuito en materia de amparo, y las de 1968 traspasaron parte importante de dichos juicios de amparo de la Suprema Corte de Justicia a los citados tribunales, hasta que finalmente en las reformas constitucionales y legales de 1988 y 1995, se otorgó a la propia Suprema Corte la exclusividad en el conocimiento de las cuestiones de constitucionalidad, y los juicios de amparo en los cuales se discuten violaciones de legalidad se encomendaron en su totalidad a los tribunales colegiados de circuito, cuyo número ha aumentado de manera considerable, como se ha señalado anteriormente (ver *infra* párrafos 87 a 89, con la bibliografía allí citada).

43. Pero la figura histórica del juicio de amparo mexicano, que en sus comienzos tenía por objeto la impugnación ante los tribunales federales y en último grado ante la Suprema Corte de Justicia, de los actos y las disposiciones legislativas que infringieran los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, primero de carácter individual, y a partir de la carta fundamental vigente de 1917, también los de naturaleza social, ha tenido una gran influencia en numerosos ordenamientos latinoamericanos

derecho constitucional comparado”, en *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, Milano, Giuffrè, 1987, t. I, pp. 413-460.

<sup>26</sup> *Cfr.* El documentado estudio realizado por Soberanes Fernández, José Luis, *Evolución de la Ley de Amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994.



que han consagrado con la misma denominación (la que proviene de la tradición hispánica común a todos ellos), y posteriormente con nombres similares o equivalentes, instrumentos que tutelan los derechos humanos, en varios de ellos con exclusión de la libertad e integridad personales, protegidos por el hábeas corpus.

44. Una vez establecido en México el juicio de amparo en la citada Constitución federal de 1857, en su versión original de instrumento tutelar de los derechos fundamentales contra actos o disposiciones legislativas de cualquier autoridad que violasen dichos derechos, incluyendo la libertad y la integridad personales (y por tanto abarcó desde sus inicios también al hábeas corpus), trascendió a varios ordenamientos latinoamericanos, primero en los de Centroamérica, ya que el primer país que introdujo el amparo de acuerdo con el modelo mexicano fue la República de El Salvador, en su Constitución y ley de amparo de 13 de agosto de 1886, y lo siguieron Honduras y Nicaragua, en su carta y en la Ley de Amparo, respectivamente, ambas de 1894; Guatemala de acuerdo con la reforma constitucional de 11 de marzo, y Argentina por conducto de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, de 13 de agosto, las dos de 1921; Panamá en su ley suprema de 2 de enero de 1941; Venezuela en su carta de 1961; Bolivia, Ecuador y Paraguay en sus Constituciones publicadas en 1967, si bien el último lo suprimió posteriormente, pero terminó por restablecerlo en sus reformas constitucionales de 1996 y 1998; Perú en su carta fundamental de julio de 1979 y finalmente Uruguay en el Decreto o Acta Institucional número 19 de primero de agosto de 1984, este último derogado con el restablecimiento de la carta fundamental de 1966, pero restablecido dicho instrumento posteriormente.

45. También se instituyó el amparo en las dos leyes fundamentales en las cuales se intentó restablecer la Federación Centroamericana (1824-1836) por medio de la Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica (Honduras, Nicaragua y El Salvador), promulgada en 1898, y en la Carta de la República

Centroamericana (Guatemala, El Salvador y Honduras), de 9 de septiembre de 1921, ambas con muy escasa vigencia.

46. Debe destacarse, además, que el amparo mexicano en su sentido original fue introducido en la Constitución republicana española de diciembre de 1931, debido a la labor de divulgación que sobre el primero realizó el jurista mexicano Rodolfo Reyes (entonces asilado en España) y cuyo conocimiento correspondía en última instancia al Tribunal de Garantías Constitucionales ahora restablecido por la carta democrática de 1978, si bien la institución procesal española también ha tenido la influencia del derecho de amparo alemán (*Verfassungsbeschwerde*, que puede traducirse literalmente como queja constitucional).<sup>27</sup> Este instrumento debe interponerse por los afectados ante el Tribunal Constitucional, después de haber agotado las diversas instancias ante los tribunales ordinarios, por medio de un procedimiento más rápido, y que se conoce como recurso de amparo ordinario, y contra la decisión final en esta vía procede el citado *recurso de amparo constitucional* ante el citado organismo especializado de constitucionalidad.

47. La Constitución portuguesa no regula una institución similar al derecho de amparo, es decir una instancia que puedan elevar al Tribunal Constitucional de dicho ordenamiento después de haber agotado las defensas jurídicas ordinarias. De manera que la protección de los derechos humanos consagrados por dicha carta fundamental se protegen por otros medios de control constitucional ante el Tribunal Constitucional respectivo, así sea de manera indirecta, como lo demuestra la copiosa jurisprudencia de dicho tribunal.<sup>28</sup>

48. Se puede hacer una breve referencia a la reciente introducción del *derecho de amparo* con esta denominación en los orde-

<sup>27</sup> Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y en España. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 2000.

<sup>28</sup> Cfr. Miranda, Jorge, "O Tribunal Constitucional (de Portugal) en 2005", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 10, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 491-531.

namientos jurídicos de Macao y el Archipiélago de Cabo Verde, territorios de colonización portuguesa, el primero que actualmente se encuentra incorporado a la República de China, con un estatuto especial, y el segundo, plenamente independiente. Por lo que respecta al Territorio de Macao, no obstante que como se ha dicho ha sido incorporado recientemente a la República Popular de China, este le ha reconocido autonomía, por lo que rige en ese territorio su Estatuto Especial, el cual se encuentra todavía regulado parcialmente por el artículo 5o., inciso 4, de la Constitución de Portugal en una situación peculiar,<sup>29</sup> ya que se rige por un Estatuto que conserva la administración de la metrópoli, pero que se vincula mediante un tratado con la citada República Popular de China, denominado “Declaración Conjunta”, según el cual en diciembre de 1999, dicha República asumió la soberanía de ese territorio, como de administración especial y con alto grado de autonomía.<sup>30</sup>

49. En el artículo 17 de la Ley número 112 de agosto de 1991, ordenamiento que establece las bases de la organización judicial de Macao, se introdujo el *recurso de amparo* como medio directo de impugnación que pueden interponer los particulares por la violación de sus derechos fundamentales garantizados por el Estatuto Orgánico de Macao, ante: a) el Pleno del Tribunal Superior de Justicia contra las decisiones de los tribunales del citado territorio, y b) ante los tribunales de jurisdicción administrativa contra actos o resoluciones administrativos.

50. Dicho instrumento puede plantearse por los afectos en sus derechos humanos en dos sectores, judicial y administrativo, pero no ha sido todavía reglamentado en el ordenamiento del citado territorio, y por ello no se ha desarrollado de manera suficiente, aunque ya existe su regulación por vía jurisprudencial y con apoyo en la doctrina, de acuerdo con la cual, el citado

<sup>29</sup> Cfr. Gomes Canotilho, J. J. y Moreira Vital, *Constituição da República Portuguesa, anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp. 39 y 40.

<sup>30</sup> Cfr. Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, t. III, pp. 249-251.

Estatuto incorpora los derechos, libertades y garantías establecidos por la mencionada carta fundamental portuguesa, la que además, contiene una disposición abierta sobre la inclusión de las libertades y garantías de carácter material, por ello se considera que el amparo tutela los derechos fundamentales establecidos en la mencionada carta portuguesa, pero también aquellos que se han consagrado en las disposiciones ordinarias de carácter local y además, los contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos.<sup>31</sup>

51. Por lo que respecta al Archipiélago de Cabo Verde, el artículo 19 de su Constitución de 1992, que tiene como epígrafe *Tutela de los derechos, libertades y garantías*, consagra expresamente el *recurso de amparo*, que se reconoce a todos los ciudadanos, los que tienen el derecho de acudir al Supremo Tribunal de Justicia para solicitar la protección de sus derechos, libertades y garantías fundamentales reconocidos constitucionalmente en los términos de la ley. Se establecen como lineamientos de este instrumento: a) que solo puede interponerse contra actos u omisiones de los poderes públicos lesivos de dichos derechos fundamentales, después de haberse agotado todas las vías de impugnación ordinarias, y b) que el citado recurso puede ser promovido por conducto de un simple escrito, el que debe ser tramitado con carácter de urgente, por lo que el procedimiento debe basarse en el principio de sumariedad.<sup>32</sup>

52. El derecho de amparo es reconocido con el mismo significado de procedimiento sencillo y breve para la tutela de los derechos humanos, pero generalmente acompañado del hábeas corpus o exhibición personal respecto de la protección de la libertad y de la integridad personales, pero en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas se regula de manera independiente,

<sup>31</sup> *Cfr.* Sobre la extensión de los derechos fundamentales en la Constitución portuguesa puede consultarse al destacado constitucionalista mencionado en la nota anterior, que dedica integralmente el t. IV, de su libro *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 1993.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 65 y 66.

así sea en el mismo texto reglamentario; se ha consagrado en las siguientes Constituciones latinoamericanas citadas por orden alfabético: Argentina (1853-1860), texto reformado sustancialmente en agosto de 1994), artículo 43, primero y segundo párrafos y además regulado por casi todas las Constituciones provinciales en el ámbito local; Bolivia (1967 reformada en 1994), artículo 19; Costa Rica (1949, con modificaciones en 1989), artículo 48; Ecuador (1978, reformas de 1996 y 1998), artículo 95; El Salvador (1983, modificaciones de 1991), artículo 247; Guatemala (1985), artículo 265; Honduras (1982), artículo 183; México (1917, reformas de 1988, 1995 y 1996), artículos 103 y 107; Nicaragua (1987), artículo 188; Panamá (1972-1983), artículo 50; Paraguay (1992), artículo 128; Perú (1993), artículo 202; República Dominicana (jurisprudencia Corte Suprema, 1999);<sup>33</sup> Uruguay (1966), implícitamente artículos 70. y 72 de la Ley de Acción de Amparo de 19 de diciembre de 1988, y Venezuela (1999), artículo 27.<sup>34</sup>

53. Pero además del derecho de amparo en sentido estricto se han establecido otros *instrumentos similares o equivalentes de protección de los derechos fundamentales*, que también de manera predominante excluyen la libertad e integridad personales tutelados por el *habeas corpus*. Aun cuando utilizan otras denominaciones que pueden considerarse como sinónimas de manera amplia, esos procedimientos pueden considerarse dentro del derecho de amparo.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> Cfr. “Creación jurisprudencial del *recurso de amparo* para la protección de los derechos humanos. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana de 24 de febrero de 1999”, *Diálogo Jurisprudencial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, núm. 1, julio-diciembre de 2006, pp. 41-60.

<sup>34</sup> Cfr. Brewer Carías, Allan R., *El amparo a los derechos humanos y las libertades fundamentales (una aproximación comparativa)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1983; Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo latinoamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

<sup>35</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Amparo y tutela”, en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1996, México, 1997, reimpresso en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre*

54. A) Entre los que pueden considerarse como instrumentos equivalentes, podemos señalar el llamado *mandado de segurança* (que algunos autores traducen al castellano como mandamiento de amparo), que fue introducido en la Constitución Federal de 1934, y actualmente está regulado por el artículo, párrafo LXIX, de la vigente carta federal brasileña de 4 de octubre de 1988. Dicho precepto está todavía reglamentado por la ley número 1533 de 31 de diciembre de 1951 (expedida bajo la vigencia de la Constitución Federal de 1946), reformada en varias ocasiones.<sup>36</sup>

55. El *mandado de segurança* o mandamiento de amparo procede esencialmente contra actos inconstitucionales o ilegales de autoridades administrativas y, en general, contra actos administrativos de cualquier autoridad que afecten los derechos de los gobernados, y solo de manera excepcional puede promoverse contra resoluciones judiciales. En principio tampoco puede interponerse directamente contra disposiciones legislativas que se consideren inconstitucionales, sino exclusivamente contra los actos o resoluciones administrativas que se apoyen en dichos ordenamientos.

56. Al lado de la institución anterior, la Constitución de 1988 estableció el instrumento que denomina *mandado de segurança coletivo* consagrado por el artículo 5o. párrafo LXX, de la citada carta federal brasileña, y que debe considerarse como una ampliación del mandamiento de amparo con ámbito individual, al

*el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 695-726; Osuna Patiño, Néstor Iván, *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

<sup>36</sup> *Cfr.* La doctrina sobre este instrumento brasileño es muy amplia, por lo que citamos solo algunos estudios recientes: Sidou, José Othon, “*Habeas Corpus*”, *mandado de segurança, mandado de injunção, “habeas data”, acao popular. As garantias activas dos direitos coletivos*, 5a. ed., Río de Janeiro, Forense, 1998; Flkas, Milton, *Domandado de segurança. Pressupostos de inpetração*, Río de Janeiro, Forense, 1980; Da Silva, José Afonso, *Curso di direito constitucional positivo*, 22a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pp. 451-455; *id.*, “El mandamiento de seguridad del Brasil”, trad. del portugués por Adriana Laura Santana y Alejandro Anaya Huertas, en *El derecho de amparo en el mundo, cit.*, nota 3, pp. 123-157.

que nos hemos referido en el párrafo anterior, el que como se ha dicho únicamente puede interponerse por los afectados por la violación de sus derechos fundamentales. El nuevo instrumento protege derechos de carácter colectivo por medio del procedimiento breve y rápido que caracteriza al mandamiento de amparo individual, y puede ser promovido por partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, por organizaciones sindicales, por entidades gremiales, o por asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento, que tengan cuando menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.<sup>37</sup>

57. B) El llamado *recurso de protección* fue consagrado por el Acta Institucional número 3, expedida paradójicamente por el gobierno militar chileno y publicado el 13 de septiembre de 1976. Fue reglamentado por el Auto Acordado de la Corte Suprema de 2 de abril de 1997. El mismo instrumento fue incorporado por el artículo 20 de la Constitución aprobada por plebiscito de septiembre de 1980, la que como hemos dicho anteriormente, fue modificada primeramente en el plebiscito de 1989, y de nuevo en 2005, y de acuerdo con esta última reforma, establece la competencia para conocer en último grado de dicho instrumento procesal al Tribunal Constitucional, cuya decisión se había conferido a la Corte Suprema de Justicia, como se expresó anteriormente. De acuerdo con la legislación vigente, el citado recurso tiene por objeto proteger los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente contra los actos violatorios que provengan de autoridades públicas, con excepción de la libertad personal protegida por el hábeas corpus (el cual se conoce también como recurso de amparo), este último consagrado por el artículo 21 de la carta fundamental.

<sup>37</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica", en *Memorias VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, t. II, pp. 805-858, reimpresso en el libro del mismo autor, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, pp. 413-454.

58. Como puede observarse, se trata en realidad de un proceso de amparo con una denominación equivalente, en virtud de que el término “derecho de amparo” se ha utilizado para designar al hábeas corpus, tal como fue nombrado por el artículo 16 de la carta anterior de 1925,<sup>38</sup> y posteriormente por el artículo 21 de la de 1980. El actual recurso de protección regulado por el artículo 20 de la mencionada ley fundamental de 1980, que fue encomendado en último grado a la Corte Suprema, a partir de la vigencia de la reforma de 2005, se encomienda al Tribunal Constitucional, por lo que se espera que dicho instrumento tendrá un desarrollo más firme y extenso.<sup>39</sup>

59. C) La llamada *acción de tutela*, establecida por la Constitución colombiana de 7 de julio de 1991, posee funciones similares a las del amparo en el ámbito latinoamericano, y por este motivo se propuso la denominación de “derecho de amparo” en el proyecto presentado por el gobierno ante la Asamblea Constituyente.<sup>40</sup> De acuerdo con el artículo 86 de la citada carta fundamental, ese instrumento:

...puede hacerse valer por cualquier persona en todo momento y lugar ante los órganos jurisdiccionales, mediante un procedi-

<sup>38</sup> El constitucionalista chileno Estévez Gasmuri, Carlos, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949, pp. 143 y 144, se refiere a esta institución calificándola de “amparo” o de “hábeas corpus”. Utiliza las mismas denominaciones, Caffarena de Giles, Elena, *El recurso de amparo ante los regímenes de emergencia*, Santiago, 1957, pp. 152 y 187; Verdugo Marinkovic, Mario et al., *Derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, t. I, pp. 330-337.

<sup>39</sup> Cfr. Soto Klos, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989; Lira Herrera, Sergio, *El recurso de protección. Naturaleza jurídica, doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, 1990; Verdugo Marinkovic et al., *Derecho constitucional*, citado en la nota anterior, t. I, pp. 337-346; Noriega Alcalá, Humberto, “El derecho y acción constitucional de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile a inicios del siglo XXI. La acción de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile”, en *El derecho de amparo en el mundo*, cit., nota 3, pp. 159-211.

<sup>40</sup> Cfr. *Proyecto de Acta Reformatorio de la Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Presidencia de la República, febrero de 1991, p. 203, “Derecho de amparo”.



miento preferente y sumario, con el objeto de obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando los mismos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de toda autoridad. Dicha acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, salvo cuando aquella se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremparable. La protección debe consistir en una orden para que aquel respecto de quien se solicite, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo será de inmediato cumplimiento y puede impugnarse ante juez competente, pero *en todo caso dicho juzgador deberá remitirlo a la Corte Constitucional para su eventual revisión*<sup>41</sup> (las cursivas son mías).

60. Este precepto constitucional fue desarrollado por el decreto 2951 de 19 de noviembre de 1991, que a su vez fue reglamentado por el decreto presidencial 306 de 19 de febrero de 1992; pero también debe tomarse en cuenta para la tramitación de la revisión de la acción de tutela ante la Corte Constitucional, el Decreto 2067 de 4 de septiembre de 1991 que regula el régimen procedimental de los juicios ante la Corte Constitucional, y el Acuerdo de la Sala Plena de la propia Corte, de 15 de octubre de 1992, que contiene el Reglamento Unificado de la Corte Constitucional, artículos 49-55.<sup>42</sup>

61. Además de los instrumentos procesales señalados con anterioridad, es preciso referirse ahora a aquellos que pueden considerarse como *equivalentes* al derecho de amparo, es decir, los que tienen la misma finalidad tutelar de los derechos humanos, pero

<sup>41</sup> Cfr. entre otros, Arenas Salazar, Jorge, *La tutela. Una acción humanitaria*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1993; Charry J. M., *La acción de tutela*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992; Monroy Torres, Marcia y Álvarez Rojas, Fernando, *Jurisprudencia de la Corte Constitucional. La acción de tutela*, Santa Fe de Bogotá, Juris Editores, vols. III y IV, 1993; Osuna Patiño, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998; Ortiz Gutiérrez, Julio César, "La acción de tutela en la carta política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia", en *El derecho de amparo en el mundo*, cit. nota 3, pp. 213-256.

<sup>42</sup> Estos documentos pueden consultarse en el apéndice legislativo de libro de Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Ricardo Ibáñez, 1996, pp. 237-385.

que su ámbito de protección se reduce solo a un sector determinado de los mismos. En esta dirección se deben mencionar: A) *habeas data*; B) *mandado de injunção*, y C) *acción de cumplimiento*. Las dos primeras tuvieron su origen en la Constitución brasileña de 1988.

62. A) Como se señaló en el párrafo anterior, el *habeas data* fue introducido en el artículo 5o. fracción LXXII, de la carta fundamental brasileña de octubre de 1988, la que fue muy imaginativa al crear varios instrumentos de tutela de los derechos fundamentales, entre ellos el *mandado de segurança coletivo* (mandamiento de amparo colectivo). El procedimiento de *habeas data* puede interponerse para lograr el conocimiento de las informaciones concernientes al afectado al cual puedan causarle perjuicio, cuando dichos datos consten en registros electrónicos pertenecientes a entidades gubernamentales o de carácter público, o bien para obtener la rectificaciones de dicha información cuando el afectado no prefiere hacerlo por conducto de un proceso reservado, ya sea judicial o administrativo. Como puede observarse, dicho instrumento tiene por objeto proteger a los gobernados contra las posibles afectaciones por conducto de la información electrónica, que se ha extendido de manera notable en nuestra época y que puede lesionar gravemente a los particulares. Con toda razón la doctrina ha estimado que tanto en el caso de esta institución, como de otras establecidas por vez primera en la carta brasileña, aun cuando no se expidieran de inmediato las normas reglamentarias respectivas, deben aplicarse directamente a los particulares. Para facilitar dicha aplicación, el anterior Tribunal Federal de Recursos (actualmente denominado Tribunal Federal Superior), expidió el auto (acordado), en el que estableció las directrices del procedimiento tanto del *habeas data* como del *mandado de injunção*, y les otorgó preferencia sobre todos los actos judiciales, con exclusión del mandamiento de amparo y del *habeas corpus* (amparo).<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Cfr. Sidou, Othon, J. M., “Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: *mandado de injunção* y *habeas data*”, y Da Silva, José Afonso, *Mandado de injunção e habeas data*, pp. 179-186 y 53-69, respectivamente; *id.*, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 451-455.

63. Debido a los problemas que puede generar la informática en los derechos de los gobernados, el *habeas data* ha tenido, con esa denominación, una amplia repercusión en los ordenamientos posteriores a la carta brasileña de 1988, que creó dicha institución y así fue consagrada en las Constituciones de: *a*) Paraguay de 1992; *b*) de Perú de 1993; *c*) en la reforma constitucional argentina de 1994, y *d*) en el texto de la ley fundamental de Ecuador en sus revisiones de 1996 y 1998.

64. a) El artículo 135 de la carta fundamental de Paraguay, de junio de 1992, establece al respecto:

*Del habeas data.* Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre la misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización de la rectificación o la destrucción de aquellos, si fueren erróneos o afectaran ilegalmente sus derechos.

65. b) El artículo 200, inciso 3, de la Constitución peruana de 1993, inspirándose en la institución brasileña, establece como garantía constitucional la: "...acción de *habeas data* que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenaza los derechos a que se refiere al artículo 2o., incisos 5, 6) y 7) de la Constitución". Sin embargo, mediante ley 26, 470 del 12 de junio 1995, se suprimió de la protección del *habeas data* lo dispuesto por el inciso 7 del artículo 20, de dicha carta, por lo que los preceptos que quedan comprendidos en dicha tutela disponen en lo conducente, que:

Artículo 2o. Toda persona tiene derecho...: 5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional... 6) A que los servicios informáticos

computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

66. Como lo señala correctamente el constitucionalista peruano Víctor Julio Ortecho Villena, el objeto de este procedimiento es la exigencia de que los registros, archivos y centros de información contengan datos verdaderos, actualizados y dignos de credibilidad, y, además, la protección del honor, la buena reputación, así como la intimidad personal y familiar.<sup>44</sup> Se consideró tan importante este nuevo mecanismo tutelar, que el mismo Congreso Constituyente expidió el 2 de mayo de 1994, una ley provisional para establecer el procedimiento que debía seguirse al tramitarse este instrumento, y en su artículo 3o. dispuso la aplicación supletoria de la Ley de Amparo y de *Habeas Corpus*.<sup>45</sup>

67. c) El tercer ordenamiento que acogió esta institución de origen brasileño, lo fue la carta federal argentina en su texto reformado en agosto de 1994. Al respecto establece el penúltimo párrafo del artículo 43 constitucional:

*Habeas data.* Toda persona podrá imponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registro o banco de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

68. La doctrina considera que dicho instrumento (que es un sector del derecho de amparo que regula dicho precepto fundamental), tutela esencialmente el derecho a la intimidad frente al

<sup>44</sup> Cfr. *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*, Perú, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo, 1988, p. 193.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 191-206; Rodríguez Domínguez, Elvito, *Manual de derecho procesal constitucional*, 3a. ed., Lima, Grijley, 2006, pp. 371-389; Abad Yupanqui, Samuel B., "Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales. Dos nuevos procesos constitucionales", en *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, t. I, pp. 265-272.

desarrollo vertiginoso de la informática. Aun cuando se estima que debe expedirse una ley reglamentaria de la disposición constitucional transcrita (y al respecto se han presentado varias iniciativas al Congreso Nacional), pero en tanto que esto no ocurra, la doctrina sostiene que después de hacerse las gestiones previas para solicitar la información o las rectificaciones pertinentes, si no se obtiene una reparación satisfactoria, puede acudirse a la acción de amparo.<sup>46</sup>

69. d) En la Constitución ecuatoriana, de acuerdo con el texto codificado de 1998, en el capítulo 6, relativo a las garantías de los derechos, *sección primera, sección segunda*, artículo 94, dispone:

*Del habeas data.* Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos o informes que sobre sí misma o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional.<sup>47</sup>

70. B) En la citada Constitución brasileña de 1988 fue introducido un instrumento novedoso, que recibe la denominación equívoca de *mandado de injunção*, debido a que esa institución no

<sup>46</sup> Cfr. Ekmedjian, Miguel Ángel y Pizzolo, Calogero, hijo, *Hábeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 95-115; Sagüés, Nestor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, t. 3, *Acción de Amparo*, 4a. ed., Buenos Aires, 1995, capítulo XXVII, pp. 663-687; Scisdedos, Felipe, "Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma de 1994", Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos; *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, t.1, pp. 445-448.

<sup>47</sup> Cfr. Salgado Pesantes, Hernán, "La jurisdicción constitucional en el Ecuador", en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit.*, nota 3, pp. 586 y 587; *id.*, "La garantía de amparo en el Ecuador", en *El derecho de amparo en el mundo, cit.*, nota 3, pp. 305-331.

tiene similitud con el *writ of injunction* del derecho angloamericano, ya que este último tiene un significado diverso, inclusive contrario, pues significa un mandato prohibitivo, ya sea provisional o definitivo. Por el contrario, la institución brasileña regulada por el artículo 5o., fracción LXXI constitucional, procede cuando la ausencia de una medida reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales o de las prerrogativas que se refieren a la nacionalidad, la soberanía y a la ciudadanía, lo que implica que se trata de un mecanismo para lograr que se supere la omisión en que incurre una autoridad con facultades legislativas para dictar disposiciones reglamentarias.<sup>48</sup>

71. Esta es una institución que plantea problemas complicados, ya que en principio supone la existencia de la llamada *inconstitucionalidad por omisión*, la que resulta de difícil aplicación como lo han demostrado en su jurisprudencia los tribunales y cortes constitucionales europeos, los que han admitido con ciertas limitaciones cuando el legislador incurre en una omisión que afecte derechos fundamentales de los gobernados en el supuesto en que aquellos no pueden tutelarse sin la reglamentación legislativa, que el juez constitucional puede integrar la norma faltante sin perjuicio de que el mismo legislador cumpla con su deber normativo.<sup>49</sup> Los dos ordenamientos constitucionales que regulan de manera expresa la declaración de inconstitucionalidad por omisión son las cartas portuguesas de 1976-1982, y la citada brasileña de 1988. La primera dispone en su actual artículo 283, que el Tribunal Constitucional, cuando no se hubiesen expedido las disposiciones legislativas necesarias para lograr el cumplimiento

<sup>48</sup> Cfr. Sidou, José Othon, “Las nuevas figuras del derecho procesal brasileño”, y Da Silva, José Afonso, *Mandado de Injunção y habeas data; id., Derecho constitucional positivo, cit.*, nota 36, pp. 445-451.

<sup>49</sup> La doctrina constitucional al referirse a la Corte Constitucional italiana señala que sus sentencias pueden ser *additive, substitutive o legislative* cuando establece disposiciones normativas que debieron ser expedidas por el legislador, cfr. Martínez, Temístocles, *Diritto pubblico*, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 1992, pp. 439 y 440; Vergotini, Giuseppe de, *Diritto costituzionale*, 4a. ed., Padova, Cedam, 1997, pp. 643-645 (5a. ed., 2006).

de las normas constitucionales, podrá recomendar a los órganos legislativos que las expidan en un plazo razonable.<sup>50</sup>

72. Por su parte, el artículo 103, parágrafo 2, de la ley suprema brasileña, establece que *declarada la inconstitucionalidad por omisión* de las disposiciones necesarias para hacer efectiva una norma constitucional, se comunicará al poder competente para que tome las providencias necesarias, y cuando se trate de un órgano administrativo, debe adoptarlas en un plazo de treinta días. Esa norma constitucional fue complementada por la reforma a dicho precepto, número 3 de 17 de marzo de 1993, al introducir la *acción directa de inconstitucionalidad*, en el sentido de que cuando se considere fundada (por el Tribunal Supremo Federal), la declaratoria respectiva tiene efectos generales inclusive para los demás órganos del Poder Judicial y para el Poder Ejecutivo. Esta nueva disposición fundamental ha sido reglamentada por las leyes 9,869 y 9,982, de 10 de noviembre y 3 de diciembre de 1999, respectivamente.<sup>51</sup>

73. El nuevo instrumento procesal brasileño tiene su apoyo indirecto tanto en el modelo portugués, como en el de su propia carta fundamental en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad por omisión, así como en la jurisprudencia de otros tribunales o cortes constitucionales europeos, pero resulta complicada su aplicación porque significa el ejercicio de facultades legislativas, así sea de manera indirecta. Debe señalarse que recientemente ha trascendido a otros ordenamientos latinoamericanos, no siempre de manera expresa.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Cfr. Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, cit., nota 31, t. 1, 1990, pp. 507-527.

<sup>51</sup> Cfr. Da Silva, José Afonso, "O controle de constitucionalidade das leis no Brasil", cit., nota 36, pp. 404 y 405; Gonçalves Ferreira Filho, Manoel, "O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis núm. 9,809 de 10 novembro e núm. 9,982 de 3 de dezembro de 1999)", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 3, 2001, pp. 105-124.

<sup>52</sup> La doctrina iberoamericana sobre la inconstitucionalidad por omisión es bastante amplia, por lo que nos limitaremos a los trabajos más recientes: Fer-

74. C) Se hace una breve mención de la llamada *garantía de cumplimiento*, que como garantía constitucional fue establecida por el artículo 200, fracción 6, de la Constitución peruana de 1993, de la siguiente manera: “La acción de cumplimiento que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”. Este instrumento procesal fue reglamentado conjuntamente con la acción de *habeas data* (ver *infra* párrafo 124), por Ley 26,301 de 2 de mayo de 1994, con aplicación supletoria de la Ley de amparo y *habeas corpus*.<sup>53</sup>

75. Esta institución posee cierta similitud con el llamado *writ of mandamus* del derecho angloamericano en el que significa la petición de una orden judicial dirigida a una autoridad remisa para que esta cumpla con una obligación legal.<sup>54</sup> No se debe pasar por alto que el clásico fallo dictado en el asunto *Marbury versus Madison*, resuelto en 1803, que inició el desarrollo definitivo de la revisión judicial norteamericana se dictó con motivo de la petición de una orden de *mandamus*.<sup>55</sup>

nández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, Villaverde, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, Bazán, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado”, todos estos estudios en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003, pp. 18-64, 68-89 y 115-120, respectivamente.

<sup>53</sup> Cfr. Rey Cantor, Ernesto y Rodríguez, María Carolina, *Acción de cumplimiento y derechos humanos*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998.

<sup>54</sup> Cfr. Allen, Richard B., “Mandamus, quo warranto, prohibition and ne exeat”, en *The University of Illinois Law Forum*, primavera de 1960, pp. 205-210 y ss.; Lawson, F. H., *Remedies of English Law*, Middlesex, Inglaterra, 1972, pp. 205-210.

<sup>55</sup> Cfr. Garraty, Jhon A., “The case of the Missing Comissions (Marbury versus Madison, J. Cranch 137)”, en el libro colectivo editado por este autor, *Quarrels that shaped the Constitution*, New York, Harper and Row, 1966, pp. 1-14; Nelson, William E., *Marbury vs. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Kansas, University Press of Kansas, 2000. Una traducción al castellano de dicho fallo puede consultarse en la *Revista Mexicana de Derecho Público*, t. I, núm. 3, enero-marzo de 1947, pp. 315-343.



76. D) A los anteriores instrumentos paralelos al derecho de amparo debemos agregar a las *acciones populares*, que como mecanismos de garantía constitucional han asumido diversos significados en los ordenamientos de Latinoamérica. En una visión panorámica y de resumen, se pueden señalar tres categorías de esos instrumentos: *a)* como medio para ejercer una acción abstracta de inconstitucionalidad; *b)* como una acción para reclamar la inconstitucionalidad o ilegalidad de reglamentos, normas o disposiciones generales de carácter administrativo, y *c)* como instancia para tutelar derechos e intereses difusos o transpersonales. Es este último sector el que tiene similitud con el derecho de amparo, y por ello me refiero a él de manera exclusiva y no a los otros dos sectores que hemos señalado.

77. La citada tercera categoría de acciones populares constitucionales se integra con las consagradas expresamente en los ordenamientos de Brasil y de Colombia, y de cierta manera comprendidas en el derecho de amparo argentino con motivo de la reforma constitucional de agosto de 1994. Estos instrumentos están dirigidos a tutelar de manera específica los llamados *intereses difusos o transpersonales*, que asumen cada vez más importancia en esta época de intenso desarrollo económico y tecnológico, en el que con frecuencia se afecta la esfera jurídica de un número indeterminado de personas, las que no pueden ser protegidas por medio de los instrumentos procesales de carácter tradicional.<sup>56</sup>

<sup>56</sup> Cfr. Las obras colectivas: *Le azione a tutela di interessi collettivi*, Padova, Cedam, 1978; *La tutela degli interesse diffusi nel diritto comparato con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e del consumatori*, Milano, Giuffrè, 1976. A los anteriores debe agregarse el estudio relativo a "La protección de los intereses difusos, fragmentarios y colectivos en el proceso civil" (*Der Schutz diffusiver kollektiver Interessen in Zivilprozessrecht*), presentado en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal efectuado en Würzburg, República Federal de Alemania, y cuya ponencia estuvo a cargo de los profesores Mauro Cappelletti y Brian Garth. Este estudio fue publicado en la obra colectiva editada por Walter J. Habscheid. *Effective Rechtschutz und Rechtsvermässige Ordnung. Effectivnes on Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld, Giessiking Verlag, 1984; Lozano Higuero y Pinto, Manuel, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983; Gutiérrez de Cabiades Hidalgo de, Pablo, "El derecho procesal constitucional y la protección de

78. a) En primer término se puede hacer referencia a la acción *popular* en el *ordenamiento constitucional brasileño*, que fue introducida por la Constitución Federal de 1946, se conservó en la de 1967, y reglamentada por la Ley 4717 de 29 de junio de 1965, que todavía se encuentra vigente, pero con modificaciones posteriores. Este último ordenamiento amplió la esfera de las disposiciones fundamentales para comprender la tutela de los intereses difusos de los sectores sociales no organizados. En la actualidad la institución se encuentra regulada en el artículo 5o., fracción LXXIII de la carta fundamental vigente de octubre de 1988, el cual establece:

...cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretende anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando el actor obligado a cubrir las costas, salvo las de carácter procesal para el vencido.<sup>57</sup>

79. La Constitución colombiana de 1991 regula la acción popular constitucional de una manera más amplia en su artículo 88, de acuerdo con el cual:

La Ley Regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número

los intereses colectivos y difusos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (ed.), *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., Porrúa, 2006, t. III, pp. 2717-2776.

<sup>57</sup> Cfr. Barbosa Moreira, José Carlos, “Legitimación para la defensa de los intereses difusos”, en *Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981, t. II, pp. 1240-1288; Neves, Celso, “Legitimação processual e a Nova Constituição”, *Revista de Processo*, núm. 56, octubre-diciembre de 1989, pp. 1-40; Da Silva, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., nota 36, pp. 400-408.

plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.<sup>58</sup>

80. b) Aun cuando no corresponde a este sector de las acciones colectivas, el artículo 43 de la Constitución argentina, reformado en agosto de 1994, recogió esta evolución *de la tutela de los intereses difusos*, pero en lugar de encomendarla a un proceso específico, comprendió dicha protección expresamente en la *acción de amparo*, ya que el segundo párrafo de dicho precepto dispone claramente:

Podrán interponer esta acción (de amparo) contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización.

81. Esta vía no legitima a cualquier persona, como ocurre con las acciones populares que hemos señalado anteriormente, establecidas en los ordenamientos de Brasil y Colombia, pero se extiende dicha legitimación al *Ombudsman* y a las asociaciones que defienden dichos derechos colectivos. Por este motivo la doctrina considera que se ha creado un *amparo colectivo*.<sup>59</sup>

82. c) No obstante el desarrollo considerable del derecho internacional de los derechos humanos, nuestro juicio de amparo se circunscribía formalmente a la protección de los derechos establecidos directamente en nuestra carta fundamental, por lo que aun cuando en estricto sentido no era indispensable, debido a que los derechos contenidos en los instrumentos internacio-

<sup>58</sup> Cfr. SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo derecho constitucional colombiano*, 10a. ed., Santa Fe de Bogotá, 1992, pp. 213-222.

<sup>59</sup> GOZAINI, Osvaldo A., *El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución nacional*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 86-100; NATALE, Alberto, *Comentario sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 66-69.

nales de derechos humanos ya han sido incorporados a nuestro derecho interno al ser ratificados y aprobados por el gobierno federal, era importante hacer referencia a estos últimos derechos, los que también son internos pero de fuente internacional, a fin de que no exista duda de que pertenecen a nuestro ordenamiento jurídico nacional y pudiesen ser invocados por los gobernados por conducto del juicio de amparo y aplicados por los tribunales federales, lo que todavía no ocurre sino de manera esporádica. Estos instrumentos internacionales de carácter general, que estaban mencionados específicamente en el anteproyecto de la Comisión son los siguientes: las declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre (estas dos últimas se han considerado imperativas, aun cuando no tengan el carácter de tratados multilaterales), los pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>60</sup>

83. En el Proyecto de reformas constitucionales y de Nueva Ley de Amparo aprobado por la Suprema Corte de Justicia en un anteproyecto elaborado por un grupo de expertos, entre ellos magistrados de circuito y ministros de la propia Corte y aprobado por la misma en mayo de 2001, el cual fue convertido en iniciativa en 2004 por senadores federales de varios partidos políticos, se introducen varias reformas sustanciales que pretenden modernizar la legislación del citado instrumento procesal, entre las cuales destaca la relativa a la legitimación para interponer el juicio de amparo, el cual se extiende de manera ostensible al superar, el Proyecto que se analiza, el criterio de la jurisprudencia tradicional, de acuerdo con el cual para interponer el juicio de amparo debía existir en el promovente un *interés actual y directo apoyado en la existencia de un derecho subjetivo*, pues si bien en algunos momentos la propia jurisprudencia adoptó un criterio de mayor flexibilidad, este último es también restrictivo para nuestra realidad actual.

<sup>60</sup> Cfr. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 26-40.

84. Con el concepto estricto de derecho subjetivo se dejan sin protección las afectaciones que derivan de situaciones que afectan la esfera jurídica de los gobernados, y para superar estas restricciones, en el artículo 4o., fracción I del proyecto,<sup>61</sup> se utiliza la noción del *interés legítimo*, plenamente desarrollada en la actualidad, en particular en el derecho administrativo, la que establece una fase intermedia entre el interés simple que fundamenta la acción popular y el derecho subjetivo, el que requiere de una violación actual y directa.<sup>62</sup> Por ello, el interés legítimo permite la protección de la esfera jurídica de los particulares, que son afectados en sus derechos colectivos, incluso aquellos que se conocen con la denominación de *intereses difusos o transpersonales* (véase *infra* párrafo 134).<sup>63</sup>

85. Es muy difícil precisar un concepto abierto como el de interés legítimo, el que debe ser delimitado por la jurisprudencia, como ha ocurrido en otros ordenamientos en los cuales se ha consagrado. Al respecto, el citado artículo 4o., fracción I, del proyecto, señala que puede interponer la demanda de amparo aquel que resulte afectado en su esfera jurídica: “...ya sea de manera directa o *en virtud de su especial situación frente al ordenamiento jurídico...*” (las cursivas son mías).

<sup>61</sup> Este precepto dispone en lo conducente: “Artículo 4o. Son partes en el juicio de amparo: I. *El quejoso*, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o *de un interés legítimo individual o colectivo*, siempre que alegue que el acto reclamado viola las garantías o los derechos previstos en el artículo primero (de dicha Ley Reglamentaria), y con ello se afecte su esfera jurídica, *ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico*. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de autoridades judiciales, administrativas y del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa” (las cursivas son mías).

<sup>62</sup> *Cf.* Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, cit., nota 60, pp. 55-64.

<sup>63</sup> Además de las obras señaladas *supra* nota 56, se deben mencionar a los siguientes: Lujosa Vadel, Lorenzo Mateo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995; Gidi, Antonio, *Coisa julgada e litispendencia en Acoes colectivas*, Sao Pulo, Editora Saraiva, 1995; la obra colectiva por Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003.

86. Con la introducción del interés legítimo se moderniza nuestro derecho de amparo, ya que con esta institución se puede tutelar un sector importante de los derechos colectivos, y no exclusivamente los de carácter gremial, como sucede actualmente, sino también los de los grupos no organizados, y en general de aquellos que no pueden alegar la violación de derechos subjetivos, sino de situaciones jurídicas que los favorecen o los afectan, con lo cual podrá configurarse un derecho *de amparo colectivo*.<sup>64</sup>

87. Un tercer sector en el cual los ordenamientos latinoamericanos han ampliado la esfera de aplicación de los instrumentos protectores de los derechos, se refiere a la tutela de tales derechos no solo respecto de las autoridades públicas, sino también respecto de los llamados *poderes privados* o *grupos sociales en situación de predominio*, por conducto de un sector de dicha institución que se conoce con el nombre impropio de *amparo contra particulares*, de acuerdo con el precedente jurisprudencial que estableció el clásico fallo dictado por la Corte Suprema de Argentina en el caso *Samuel Kot* resuelto el 5 de septiembre de 1958, en un momento en que no había regulado el amparo ni en la Constitución ni en el ámbito nacional a nivel legislativo (aun cuando se había establecido en numerosas cartas fundamentales de las provincias argentinas), sentencia en la cual se decidió que el propio derecho de amparo, considerado como una garantía constitucional implícita, procedía no solo contra actos de autoridades públicas sino también respecto de la conducta de “particulares”, aun cuando en realidad la instancia se había presentado en contra de un grupo social, es decir un sindicato de trabajadores.

88. De acuerdo con dicho precedente, se desarrolló una jurisprudencia muy dinámica, aun cuando uno de los gobiernos militares que ha padecido Argentina expidió la Ley Nacional sobre Acción de Amparo el 18 de octubre de 1966, de carácter muy restrictivo, pues además de otros aspectos, limitó dicho instru-

<sup>64</sup> Cabrera Acevedo, Lucio, *El amparo colectivo, protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*, México, Porrúa, 2000; y Ovalle Favela, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos o de grupo*, México, UNAM, 2004.

mento tutelar únicamente a los particulares contra la conducta de autoridades públicas. Sin embargo, la protección contra grupos sociales se incorporó al artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 20 de septiembre de 1967, con el carácter de juicio sumarísimo.

89. En la reforma de agosto de 1994 a la carta federal Argentina, no solo se elevó al derecho de amparo a nivel constitucional (artículo 43), sino que se estableció de manera expresa que procedía también contra la conducta de *particulares* violatoria de los derechos fundamentales. El ejemplo del derecho de amparo argentino que se ha extendido a los grupos sociales en situación de predominio, tuvo una amplia repercusión en otros ordenamientos latinoamericanos, aun con la denominación equívoca de *amparo contra particulares*. Como dichas legislaciones son numerosas me limitaré a proporcionar una visión sintética de esta tendencia, la que se incrementa de manera paulatina, si tomamos en cuenta, por otra parte, la globalización, la apertura de las economías nacionales, además de otros aspectos entre los cuales se puede destacar como ejemplo el incremento de las privatizaciones de algunos servicios públicos que anteriormente estaban en manos de las autoridades y que ahora son objeto de concesión a empresas particulares, por lo que los destinatarios de dichos servicios requieren de una protección más rápida y eficaz que la que proporcionan los instrumentos procesales ordinarios. Desde un punto de vista genérico, la doctrina europea y en particular los autores alemanes han desarrollado el concepto de *Drittwirkung der Grundrechte*, que significa la eficacia inmediata o indirecta de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, el que ha tenido repercusión en la jurisprudencia de los tribunales y cortes constitucionales.<sup>65</sup>

<sup>65</sup> Cfr. el clásico estudio del notable constitucionalista italiano, Lombardi, Georgio, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, Giappichele Editores, 1970; Cuadra Salcedo, Toas, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981; Herdegen, Mathias, "La tutela contra privados: instrumento certero para implantar la normatividad en la realidad social",

90. Así sea en las cartas fundamentales o en las leyes ordinarias, se ha admitido la procedencia del amparo o de otras instituciones equivalentes, y con diversas modalidades, además de Argentina (ámbitos nacional y provincial), en los ordenamientos de Bolivia, Brasil (de manera incipiente en la doctrina y la jurisprudencia), Chile (recurso de protección); Costa Rica, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.<sup>66</sup>

91. En el derecho de amparo mexicano vigente no ha existido sino de manera esporádica el interés de la doctrina para explorar este tema de la protección por medio de nuestro instrumento procesal, y la jurisprudencia tampoco ha tomado en cuenta este problema. Sin embargo, en el Proyecto de reformas constitucionales y de la Nueva Ley de Amparo, mencionados en párrafos anteriores, se ha hecho el intento de actualizar el derecho de amparo con el objeto de que le sea posible proteger los derechos de los particulares en sus relaciones con los grupos sociales en situación de

*Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericana*, Caracas, CIEDLA-Konrad Adenauer, Stiftung, 1997, pp. 183-190; Vega, Pedro de, “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)” y Estrada, Julio Alexei, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano”, ambos en *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 56, t. III, pp. 2315-2334 y 2443-2469.

<sup>66</sup> Cfr. Brewer Carías, Allan R., *El amparo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, cit., nota 34, pp. 87-92; Cifuentes Muñoz, Eduardo, *La eficacia de los derechos humanos frente a particulares*, México, UNAM-Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, núm. 26, 1998; Estrada Alexei, Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Escobar Fornos, Iván, *Los derechos humanos y el control del poder privado*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita-Universidad Externado de Colombia, 2001; Fernández Segado, Francisco, “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, mayo-agosto de 1995, excelente estudio en el cual no solo se hace regencia a la situación europea, sino también a la de América Latina, pp. 600-603; Sarmento, Daniel, “A vinculação dos particulares a os direitos fundamentais e no Brasil”, en el libro colectivo coordinado por este mismo autor, *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2a. ed., Editorial Renovar, 2006, pp.193-284.



predominio, que también se conocen como *poderes privados*, si se toma en consideración, entre otros aspectos, que son numerosos los servicios públicos que se han privatizado y por lo tanto que se prestan por empresas privadas.

92. En esta dirección, el texto del proyecto de la citada Ley de Amparo, propone un cambio sustancial en el concepto de la llamada *autoridad responsable*, que en mi opinión particular es una denominación equívoca, pues en estricto sentido procesal debe considerarse como *autoridad demandada*, ya que la responsabilidad, si existe, se determinará en la sentencia definitiva en la cual se establezca si dicha autoridad ha incurrido en violación de los derechos del demandante o quejoso.

93. Por lo que se refiere al concepto de autoridad para el efecto de la procedencia del amparo, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha sido variable, si se toma en cuenta que en alguna época se llegó a estimar como tal a la persona que ejercitaba una potestad de hecho, al disponer de la fuerza pública para imponer sus mandatos, pero se impuso el criterio sostenido actualmente de un concepto abstracto y tradicional de considerar exclusivamente como autoridad a la que forma parte de la administración central y dispone de la fuerza pública, y se excluyó de tal situación a los organismos descentralizados, con excepción de aquellos a los cuales se les confiriera expresamente el carácter de organismos fiscales autónomos, no obstante que es evidente que dichos organismos forman parte de la administración pública de acuerdo con lo establecido por el artículo 90 de la carta federal, que por otra parte de manera incorrecta comprende a los propios organismos dentro de la categoría imprecisa de sector paraestatal, que en sentido estricto únicamente debía abarcar a las empresas y a los fideicomisos públicos.<sup>67</sup>

<sup>67</sup> En efecto, en su parte relativa dicho precepto constitucional dispone: “La Administración Pública será *centralizada y paraestatal* conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de la Secretarías de Estado y de los Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entida-

94. En tal dirección, el artículo 4o., fracción II del Proyecto de Nueva Ley de Amparo dispone en su parte relativa que como autoridad para efectos del amparo debe considerarse aquella que: “... *con independencia de su naturaleza formal dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas u obligatorias, u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas*”<sup>68</sup> (las cursivas son mías).

95. En la exposición de motivos al hacer referencia al concepto de autoridad propuesto en la nueva redacción del invocado artículo 4o., fracción II del proyecto de una nueva Ley de Amparo, no se destaca expresamente que la redacción propuesta extienda de manera directa e inmediata la protección del derecho de amparo contra actos provenientes de los poderes privados, pero el carácter abierto que se otorga a la institución permite que la jurisprudencia se extienda paulatinamente para otorgarle esos efectos. En la parte relativa de dicha exposición de motivos se señala:

...en el proyecto se propone dar la prioridad —como lo hizo la Suprema Corte a principios del siglo XX— a la naturaleza propia del acto reclamado, por encima del carácter formal de quien lo emite. En este sentido se consideraría como autoridad para efectos del amparo, a quien emite el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria, al mar-

des paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación...” (las cursivas son mías). Resulta un contrasentido dividir la administración pública en dichos sectores, ya que solo podrían concebirse formando parte de la misma a los organismos centralizados y descentralizados, y únicamente como una tercera categoría el sector calificado como *paraestatal*, que por su misma denominación no puede considerarse como parte de dicha administración, y por ello únicamente puede comprender empresas y fideicomisos de carácter público. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La defensa jurídica de los particulares frente a los organismos paraestatales (el recurso constitucional en Suiza y en la República Federal de Alemania), en *Noveno Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Memoria*, México, UNAM, 1984, pp. 135-152.

<sup>68</sup> Cfr. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, cit., nota 60, pp. 73-79.

gen de la naturaleza formal del emisor. El derecho administrativo moderno presenta múltiples casos en los que organismos descentralizados e inclusive *personas particulares*, realizan funciones que originariamente prestaba el Estado y que en su actividad pueden afectar la esfera jurídica de los particulares. Es necesario, entonces, que las violaciones a los derechos fundamentales de los gobernados sean reparadas sin importar de donde vienen. El proyecto propone un *concepto abierto* que permita su actualización a través de la interpretación jurisprudencial... (las cursivas son mías).

96. Es evidente que con ese concepto abierto de autoridad podrían ser consideradas como tales no únicamente todos los organismos descentralizados de la administración, sino también empresas y fideicomisos, tanto públicos como privados, cuando ellos tengan la posibilidad legal de imponerse sobre los particulares de manera unilateral y obligatoria, como ya ocurre tratándose de grupos sociales no solo empresariales, que actualmente prestan algunos servicios públicos, sino todos aquellos que actúan en condición de predominio, como son los sindicatos, las cámaras empresariales así como otras corporaciones particulares que tengan una situación de predominio y como tales tengan la posibilidad legal de lesionar los derechos fundamentales de los particulares.

97. Finalmente, por lo que respecta al concepto de *derecho de amparo*, que como hemos dicho es un vocablo de origen hispánico que se ha generalizado con esta misma denominación y algunas equivalentes en Iberoamérica, ha evolucionado de manera paulatina, en virtud de que al traducirse al castellano los nombres de algunos instrumentos equivalentes como ocurre con la *Verfassungsbeschwerde* (literalmente queja constitucional) así como otros instrumentos germánicos como los regulados por los ordenamientos de Austria y de Suiza,<sup>69</sup> también se conocen en el

<sup>69</sup> Cfr. Schüler Andrea, Hans, *Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich* (El recurso constitucional en Suiza, en la República Federal de Alemania y en Austria), Zürich, 1968; Häberle, Peter, "El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania", trad. de Joaquín Brage Camazano; Lösig, Norber, "El

mismo idioma todos aquellos instrumentos que se utilizan como un medio de impugnación, que después de agotados los recursos ordinarios pueden elevarse ante los tribunales o cortes constitucionales, de numerosos países; para abarcar todas estas instituciones que son numerosas en el mundo contemporáneo se coordinó por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y el que esto escribe el libro *El derecho de amparo en el mundo* (México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006) que contiene la colaboración con parámetros uniformes de numerosos juristas de África, Asia, Europea y Latinoamérica,<sup>70</sup> y que también comprende la instancia ante los tribunales internacionales de carácter regional, cortes europea, interamericana y africana de Derechos Humanos (esta última todavía no ha iniciado su funcionamiento, si bien en 2006 fueron electos los jueces que deben integrarlo, pero sin señalar todavía el lugar permanente de su residencia), todo de acuerdo con el concepto de *derecho de amparo internacional* elaborado por la doctrina española.<sup>71</sup>

98. Después de haber realizado un breve análisis panorámico de los instrumentos, en su mayor parte de carácter procesal, que tienen la finalidad esencial de tutelar los derechos humanos consagrados constitucionalmente, es preciso complementar con un examen también sumario sobre los organismos, predominantemente jurisdiccionales, que entre sus atribuciones poseen la que se ha convertido en esencial en la mayoría de las cortes, tribuna-

derecho de amparo en Austria”; y Brage Camazano, Joaquín, “La *staatrechtliche Beschwerde* o recurso constitucional de amparo en Suiza”, en *El derecho de amparo en el mundo, cit.*, nota 3, pp. 695-760, respectivamente.

<sup>70</sup> Esa obra contiene estudios comparativos de la institución en los ordenamientos, citados por orden alfabético de: Alemania, Argentina, Austria, Bolivia, Brasil, Cabo Verde, Checoslovaquia (República Checa), Chile, Colombia, Costa Rica, Croacia, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Guatemala, Honduras, Hungría, Macao, Macedonia, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Rusia, Suiza, Uruguay y Venezuela.

<sup>71</sup> *Cfr.* como ejemplo, la obra elaborada por los juristas españoles Gimeno Sendra, Vicente y Garbery Llobregaj, José, *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)*, Madrid, Editorial Colex.

les y salas constitucionales (estas últimas como aportación de los ordenamientos latinoamericanos), me refiero a la tutela y protección de los derechos humanos, tanto constitucionales como de fuente internacional.<sup>72</sup>

#### IV. ORGANISMOS PREDOMINANTEMENTE JURISDICCIONALES QUE POSEEN LA FUNCIÓN DE TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNO

99. Con la creación de la Corte Constitucional en la Corte Federal Austriaca (por cierto antecedida en unos meses con la introducción de un organismo similar y del mismo nombre en la carta constitucional de Checoslovaquia de 29 de febrero de 1920, ya que la ley fundamental de Austria se promulgó el primero de octubre siguiente, si bien el proyecto de esta última fue el modelo de la primera), se inició un amplio desarrollo sobre el *concepto jurídico de las normas constitucionales*, que por regular instituciones políticas se consideraban tradicionalmente en los ordenamientos de Europa Occidental como no judiciales. A partir de entonces y de manera creciente se judicializaron varias instituciones antes consideradas estrictamente políticas, como las controversias entre los órganos centrales y periféricos sobre su competencia legislativa, los llamados *conflictos de atribución entre los órganos del poder, la protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente: el enjuiciamiento de algunos funcionarios de alta jerarquía, e inclusive algunos conflictos electorales*.

100. El modelo austriaco tuvo repercusión en la Constitución Republicana española de diciembre de 1931, en la cual se estableció el *Tribunal de Garantías Constitucionales*,<sup>73</sup> pero especialmente

<sup>72</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, Universidad Carlos III de Madrid, 2002, pp. 87-142.

<sup>73</sup> Cfr. Cascajo Castro, José Luis, “Kelsen y la Constitución española de 1931”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero y febrero de 1978, pp. 243-255; Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Significado y funciones del Tribunal de Ga-

en la segunda posguerra, durante la cual se generalizó el establecimiento de cortes y tribunales constitucionales para resolver los conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, pues además de la mencionada Corte Constitucional Austriaca (suprimida en 1934, pero restablecida en 1945), se introdujeron estos órganos jurisdiccionales especializados en las cartas supremas de Italia (1948), República Federal de Alemania (1949), Turquía (1961-1982), en la antigua Yugoslavia (1963-1974), Portugal (1966-1982), España (1948), Bélgica (1980, denominado Tribunal de Arbitraje), y en esa misma dirección se puede mencionar el Consejo Constitucional francés, que inició sus actividades con apoyo en la Constitución de 1958 como órgano político, pero que en la actualidad la doctrina considera que realiza funciones predominantes de jurisdicción constitucional.<sup>74</sup>

101. En años recientes el paradigma europeo continental ha tenido influencia considerable, en especial en los ordenamientos constitucionales de los países de Europa del Este que con anterioridad a las transformaciones iniciadas en 1989, seguía el modelo soviético; en la actualidad se han creado tribunales y cortes constitucionales por medio de reformas o expedición de nuevas cartas fundamentales en los siguientes países, citados por orden alfabético: Albania (1992), Bosnia Herzegovina (1995), Bulgaria (1991), Croacia (1991), República Checa (1992), Eslovaquia (1992), Eslovenia (1991), Estonia (1992), Hungría (1989), Letonia (1996), Lituania (1992), Macedonia (1992), Moldavia (1994), Polonia (1982-1986, ahora en la nueva carta fundamental de 1997), Rumanía (1991) y Yugoslavia, es decir, lo que queda de la misma (1992).<sup>75</sup>

rantías Constitucionales”, en *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, pp. 503 y 504; Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 232-419.

<sup>74</sup> Cfr. Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 43-136; Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1992, pp. 51-156.

<sup>75</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Estudio preliminar a la traducción del libro de Paolo Bicaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México,

102. En Latinoamérica la preeminencia de las funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la protección de los derechos humanos ha sido más evidente que inclusive en los ordenamientos europeos continentales que se han señalado anteriormente, debido a que durante una época muy amarga predominaron en nuestra región gobiernos autoritarios, varios de ellos de carácter castrense, que violaron sistemáticamente los derechos fundamentales, y si bien esa época parece superada en la actualidad, o al menos es lo que se desea, se pueden señalar algunas recaídas temporales en algunos de nuestros países. Con ese trágico recuerdo y la posibilidad del restablecimiento de regímenes autoritarios con apariencia democrática, es muy comprensible que en Latinoamérica dichos organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos constitucionales concentren su atención en la tutela de los derechos humanos.

103. En efecto, los tribunales, cortes y salas constitucionales, así como las cortes y tribunales supremos, en la actualidad se han convertido de manera preeminente en la última instancia de resolución de los instrumentos de tutela de los derechos humanos, los que se plantean previamente ante la jurisdicción ordinaria. Como consecuencia de este dinámico desarrollo se han perfeccionado los instrumentos, predominantemente procesales de protección de los derechos fundamentales, y han aumentado paulatinamente su ámbito de protección, y por ello resuelven mayoritariamente en último grado los *juicios, recursos o acciones de amparo y de hábeas corpus*, y sus equivalentes, como el *mandado de se-*

Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 26-28; Bartole Sergio *et al.*, “Transformazione costituzionali nell’Este europeo”, en *Quaderni Costituzionali*, Padua, Il Molino, diciembre de 1992, pp. 383-397; Häberle. Peter, “Constitutional Developments in Easter Europe from the Point of View of Jurisprudence and Constitutional Theory”, en *Law and State*, Tübingen, vol. 46, pp. 66 y 67; Torres Pérez Mercedes y Flores Juberías, Carlos, “Materiales para un estudio comparativo de la justicia constitucional en la Europa Central y Oriental”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia, España, núms. 20 y 21, 1997, pp. 221-265.

*gurança brasileiro, el recurso de protección chileno y la acción de tutela colombiana*, así como otros procedimientos dirigidos a la tutela de derechos específicos, entre ellos *las acciones populares y el hábeas data* que han sido adoptados recientemente por varios ordenamientos de nuestra región.<sup>76</sup>

104. Para abordar este complejo tema, haremos una breve descripción de estos organismos especializados en solución de conflictos constitucionales que se han establecido en Latinoamérica, y su preeminencia en cuanto a sus facultades para la tutela de último grado de los derechos humanos.<sup>77</sup>

105. A) El desarrollo latinoamericano hacia el establecimiento de organismos jurisdiccionales especializados inspirados en el modelo europeo se inició en 1965, cuando la Constitución de la República de Guatemala de 15 de septiembre de ese año estable-

<sup>76</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Evolución y perspectivas del derecho de amparo mexicano y su proyección internacional”, *Revista Jurídica de Macau*, en el número monográfico sobre *O direito de amparo em Macau e em direito comparado*, Macau, 1999, pp. 11-56; *id.*, “El juicio de amparo mexicano, su proyección latinoamericana y en los instrumentos internacionales”, en *Memoria de El Colegio Nacional, 1999*, México, El Colegio Nacional, 2000, pp. 53-114. Ambos estudios incorporados en el libro del propio autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *cit.*, nota 35, pp. 795-846 y 847-912, respectivamente.

<sup>77</sup> La bibliografía sobre este tema es muy abundante, por lo que solo cito algunas obras que parecen significativas: *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1995; *Los procesos de amparo y de hábeas corpus. Un análisis comparado*, de la Serie Lecturas Andinas, 14, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2000, en el que se hace un cuidadoso análisis de los jueces y tribunales competentes para conocer de dichos procesos tutelares y su resolución final ya sea por los tribunales constitucionales o por las cortes supremas; Eguiguren Praeli, Francisco, “Los tribunales constitucionales de la región andina: una visión comparativa”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 4, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 43-92; Fix-Zamudio, Héctor, “Los tribunales y salas constitucionales en Latinoamérica”, en *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 59-74; Brewer Carías, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, *cit.*, nota 3, pp. 116-161; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2002.



ció la *Corte de Constitucionalidad*, específicamente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad planteados por órganos del Estado, y si sus fallos eran estimatorios, tenían efectos *erga omnes*. No era un tribunal permanente, sino que se formaba cada vez que se planteaba dicho recurso. El procedimiento estaba regulado por la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad de 3 de mayo de 1966. Al carecer de una situación permanente y además, debido a la situación de inestabilidad política y social de dicho país en esos años, el citado tribunal tuvo una pobre y escasa actividad, y fue suprimido formalmente por alguno de los varios gobiernos militares que se apoderaron sucesivamente del gobierno.<sup>78</sup>

106. Dicha *Corte de Constitucionalidad fue restablecida* por la carta fundamental de 31 de mayo de 1985, que sirvió de apoyo a la recuperación de la normalidad democrática. El artículo 268 de la mencionada Constitución introdujo nuevamente la Corte de Constitucionalidad, pero con carácter permanente, la cual posee jurisdicción privativa en materia constitucional y que conoce esencialmente en último grado de tres procesos, es decir: a) de *exhibición personal o hábeas corpus*; b) *amparo constitucional*, y c) *declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas con efectos generales*. Dicho precepto fue desarrollado por la Ley de Hábeas Corpus, de Amparo y de Constitucionalidad de 8 de enero de 1986.<sup>79</sup>

107. B) El *Tribunal Constitucional chileno* fue creado por la reforma promulgada el 21 de enero de 1970 al artículo 78, h, de la Constitución anterior de 1925, y se constituyó el 10 de septiembre de 1971 con apoyo en la regulación de los autos acordados de la Corte Suprema publicados los días 29 de noviembre y 11

<sup>78</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Tribunales constitucionales y derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1985, pp. 133-140.

<sup>79</sup> García Laguardia, Jorge Mario, *La Corte Constitucional (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y competencias*, México, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 8, 1994; Fernández Segado, Francisco y García Belaúnde, Domingo, "La jurisdicción constitucional en Guatemala", en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit.*, nota 3, pp. 649-685.

de diciembre del mismo año. Se apartó de los modelos de tribunales constitucionales italiano y federal alemán, ya que se inspiró esencialmente en el Consejo Constitucional francés, en cuanto conocía de manera preventiva de las leyes aprobadas por el Congreso y además funcionaba como un tribunal de conflictos entre los órganos del Estado, y en esta atribución fue muy activo en la difícil época del gobierno del presidente Salvador Allende, que se encontró en controversia permanente con la oposición mayoritaria del órgano legislativo.<sup>80</sup>

108. Dicho Tribunal fue suprimido, como era de esperarse, por el gobierno militar que dio un golpe de Estado contra el presidente Allende, pero la misma Junta Castrense, presidida por el general Augusto Pinochet, de manera inesperada restableció dicho Tribunal en la Constitución de 1980, expedida tras un plebiscito muy discutible, en sus artículos 81 y 83, reglamentados por la Ley Orgánica del Tribunal promulgada por el mismo gobierno castrense el 12 de mayo de 1981, pero con facultades disminuidas, ya que se suprimieron las atribuciones relativas a los conflictos de competencia y solo se le otorgaron los de conocer de manera preventiva de las leyes aprobadas por el Congreso (entonces en receso), por lo que la actividad de dicho organismo jurisdiccional fue prácticamente nula.

109. Un segundo plebiscito, realizado en 1989, este sí auténtico, restableció el gobierno constitucional y permitió el funcionamiento del Congreso, y además la introducción de pocas, pero muy importantes modificaciones al texto original de la carta de 1980, por medio de las cuales se normalizaron las facultades y las actividades de dicho Tribunal Constitucional, las cuales se centraron en el control preventivo de la inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional; de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso Nacional; de preceptos legales y con jerarquía de ley, así como del control obligatorio de las leyes interpretativas de la Constitución o de las llamadas leyes

<sup>80</sup> Cfr. Silva Cimma, Enrique, *El tribunal constitucional de Chile (1971-1973)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1976, pp. 63-220.

orgánicas, así como otras de carácter secundario. Sin embargo, dicho Tribunal Constitucional carecía de competencia para conocer y decidir en último grado del llamado recurso de protección (similar al amparo, en virtud de que en el ordenamiento de Chile se conoce con este último nombre la institución equivalente al hábeas corpus), ya que la última decisión del recurso de protección fue conferida a la Corte Suprema (no obstante que tiene el carácter de tribunal de casación), competencia que fue objeto de severas críticas por la doctrina, y de intentos de reforma constitucional, que no se lograron aprobar entonces, por los resabios de la anterior dictadura.<sup>81</sup>

110. Finalmente, al cambiar la composición del Congreso, expresamente del Senado, la cual suprimió a los llamados senadores vitalicios que formaron parte del gobierno castrense anterior, los cuales se oponían a los cambios constitucionales (entre ellos se encontraba el general Pinochet, cuya investidura fue anulada con anterioridad con motivo de los diversos procesos que se le han seguido en Chile), y entre otros factores, hizo posible durante los últimos años de la Presidencia de Ricardo Lagos, la aprobación de tan esperada reforma constitucional, la que se promulgó el 18 y se publicó el 26 de agosto de 2005 e introdujo cambios sustanciales que superaron un buen porcentaje de los restos de autoritarismo que quedaban.

111. Esta reforma constitucional es sustancial en varias materias, y continuó las que se habían realizado con motivo del plebiscito de 1989, que logró terminar con el gobierno de la Junta Militar presidida por el general Augusto Pinochet, pero quedaron varias disposiciones autoritarias en la carta de 1980. Recuerdo un reporte periodístico publicado en 1988, cuando se iniciaba la tramitación del citado plebiscito, esta vez sí auténtico, ya que en lo particular me mantenía informado de la actividad del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el que colaboró eficaz-

<sup>81</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, "La jurisdicción constitucional en Chile", en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit.*, nota 3, pp. 542-561.

mente en la preparación del personal que organizó dicha consulta popular.

112. En ese reportaje se relataba una entrevista de un reportero internacional al citado general Pinochet sobre los posibles resultados de dicha consulta. El presidente le contestó con gran desfachatez, a la pregunta del citado entrevistador que si tenía la seguridad de obtener la victoria en el plebiscito y que si bien de manera remota existía la posibilidad de que tuviera resultados negativos, una frase que se me quedó grabada: “No estoy preocupado por el plebiscito, ya que si lo gano me quedo (como presidente), pero si lo pierdo no me voy”, que fue lo que ocurrió, ya que el general se aseguró que en el nuevo gobierno democrático, se quedara con el cargo muy significativo de comandante del Ejército, y además logró que se mantuvieran en la carta fundamental varios preceptos que le garantizaron por mucho tiempo prerrogativas a sus partidarios, como los cargos de senadores vitalicios, para el cual fue designado, como se ha dicho, cuando terminó su comisión militar, y del que fue privado debido a los juicios que se siguieron a las atrocidades que se cometieron durante el gobierno castrense que encabezó y que dio el golpe de Estado de 1973, que derrocó el gobierno del presidente Salvador Allende, quien perdió la vida en los enfrentamientos.

113. Se ha señalado con anterioridad que con motivo del citado plebiscito de 1989, se lograron algunos cambios importantes en cuanto a la democratización de las estructuras y funciones de los órganos de gobierno, pero que no fueron suficientes para eliminar algunas disposiciones que fueron establecidas en la carta de 1980 por el régimen militar, en particular en cuanto al nombramiento y funciones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. Durante varios años los gobiernos democráticos pretendieron hacer reformas importantes que suprimieran los obstáculos establecidos astutamente por el gobierno castrense y sus partidarios civiles, que no eran pocos.

114. Finalmente, el presidente Lagos logró una revisión sustancial de la citada carta de 1980, por conducto de las modifi-

caciones constitucionales contenidas en el Decreto número 100, publicado en el *Diario Oficial* de 22 de septiembre de 2005, el cual se concentró esencialmente en las funciones de justicia constitucional del organismo jurisdiccional especializado, que se reforzaron de manera sustancial (artículos 92 y 94 del nuevo texto).

115. En cuanto a la estructura y funciones del Tribunal Constitucional se dio un gran avance; se reformó el sistema anterior de nombramiento, establecido en la carta de 1980, en el cual estaba asegurada la participación del gobierno autoritario de entonces, en cuanto los siete magistrados de dicho Tribunal eran designados de la siguiente manera: tres ministros de la Corte Suprema electos por esta por mayoría absoluta en votaciones sucesivas y secretas; un abogado designado por el presidente de la República; dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, con participación militar, y un abogado elegido por el Senado por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.

116. Previamente a la reforma constitucional de 2005, además del sistema de designación de los miembros del Tribunal Constitucional mencionado en el párrafo anterior, dicho organismo jurisdiccional especializado poseía facultades de justicia constitucional limitadas, ya que podía conocer de conflictos de competencia y atribución entre los órganos del Estado, así como la decisión sobre la conformidad de las leyes orgánicas constitucionales, de manera obligatoria y con anterioridad a su promulgación,<sup>82</sup> estas últimas consideradas como ordenamientos

<sup>82</sup> Las leyes orgánicas constitucionales, inspiradas en el modelo francés y español, son aquellas que requieren una mayoría calificada de los miembros de las cámaras legislativas para su aprobación, y generalmente, las Constituciones respectivas señalan las materias relacionadas de desarrollo constitucional que deben sujetarse a dichos requisitos. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “Breve introducción a las leyes orgánicas constitucionales”, en *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, noviembre de 2003, pp. 479-514; Sepúlveda, Ricardo, *Las leyes orgánicas constitucionales. El inicio de una nueva constitucionalidad en México*, México, Porrúa-UNAM, 2006. Este autor estudia la posibilidad de establecer en México las leyes orgánicas constitucionales y formula propuestas concretas para introducirlas con la denominación de “leyes de desarrollo constitucional”.

reforzados para desarrollar normas fundamentales, y por ello varios ordenamientos latinoamericanos los han introducido en los últimos años,<sup>83</sup> si bien todavía existen resistencias entre los juristas que dudan de la eficacia de dichas leyes o las consideran como obstáculos autoritarios, al conservarse en el texto constitucional vigente en Chile.<sup>84</sup> Además, la decisión final sobre los instrumentos protectores de los derechos humanos se confería en último grado a la Suprema Corte de Justicia, así como el *recurso de aplicabilidad* relativo a la impugnación de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas con efectos particulares.

117. Las citadas reformas de 2005 modificaron el sistema de nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional y ampliaron sustancialmente las facultades del citado organismo jurisdiccional especializado. En cuanto a la designación de dichos magistrados, cuyo número se elevó a diez, uno de los aspectos esenciales de las reformas de 2005 fue trasladar la competencia del recurso de inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, pero con la facultad de dicho organismo jurisdiccional de declarar la inconstitucionalidad de las normas legislativas con efectos generales; resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades político-administrativas y los tribunales de justicia, y pronunciarse sobre las cuestiones de

<sup>83</sup> En los dos estudios mencionados en la nota anterior se mencionan como ordenamientos constitucionales iberoamericanos en los cuales se regulan las leyes orgánicas constitucionales: en Europa, *Francia* y *España*. En América Latina, por época de introducción: *Venezuela* (Constituciones de 1961), artículo 163; y carta fundamental de 1993, artículo 63); *Brasil* (Constitución Federal de 1988, artículos 59 y 68, calificadas como leyes complementarias); *Chile* (Constitución de 1980, reformada en 1989 y 2005, artículo 63); *Colombia* (Constitución de 1991, artículos 203 y 203, que son denominadas leyes estatutarias, pero que también comprenden a las leyes orgánicas, que solo requieren una votación de mayoría absoluta); *Argentina* (Constitución Federal de 1853-1860, reformada esencialmente en 1994, en varios preceptos), y *Ecuador* (Constitución de 1948, en su reforma de 1998, artículos 142 y 143).

<sup>84</sup> Cfr. Muñoz León, Fernando, "Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, t. I, pp. 115-129.

constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, los tribunales de apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones. Todas estas atribuciones son importantes, pero se debe destacar que actualmente dicho organismo jurisdiccional especializado carece de competencia para pronunciarse en último grado sobre los instrumentos básicos de protección de los derechos fundamentales (recurso de hábeas corpus, conocido como amparo, y el llamado recurso de protección, artículos 20 y 21 constitucionales), que en realidad pueden calificarse de acciones no obstante su denominación oficial. Estos instrumentos pueden promoverse por los afectados en primera instancia ante los tribunales de apelación, pero contra sus decisiones puede apelarse ante la citada Corte Suprema.<sup>85</sup>

118. De acuerdo con la citada reforma de 2005, el Tribunal Constitucional chileno asume nuevas competencias, además de las que se le habían conferido por la carta de 1980, reformada primeramente en 1989, pero resultaría muy complicado realizar un resumen así sea apretado de todas y cada una de las complejas facultades de justicia constitucional, debido al propósito de este sencillo estudio.<sup>86</sup> La ampliación esencial de la citada modifica-

<sup>85</sup> *Cfr.* Cumplido Cereceda, Francisco, “Reforma constitucional en Chile”, en la obra citada en la nota anterior, pp. 105-113. Este autor considera que con las facultades que le fueron otorgadas por la reforma de 2005, el citado Tribunal Constitucional ha adquirido el carácter de un “superpoder en el sistema político chileno”, lo cual no parece totalmente correcto, ya que lo que sucede con los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de los conflictos constitucionales, con independencia de su encuadramiento en el Poder Judicial o como órgano de control constitucional, sus funciones los convierten en *organismos constitucionales autónomos*.

<sup>86</sup> Un completo y minucioso estudio de todas las atribuciones encomendadas al Tribunal Constitucional chileno en la reforma constitucional de 2005, puede consultarse en el excelente trabajo de Nogueira Alcalá, Humberto, “La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional Chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 10, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 241-280; *id.*, “El derecho y acción constitucional

ción constitucional de 2005, radica en la traslación del llamado *recurso de inaplicabilidad*, de la Corte Suprema, en la que anteriormente estaba situado, para su decisión exclusivamente con efectos particulares para las partes, al Tribunal Constitucional; solo que este medio de impugnación de carácter incidental contra disposiciones normativas le otorga actualmente al Tribunal Constitucional la atribución de pronunciar decisiones con efectos *erga omnes*, de acuerdo con la competencia que se otorga generalmente a los organismos especializados en la solución de conflictos constitucionales, pero además se conserva el control incidental con efectos particulares, el cual no se considera incompatible, especialmente en América Latina, con la declaración general por conducto del control concentrado.

119. Este procedimiento incidental puede ser interpuesto por jueces, tribunales o funcionarios públicos o autoridades administrativas ante las cuales se desarrolla la tramitación para la aplicación de disposiciones legislativas sobre las cuales pueden tener dudas acerca de su conformidad con la Constitución, por medio de lo que la doctrina y en ocasiones también la regulación de dicha instancia se califica como *cuestión de inconstitucionalidad*,<sup>87</sup> pero una vez que existe un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad con efectos particulares, el Tribunal Constitucional está facultado para otorgarle efectos generales, y por tanto, expulsar la norma del ordenamiento jurídico. Esta decisión puede realizarse por dicho organismo jurisdiccional por dos instrumentos: por *una acción pública de inconstitucionalidad*, y en segundo término *de oficio* por el mismo Tribunal, pero en ambos casos

de protección (amparo de los derechos fundamentales en Chile) a inicios del siglo XXI”, en *El derecho de amparo en el mundo*, *cit.*, nota 3, pp. 150-211; Peña Torres, Marisol, “Desafío para la justicia constitucional chilena a partir de la reforma de 2005”, y Ríos Álvarez, Lautaro, “La reforma de 2005 a la Constitución chilena”, estos dos últimos estudios en *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 199-212 y 213-231.

<sup>87</sup> Cfr. Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.



la decisión requiere una mayoría de cuatro quintos de sus integrantes.<sup>88</sup>

120. Finalmente, se puede afirmar que el Tribunal Constitucional chileno si bien posee amplias competencias en cuanto a la inconstitucionalidad de las normas legislativas, carece de la facultad de pronunciarse, como la mayoría de los organismos judiciales de resolución de conflictos constitucionales latinoamericanos, de manera final y definitiva sobre los medios procesales de tutela de los derechos fundamentales, ya que continúan dentro de la esfera de facultades de la Corte Suprema. La doctrina ha resaltado la necesidad de establecer una instancia de protección de dichos derechos ante el citado Tribunal Constitucional, a fin de que este organismo jurisdiccional tenga en esta materia esencial el pronunciamiento final sobre estos instrumentos (los llamados recursos de protección y de hábeas corpus o de amparo).<sup>89</sup>

121. C) La *Corte Constitucional colombiana* fue introducida por los artículos 229 a 245 de la carta fundamental de 7 de julio de 1991. De acuerdo con los citados preceptos, a dicha Corte le corresponde la guarda de la integridad y de la supremacía de la Constitución, por lo que conoce, por acción popular, de las cuestiones de constitucionalidad relativas a la reforma de la ley suprema (exclusivamente por vicios de procedimiento); de la inconstitucionalidad tanto de las leyes expedidas por el órgano legislativo como de los decretos legislativos y los dictados con fuerza de ley por el Ejecutivo, competencias que anteriormente correspondían a la Corte Suprema de Justicia. A partir de dicha carta fundamental, a dicho organismo jurisdiccional especializado le corresponde conocer de la revisión de las decisiones judiciales sobre la *acción de tutela* (equivalente al amparo), para protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente. Los pre-

<sup>88</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional”, *cit.*, nota 86, pp. 250-255.

<sup>89</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “La jurisdicción constitucional en Chile”, *cit.*, nota 81, pp. 562-569.

ceptos anteriores fueron desarrollados por el decreto 2067 de 4 de septiembre de 1991, en el cual se establece el régimen procedimental de los procesos que deben seguirse ante la citada Corte Constitucional.<sup>90</sup>

122. D) Aun cuando la República de Ecuador estableció un organismo jurisdiccional especializado con la denominación de *Tribunal de Garantías Constitucionales* desde la carta de 1945, restablecido en las Constituciones de 1967 y 1978, su integración y funciones han sido ambiguas, por lo que en realidad puede afirmarse que solo contó con plenas facultades en materia de control de la constitucionalidad y se reguló con precisión, hasta el texto codificado de la última de las cartas mencionadas, que entró en vigor el 11 de agosto de 1998, con el nombre de *Tribunal Constitucional* (artículos 275-279). En esencia dicho organismo especializado conoce de un control abstracto de constitucionalidad de disposiciones legislativas; del control constitucional de actos administrativos; de la objeción de inconstitucionalidad que hace el presidente de la República respecto de un proyecto de ley aprobado por el Congreso; realiza un examen previo de la constitucionalidad de instrumentos internacionales; resuelve los conflictos de competencia o de atribución entre los órganos del Estado, y lo que es más importante, *conoce de la última instancia de las acciones de hábeas corpus, de hábeas data y de amparo*.<sup>91</sup> El procedimiento para tramitar dichos instrumentos está regulado por la Ley del Control Constitucional publicada el 2 de julio de 1997.

<sup>90</sup> Cfr. Sáchica, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, cit., nota 58 pp. 130-135; Rey Cantor, Ernesto, *Introducción al derecho procesal constitucional. Controles de constitucionalidad y de legalidad*, Cali, Universidad Libre, 1994, pp. 45-84; Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de la constitucionalidad en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996; Cifuentes Muñoz, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Colombia", en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., nota 3, pp. 469-497.

<sup>91</sup> Cfr. Salgado Pesantes, Hernán, "La jurisdicción constitucional en Ecuador", en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., nota 3, pp. 573-590; *id.*, "La garantía de amparo en el Ecuador", en *El derecho de amparo en el mundo*, cit., nota 3, pp. 305-331.

123. En la Constitución peruana de 1979 se introdujo el *Tribunal de Garantías Constitucionales* (artículos 296-304), con facultades para conocer en última instancia de las *acciones de hábeas corpus y de amparo*, así como en forma directa de la *acción de inconstitucionalidad*, cuya decisión en caso de ser estimatoria producía efectos generales. Las citadas disposiciones fundamentales fueron reglamentadas por la Ley Orgánica del Tribunal, promulgada el 19 de mayo de 1982 y complementada por la Ley de *Habeas Corpus* y de Amparo promulgada el 7 de diciembre del mismo año.<sup>92</sup> El citado tribunal tuvo pocos años de actividades, y además tenía defectos de organización y de funcionamiento, por lo que conoció de manera muy restringida algunas acciones de inconstitucionalidad interpuestas por varios diputados sobre problemas de carácter electoral en relación con los votos preferenciales, nulos y en blanco,<sup>93</sup> pero la mayor parte de los asuntos que conoció se refirieron a *la última instancia de las acciones de hábeas corpus y de amparo*.

124. En virtud de que dicho Tribunal fue suprimido por el autogolpe del presidente Alberto Fujimori de 5 de abril de 1992, se expidió una nueva Constitución aprobada en referéndum de 31 de octubre de 1993, la cual sustituyó dicho organismo jurisdiccional especializado por el *Tribunal Constitucional* (artículo 92), el que fue reglamentado por la Ley Orgánica de dicho Tribunal de 27 de diciembre de 1994, y publicada el 10 de enero de 1995. Se conservaron las facultades del anterior organismo especializado en cuanto al conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad con efectos generales, de los conflictos de competencia cons-

<sup>92</sup> Cfr. Eguiguren Praeli, Francisco José, “El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas, núm. 7, 1991, pp. 48-58; Valle Riestra, Javier, “El fracaso de la Constitución”, en *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, pp. 20-23; Borea Odría, Alberto, *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*, Lima, Libros Peruanos, 1992, pp. 407-425.

<sup>93</sup> Cfr. Valle Riestra, Javier, *El tribunal de garantías constitucionales. El caso de los votos nulos y blancos*, Lima, Labusa, 1986.

tucionales, y además, *del último grado de las tradicionales acciones de hábeas corpus y de amparo, a las que se agregaron nuevos instrumentos tutelares de las acciones de hábeas data, populares y de cumplimiento*, estos últimos introducidos en esa nueva carta fundamental. Dicho tribunal tuvo muchos problemas y obstáculos para su funcionamiento si se toma en cuenta que para declarar la inconstitucionalidad de normas generales se requerían seis de siete votos. Además, por problemas políticos, tres de sus magistrados fueron destituidos de manera ilegal por el Congreso y tuvieron que ser reintegrados en cumplimiento de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>94</sup> Con la renuncia forzada del expresidente Fujimori, y el establecimiento de un gobierno de transición, se ha modificado la legislación a fin de que el citado Tribunal tenga una función equiparable con otros organismos especializados de la región.

125. Se han aprobado reformas posteriores a la citada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y además muy recientemente se expidió el *Código Procesal Constitucional*, el cual unificó todos los procesos y procedimientos de control de la constitucionalidad, e implicó un cambio significativo en esta materia.

126. Haré una breve referencia a las cortes supremas latinoamericanas, que poseen entre sus funciones la decisión sobre cuestiones de constitucionalidad, aun cuando conserven también atribuciones en cuanto a la legalidad de los actos de autoridad. En esta dirección se pueden mencionar: *a)* el Tribunal Supremo de Brasil, y *b)* la Suprema Corte de Justicia mexicana.

127. A) Por lo que respecta al *Tribunal Supremo Federal de Brasil*, se puede afirmar que si bien en las cartas fundamentales anteriores (1934, 1946 y 1967-1969) se le atribuyeron facultades restringidas para decidir sobre normas generales contrarias a la ley suprema, fue la Constitución de 5 de octubre de 1988 la que inició una evolución para conferir a dicho Tribunal competencias amplias y crecientes para resolver sobre la conformidad de dispo-

<sup>94</sup> *Cfr.* Fallo del 31 de febrero de 2001, *Caso del tribunal constitucional (Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano) contra Perú*.

siciones legislativas con dicha carta suprema, que continuó en las sucesivas reformas de 1991, 1993 y 2004.<sup>95</sup>

128. Las diversas competencias del citado Tribunal Supremo Federal en esta materia son muy complejas, pero la tendencia es la de otorgar predominio a sus atribuciones de justicia constitucional, y por ello se califica a dicho organismo jurisdiccional como *Guardián de la Constitución*. De manera sintética es posible enumerar dichas atribuciones: a) en primer término dos acciones abstractas denominadas por el artículo 102, fracción I, inciso a) como *acción directa de inconstitucionalidad de normas legislativas o de actos normativos federales o locales* (en este sentido se entienden tanto las disposiciones generales propiamente dichas como otras normas generales, inclusive de autoridades administrativas), y *acción declaratoria de inconstitucionalidad de normas federales*, con inclusión de la *inconstitucionalidad por omisión legislativa* (pero con el efecto de comunicar al órgano respectivo dicha decisión). Respecto de dichas acciones, las mismas se tramitan por conducto de un *control* concentrado, en cuanto conoce de ellas directamente dicho Tribunal Supremo. Aun cuando no lo señala expresamente dicho precepto constitucional, las decisiones del organismo jurisdiccional supremo poseen efectos generales o *erga omnes*.

129. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 103 de la citada carta federal del Brasil, están legitimados para interponer las acciones de inconstitucionalidad o de la declaratoria de inconstitucionalidad: el presidente de la República; las mesas directivas del Senado o de la Cámara de Diputados del Congreso Federal; las mesas directivas de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal; el procurador general de la República; el Consejo Federal de la Orden de los Abogados del Brasil; un partido político con representación en el Congreso Nacional; así como confederaciones sindicales, o entidades de clase de ámbito nacional. Cuando alguna de dichas acciones no

<sup>95</sup> Cfr. Da Silva, José Afonso, *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo, 2005, pp. 534-558.

es presentada por el procurador general de la República, este debe ser oído previamente a la resolución de la misma, así como en todos los procesos de competencia del citado Tribunal Supremo. Además, el abogado general de la unión debe ser consultado cuando el Tribunal Supremo conozca en abstracto de una norma legislativa o acto normativo, con el fin de hacer la defensa de las disposiciones impugnadas. Finalmente, cuando el mencionado organismo jurisdiccional declare la inconstitucionalidad por omisión de una disposición o acto normativo, dará cuenta al órgano competente para la adopción de las providencias necesarias, pero si se trata de un organismo administrativo, debe cumplir dicho fallo en el plazo de treinta días (artículo 103 constitucional, párrafos primero a cuarto).

130. b) *recurso extraordinario de inconstitucionalidad* contra las decisiones de tribunales inferiores en única o última instancia, sobre la constitucionalidad de disposiciones legislativas o actos normativos aplicables en los procesos concretos de que conocen, lo que significa un control difuso, por lo que la decisión del Tribunal Supremo solo tiene efectos particulares para las partes en los procesos en los cuales se plantea. Como ya se ha dicho reiteradas veces, en Latinoamérica no deben considerarse incompatibles el control concentrado con el difuso de inconstitucionalidad. También deben decidirse en esta vía la constitucionalidad de los tratados internacionales, y declarar la validez de una ley local que contraste con una de carácter federal (artículo 102 constitucional, fracción III).

131. c) *recurso ordinario de inconstitucionalidad*, que tiene por objeto que el Tribunal Supremo Federal conozca y decida de manera definitiva y última sobre los instrumentos de protección de los derechos fundamentales, es decir, el hábeas corpus (para la tutela de los derechos de libertad y la integridad personales), y el *mandado de segurança* (que algunos autores han traducido al castellano como *mandamiento de amparo*, por su similitud con este último y que protege los restantes derechos humanos); *hábeas data* y *mandado de injunção* (estos dos últimos los explicaremos más adelante, ver *supra*

párrafos 120-127) cuando decidan sobre estos instrumentos tutelares de manera denegatoria en última instancia los tribunales superiores (artículo 102, fracción II). Sin embargo, el citado Tribunal conoce directamente y en única instancia de dichos instrumentos protectores, incluyendo el *habeas data*, cuando se promueven contra actos o resoluciones del presidente o vicepresidente de la República; de las mesas directivas de las dos cámaras del Congreso Federal; del Tribunal de Cuentas de la Unión; del procurador general de la República o del propio Tribunal Supremo (artículo 102, fracción I, inciso d).

132. Con acierto, el eminente constitucionalista brasileño José Afonso da Silva, define a este sector, de acuerdo con la denominación adoptada por el ilustre jurista italiano Mauro Cappelletti, recientemente fallecido, como *jurisdicción constitucional de la libertad*.<sup>96</sup> Desde mi punto de vista es la atribución de mayor significado que asume dicho Tribunal Supremo, como lo he sostenido en esta sección (artículo 102 de la carta federal, fracción segunda).

133. d) *Conflictos de competencia y atribución* entre la unión y los estados o el Distrito Federal o entre unos y otros, o con un territorio (artículo 102 de la carta federal, fracción I, incisos e y f). También se ocupa dicho Tribunal de algunas causas penales de funcionarios de la mayor jerarquía (artículo 102, fracción I, inciso b).<sup>97</sup>

134. B) La *Suprema Corte de Justicia de México* creada en 1825 bajo la Constitución Federal de 1824, siguió formalmente la es-

<sup>96</sup> En la obra citada en la nota anterior, pp. 551 y 552.

<sup>97</sup> *Cf.* Sobre las repercusiones de la enmienda constitucional número 45 de ocho de diciembre de 2004, en cuanto a las funciones de justicia constitucional del Tribunal Supremo de Brasil puede consultarse el documentado estudio de Barbosa Moreira, Juan Carlos, "A recente reforma da Constituicao brasileira e o Supremo Tribunal Federal", en *XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Problemas actuales del proceso iberoamericano*, vol. I: *Ponencias y comunicaciones*, Málaga, Servicio de Publicaciones Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA), 2006, pp. 311-322; *id.*, "El mandado de Seguridad en Brasil", trad. del portugués por Adriana Lara Santana y Alejandro Anaya Huertas, en *El derecho de amparo en el mundo*, *cit.*, nota 3, pp.123-157.

estructura y funciones de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, de acuerdo con la Ley Judicial de 1789, pero la competencia original del organismo judicial estadounidense, que se consagró en dicho texto constitucional, no se aplicó en la práctica por la diversidad de desarrollo jurídico y cultural, y además por el peso de la tradición hispánica de tres siglos de dominio español, y en la realidad el más alto tribunal mexicano, a partir de 1826, desempeñó la función de tribunal de apelación de los tribunales del Distrito Federal, hasta 1855, año en el cual se promulgó la Ley que estableció el Tribunal Superior del propio Distrito, y no fue sino con la consagración del juicio de amparo, introducido en el artículo 25 del documento fundamental denominado Acta de Reformas (a la citada carta federal de 1824), propuesto por el insigne jurista y político mexicano Mariano Otero, y consagrado definitivamente en los artículos 101 y 103 de la Constitución de 1857 (equivalentes a los artículos 103 y 107 de la carta federal vigente de 1917, pero con un considerable desarrollo legislativo y jurisprudencial), cuando la Suprema Corte de México inició sus atribuciones de justicia constitucional.<sup>98</sup>

135. Con la creación jurisprudencial por la Suprema Corte de Justicia de un nuevo sector del juicio de amparo a partir de 1869, considerándolo procedente contra todas las sentencias de todos los jueces del país, cuando se impugnaban por violaciones de la legalidad, con apoyo en una interpretación muy discutible del artículo 14 de la carta fundamental de 1857,<sup>99</sup> dicho criterio sobre el llamado amparo judicial fue acogido expresamente en los artículos 14 y 16 de la carta federal vigente. Este sector del amparo

<sup>98</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte y el juicio de amparo”, en *Ensayos sobre el derecho de amparo, cit.*, nota 35, pp. 467-575; Carrillo Flores, Antonio, “La Suprema Corte de Justicia mexicana y la Suprema Corte norteamericana. Orígenes semejantes, caminos diferentes”, en *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, México, UNAM, 1987, pp. 215-286.

<sup>99</sup> Cfr. Rabasa, Emilio, *El artículo 14. Estudio constitucional*, publicado originalmente en 1906, reproducido conjuntamente con el estudio del mismo autor, *El juicio constitucional*, México, Porrúa, 1955, pp. 95-102 y 313-322.



se convirtió en la práctica en un *recurso de casación federal* para el *control de la legalidad* de los citados órganos jurisdiccionales locales y federales, con lo cual la Suprema Corte mexicana se transformó predominantemente en un tribunal de casación, competencia que creó un gran rezago, que ha requerido numerosas reformas constitucionales y legales para abatirlo sin mucho éxito, como fue la creación de los tribunales colegiados de circuito en 1951, así como el creciente número de los mismos y el traspaso paulatino de la Corte a dichos tribunales de circuito, de asuntos judiciales que se consideraron de menor importancia en 1968. Como era previsible, este control de legalidad aumentó con el tiempo de manera excesiva, lo que produjo creciente rezago, ya que todos los asuntos judiciales del país se concentraron, a partir de la mencionada jurisprudencia y hasta la introducción de los citados tribunales colegiados, en la Suprema Corte, situación que fue calificada en la primera década del siglo XX por el notable jurista mexicano Emilio Rabasa como la “imposible tarea de la Corte”.<sup>100</sup>

136. Este peso que fue aumentando de manera incontenible, trajo como resultado que se oscureciera y limitara la esencial función de justicia constitucional de nuestro máximo tribunal, que por mucho tiempo se concentró de manera exclusiva al control de legalidad por medio del juicio de amparo.<sup>101</sup> La misma Suprema Corte tenía, en teoría, el conocimiento de otro instrumento de control de constitucionalidad, calificado como *controversias constitucionales* (artículo 95 de la Constitución federal vigente de 1917),<sup>102</sup> pero no se utilizó en la práctica, si se toma en consi-

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 103 y 104.

<sup>101</sup> *Cf.* Fix-Zamudio, Héctor, “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, en *Ensayos sobre el juicio de amparo*, *cit.*, nota 35, pp. 19-44.

<sup>102</sup> Artículo 105, controversias constitucionales en el artículo 105 de la carta de 1917, en su texto original, establecía; “Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más

deración que solamente una sola controversia constitucional fue resuelta en cuando al fondo en 1932.<sup>103</sup>

137. Después de varios intentos, que no cumplieron su cometido o lo hicieron parcialmente, se logró finalmente una reforma sustancial tanto constitucional como reglamentaria que entró en vigor el 18 de enero de 1988, por medio de la cual se encomendó a la Suprema Corte de Justicia la facultad exclusiva de decidir las cuestiones de constitucionalidad, en particular el juicio de amparo contra normas generales, sin modificar la estructura del máximo tribunal, el cual continuó funcionando en cinco salas de cinco ministros cada una, cuatro de ellas divididas por materias y una de carácter auxiliar. En cuanto a las controversias sobre la legalidad de las resoluciones judiciales (amparo-casación), todas ellas se encomendaron a los tribunales colegiados de circuito, los que tuvieron un crecimiento acelerado tanto en número como en especialización, esto último en las principales ciudades del país. No obstante que el más alto tribunal conservó algunos aspectos casacionistas, desde el punto de vista material se puede afirmar que se transformó esencialmente en un verdadero *tribunal constitucional*, si bien con atribuciones limitadas a los sectores del juicio de amparo en los cuales se planearan controversias sobre constitucionalidad.<sup>104</sup>

138. Esta evolución se perfeccionó con las reformas constitucionales y legales de 1995, ya que las mismas, en cuanto al con-

Estados, así como aquellas en que la Federación sea parte en los casos que establezca la Ley”.

<sup>103</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo”, y “El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos”, ambos en la obra citada en la nota 101, pp. 237-284 y 619-666, respectivamente.

<sup>104</sup> Cfr. entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional”, en *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema mexicano. La reforma judicial de 1986-1987*, y *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, ambos publicados por Porrúa, 1987, pp. 345-390 y 495-541, respectivamente. *Id.*, “Ochenta años de evolución constitucional del juicio de amparo mexicano”, en la obra del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., nota 35, pp. 753-793.

trol de la constitucionalidad, vigorizaron la labor de la Suprema Corte de Justicia en materia de justicia constitucional, inclusive en cuanto a su estructura, ya que se redujo el número de sus integrantes, de los veintiséis anteriores a solo once, número reducido que caracteriza a los tribunales, cortes y salas constitucionales en nuestra época.<sup>105</sup> Además, en dicha reforma se extendió la competencia originaria del más alto tribunal en cuanto al conocimiento de las *controversias constitucionales*, las que se habían restringido en el artículo 105 original a los conflictos de competencia, para abarcar a partir de dichas modificaciones, la legitimación de los municipios para promoverlas, y se introdujeron los llamados *conflictos de atribución* entre los diversos órganos del poder tanto de los estados, del Distrito Federal y del gobierno federal (excluyendo en estas últimas al Poder Judicial Federal encargado de resolver estos conflictos).<sup>106</sup> Esta norma fundamental fue desarrollada

<sup>105</sup> En general los tribunales, cortes y salas constitucionales cuentan con un número más reducido de integrantes que los tribunales supremos de casación. El ejemplo lo ha proporcionado el sistema europeo de organismos jurisdiccionales autónomos especializados en la solución de conflictos constitucionales. Así, se puede citar la *Corte Constitucional Austriaca*, 14 titulares y 6 suplentes; *Tribunal Federal Constitucional Alemán*, es el más amplio con 16 miembros; *Corte Constitucional italiana*, 15; *Consejo Constitucional francés*, 9; *Tribunal Constitucional español*, 12; *Tribunal Constitucional portugués*, 13, y *Tribunal de Arbitraje Belga* (que no obstante su denominación es jurisdiccional), 12. Por lo tanto el número actual de los integrantes de la Suprema Corte mexicana, es decir, 11, posee una estructura similar, ya que como se ha señalado, materialmente se ha transformado en un verdadero tribunal constitucional. *Cfr.* Fovoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, Madrid, 1992, ver esp. cuadro sinóptico en las pp. 32 y 33.

<sup>106</sup> Sobre las controversias constitucionales se ha elaborado una copiosa bibliografía, por lo que nos limitamos a citar el estudio realizado por Fix-Zamudio, Héctor, en *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 209-230 y los autores allí citados. También conviene referirse al estudio más reciente sobre esta materia, es decir el de Ferrer MacGregor, Eduardo, “La Suprema Corte de Justicia de México (de tribunal de casación a tribunal constitucional)”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Málaga, España, Servicio de Publicaciones del Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, 2005, t. I, *cit.*, pp. 541-559. En cuanto a las controversias

por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución federal, publicada el 11 de mayo de 1995.

139. Se consagró en esta reforma de 1995 la llamada *acción (abstracta)*<sup>107</sup> *de inconstitucionalidad*, de origen europeo, con el objeto de que las minorías parlamentarias (33% de cada cámara legislativa), pudiesen impugnar las disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría tanto de las cámaras del Congreso de la Unión como de las legislaturas locales. También se legitimó al procurador general de la República para interponer dicha acción. Una nueva reforma publicada el 22 de agosto de 1996, a la fracción I, del mencionado artículo 105 constitucional, otorgó legitimación a las dirigencias de los partidos políticos registrados para combatir las disposiciones legislativas en materia electoral, y finalmente, en una modificación constitucional muy reciente, publicada en 2006 al citado artículo 105 de la carta federal, también se facultó a la Comisión de Nacional de los Derechos Humanos para interponer dicha acción contra normas generales de carácter federal que en su concepto pudiesen violar derechos fundamentales, y una atribución similar se confirió a las comisiones locales de derechos humanos para interponer dicha acción en sus respectivas esferas de competencia. Dicha acción fue desarrollada por la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la carta federal, citada en el párrafo anterior (artículos 64-70).<sup>108</sup>

constitucionales señala que a partir de 1995 hasta 2004 se habían presentado 873, p. 548.

<sup>107</sup> Sobre el carácter abstracto de la acción de inconstitucionalidad mencionada, puede consultarse el documentado estudio del joven y brillante jurista español Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000 (2a. ed, 2004), pp. 51-59.

<sup>108</sup> También es extensa la producción bibliográfica sobre la acción de inconstitucionalidad, por lo que sería muy difícil citarla en esta oportunidad, y por ello también mencionaré únicamente el trabajo de Fix-Zamudio, Héctor citado en el libro mencionado en la nota 106, con la bibliografía allí citada, pp. 231-246. En el estudio reciente de Ferrer Mac-Gregor, citado también en la nota 106, se señala que se han interpuesto ante la Suprema Corte de 1995 a 2004, 222 acciones de inconstitucionalidad, p. 547. Consideramos útil citar el libro reciente de la ministra de la Suprema Corte de Justicia, Sánchez-Cordero

140. Es necesario señalar que las decisiones pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia en las controversias constitucionales y en las acciones de constitucionalidad, cuando son estimatorias y tengan la aprobación de ocho de los once ministros que la integran, *tienen efectos generales para el futuro, y por ello no tienen carácter retroactivo, salvo cuando son favorables en la materia penal*, en el supuesto de que se impugnen normas generales (artículos 42-45, 72 y 73 respectivamente, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

141. Por el contrario, no obstante que la doctrina ha insistido desde hace bastante tiempo para que se le otorguen efectos generales al juicio de amparo contra disposiciones legislativas, como ya se ha impuesto en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos en relación con la impugnación de normas generales,<sup>109</sup>

y García Villegas, Olga, *Magistratura constitucional en México. Elementos de juicio*, México, UNAM, 2005; Zaldívar, Arturo, “Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la Suprema Corte y a propósito de la reforma constitucional de 14 de septiembre de 2006”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 233-241.

<sup>109</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, varios estudios entre los que pueden mencionarse: “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, aparecido primero en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 10 y 11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98, y posteriormente incorporado en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., nota 35, pp. 183-226; *id.*, “La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad,” publicado primeramente en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 11, septiembre-diciembre de 1979, pp. 64-694, y posteriormente en el libro *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 439-493; *id.*, “Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”, en el libro del mismo nombre, México, UNAM, 1977, reproducido en la obra *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 131-154; *id.*, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 2001, núm. 8, pp. 89-155; *id.*, “La declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo y el juicio de amparo mexicano”, *Anuario Iberoamericano de*

este propósito todavía no se ha logrado, debido a que tradicionalmente se ha invocado la llamada “Fórmula Otero”, redactada por Mariano Otero en el artículo 25 del documento llamado “Acta de Reformas” de 1847 (a la carta federal de 1824), que a su vez se inspiró en el libro clásico de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América del Norte*, en el capítulo relativo al Poder Judicial de los Estados Unidos, en el cual ha imperado el control difuso, de acuerdo con el cual todos los jueces, con independencia de su jerarquía, tienen la obligación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo VI de la carta federal, de desapplicar en cada caso concreto las disposiciones legislativas cuando sean contrarias a la misma Constitución. Esta redacción fue incorporada a las Constituciones federales de 1857 (artículo 102) y a la vigente de 1917 (artículo 107, fracción II).

142. Si bien no se ha logrado su aprobación por parte del órgano de reforma constitucional (artículo 135 de la carta federal, aprobación de las dos cámaras del Congreso de la Unión por mayoría de las dos terceras partes de los miembros presentes y la mayoría de las legislaturas de los estados), se ha presentado una iniciativa reciente por senadores de varios partidos, con apoyo en las modificaciones constitucionales y legales del proyecto aprobado por la Suprema Corte de Justicia en mayo de 2001, que incluye una propuesta de nueva Ley de Amparo, reglamentaria de estos cambios, el principal de los cuales es, por supuesto, la largamente esperada declaración general de inconstitucionalidad, que como ya se ha expresado (ver *supra* párrafo 92), se ha establecido

*Justicia Constitucional*, 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 87-142; Castro, Juventino V., *Hacia el amparo evolucionado*, 2a. ed., México, Porrúa, 1977, pp. 34-44; Vallarta Plata, José Guillermo, “El Poder Judicial y el sistema de la declaración de inconstitucionalidad”, en *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, citado en esta misma nota, pp. 169-186; Aguilar Álvarez y de Alba, Horacio, *El amparo contra leyes*, México, Trillas, 1989, pp. 109-128; Castillo Soberanes, Miguel Ángel, “La declaración general de inconstitucionalidad como medio de depuración del sistema jurídico mexicano”, *Ars Juris. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, núm. 6, 1991, pp. 49-72.

en las sentencias estimatorias de la Suprema Corte de Justicia en relación con las controversias constitucionales, cuando se impugnan normas generales y de la acción abstracta de inconstitucionalidad, pero ahora se aplicaría también en los juicios de amparo contra disposiciones legislativas.

143. En los proyectos tanto de reformas constitucionales como de una nueva Ley de Amparo no se proponen cambios sustanciales o al menos al nivel de numerosos ordenamientos contemporáneos, en los que es suficiente un solo fallo de constitucionalidad con efectos generales para que se produzca la invalidez de las normas legislativas que se estiman contrarias a la carta suprema. Debido a que ha sido tradicional y prolongada la aplicación absoluta de la llamada fórmula Otero, no se propone su supresión, sino exclusivamente su modificación, pero de manera prudente y moderada, y casi podríamos calificarla de conservadora ya que no se cambia sustancialmente el régimen anterior.

144. Además, con el propósito de atenuar los efectos de la declaración general de inconstitucionalidad, en el proyecto de modificaciones tanto constitucionales como legales se propone la introducción del instrumento bien conocido en otros tribunales y cortes constitucionales de nuestra época con el nombre de *interpretación conforme*, de acuerdo con la cual, antes de realizar la citada declaración general debe efectuarse el intento de armonizar las disposiciones generales impugnadas con la Constitución, y ello es posible, si se establece una interpretación obligatoria de acuerdo con la cual la citadas normas pueden considerarse conformes con la carta fundamental, como lo expresé con anterioridad.

145. Como se ha afirmado con anterioridad, tanto las propuestas de modificaciones constitucionales como las del texto del proyecto de Ley de Amparo, no podemos considerarlas como de carácter radical, ya que el régimen que se pretende introducir tiene las siguientes modalidades (artículos 230 a 233 del Proyecto de Nueva Ley de Amparo):

146. a) En primer término, la declaración general de inconstitucionalidad únicamente procedería tratándose de lo que he-

mos calificado como *acción de inconstitucionalidad*, es decir aquella que se interpone directamente contra los actos de expedición, promulgación y publicación de las normas legislativas y se señalan como autoridades demandas a aquellas que han intervenido en el procedimiento legislativo, el cual tiene dos instancias, la primera ante un juez de distrito y la segunda por conducto del calificado como recurso de revisión (en estricto sentido de apelación) ante la Suprema Corte, la que dicta la sentencia definitiva y firme, y *b*) por tanto, no se aplicaría a las decisiones pronunciadas respecto de cuestión de inconstitucionalidad del llamado amparo directo o de una sola instancia contra resoluciones judiciales, cuya decisión final corresponde a los tribunales colegiados, que en ocasiones admiten una segunda instancia ante la Suprema Corte, debido a ello es posible concebir a este sector como recurso de inconstitucionalidad, por lo que respecto de dichos juicios contra resoluciones judiciales se mantendría la mencionada fórmula Otero, en cuanto a la desaplicación de normas generales en cada caso concreto y con efectos solo entre las partes.<sup>110</sup>

## V. LOS DERECHOS HUMANOS CONSTITUCIONALES INTERNOS DE FUENTE INTERNACIONAL

147. Hemos señalado anteriormente el desarrollo que ha llevado a los ordenamientos de Iberoamérica al reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos en un nivel superior al derecho interno, en varios niveles, inclusive el constitucional o inclusive sobre las mismas cartas fundamentales. Además de lo anterior se puede afirmar que de manera indirecta se ha producido un reconocimiento generalizado del nivel constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales sobre esta materia, es decir del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, en virtud

<sup>110</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, cit., nota 106, pp. 267, 268, 294 y 295.



de que al ser incorporados formalmente a los ordenamientos nacionales, una vez ratificados por el órgano ejecutivo nacional y aprobados legislativamente, se comparan como parte integrante del propio ordenamiento interno en su carácter de *derechos humanos de fuente internacional*. En estas condiciones, el derecho nacional de los derechos humanos comprende los establecidos en el ámbito interno por las Constituciones y las leyes, y además por aquellos establecidos en los tratados internacionales de esta materia, cuando han sido incorporados por medio de los procedimientos constitucionales establecidos en las leyes fundamentales de los ordenamientos internos.<sup>111</sup>

148. El resultado de esta incorporación o integración en los ámbitos nacionales, además de los derechos propios, que como hemos visto, han evolucionado de manera considerable en amplitud y profundidad en Iberoamérica, es la formación de un conjunto de derechos humanos muy amplio y diversificado. Pero otra consecuencia de esta integración ha sido la vinculación de la justicia constitucional con la de carácter internacional, en virtud de que el *sector de los derechos humanos internos de fuente internacional son* del conocimiento común de ambas esferas, ya que el ángulo nacional es el que tiene la función esencial de tutelar el conjunto total de los derechos fundamentales, y una vez agotadas estas instancias, los organismos internacionales poseen la función *subsidiaria o complementaria* de proteger los derechos de fuente internacional, que son los mismos consagrados en los tratados internacionales, por lo que ambos organismos coinciden en este aspecto, pero desde diversas perspectivas. El resultado de esta combinación es la vinculación de interpretaciones, y por tanto *cada vez es más frecuente que la jurisprudencia y los precedentes de los organismos internacionales sean utilizados por los tribunales nacionales en la solución de los conflictos que se les someten, por la violación de los citados derechos humanos de fuente internacional*.

<sup>111</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Protección jurídico-constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, en *Derecho constitucional para el siglo XXI*, cit., nota 3, t. I, pp. 1727-1745.

VI. LAS RELACIONES ENTRE EN LOS TRIBUNALES,  
CORTES Y SALAS CONSTITUCIONALES CON LOS ORGANISMOS  
DE CARÁCTER INTERNACIONAL, EN LA SOLUCIÓN  
DE CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES, PARTICULARMENTE  
EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS

149. Uno de los temas que ha sido analizado con frecuencia y profundidad en los últimos años es la relación entre dichos organismos y los de carácter internacional.<sup>112</sup> No debe perderse de vista que los organismos internacionales solo poseen una *función complementaria y subsidiaria* respecto de la protección jurídica de los derechos fundamentales por parte de los Estados nacionales, los que tienen encomendada esencialmente la protección y desarrollo de los propios derechos. Por otra parte, los tribunales internacionales no pueden decidir sobre la constitucionalidad de los actos o de las normas generales de los ordenamientos internos, ya que esa función corresponde de manera exclusiva a los organismos jurisdiccionales nacionales, en cuanto los primeros solo tienen la facultad de decidir si dichos actos o normas generales están de acuerdo, o por el contrario, infringen las disposiciones de los instrumentos internacionales que han sido ratificados por los Estados respectivos.

150. Al respecto, la doctrina ha señalado que las decisiones de los organismos jurisdiccionales de carácter internacional no solo influyen en los casos concretos de los cuales conocen y que deben ejecutarse en el ámbito interno,<sup>113</sup> sino que la trascen-

<sup>112</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales", aparecido originalmente en *Transnacional Aspects of Procedural Law*, Internacional Asociación of Procedural Law. X World Congress of Procedural Law, Taormina, Italia, septiembre de 1995, pp. 17-23; *General Reports*, Università di Catania, Milano, Giuffrè Editores, 1998, t. 1, pp. 181-311; reproducido en la obra del mismo autor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, pp. 622-636.

<sup>113</sup> Cfr. Ruíz Miguel, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1997; Buergenthal, Thomas, "Internacional Tribunals and National Courts. The Internationalization of Domestic Adjudi-

dencia más importante se refiere a la jurisprudencia de dichos tribunales, la cual se ha aplicado cada vez con mayor frecuencia por los organismos jurisdiccionales internos en los casos similares a los resueltos por los primeros, ya que estos deben tutelar no solo los derechos fundamentales consagrados por los ordenamientos constitucionales, sino también los establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por los Estados correspondientes.<sup>114</sup>

cation”, en *Recht. zwischen Umbrach und Bewarung Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlín-Heilderberg, 1995, pp. 687-703.

<sup>114</sup> Cfr. Caçado Trindade, Antonio, “Interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de las Comunidades Europeas, 1993, pp. 233-270; *id.* (ed.), *A Incorporação das Normas Internacionais de Protecção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comité Internacional de la Cruz Roja-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados-Comisión de la Unión Europea, 1996. Debe tomarse en cuenta que inclusive en la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ha sido renuente a la utilización de precedentes judiciales extranjeros o internacionales, algunos de sus magistrados han reconocido la universalidad de los derechos humanos, como se observa en algunos fallos recientes, de acuerdo con lo que señala el jurista norteamericano Fine, Toni M., “El uso de precedentes jurisprudenciales de origen extranjero por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América”, trad. de Rodolfo Béjar, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 327-367; Silva García, Fernando, en su libro, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, Porrúa, México, 2007, quien hace un amplio análisis de la influencia de las resoluciones de los organismos jurisdiccionales internacionales de carácter regional en el ámbito nacional, ya que dicha documentada obra tiene como subtítulo la denominación de *Efectos de las sentencias internacionales*, pp. 130-199, y un amplio capítulo, el cuarto, denominado “Tribunales constitucionales y jurisdicción regional sobre derechos humanos: jurisprudencia constitucional inconventional”, pp. 254-321; Drzemczewski, Andrew, *European Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study*, Clarendon Press, Oxford, Inglaterra, 1997. Este autor, no obstante que su documentada obra no tiene una gran extensión (372 pp.), realiza un estudio comparativo de numerosos países de Europa, entre ellos el Benelux y Francia; Austria, la República Federal de Alemania, Lichtenstein y Suiza; los países escandinavos: Grecia, Italia, Portugal, España y Turquía;

151. Si nos concentramos en la jurisdicción constitucional latinoamericana, se puede afirmar que todos los gobiernos de nuestra región se han sometido expresamente, de manera general y permanente a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; si se toma en consideración, por otra parte, que ni los Estados Unidos ni Canadá han ratificado la Convención Americana y están muy lejanos de hacerlo y con mayor razón someterse a la competencia contenciosa del citado tribunal, con toda razón podemos calificarla como *Corte Latinoamericana de Derechos Humanos*. Por este motivo, se puede afirmar que la jurisprudencia del mencionado organismo jurisdiccional internacional, en primer término, y en segundo los criterios sustentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se aplican de manera constante y cada vez con mayor frecuencia por los organismos que ejercen la jurisdicción constitucional latinoamericana, en su creciente labor de proteger los derechos fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales que han sido ratificados por los Estados de la región.<sup>115</sup>

así como Chipre, Irlanda, Malta y el Reino Unido, sobre la forma de aplicar los derechos de la Convención de Roma en el ámbito interno, y en sus conclusiones señala la necesidad de armonizar y uniformar dicha aplicación, ya que existen diversas modalidades y matices en la misma.

<sup>115</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999; *id.*, “Notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, *cit.*, nota 6, pp. 163-224; *id.*, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ovalle Favela, José (coord.), *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, México, UNAM, 2006, pp. 463-522; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”; García Ramírez, Sergio, “El futuro del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, y Hitters, Juan Carlos, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (veinte años de vigencia), los tres estudios aparecidos en *Derecho procesal constitucional*, *cit.*, nota 56, t. II, pp. 1571-1585, 1587-611 y 1647-1683, respectivamente; Brewer Carías, Allan R., “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden jurídico interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2006, núm. 6, pp. 29-78.

152. En la actualidad veintiún países de los veinticinco que han ratificado la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, han reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana, los que se citan por orden alfabético y el año de ese reconocimiento: Argentina (1985), Barbados (2000), Bolivia (1993), Brasil (1998), Colombia (1985), Chile (1990), Costa Rica (1980), Ecuador (1995), El Salvador (1995), Guatemala (1987), Haití (1998), Honduras (1981), México (1998), Nicaragua (1991), Panamá (1990), Paraguay (1993), Perú (1981), República Dominicana (2000), Suriname (1987), Uruguay (1985), y Venezuela (1985). Debe hacerse la aclaración que Trinidad y Tobago se había sometido a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana en 1981, pero denunció la Convención Americana el 26 de mayo de 1998 y, después de haber transcurrido el año que establece el artículo 78 de la citada Convención, actualmente ha quedado sin efecto ese reconocimiento.<sup>116</sup>

153. La doctrina ha hecho mención de la tendencia creciente en los ordenamientos latinoamericanos para la aplicación de la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos en el ámbito interno, de manera preferente la establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>117</sup> pero también debe tomarse en consideración que la

<sup>116</sup> Cfr. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (actualizado a junio de 2005)*, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana, 2005.

<sup>117</sup> La jurisprudencia actual de la Corte Interamericana tanto en opiniones consultivas como en decisiones jurisdiccionales de fondo es considerable, y al respecto puede consultarse el documentado estudio coordinado por el destacado jurista mexicano Sergio García Ramírez, actualmente presidente del propio tribunal, intitulado *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2 vols., el primero aparecido en 2002, pero actualizado, en la segunda edición, México, UNAM, 2006, que contiene los criterios sustentados por ese tribunal internacional desde el inicio de sus funciones a finales de 1979 hasta diciembre de 2005. En dicha obra también puede consultarse el cuidadoso análisis realizado por el mismo García Ramírez y Toro Huerta, Mauricio Iván del, “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia”, vol. II, pp. XI-LXXXII. También es muy útil la consulta de la obra colec-

propia Corte Interamericana ha tomado en cuenta el derecho interno de los ordenamientos latinoamericanos para las decisiones y opiniones que ha pronunciado,<sup>118</sup> lo que significa, como se ha señalado con anterioridad, que existe una influencia constante y recíproca entre los tribunales nacionales y la jurisdicción internacional, especialmente de la Corte Interamericana.<sup>119</sup>

154. Aun cuando no con la misma intensidad, podemos señalar que también han tenido influencia en los organismos jurisdiccionales internos de Latinoamérica los criterios establecidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ya que son numerosos los países de nuestra región, México entre ellos, que han ratificado el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y por tanto se han

tiva *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo (1979-2004)*, que contiene estudios elaborados por los jueces de dicho tribunal y publicado por el mismo en San José, Costa Rica, 2005, así como un extenso análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, de acuerdo con las materias respectivas, “Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1979-2004”, pero se le agregó al final los propios criterios hasta junio de 2005, pp. 523-1228.

<sup>118</sup> En cuanto a las segundas debe tomarse en cuenta el excelente estudio realizado por el distinguido internacionalista, que también fue presidente y juez del citado tribunal, Gros Espiell, Héctor, “Algunas cuestiones relativas al derecho interno en la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 3, 1999, pp. 349-371.

<sup>119</sup> *Cf.* el minucioso estudio del conocido jurista venezolano Ayala Corao, Carlos M., quien fuera miembro y presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”. Con un planteamiento similar puede consultarse el análisis del jurista mexicano Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, ambos trabajos publicados en *Derecho procesal constitucional*, *cit.*, nota 56. El primero publicado en el vol. II de dicha obra, pp. 1471-1531. Además debe tomarse en cuenta el minucioso y exhaustivo estudio elaborado por el conocido constitucionalista chileno Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del derecho: doctrina y jurisprudencia”, *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, Editora Jurídica Grijley, núm. 12, 2006, pp. 67-104.

sometido a las recomendaciones de dicho Comité, inclusive en cuanto a las reclamaciones individuales, y además deben destacarse los criterios generales que en varios aspectos ha establecido dicho organismo,<sup>120</sup> que si bien no puede considerarse como jurisdiccional en sentido estricto, sí posee funciones parajudiciales de instrucción, en cierta manera similares a las de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a su atribución de formular recomendaciones.<sup>121</sup>

155. Sería complicado realizar un estudio minucioso de los numerosos ejemplos, que se acrecientan progresivamente, de sentencias pronunciadas por los tribunales internos, particularmente los especializados en la solución de conflictos de constitucionalidad, que invocan los criterios de la Comisión y la jurisprudencia de la Corte, Interamericanas de Derechos Humanos para fundamentar sus decisiones. Por ello nos limitaremos a proporcionar algunos ejemplos significativos, y podemos afirmar que entre los principales países que han seguido esta práctica destacan Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica,<sup>122</sup> Guatemala,<sup>123</sup> Perú y Venezuela, entre otros.

<sup>120</sup> *Cfr.* Una reproducción en castellano de criterios generales del Comité de Derechos Humanos establecido por el Protocolo Opcional del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, puede consultarse en la obra compilada por Carbonell, Miguel *et al.*, *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, pp. 255-344.

<sup>121</sup> *Cfr.* Entre otros, Steiner, Henry J., "Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for Human Rights Committee?", en Alston, Philip y Crawford, James (eds.), *The Future of Human Rights Treat Monitoring*, Oxford University Press, 2000, pp. 15-53.

<sup>122</sup> *Cfr.* Navarro de Valle, Hermes, *Derechos humanos y Sala Constitucional*, San José, Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América, 1996. En el índice analítico, el autor señala los numerosos preceptos de los instrumentos internacionales que han sido aplicados directamente hasta ese momento por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

<sup>123</sup> *Cfr.* Colmenares, Carmen María de, "Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de Guatemala", *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, núm. 5, 2001, pp. 67-90.

156. Por lo que se refiere a los tribunales mexicanos se han quedado rezagados en esta aplicación, aun cuando recientemente la Suprema Corte de Justicia ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los criterios de la Comisión. Sin embargo, se advierte la preocupación del más alto organismo jurisdiccional mexicano por incrementar esta práctica por parte de los jueces y magistrados federales; con la colaboración de la Corte Interamericana y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha organizado varios cursos dedicados a los juzgadores federales sobre el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en el ámbito interamericano, para lograr un mayor conocimiento entre ellos de esta importante materia, por lo que es de esperar que en un tiempo corto se incremente la utilización de tales criterios y jurisprudencia interamericana por parte de los jueces mexicanos.

157. Constituye un elemento muy significativo la importancia que asume la aplicación de criterios de la Corte y la Comisión interamericanas, así como las de otros organismos internacionales, en los derechos internos de los países de nuestra región. Dentro de esta evolución debe destacarse la muy reciente aparición de la publicación periódica *Diálogo Jurisprudencial*, que lleva el subtítulo *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*,<sup>124</sup> que contiene el análisis de varias sentencias significativas en las cuales varios tribunales internos latinoamericanos, la mayoría de ellos especializados en la solución de conflictos constitucionales, han aplicado dichos criterios, inclusive en algún fallo de la Corte Suprema de Barbados. Todo ello nos indica el creciente interés de la doctrina y la jurisprudencia latinoamericanas en esta esencial materia, por lo que es factible que aumente en un futuro próximo la aplicación de la jurisprudencia y los precedentes de los organismos

<sup>124</sup> México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Konrad Adenauer Stiftung, núm. 1, julio-diciembre de 2006.



que integran el sistema interamericano, por parte de los jueces y tribunales de nuestra región.

158. La doctrina latinoamericana ha invocado para considerar obligatorias tanto la jurisprudencia de la Corte como los precedentes de la Comisión Interamericana, el texto del artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por todos los países de nuestra región, según lo hemos dicho con anterioridad, precepto que dispone:<sup>125</sup>

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. (que se refiere a la obligación de los Estados a respetar los derechos y libertades constados por dicha Convención) no estuviese ya garantizado por medidas legislativas o de otro carácter, los Estados se comprometen a adoptar, con arreglo a sus disposiciones constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas y *de otro carácter* (en esta última frase quedaría comprendida la jurisprudencia y los precedentes de la Corte y la Comisión), *que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades* (las cursivas son mías).

159. No es aventurado estimar que en un tiempo corto se convierta en actividad constante de los organismos jurisdiccionales especializados en la decisión de conflictos constitucionales, la utilización de la jurisprudencia de la Corte y los precedentes de la Comisión Interamericana en sus resoluciones, en virtud de que, como se ha reiterado en el curso de este breve ensayo, tanto los órganos internos como los interamericanos deben resolver sobre la constitucionalidad, los primeros, y sobre el carácter internacional, los segundos, respecto de la tutela de los mismos derechos, si bien lo hacen con un enfoque diverso, pero sobre la misma materia.

<sup>125</sup> Cfr. Entre otros, Ayala Corao, Carlos, "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional", *cit.*, nota 119, pp. 624-636.

VII. NECESIDAD DE ESTABLECER PROCEDIMIENTOS  
INTERNOS PARA REGULAR EL CUMPLIMIENTO  
DE LOS FALLOS Y LAS RECOMENDACIONES  
DE LAS CORTES Y DE LAS COMISIONES  
INTERNACIONALES DE DERECHOS  
HUMANOS

160. Por lo que respecta a la legislación constitucional y reglamentaria de España y Portugal, no se ha expedido una regulación especial sobre el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en cuanto estuvo en funcionamiento (1954-1999), así como de las recomendaciones de los comités de las Naciones Unidas que tienen la facultad de recibir y tramitar reclamaciones individuales, en especial del Comité de Derechos Humanos, y particularmente de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos. Debe destacarse que en las cartas fundamentales de estos países, como hemos visto con anterioridad, se otorga jerarquía superior al derecho internacional sobre la legislación interna, y los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente deben interpretarse de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de otras convenciones internacionales reconocidas por dichos países.

161. Sin embargo, la doctrina ha señalado que han existido en los países europeos algunas dificultades y controversias en la aplicación de dichas recomendaciones y sentencias, por lo que sería preferible que en los ordenamientos europeos, particularmente en España, se expidieran legislaciones específicas sobre la ejecución de estas decisiones internacionales, que solo se han establecido en pocos países de Europa Continental.<sup>126</sup>

<sup>126</sup> *Cfr.* Como ejemplos puede citarse los documentados estudios de Ruíz Miguel, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., nota 113; Barkhuysen Tom *et al.* (comps.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in The National Legal Order*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

162. Debe señalarse que los ordenamientos latinoamericanos, con pocas excepciones, no han expedido normas internas específicas para regular el cumplimiento de las recomendaciones aceptadas de la Comisión Interamericana (que al ser aceptadas se convierten en obligatorias para los Estados respectivos), así como las resoluciones de la Corte Interamericana, que son imperativas de acuerdo con lo establecido por el artículo 61.1 de la Convención Americana, el cual establece que: “*Los Estados Partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes...*” (las cursivas son mías). Lo anterior significa que los gobiernos a los cuales se dirigen las sentencias condenatorias de la Corte deben cumplir de la manera más expedita posible los fallos del citado tribunal así como las reparaciones correspondientes, que no solo implican actualmente indemnizaciones pecuniarias, sino también otros medios o instrumentos de reparación, de acuerdo con la evolución que ha tenido esta materia en la jurisprudencia de la propia Corte.<sup>127</sup>

163. Si se pasa una revista a la legislación latinoamericana, podemos señalar que son muy escasas las normas en esta fundamental materia, pero en cuanto a estas disposiciones legislativas se pueden destacar: a) Perú, país en el cual se ha desarrollado con mayor amplitud esta materia; b) Colombia, y c) muy recientemente el ordenamiento mexicano. Además se han presentado varias iniciativas sobre disposiciones legislativas en esta dirección, lo que indica la creciente preocupación de los ordenamientos de Latinoamérica para regular de manera específica el cumplimiento

<sup>127</sup> Cfr. Aguiar A., Asdrúbal, “La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, núm. 17, enero-junio de 1993, pp. 9-46; Fix-Zamudio, Héctor, “La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, pp. 205-242. Más recientemente, García Ramírez, Sergio, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, cit., nota 117, pp. 1-85.

de las recomendaciones y de las resoluciones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos.<sup>128</sup>

164. a) Por lo que respecta a Perú, se deber tomar en consideración que el artículo 205 de su carta fundamental vigente de 1993 (que tiene su antecedente en el artículo 305 de la Constitución anterior de 1979), dispone que: “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados o convenios de los que Perú es parte”.

165. Originalmente el mencionado precepto fundamental de la Constitución de 1993 estaba reglamentado por los preceptos de la Ley de Habeas Corpus y de Amparo, publicada el 8 de diciembre de 1982, con fundamento en la carta de 1979, y que sufrió varias reformas con motivo de la actual carta fundamental de 1993, ordenamiento legislativo que estuvo vigente hasta hace poco tiempo. El título V de dicha Ley, intitulado De la Jurisdicción Internacional, contenía varias disposiciones, entre las cuales destacaba la contenida en el artículo 40, el cual en esencia establecía que “la resolución de los organismos internacionales a cuya jurisdicción obligatoria se hubiese sometido el gobierno peruano no requería para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión o examen previo alguno”.<sup>129</sup>

<sup>128</sup> *Cfr.* Sobre esta materia el documentado estudio elaborado por el joven pero ya destacado jurista mexicano Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El marco jurídico e institucional mexicano para atender las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos y cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, análisis que no obstante su título, tiene carácter comparativo y abarca también otras legislaciones y proyectos latinoamericanos sobre esta materia. Este artículo fue presentado como ponencia en el Congreso Internacional de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, celebrado del 23 al 26 de mayo de 2006, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, organizado por este y por el Instituto Luso-Americano de Derecho Internacional, cuya memoria se encuentra actualmente en prensa.

<sup>129</sup> El mismo precepto establecía, además, que “La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo

166. Sin embargo, recientemente se sustituyeron los preceptos anteriores por la Ley 27,775, publicada el 7 de julio de 2002, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales; se establecen dos tipos de procedimientos: el primero, para la ejecución del fallo que ordena el pago de una suma determinada, y el segundo, para la entrega de una cantidad por determinar. Además, el citado ordenamiento establece un procedimiento abreviado para fijar la responsabilidad patrimonial y el monto indemnizatorio, si el fallo contiene declaración de que la parte afectada ha sufrido daños y perjuicios distintos al derecho conculcado como consecuencia del juzgamiento internacional.

167. El artículo 8o. dispone que para el pago de suma por determinar, el procedimiento para fijar la reparación patrimonial, así como el monto indemnizatorio, las partes (el Estado demandado y el particular afectado), podían acudir al arbitraje. El artículo 5o. regula el derecho de repetición, de acuerdo con el cual una vez que se establece la responsabilidad personal de la autoridad, funcionario o empleado público que dio motivo al procedimiento internacional, el Estado está facultado para iniciar el proceso judicial respectivo con el objeto de obtener la reparación de daños y perjuicios. Un precepto significativo del citado ordenamiento es el que establece el procedimiento de las llamadas *medidas provisionales* (precautorias o cautelares), que deben ser cumplidas por el juez peruano dentro del plazo de veinticuatro horas, contadas a partir del recibo de la declaración respectiva.

168. También recientemente, además de los anteriores preceptos, deben tomarse en consideración como marco general en esta materia, los artículos 114 a 116 del vigente Código Procesal Constitucional, publicado el 31 de mayo de 2004, que establece los principios básicos sobre la competencia de los organismos internacionales, entre los cuales se mencionan al Comité de

internacional y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos vigentes sobre ejecución de sentencias”.

Derechos Humanos, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos y a aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por los tratados internacionales que obliguen al Perú (artículo 114). Aquí se advierte la omisión no corregida en el nuevo ordenamiento, respecto a las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia contenciosa fue reconocida expresamente por el Perú desde 1981. Además se establece la ejecución inmediata de las resoluciones internacionales,<sup>130</sup> así como la obligación de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional de proporcionar documentos y antecedentes a los citados organismos internacionales, así como todo otro elemento que a juicio del organismo internacional sea necesario para su ilustración y para mejor resolver el asunto sometido a su competencia (artículo 116).

169. Por otra parte, si bien solo a nivel reglamentario, la extensa legislación anterior ha sido desarrollada por los decretos supremos 014 y 015 expedidos por el Ejecutivo en diciembre de 2000, por los cuales se establece el procedimiento para el seguimiento de recomendaciones de órganos internacionales en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional, el cual se tramita ante la Comisión Especial de Seguimiento, en consulta con el presidente del Consejo Nacional de Derechos Humanos, ya que a dicha Comisión le corresponde la vigilancia de las resoluciones internacionales no jurisdiccionales de derechos humanos. Estas disposiciones fueron complementadas por el decreto supremo 005-2002-JUS, publicado el 26 de febrero de ese año,

<sup>130</sup> El artículo 115 de dicho ordenamiento dispone al respecto: “Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano, no requieren para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente de conformidad con lo previsto por la Ley número 27,775 (mencionada el texto), que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales”.

por el cual se conformó la Comisión de Trabajo Interinstitucional para el Seguimiento de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativas al comunicado conjunto, suscrito el 22 de febrero de 2001, entre el gobierno peruano y dicha Comisión Interamericana.

170. b) Otro ordenamiento latinoamericano que ha legislado sobre esta materia es Colombia, por conducto de la Ley 288, publicada el 8 de junio de 1996, en la cual se establecen instrumentos específicos para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas por determinados organismos internacionales de derechos humanos en beneficio de las víctimas de violaciones de tales derechos. Si bien el artículo 2o. de este ordenamiento se refiere únicamente al Comité de Derechos Humanos del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con una interpretación evidente por mayoría de razón de dicho precepto, se deben incluir también las sentencias de la Corte Interamericana ya que el gobierno colombiano se sometió expresamente a su jurisdicción, de manera permanente, desde 1985.

171. Por lo que se refiere al *ordenamiento mexicano*, se creó muy recientemente un instrumento para garantizar la *responsabilidad patrimonial, directa y objetiva* tanto del gobierno federal como los de las entidades federativas, la que se estableció por una reforma constitucional que fue desarrollada en su Ley Reglamentaria, en la cual se establecieron las disposiciones relativas al procedimiento para el cumplimiento de las indemnizaciones establecidas por las recomendaciones aceptadas y por las sentencias de los organismos internacionales reconocidos por el gobierno mexicano.<sup>131</sup>

<sup>131</sup> Debe hacerse notar que el régimen moderno de la responsabilidad patrimonial objetiva y directa del Estado se ha establecido en varios ordenamientos latinoamericanos. *Cfr.* Hernao, Juan Carlos, “La responsabilidad patrimonial del Estado de Colombia”, en *Responsabilidad del Estado*, Argentina, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, UNSTA, 1982; Greiff, Gustavo de, “Aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano a

172. Debido a las constantes y permanentes gestiones del conocido jurista mexicano Álvaro Castro y Estrada,<sup>132</sup> se logró que el Congreso de la Unión aprobara la reforma del artículo 113 de la Constitución federal, así como la modificación del título V de la misma carta fundamental, el que actualmente se intitula “De las responsabilidades de los servidores públicos y *patrimonial del Estado*” (las cursivas son mías). El texto del citado precepto fundamental dispone: “La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause a los bienes o derechos de los particulares, *será objetiva y directa*. Los particulares tendrán derecho a indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes” (las cursivas son mías).

173. En la misma reforma se obliga reglamentar la responsabilidad objetiva y directa no solo al Congreso de la Unión en materia federal, sino también a las legislaturas de los estados y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en el plazo de dos años contados a partir de la vigencia de dicha modificación constitucional, la que fue publicada el 31 de diciembre de 2001, para entrar en vigor el primero de enero de 2002; pero el cumplimiento de esta *vacatio legis* ha sido muy errático, si se toma en cuenta que la Ley Federal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado se publicó con un año de retraso, es decir el 31 de diciembre de 2004 y con entrada en vigor el primero de enero de 2005, y las de carácter local se encuentran todavía en tramitación, por lo que han incurrido en omisión legislativa. Debe tomarse en consideración que la elaboración de las disposiciones legislativas correspondientes no resulta sencilla debido a que la complicación de la materia obliga a los legisladores a hacer reformas a varios

la prestación del servicio público de salud”; Cambier, Beltrán, “La responsabilidad del Estado en Argentina”, y Subiré, Carlos, “La responsabilidad patrimonial del Estado en Argentina”, estos tres últimos en *La responsabilidad patrimonial del Estado*, *cit.*, nota 127, pp. 105-182.

<sup>132</sup> Cfr. *Nueva garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2007.



ordenamientos vigentes para adecuarlos a los nuevos preceptos fundamentales.

174. La responsabilidad objetiva y directa es una novedad en nuestro ordenamiento, por el rezago en que se había incurrido en esta materia, si se compara con otras legislaciones latinoamericanas. En efecto, durante muchos años se había seguido el sistema tradicional que se consagraba en los códigos civiles, federal y de las entidades federativas, el cual era un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado de carácter subsidiario, ya que los afectados debían seguir primeramente un proceso civil ordinario contra los funcionarios o empleados que consideraran responsables de los daños y perjuicios que los mismos les habían causado, y únicamente en el caso de insolvencia de dichos empleados y funcionarios determinada en ese juicio, los interesados debían acudir a otro proceso también civil ordinario contra el gobierno federal o local respectivo, para obtener de ellos la determinación y el pago de los daños y perjuicios correspondientes.<sup>133</sup> La mayoría de los afectados renunciaban a la vía jurisdiccional, que era sumamente prolongada y compleja, y acudían a gestiones administrativas ante los propios gobiernos, que en la mayoría de los casos se consideraban discrecionales, y por ello generalmente resultaban insatisfactorias para los reclamantes.

175. Un pequeño paso se dio en 1994, en el cual se modificaron los preceptos relativos del Código Civil Federal para sustituir la responsabilidad subsidiaria del Estado, por una de carácter solidario entre este último y los funcionarios y empleados responsables, y además en el mismo año de 1994, se modificaron varios preceptos de la Ley de Responsabilidad de los Servidores

<sup>133</sup> Cfr. Carrillo Flores, Antonio, *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, México, Porrúa, 1939, pp. 217-237; *id.*, “La responsabilidad del Estado en México”, en el libro del propio autor, *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, *cit.*, nota 67, México, UNAM, 1987, pp. 9-223; Castro Estrada, Álvaro, “Respuesta al reto que planteara don Antonio Carrillo Flores a los alumnos de la Escuela Libre de Derecho sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 23, 1999, pp. 67-122.

Públicos, tanto de la Federación como del Distrito Federal. En esta modificación se estableció una *responsabilidad directa* (pero no objetiva) del Estado por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares por parte de los empleados y funcionarios que hubiesen ocasionado dichos daños y perjuicios. Debe tomarse en cuenta que con motivo de las reformas sustanciales al artículo 122 de la carta federal vigente, en 1966, se otorgó una mayor autonomía al Distrito Federal, inclusive en materia legislativa para regular en forma autónoma a la responsabilidad de los gobiernos federal y del propio Distrito Federal.

176. Dicha responsabilidad directa introducida en 1994, únicamente podía reclamarse por los afectados en el supuesto de que en los procedimientos de responsabilidad administrativa seguidos a empleados o funcionarios, se considerase que habían ocasionado daños y perjuicios a los particulares; estos podrían reclamarse por los interesados ante la autoridad administrativa que los hubiese ocasionado y en el supuesto de una negativa o un pago insatisfactorio, se podía acudir ante el entonces Tribunal Fiscal de la Federación (actualmente Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa), o bien, en el caso de que se imputaran dichos daños y perjuicios a una autoridad del Distrito Federal, la vía conducente sería la del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. También procedía esta reclamación ante la autoridad administrativa federal cuando una recomendación emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que hubiese sido aceptada por la propia autoridad a la que estaba dirigida, estableciera la procedencia del pago de daños y perjuicios.<sup>134</sup>

177. En la citada Ley Federal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, que entró en vigor en enero de 2005, se introducen varios preceptos relativos al pago de indemnizaciones establecidas en las recomendaciones o en las decisiones de los organismos internacionales que se dirigen al gobierno mexicano.

<sup>134</sup> Cfr. Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 1997, pp. 51-88.

En el artículo 2o. de dicho ordenamiento, relativo a la aplicación de las disposiciones de la propia Ley, se hace referencia al *cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ya que el Estado mexicano se ha sometido expresamente a la competencia contenciosa de dicho tribunal el 18 de diciembre de 1998,<sup>135</sup> así como respecto a las *recomendaciones dirigidas a México por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si las mismas son aceptadas por nuestro gobierno*, ya que entonces, como se ha dicho, adquieren carácter obligatorio.

178. El tercero y último párrafo del mismo artículo 2o., precisa que la aceptación y cumplimiento de las recomendaciones respectivas deberán efectuarse por el ente público federal que ha sido declarado responsable, y lo mismo deberá observarse para el cumplimiento de las reparaciones establecidas en los fallos jurisdiccionales de la Corte Interamericana. La Secretaría de Relaciones Exteriores será el conducto para informar de los cumplimientos respectivos tanto a la Comisión como a la Corte interamericanas, según corresponda. Estas normas deben considerarse como un notorio avance, si tomamos en consideración, como se ha sostenido anteriormente, que son escasos los gobiernos latinoamericanos que han regulado los procedimientos específicos para hacer efectivos dichos fallos y recomendaciones, no obstante el creciente predominio en el ámbito interno del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>136</sup>

179. Con independencia de la anterior legislación que todavía no ha sido coordinada con otras regulaciones internas, deben tomarse en consideración, en primer lugar, las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, reformada recientemente en varias ocasiones, que atribuye a la Secretaría de Gobernación, así como el Reglamento vigente de

<sup>135</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., nota 3.

<sup>136</sup> Cfr. Castañeda Otsu, Susana Ynes, "Jurisdicción supranacional", en la obra coordinada por la misma autora, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2003, pp. 520-531.

la Secretaría de Relaciones Exteriores, de acuerdo con las cuales dicha dependencia debe expresamente vigilar el cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de las autoridades del país, especialmente por lo que se refiere a las llamadas garantías individuales y dictar las medidas administrativas necesarias para tal efecto. Para realizar estos objetivos se estableció por decreto de 17 de octubre de 1997 una *Comisión Intersecretarial para Atender los Compromisos Internacionales de México en materia de Derechos Humanos*, integrada por el representante de la Secretaría de Relaciones Exteriores que la presidía, y los de las secretarías de Gobernación, de la Defensa Nacional y de Marina, y como invitados permanentes, los representantes de la Procuraduría General de la República, de la Defensa Nacional y de Marina.

180. Por su parte, la Secretaría de Relaciones Exteriores estableció el 8 de mayo de 1998, la *Dirección General de Derechos Humanos* como unidad administrativa, la que funcionaba como Secretario Técnico de la mencionada.<sup>137</sup> La citada Comisión Intersecretarial realizó por varios años una labor importante, ya que se reunía periódicamente para formular los informes solicitados por los organismos internacionales y revisar las reservas formuladas por el gobierno de México para revisar las que no estaban vigentes. Sin embargo, en la última década del siglo XX las labores de la citada Comisión Intersecretarial se hicieron más lentas, por lo que fue necesario que fuera restablecida el 12 de junio de 2001, ya en el periodo del presidente Fox, y se le agregaron algunas atribuciones, entre las que pueden mencionarse las de implementar medidas eficaces para evitar las violaciones de los derechos humanos; promover la transparencia del diálogo abierto con la sociedad civil (o sea con las organizaciones no gubernamentales

<sup>137</sup> De acuerdo con el citado Reglamento Interior, las facultades de dicha Dirección General de Derechos Humanos, consistían en “Coordinar el análisis y preparar los informes del Gobierno de México conforme a los compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos así como preparar las posiciones de México sobre las quejas y denuncias respecto del tema de los derechos humanos”.

de defensa de los derechos humanos); implementar el acuerdo de cooperación técnica con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos; *cumplir las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, así como tender una invitación abierta a los mecanismos internacionales de derecho humanos para visitar México.<sup>138</sup>

181. Un adelanto lo constituye la publicación el 11 de marzo de 2003 en el *Diario Oficial de la Federación* del Acuerdo suscrito por el titular del Ejecutivo Federal en el cual se estableció con carácter permanente la *Comisión de Política Gubernamental en Materia de Derechos Humanos*, la cual tiene por objeto coordinar las acciones que realicen a nivel nacional e internacional las distintas dependencias y entidades de la administración pública federal en materia de política de derechos humanos, a fin de fortalecer la promoción y defensa de estos derechos. Dicha Comisión se integra por la secretarías de Gobernación en la Presidencia, la de Relaciones Exteriores en la Vicepresidencia, y los titulares de las de Defensa Nacional, de Marina, de Seguridad Pública, de Educación Pública, de Desarrollo Social, de Salud, de Medio Ambiente y Recursos Nacionales, así como invitados permanentes de otras dependencias y de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

182. Por otra parte, existen varios proyectos de leyes específicas, con procedimientos e instituciones que se encargarían de tramitar las recomendaciones y las sentencias de los organismos internacionales en varios países latinoamericanos. Para no citar sino las más importantes, podemos mencionar la iniciativa presentada ante el Senado de la nación por el senador argentino José José A. Romero Feris el 17 de abril de 2001, para que el Congreso de su país adoptara una ley dirigida al cumplimiento en el ámbito de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de los fallos de la Corte Interamericana. Dicho ordenamiento es muy breve (9 artículos), y si bien debe considerarse

<sup>138</sup> Cfr. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "El marco jurídico e institucional mexicano...", *cit.*, nota 128, pp. 45-51 del ejemplar mecanografiado.

un adelanto en esta materia, sería insuficiente para solucionar los problemas de ejecución de dichos pronunciamientos.

183. El segundo proyecto, elaborado en el seno de la Comisión de Política Gubernamental en Materia de Derechos Humanos establecida por el Ejecutivo Federal mexicano, en la que se ha permitido la participación de algunas organizaciones de la llamada sociedad civil, y a la que se ha hecho referencia con anterioridad, lleva como título *Proyecto de Ley General de Cooperación con los Órganos del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*, y de su lectura puede concluirse que las medidas sobre dicha colaboración tienen la pretensión de regular el cumplimiento de recomendaciones de la Comisión Interamericana y de las sentencias de la Corte Interamericana, incluyendo las medidas precautorias solicitadas por la primera y ordenadas por la segunda, que como es obvio asumen una gran importancia para la defensa de los peticionarios y de los peritos y testigos que intervienen en los procedimientos respectivos.

184. De todo lo anterior se desprende que recientemente se ha iniciado en nuestra región una preocupación creciente para regular el cumplimiento de las recomendaciones y de las resoluciones de los organismos internacionales que integran el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y es previsible que en el futuro próximo todos nuestros países regularán de manera específica el procedimiento para lograr de manera eficaz la cooperación y el cumplimiento con los organismos internacionales de promoción y protección de los derechos fundamentales, ya que los instrumentos tradicionales para la ejecución de las sentencias internas contra las autoridades públicas que han adquirido responsabilidad internacional, han demostrado su ineficacia en la práctica, ya que no toman en consideración las nuevas instituciones internacionales, por lo que es necesaria su regulación en el ámbito nacional por medio de instituciones y regulaciones especializadas.

### VIII. CONCLUSIONES

185. Con apoyo en los razonamientos anteriores, se pueden alcanzar las siguientes conclusiones, expresadas sintéticamente:

186. *Primera.* En la segunda mitad del siglo XX se inició un desarrollo creciente y progresivo de la influencia del derecho internacional en las normas fundamentales de las Constituciones contemporáneas, especialmente en el campo convencional, en cuanto los gobiernos han suscrito y ratificado y además incorporado en sus ordenamientos internos, las disposiciones de los tratados multilaterales, en forma destacada en el ámbito de la protección de los derechos humanos, y en segundo término también han trascendido a los propios ordenamientos nacionales, las normas consuetudinarias generalmente reconocidas por la comunidad internacional. Se debe tomar en consideración que el concepto de derechos humanos asume una triple dimensión en un sentido amplio, es decir, comprende no solo aquellos en sentido propio, sino que también los que se han calificado como pertenecientes al *derecho humanitario* (que regula los derechos humanos en situaciones de conflictos externos e internos importantes), así como al *derecho de refugiados* (es decir los que tutelan a los desplazados de sus países por diversos motivos graves). Por otra parte, con el desarrollo posterior a la segunda posguerra, se modificó uno de los principios básicos del derecho internacional clásico en el cual únicamente se consideraban a los Estados como sujetos de este derecho, en cuanto se inició una nueva época en la cual se ha reconocido expresamente a *las personas individuales y a los grupos sociales* como actores directos en el actual derecho internacional público.

187. *Segunda.* Al establecerse la Organización de las Naciones Unidas al terminar la Segunda Guerra Mundial y con motivo de las graves violaciones de derechos humanos, infringidas reiterada y masivamente por los regímenes autoritarios que iniciaron dicha conflagración, esta Organización desarrolló de manera acelerada un sistema mundial de protección de los derechos humanos por

conducto de resoluciones, convenciones y tratados multilaterales sobre esta materia, que se inició con la Declaración Universal de los Derechos Humanos expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de París el 10 de diciembre de 1948. La actividad de las Naciones Unidas se ha dirigido también a la creación de instrumentos y procedimientos para la tutela de los derechos humanos establecidos en los tratados multilaterales, tales como la Comisión, actualmente Consejo de Derechos Humanos; la Subcomisión de Derechos Humanos; diversos comités, algunos de ellos con la facultad de recibir reclamaciones individuales y pronunciar recomendaciones a los Estados miembros, y de manera destacada la mencionada Comisión de Derechos Humanos, que además de recibir quejas individuales y formular recomendaciones, también está facultada para redactar criterios generales en relación con los pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expedidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966 y en vigor en 1976.

188. *Tercera.* Además de las anteriores instituciones y procedimientos, las Naciones Unidas han creado instancias jurisdiccionales como la Corte Internacional de Justicia, como continuación de la Corte Permanente de Justicia Constitucional establecida por la Liga de las Naciones, surgida en la primera posguerra en 1919. Dicho tribunal tiene como facultad esencial resolver las controversias entre los Estados miembros de las Naciones Unidas, pero en algunos casos que le son sometidos, ha pronunciado resoluciones protectoras de los derechos humanos de los habitantes de dichos Estados. Recientemente se ha creado la Corte Penal Internacional establecida en su Estatuto aprobado en la ciudad de Roma en 1998, el cual ha sido ratificado por numerosos países y entró en funciones en 2003, con la atribución esencial de enjuiciar, de manera complementaria y suplementaria, a los acusados de genocidio y otros delitos contra la humanidad, cuando los organismos internos no han podido o se han negado a hacerlo. Además, el Consejo de Seguridad de las propias Nacio-



nes Unidas ha creado otros tribunales para juzgar a los acusados de genocidio en ciertas regiones en las cuales se han cometido en forma persistente este tipo de infracciones, como los relativos a la antigua Yugoslavia y Ruanda.

189. *Cuarta.* Uno de los resultados de esta evolución del derecho internacional contemporáneo, el que ha incrementado su influencia y sus relaciones, particularmente en la tutela de los derechos humanos tanto en sentido amplio como estricto, ha sido la creación de una nueva categoría de derechos, es decir, aquellos que se califican como *derechos humanos nacionales de fuente internacional*, ya que han sido incorporados a los ordenamientos internos por medio del reconocimiento y ratificación de los establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos y que tienen una fuente internacional.

190. *Quinta.* Lo anterior ha tenido como consecuencia que los tribunales, cortes y salas constitucionales, es decir, los organismos internos entre cuyas atribuciones se encuentra, en un elevado porcentaje, la protección de última instancia de los derechos humanos, se relacionen cada vez con mayor intensidad con los organismos internacionales, especialmente los de carácter jurisdiccional, no solo por la evolución de la creciente incorporación en el ámbito nacional del derecho internacional de los derechos humanos, sino por la combinación de los derechos consagrados constitucionalmente con los de fuente internacional a los que se ha hecho mención en la conclusión anterior. Por tanto, además del derecho que tienen las personas y los grupos sociales de acudir a las instancias internacionales una vez agotados los recursos internos, si estos les son desfavorables, tanto los organismos internos como los internacionales deben pronunciarse sobre la tutela de los derechos de los tratados multilaterales reconocidos por los gobiernos nacionales de manera subsidiaria y complementaria, que en el fondo son los mismos que los gobiernos han reconocido en su ámbito interno que proceden de fuente internacional.

191. *Sexta.* Estas relaciones recíprocas entre los Estados y los organismos internacionales de solución de controversias, en espe-

cial los de naturaleza jurisdiccional, ha producido que cada vez con mayor frecuencia los tribunales nacionales, especialmente los especializados en conflictos constitucionales, al resolver los mismos tomen en consideración tanto la jurisprudencia como los precedentes de dichos organismos internacionales, en cuanto interpretan los derechos internos de fuente internacional, que coinciden desde el punto de vista material con los primeros.

192. *Séptima.* Otro aspecto que se debe analizar es el de los procedimientos internos para el cumplimiento y la ejecución de las recomendaciones y de las sentencias de los organismos internacionales, ya que los procedimientos nacionales para el cumplimiento de las resoluciones contra los Estados son insuficientes para este objetivo que es relativamente reciente, y por ello resulta no solo conveniente sino necesario, que se establezca una legislación y la tramitación específica para la efectividad del cumplimiento de los pronunciamientos de dichos organismos internacionales. Esta situación ha sido regulada solo por algunos ordenamientos latinoamericanos, como los de Colombia, Perú y México, pero se encuentran en estudio para su aprobación en otros países de la región varias iniciativas con proyectos de legislación, reglamentación, procedimientos y prácticas, para que puedan cumplirse de manera satisfactoria las sentencias y recomendaciones pronunciadas por los mencionados organismos internacionales.

TERCERA PARTE

ESTUDIO SOBRE PROCURACIÓN DE JUSTICIA



## DIVERSOS ASPECTOS PERSONALES Y SOCIALES EN LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA\*

Jorge CARPIZO

SUMARIO: I. *Preocupaciones y propuestas sobre la procuración de justicia.* II. *La procuración de justicia en el contexto moral del país.* III. *El factor personal en la procuración de justicia.* IV. *Tipología de los procuradores.* V. *La responsabilidad de la sociedad en la procuración de justicia.* VI. *Recapitulación.*

### I. PREOCUPACIONES Y PROPUESTAS SOBRE LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

1. La procuración de justicia es una labor extraordinariamente delicada, porque implica a derechos humanos de especial relevancia como la libertad y diversos aspectos de la seguridad jurídica de las personas.

El tema del Ministerio Público, titular de la procuración de justicia, se centra sobre cuál debe ser su estructura y funciones en un moderno Estado democrático de derecho.<sup>1</sup> Entonces, es una cuestión relacionada con los límites del poder y las libertades públicas, así como con garantías individuales e, incluso, sociales.

\* Agradezco a mis colegas Carlos F. Natarén Nandayapa y José Luis Ramos Rivera las sugerencias que realizaron a este ensayo. Los errores que puedan encontrarse en el mismo son responsabilidad exclusiva del autor.

<sup>1</sup> Díez-Picazo, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, Ariel Derecho, 2000, pp. 12, 17, 18, 109, 126, 133 y 134.

El ejercicio de la acción penal es demasiado importante para los derechos humanos para dejarlo en las manos del Poder Ejecutivo,<sup>2</sup> y que pueda contaminarse por causas políticas o partidistas. La imparcialidad y la objetividad del Ministerio Público son requisitos indispensables para asegurar la vigencia de diversos derechos humanos.<sup>3</sup>

La averiguación previa reviste especial importancia, en virtud de que puede restringir la libertad de los individuos e, incluso, si no se llega a ejercer la acción penal, dicha averiguación puede traer consigo consecuencias psíquicas, sociales y económicas para el afectado.<sup>4</sup>

A pesar de lo anterior, históricamente el Ministerio Público forma parte del Poder Ejecutivo o se encuentra cerca o influido por él. Son muy pocos los países en los cuales el Ministerio Público goza de real autonomía técnica, más allá de lo que prescriben las Constituciones y las leyes.

2. Por una razón u otra he estado cerca de la procuración de justicia en México, principalmente de la de carácter federal. Me consta que, en términos generales y con honrosas excepciones, los agentes del Ministerio Público y los de la policía de investigación laboran con incompetencia, falta de preparación, irresponsabilidad, carencia de compromiso jurídico, a base de consignas, a menudo con corrupción y desprecio a los derechos humanos. El panorama no puede ser más desolador y la víctima es la sociedad, la cual contribuye poco o nada a que aquél se modifique, tal y como expongo con posterioridad.

En tal virtud, el tema de la procuración de justicia me preocupa en especial y a él me he referido en varias ocasiones, tanto en mis acciones como en mis ensayos académicos, en mis testimonios e informes públicos al respecto.

<sup>2</sup> Hay D. y Snyder E. (eds.), *Policing and prosecution in Britain, 1750-1850*, Oxford, Gran Bretaña, Clarendon Press, 1989, p. 43.

<sup>3</sup> Carpizo, Jorge, *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, pp. 2 y 3.

<sup>4</sup> Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, nota 1, p. 11.

En México, en este tema no se avanza, y cuando se logra dar pasos positivos, de inmediato aparece Atila para borrar por completo lo construido.

Las principales ocasiones en que he compartido con la sociedad mis preocupaciones y mis propuestas para superar este inmenso problema, que avasalla varios derechos humanos, primordialmente son las siguientes:

a) En 1990 resalté que la policía de investigación debía depender en la realidad del Ministerio Público, de acuerdo con la disposición constitucional; que la corrupción y la impunidad se podían comenzar a solucionar con medidas ejemplares; que era urgente la aplicación de la ley a quien incurra en actividades delictuosas —me refería en especial al delito de tortura—; que la falta de preparación de los policías era grave y urgía que recibieran ingresos decorosos; que la discusión y la participación de la sociedad en dichos problemas era imperiosa, así como la necesidad de incidir en el terreno moral.<sup>5</sup>

b) En 1994 recopilé los informes generales y especiales que rendí a la sociedad y al presidente de la República durante el año que tuve la responsabilidad de la Procuraduría General de la República: dos informes semestrales y la edición de informes sobre los casos más importantes que durante el año se habían determinado, los resultados de la lucha contra la corrupción y la impunidad con respeto a los derechos humanos; la creación de la carrera de los agentes del Ministerio Público y la de la policía judicial federal; la lucha frontal contra el crimen organizado; la creación de sistemas nacionales de información estadística sobre los más diversos aspectos de la procuración de justicia; la capacitación intensa a los agentes del Ministerio Público y de la policía de investigación; los estímulos económicos y sociales a dichos agentes si se distinguían en sus labores; la coordinación con las procuradurías estatales y las estrategias internacionales; los programas e involucramiento de organizaciones sociales en la prevención del

<sup>5</sup> Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y Ombudsman*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 179-182.

delito, y la expedición de un Código de Ética para los servidores públicos de la dependencia.<sup>6</sup>

Parte de la filosofía con que se actuó en aquel año se sintetiza en el pensamiento de que una magnífica procuración de justicia es cien por ciento compatible con una magnífica protección y defensa de los derechos humanos, y que nadie se encuentra por encima de la ley.<sup>7</sup>

c) En 1998 insistí en los principios asentados en el párrafo anterior; entre otros aspectos, en el grave problema del aumento de la criminalidad; en la falta de continuidad en las políticas acertadas para combatir aquella; en la preparación de los servidores públicos del área de procuración de justicia; en salarios dignos; en premiar a los agentes que se distinguen por la calidad de su trabajo y honestidad, y en castigar a los incumplidos e infractores de la ley; en la utilización de las técnicas y tecnologías modernas para la investigación; en la importancia de los servicios periciales; en que no hay que perder el control de una corporación policiaca, porque después recuperarlo resulta en extremo complicado, y en la urgencia de que los agentes actúen con legalidad, eficacia, honestidad, responsabilidad y sentido de servicio a la comunidad.<sup>8</sup>

d) En 2000 escribí sobre el problema de la honestidad en la Procuraduría General de la República (PGR) en una de sus vertientes: el manejo de los bienes asegurados a los presuntos delincuentes; bienes de los cuales antes de 1993 no existía ningún inventario ni a qué proceso estaban afectos; se presumía que algunos de esos bienes hubieran desaparecido; y precisé cómo en ese año se superó este inmenso problema, realizándose el inventario y entregándose copia del mismo a las dependencias federales fiscalizadoras, y la manera como se llevaron a cabo subastas públicas de los mismos ante notario público. Asimismo, me referí

<sup>6</sup> Carpizo, Jorge, *Un año en la procuración de justicia: 1993*, México, Porrúa, 1994, pp. 27-100, 117, 118, 155-162.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>8</sup> Carpizo, Jorge, "Derechos humanos y procuración de justicia", *Nexus*, México, núm. 251, 1998, pp. 13-15.



al deseable involucramiento de la sociedad en la procuración de justicia, y sobre la explicación clara y directa a la propia sociedad de las decisiones que se tienen que tomar dentro de los marcos de la Ley.<sup>9</sup>

e) En 2002 realicé un diagnóstico del estado de la procuración de justicia en México, y entre otros aspectos, asenté:

La procuración de justicia se encuentra deteriorada y desprestigiada. La corrupción, la impunidad, la ineficacia, la improvisación, la irresponsabilidad y la hipocresía la han carcomido, como un cáncer que se apodera de todo el organismo. Estos males son bien representados por muchos servidores de esa área de la administración pública, y por los grandes delincuentes, pero también por organizaciones y líderes de los más diversos grupos sociales. Los problemas de la procuración de justicia no son únicamente responsabilidad de los servidores públicos —ojalá así fuera—, sino también de amplios sectores de la sociedad. La opinión pública se encuentra confundida, y no ha reaccionado a los pocos esfuerzos serios que se han iniciado para comenzar a suprimir esos males. En muchas ocasiones, se ha otorgado mayor crédito al ladrón que grita que se detenga al ladrón, que al funcionario probo que lucha desesperadamente por mejorar esa delicada e importante función pública.

Así, la procuración de justicia se ha convertido, en nuestro país, más allá de su dimensión jurídica, en una cuestión social y política, e incluso de seguridad nacional, en tanto el crimen organizado ha podido penetrar diversas estructuras del Estado y de la sociedad.

Después del breve diagnóstico sobre el estado de la procuración de justicia en México, dividí las reflexiones en tres apartados: *i*) los problemas derivados de las autoridades y los agentes que aplican la ley, en los asuntos de la procuración de justicia; *ii*) los problemas que surgen por las actividades de organizaciones y líderes

<sup>9</sup> Carpizo, Jorge, *Anatomía de perversidades. Reflexiones sobre la moral pública en México*, México, Aguilar, 2000, pp. 55-58, 67-71.

sociales, y *iii*) la manera como esos problemas pueden comenzar a superarse con base en experiencias concretas.<sup>10</sup>

f) El deterioro en la procuración federal de justicia durante el sexenio 2000-2006, principalmente durante los dos últimos de esos años, llegó a extremos increíbles, debido a una combinación de corrupción, incompetencia e irresponsabilidad, que es imputable no solo a algunos de los funcionarios de la PGR, sino a la propia presidencia de la República, que intervino nombrando funcionarios y dando órdenes en esa dependencia.

Ante tal panorama, me percaté de que todas mis propuestas sobre la procuración de justicia continuaban siendo actuales y válidas, pero que eran insuficientes, que resultaba urgente una reforma de fondo.

Después de transcurridos cuatro años del mencionado sexenio, y ante mis preocupaciones e inquietudes que aumentaban ante la profundización de la crisis en la procuración de justicia, en 2004 y 2005 presenté a la consideración pública una propuesta para constituir a las procuradurías en órganos constitucionales autónomos, propuesta que integra una unidad y consta de seis aspectos que se imbrican:

- i) La creación de un órgano constitucional autónomo.
- ii) El nombramiento de los procuradores.
- iii) La creación de los consejos del Ministerio Público y los de la policía. Las garantías de autonomía técnica a los agentes de esas organizaciones.
- iv) La autonomía presupuestal.
- v) La autonomía interna de los fiscales.
- vi) El juez de control especializado en la averiguación previa.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Carpizo, Jorge y Andrade, Julián, *Asesinato de un cardenal. Ganancia de pescadores*, México, Aguilar, 2002, pp. 515-537.

<sup>11</sup> Carpizo, Jorge, *El expediente Posadas a través de la lupa jurídica. Averno de impunidades*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 357-373. Carpizo, Jorge, "El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo", *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, núm. 125, 2004, pp. 39-78.

Fui claro que esta última propuesta no sustituye a las anteriores que había realizado, sino que las completa, y esta es la más acabada y precisa de cuantas había hecho. Me referí con frecuencia al derecho comparado.

g) En 2006 examiné la supuesta conversión del Ministerio Público chiapaneco a un órgano constitucional autónomo para concluir que no es así. El nombre no determina la naturaleza de la institución, ni puede calificarse de tal por algunos aspectos aislados como es la intervención del Congreso en el nombramiento del entonces procurador.

Asimismo, asenté que la propuesta de reforma del presidente Fox tampoco se dirigía en la dirección correcta ni se configuraría un órgano constitucional autónomo. Como ejemplo señalé la idea contenida en el proyecto de que la policía de investigación no dependiera del Ministerio Público, sino de una secretaría de Estado.<sup>12</sup> Curiosa concepción de la autonomía del Ministerio Público al suprimirle un elemento esencial para la investigación respectiva.

La concepción del Ministerio Público como órgano constitucional autónomo había ganado prestigio y adeptos en los ámbitos jurídicos, políticos y sociales ante la escalada de criminalidad que golpeaba y golpea a la sociedad. Las autoridades quisieron engañar haciendo propuestas que no eran lo que decían que proponían. Afortunadamente, el proyecto Fox se congeló en el Congreso de la Unión. Hubiera sido un retroceso en el campo, ya de por sí erosionado y muy minado, de la procuración de justicia.

## II. LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN EL CONTEXTO MORAL DEL PAÍS

1. Bien sabido es que las instituciones las hacen funcionar y las actualizan las personas, estas son la sangre y la energía de

<sup>12</sup> Carpizo, Jorge, “El Ministerio Público chiapaneco como órgano constitucional autónomo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 287-296.

aquellas. Instituciones correctamente estructuradas no funcionan adecuadamente si en los cargos directivos se encuentran personas no idóneas. Cuando estas son incompetentes, irresponsables, no comprometidas con su labor o corruptas, o una combinación de algunos o de todos estos aspectos, las mejores instituciones se encaminan al fracaso, el cual puede ser de proporciones mayores, si además se aúnan estructuras mal o débilmente concebidas.

La situación anterior resulta más grave si se inscribe en un clima social de desprecio a la ley, de tolerancia a la corrupción, de impunidad, de pérdida de valores morales laicos y de mentiras.

De esas cuestiones me he ocupado con anterioridad, y hoy regreso a ellas.

2. En mayo del 2000 dibujé, a grandes trazos, algunos aspectos del sistema político mexicano y el panorama moral del país determinado por una quinteta de graves problemas: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras.

Entonces afirmé, y en esta ocasión solo recuerdo algunos párrafos, que el sistema político mexicano era examinado con curiosidad e interés por propios y extraños, cuando menos de 1940 a 1993, porque parecía un remanso de estabilidad, aunque ya contenía los gérmenes de su deterioro, en una América Latina convulsionada por frecuentes golpes de Estado. Este sistema político giraba alrededor de dos ejes complementarios: un partido político hegemónico, cuyo jefe real era el presidente de la República, lo cual le permitía designar a gobernadores, legisladores federales y principales presidentes municipales. En esta forma, tenía en sus manos al Congreso de la Unión, en donde su partido, por décadas, controló en la Cámara de Diputados más del noventa por ciento de las curules, y en la de Senadores, el cien por ciento. El sistema federal se deterioraba porque los gobernadores eran casi funcionarios de confianza del presidente.

Al no tener ningún contrapeso en el Senado, el presidente nombraba con libertad a los ministros de la Suprema Corte de Justicia, y estos aceptaban la sugerencia presidencial acerca de quién

los debería encabezar. Sin embargo, el juicio de amparo alcanzó un alto grado de efectividad.

La vida política parecía que estaba cercana a la paz de los se-pulcros, salvo cuando surgían fuertes disputas por el poder dentro del partido hegemónico, las cuales en varios sexenios pudieron casi diluirse, especialmente en los años en que el presidencialismo mexicano alcanzó su máximo esplendor.

Existieron brotes sociales de inconformidad, que fueron superados por la negociación, la cooptación o la represión. Fue un sistema astuto que supo cooptar a los opositores y críticos valiosos, encauzar y canalizar las inquietudes sociales; generalmente, con sus excepciones, fue exitoso en ambos aspectos.

Este sistema tuvo elementos positivos, como la estabilidad política, el crecimiento económico, un tinte social representado en aspectos como la educación pública gratuita, los derechos de los trabajadores, la reforma agraria, la seguridad social, la seguridad pública y un margen de libertades. Ese sistema no fue una dictadura ni un régimen totalitario. No obstante, tenía en sí los elementos de su propia destrucción, que se fueron agravando y, como un cáncer, extendiéndose en todo su organismo y en el propio cuerpo social.

La pobreza de amplios sectores no pudo ser superada; al contrario, hubo regresiones cuando la economía comenzó a perder su vigor y las crisis económicas recurrentes asolaron al país. La gran desigualdad social que siempre ha existido se profundizó; cada día los ricos fueron y son menos y más ricos, y los pobres más y más pobres.

La permanencia en el poder de un solo partido y el hecho de que la alternancia política no era una posibilidad cercana trajeron consigo corrupción e impunidad, enfermedades que, como no fueron detenidas, crecieron e invadieron todos los rincones del país. Desde el presidente de un municipio pequeño hasta el de la República, sabían que su sucesor —salvo pocas excepciones— los protegería como salvaguarda del sistema de partido político hegemónico: esta era una de las reglas.

La corrupción tenía y tiene un amplio margen de tolerancia social. Se robaba del presupuesto, pero más común era la realización de negocios aprovechándose del cargo; al dejar este se tenía una fortuna chica, mediana o inmensa, según fuera el caso, pero no lícita; y quien lo hacía seguía siendo aceptado socialmente, incluso más, con la adición que otorga el dinero.

Hubo, y no hay duda alguna de ello, políticos honestos dentro del partido hegemónico, a quienes se solía considerar tontos, ya que no aprovechaban la oportunidad que se les presentaba. La corrupción fue permeando a otras capas sociales: los empresarios que hacían negocios con el gobierno, los dueños de los medios de comunicación que recibían “prebendas” y exención de obligaciones fiscales, los comunicadores que se beneficiaban con los conocidos “chayotes”, los ministros de iglesias que recibían “limosnas” de origen dudoso, y todos con la no aplicación de la ley.

En otros niveles, líderes sindicales que aceptaban “regalos” de los patrones o que se convirtieron en grandes contratistas, ciudadanos que preferían dar una “mordida” al policía o al burócrata, que pagar una multa o realizar normalmente un trámite, jueces que fueron comprados por una de las partes en el juicio. La corrupción y la impunidad se fueron extendiendo y haciéndose cada vez más grandes: “puedo aprovechar la oportunidad que se me presenta, y qué, al fin de cuentas nada me pasará”.

La corrupción y la impunidad continuaron avanzando; fueron invadiendo algunos de los estratos más altos de la política, del empresariado, de las finanzas, de los medios de comunicación e incluso de líderes religiosos.

En cualquier país del mundo en que un partido político permanece indefinidamente en el poder, se dan casos —más o menos graves, generalmente muy graves— de corrupción e impunidad. Entre los ejemplos más recientes, en los países desarrollados, encontramos los de Italia, Japón y la Unión Soviética. Luego, la situación de México no era peculiar del país, sino en virtud de que un poder que no posee contrapesos —y no tenía uno de los más importantes: la posibilidad de la alternancia en el poder de-

rivada de la decisión de una elección libre— cae con más facilidad en los graves fenómenos de la corrupción y de la impunidad.

Los niños y los jóvenes nacieron y crecieron en este ambiente político y social, en el cual los dos valores más importantes y relacionados entre sí fueron y son: poder y dinero a como dé lugar y sin importar cómo se obtengan; lo único valioso es poseerlos, ya que ellos atraen todos los demás aspectos positivos de la existencia: felicidad, prestigio, reconocimiento.

Poder y dinero fueron y son compañeros de un tercer factor: la impunidad; se podía hacer casi de todo para adquirir poder y dinero, y las posibilidades de que nada adverso aconteciera eran muy altas; en lugar de castigos se obtendrían premios; peor ejemplo no podía existir para niños y jóvenes.

Nunca será acertado generalizar, pero la corrupción permeó y se apoderó de gran parte del sistema. Siempre hubo y hay gente honesta. A nadie se exigía responsabilidad alguna —perdón, quizá de vez en cuando al cartero o al oficinista—: la impunidad pura y absoluta, a menos que un funcionario o autoridad importante hubiera caído de la gracia del señor presidente; entonces sí, todo el peso de la ley contra él, pero no como un acto de justicia, sino de venganza y de advertencia para los demás: se puede hacer todo lo que se quiera, menos molestar o disgustar al presidente, porque entonces sí se demostrará cómo se aplica la ley en el país: la espada de Damocles sobre el cuello del funcionario a la discreción del presidente.

El dinero y el poder como “valores supremos”; la mentira, el engaño, la simulación, como sus parientes cercanos o instrumentos necesarios para su obtención, y la impunidad como el manto protector de esos “valores”: estos eran y son los que han permeado a grandes sectores sociales; estos son los valores que han sido sembrados en muchos niños y jóvenes, quienes anhelan poseerlos. El éxito reflejado en quienes han obtenido poder y dinero sin importar los medios que han empleado; consideración y prestigio sociales para quienes escalaron la pirámide social y política, y representan esos “valores”, sin importar sus biografías y sus ilícitos.

Esta atmósfera moral se vino a agravar por dos factores: por la impunidad que hizo cada vez más audaces a los delinquentes de cuello blanco —¡al final nada le pasa a nadie!— y por el narcotráfico, el cual implica que pasan ríos de oro —decenas y cientos de millones de dólares— cerca o muy cerca de funcionarios públicos, empresarios, banqueros, comunicadores, jueces, sacerdotes, policías, y ya la opinión pública sabe —los casos aumentan— que muchos no resisten la tentación.

Existía en México —¿existe todavía?—, una regla no escrita según la cual si una persona pertenecía a cierta dependencia y delinquía, había que ocultar el hecho para no desprestigiar a la institución; se le podía hasta separar del cargo, pero nada más; había que alejar a la dependencia del escándalo. Se pensaba que juzgar a un juez desprestigiaba al Poder Judicial, juzgar a un Ministerio Público deterioraba a la Procuraduría, juzgar a un sacerdote, lesionaba a su iglesia, juzgar a un comunicador erosionaba a toda la profesión y así hasta el infinito, la cultura de la impunidad y de las complicidades en todo su esplendor. Antes que nada, el prestigio de la institución, el prestigio muy mal entendido, pretextos para seguir reforzando la impunidad.

Los casos de corrupción e impunidad llegaron a las más diversas y más prestigiadas instituciones del país; los ejemplos pueden señalarse al infinito, la total impunidad, pero todos se dicen inocentes y hacen gala de ello.

La mentira y el disimulo —¿cinismo?— como parte del sistema. ¡Todos somos inocentes!: políticos, empresarios, banqueros, comunicadores, sacerdotes, líderes sindicales y sociales. ¡Todos somos inocentes! Todos lo pregonan y cada quien defiende su caso. Poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras: la quintaeta de la muerte para México.

Los partidos políticos de oposición se fueron fortaleciendo. Los escándalos florecen —porque ya es imposible ocultarlos—; la consolidación de una sociedad más crítica, alerta, cansada de tantos abusos, no ha podido detener el fenómeno de la corrupción ni disminuirlo, probablemente en algunos sectores haya aumen-



tado, como todo lo relacionado con el narcotráfico, los contratos públicos y los rescates bancarios y de carreteras. La corrupción, como hidra de un millón de cabezas.

El problema de la corrupción no es un problema exclusivo del gobierno federal ni del entonces partido hegemónico, también ha prosperado en *algunos* gobiernos estatales y municipales a cargo de los más diversos partidos. En algunos casos, parece que la finalidad es: quítate tú para que entre yo, que ya me toca mi rebanada de pastel.

En México no se sabe a quién creer; algunos de los peores delincuentes que conozco quieren ser políticos en diversos partidos, comunicadores o líderes morales: la descomposición política, social y ética en grados inimaginables. El ladrón gritando “agarren al ladrón”, y lo vocifera con tal seguridad, sangre fría y cinismo, que la sociedad ya no sabe a quién creer.

*Poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras*, es el ambiente moral dentro del cual han crecido nuestros niños y jóvenes; es el ejemplo que varias generaciones de mexicanos les hemos dado. Los jóvenes y niños quieren alcanzar en su existencia: poder y dinero a como dé lugar; además, y si son hábiles, inteligentes y bien relacionados, gozarán de impunidad. ¿Se puede querer o desear algo más? Empero, no todos sucumbieron a ese canto de sirenas y no se precipitaron contra las rocas de la indecencia y de la inmoralidad.<sup>13</sup>

3. En julio del 2000, el Partido Acción Nacional ganó las elecciones presidenciales. Las expectativas fueron enormes desde los más diversos ángulos, más que la campaña del candidato presidencial ganador se basó, en gran parte, en la honestidad y en una lucha frontal contra la corrupción y la impunidad.

Debe asentarse que en ese momento, los entonces partidos políticos de oposición ya gobernaban en buena parte del país. Casi la mitad de la población era gobernada en entidades federativas, Distrito Federal y municipios por partidos diferentes al en-

<sup>13</sup> Carpizo, Jorge, *Anatomía de perversidades...*, cit., nota 9, pp. 82-92.

tonces hegemónico.<sup>14</sup> Se escuchaban rumores de corrupción en algunos de esos gobiernos de oposición, pero no se presentaban pruebas. Es probable que la sociedad tampoco lo quisiera creer. Existían esperanzas y anhelos en la alternancia del poder a cualquier nivel de gobierno.

El sexenio del presidente Fox perdió la oportunidad de alcanzar la mayoría de las reformas que México necesita. Respecto a la quinteta apuntada: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras no se avanzó nada o, incluso, se retrocedió. Como ejemplos paradigmáticos se pueden señalar los casos siguientes: Amigos de Fox, Pemexgate y el de sus hijastros.<sup>15</sup> Aún no se conoce la profundidad de la corrupción e impunidad de ese sexenio.

Cuando menos en la historia mexicana del siglo XX, nunca se había sorprendido a un presidente de la República mintiendo a todo el país en forma tan burda y que las pruebas no dejaban duda alguna. El presidente Fox declaró que no le había solicitado a Fidel Castro que abandonara la reunión de jefes de Estado de Monterrey. Pocos días después, todo México escuchó en la televisión la grabación en la cual Fox le decía a Castro que comiera y se fuera.<sup>16</sup>

Desgraciadamente el panorama moral descrito no responde únicamente al hecho de que un solo partido político haya gobernado el país durante casi setenta años. La enfermedad es más profunda y más difícil de superar, debido a que implica un grave

<sup>14</sup> Lujambio, Alonso, *El poder compartido*, México, Océano, 2000, pp. 43-72 y 77-100. Casar, María Amparo, *La reforma política del Estado*, México, Nostra Ediciones, 2007, p. 22.

<sup>15</sup> Córdova, Lorenzo y Murayama, Ciro, *Elecciones, dinero y corrupción. Pemexgate y Amigos de Fox*, México, Ediciones Cal y Arena, 2006, 236 pp. Córdova, Lorenzo, “2000-2006: claroscuros del Estado de derecho”, en Sánchez Rebolledo, Adolfo (comp.), *¿Qué país nos deja Fox?*, México, Grupo Editorial Norma, 2006, pp. 51-53.

<sup>16</sup> Debe anotarse que al respecto existe una versión que justifica al presidente Fox, y expone matices para tratar de aminorar la gravedad de este suceso. Véase Aguilar V., Rubén y Castañeda, Jorge G., *La diferencia. Radiografía de un sexenio*, México, Grijalbo, 2007, pp. 161-170.

problema social. Un cambio de mentalidad es lo más complicado y prolongado de alcanzarse.

Mi punto de vista debe quedar claro: en el análisis sobre la moral pública y la quinteta de la muerte que expuse en 2000, hice énfasis en la existencia del partido predominante. Hoy, en 2008, y después de contemplar que durante el primer sexenio de la alternancia en el poder, la quinteta de la muerte continuó gozando de la misma o mayor salud y energía que en las décadas anteriores, concluyo que el problema de la moral pública en México es más profundo y grave de lo que había reseñado: en este aspecto los partidos políticos no se diferencian mucho uno del otro, y la sociedad es más tolerante en relación con esa quinteta de la muerte de lo que parecía en los años anteriores. Hasta ahora la alternancia en la presidencia de la República no ha mostrado indicio alguno de que la situación tenga perspectivas de cambiar,<sup>17</sup> y lo mismo puede afirmarse en la mayoría de los estados y municipios. Vuelvo a recordar que nunca será acertado generalizar, pero los casos de corrupción e impunidad que la opinión pública conoce en casi todos los rincones del país son realmente alarmantes.

Ahora bien, en este contexto transcurre la procuración de justicia del país, el cual se agrava con profundidad, cuando es preci-

<sup>17</sup> Aclaro que no me pronuncio todavía respecto al gobierno federal que tomó posesión el 1o. de diciembre de 2006, en virtud de que aún el tiempo transcurrido es corto para hacer un juicio en este aspecto, y porque generalmente, la sociedad se entera de los casos cuando ha transcurrido más tiempo del sexenio, y difícilmente en los dos primeros años. Solo adelanto que en la actualidad, la lucha contra el narcotráfico tiene una interrogación y es por demás complicado conocer o intuir como va a concluir. Respecto al problema de la impunidad sí destaco una situación que me preocupa: el presidente Felipe Calderón ha manifestado que el crimen organizado ha avanzado e incluso se ha apoderado de territorios en el país. Estoy de acuerdo con él. No obstante, esta situación aconteció y se agravó principalmente durante el sexenio federal 2000-2006, sin negar que este asunto proviene de antes. Pregunto ¿y de tal estado de cosas no hay ningún responsable?, ¿va a continuar el reino de la impunidad?, ¿fue el espíritu santo el que sacó de las cárceles de alta seguridad a criminales peligrosos?, ¿fue ese espíritu el que permitió el fortalecimiento de los cárteles del narcotráfico e incluso los protegido? hasta llegar a la situación que ha descrito el presidente Calderón.

samente el Ministerio Público federal el responsable de investigar y ejercer la acción penal en los delitos relacionados contra el crimen organizado, cuya capacidad de corromper es infinita, y la tolerancia de la sociedad hacia la corrupción es aún casi infinita.

### III. EL FACTOR PERSONAL EN LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

1. Regreso a los aspectos personales en la procuración de justicia. Dentro de mis preocupaciones por mejorarla, ciertamente que no he descuidado esta cuestión.

Durante 1993 fue una de mis inquietudes constantes: lo que hicimos y los resultados alcanzados se encuentran en la memoria publicada al año siguiente.<sup>18</sup>

En 2002 me referí al inmenso problema que resulta encontrar a las personas idóneas para ocupar los cargos altos y medios en la procuración de justicia, que algunos de los mejores funcionarios en esa área han sido asesinados, y muchos de esos asesinatos continúan impunes ante la indiferencia de la sociedad; la corrupción de muchos altos mandos en las procuradurías y la comisión de probables delitos al ejercerse esa función y el resultado es la impunidad total; mentiras y más mentiras y nada acontece, el litigio de casos judiciales en los medios de comunicación auspiciados o, de plano, inducidos por la autoridad. Asimismo, me referí a los problemas derivados de la actitud de líderes sociales en relación con la procuración de justicia.<sup>19</sup>

De varios de estos asuntos me ocupé en 1998 y en 2005,<sup>20</sup> aunque marginalmente.

No obstante, considero que, aunque en 2002 traté muchos de los principales problemas relacionados con los aspectos perso-

<sup>18</sup> Carpizo, Jorge, *Un año en la procuración de justicia: 1993*, cit., nota 6, pp. 27-100.

<sup>19</sup> Carpizo, Jorge y Andrade, Julián, *Asesinato de un cardenal...*, cit., nota 10, pp. 517-530.

<sup>20</sup> Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y procuración de justicia*, cit., nota 8, pp. 13-15. Carpizo, Jorge, *Propuestas sobre el Ministerio Público y...*, cit., nota 3, p. XIV.

nales en la procuración de justicia, debo precisarlos y, en algunos temas, ampliarlos. Es lo que persigo en el presente ensayo desde dos ángulos, uno, una reflexión más integral de los aspectos personales de los servidores públicos en la procuración de justicia y, otro, la influencia negativa de diversas actitudes de líderes sociales y de la propia sociedad en la procuración de justicia.

2. El factor humano en el funcionamiento de las instituciones, específicamente en el campo de la justicia, es una cuestión conocida, aunque en México no abundan los estudios al respecto.

La última reflexión que conozco se debe a Andrés de la Oliva Santos, catedrático español de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, y quien a su inmensa obra escrita une la práctica cotidiana del litigio. El profesor hispano resume sus argumentos en los siguientes puntos:

1. El estado de la justicia no debiera examinarse, evaluarse y ser objeto de reforma sin otorgar la máxima relevancia al “factor humano” (magistrados, fiscales, secretarios judiciales, etcétera).

2. Ese “factor” responde en gran medida al estado de la sociedad.

3. El elemento humano de la justicia estará a la altura de sus cometidos si no nos conformamos con que sólo refleje el ambiente social, sino que procuremos que lo lidere y lo lidere ejemplarmente.

Con posterioridad reitera que:

1. La justicia de un país tiende a padecer los mismos males de la sociedad correspondiente.

2. Cualquier esfuerzo de reforma o de mejora de la justicia no puede hacerse ignorando la crisis de la sociedad, sus raíces y sus efectos.

3. No es razonable pretender que la administración de justicia, en una sociedad, rectifique todas, la mayoría o las principales consecuencias torcidas del desnortamiento social.

Y afirma:

No se trata de un mundo ante el que sólo quepa cruzarse de brazos, a la espera, poco esperanzada, de que otros (“los demás”) reaccionen y de que el “elemento humano” de la justicia mejore milagrosamente.<sup>21</sup>

Andrés de la Oliva se está refiriendo a la situación española de la justicia en sentido amplio, incluyendo a los fiscales, o sea a la procuración de justicia. Sus afirmaciones son válidas para México como para casi todos los países de este planeta. Estoy de acuerdo con su aseveración de que no es posible cruzarse de brazos a esperar que el elemento humano de la justicia mejore milagrosamente. Hay que actuar en esa dirección, y ello no se ha hecho ni se hace en México y, además, hacerlo en el rumbo correcto, en lo que tampoco hemos acertado. Nuestra brújula, en relación con la justicia, se encuentra enloquecida.

3. La procuración de justicia siempre ha sido una labor difícil, complicada y delicada. Es probable que en esta época lo sea más, en virtud de la existencia del crimen organizado. No es lo mismo enfrentar a un delincuente, un grupo o banda de delincuentes, que al crimen organizado que se ha globalizado, que obtiene ganancias que son verdaderos ríos de oro con los cuales participa en diversos sistemas financieros, en grandes empresas y medios de comunicación, que corrompe a servidores públicos, desde policías hasta miembros de gabinetes, altos oficiales de los ejércitos e interviene en campañas presidenciales, de legisladores y otros cargos de elección popular aportando fuertes cantidades de dinero. Los casos que conocemos en el contexto internacional, y que empezamos a vislumbrar en México, confirman las anteriores aseveraciones. En el sistema de justicia se corrompe desde

<sup>21</sup> Oliva Santos, Andrés de la, “El ‘factor humano’ en la justicia (hablando claro sobre el tópico “justicia y sociedad”)", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 10, 2007, pp. 27, 28, 34 y 35.

agentes de la policía y del Ministerio Público hasta procuradores, desde jueces hasta magistrados.

El crimen organizado cuenta con sicarios entrenados militarmente, con armas de fuego de alto poder de las que carecen generalmente las policías, sistemas sofisticados de comunicación, información precisa de y sobre las autoridades y de sus movimientos para combatirlo. Además, amedrentan con su máxima de plata o plomo, que la hacen realidad.

Muchos buenos funcionarios de procuración de justicia y jueces han sido asesinados en diversos países del mundo y en México.

Hoy en día, el crimen organizado se concentra especialmente en el tráfico de estupefacientes, de armas, en redes de prostitución incluidos niños, de migrantes, secuestros y en juegos de azar. Es probable que en México los dos primeros rubros, especialmente el primero, sean el reto más grande para la procuración de justicia, aunque, en diversas y frecuentes ocasiones, aquellos se imbrican.

Entonces, queda claro que las personas responsables en estas funciones deben satisfacer una serie de requisitos. Las guerras no se enfrentan con generales impreparados, miedosos y vendidos al enemigo.

Los procuradores, subprocuradores, fiscales especiales, directores generales, jefes y comandantes de la policía de investigación no pueden ser improvisados y deben distinguirse por diversas cualidades, que son primordialmente las siguientes: *a*) preparación profesional, *b*) honestidad, *c*) valentía, *d*) convicción de que están prestando un servicio social al país, y *e*) equilibrio psicológico.

Entonces ¿se necesitan santos? No, sino mexicanos patriotas que cumplan con su responsabilidad, y quienes deben ser apoyados por la sociedad si desempeñan correctamente sus funciones. En caso contrario, la sociedad organizada debe denunciarlos e imponerle las sanciones que sí están a su alcance como sociedad, a lo cual me refiero con posterioridad.

Desde luego las cualidades que deben poseer los principales responsables de la procuración de justicia, toda proporción

guardada, deben engalanar a todos aquellos que laboran en esas dependencias.

Respecto a dichas cualidades, suficiente se ha expresado y suficiente se ha escrito. No hay que agregar nada, únicamente que en la realidad los agentes del Ministerio Público y de la policía de investigación, en términos generales, se encuentran con una preparación deficiente, a pesar de que la Procuraduría General de la República cuenta con dos dependencias especializadas para su preparación: el Instituto de Capacitación y Profesionalización —paralizado en la actualidad— y el Instituto Nacional de Ciencias Penales, que hasta doctorados *honoris causa* confiere y que realiza “labor académica” brillante. ¿Dónde se encuentra la falla? Son cascarones para el oropel externo. Su fracaso se demuestra en que se gastan cantidades millonarias y los resultados positivos para la procuración de justicia son escasos.

Hablo de la cualidad, por ejemplo, de equilibrio psicológico. Se supone que la PGR realiza diversos exámenes antes del nombramiento de su personal, incluidos los altos puestos, salvo el de procurador general, para poder evaluar la personalidad de los candidatos. En 2002, la sociedad escuchó en los medios electrónicos la grabación de uno de esos exámenes a una candidata a subprocuradora que auspició, así lo admitió, la tortura de una persona con quien había tenido un problema personal, pero de todas maneras se le designó para el puesto. ¿Han servido para algo los mencionados exámenes? Teatro puro, mentiras al por mayor. ¿Y la sociedad? Algunos sectores hasta compadecieron a la subprocuradora, alegando que se había violado su derecho a la intimidad al darse a conocer públicamente la grabación de ese examen. Incluso algunas personas preparadas y de buena fe la defendieron, sin comprender que un funcionario público tiene derecho a su vida privada, la cual es sagrada, a menos que afecte la función pública que realiza.<sup>22</sup> Muchos no se percataron del grave peligro social que implica que un subprocurador sea, por

<sup>22</sup> Carpizo, Jorge, *El expediente Posadas a través de la lupa jurídica...*, cit., nota 11, pp. 73-75 y 95-100. Carpizo, Jorge, “Vida privada y función pública”, *Derecho*



lo menos, cómplice de torturadores. ¿Puede así transitarse a una mejor procuración de justicia? En ese caso, la responsabilidad no solo fue de la “pareja presidencial” que apoyó y sostuvo a la subprocuradora en el cargo, sino también de amplios sectores sociales, incluidos algunos medios de comunicación.

Como puede contemplarse el problema es por demás delicado. En México, la procuración de justicia se complica en grado alarmante por: *a)* el contexto de la moral pública del país, al cual ya me referí; *b)* la corrupción que ha permitido el fortalecimiento del crimen organizado; *c)* en relación estrecha con lo anterior, las cantidades fabulosas de dinero que maneja dicho crimen organizado, especialmente el dedicado al narcotráfico; *d)* la impunidad; *e)* en términos generales los errados nombramientos en los altos cargos de la procuración de justicia, y *f)* la actitud y tolerancia sociales ante “la quinteta de la muerte” y el inmenso problema de la deficiente procuración de justicia.

#### IV. TIPOLOGÍA DE LOS PROCURADORES

1. En una procuraduría general de justicia los cargos más importantes son: el procurador, los subprocuradores, el oficial mayor, los fiscales especiales, los coordinadores de área de los cuales suelen depender direcciones generales, y el director de la policía de investigación. En ocasiones, y dependiendo de la personalidad del procurador, otros cargos pueden tener relevancia, como una específica dirección general, el visitador general o el coordinador de asesores.

De acuerdo con la realidad mexicana, y tomando en cuenta los últimos cuarenta años, intento realizar una tipología de procurador, que incluye tanto el de carácter federal como el local; tipología que puede hacerse extensiva a los principales funcionarios de la dependencia y, toda proporción guardada, en general, a todos los servidores públicos de esa área de la justicia.

*El papel del procurador —y, desde luego, el de los subprocuradores— es esencial. Cuando se conoce que el procurador es capaz, honesto, valiente y justo, los colaboradores, por regla general, serán cuidadosos o más cuidadosos de no incurrir en actos de corrupción, de cumplir sus labores con responsabilidad y de evitar arbitrariedades o violaciones legales. Por el contrario, cuando se conoce en la dependencia —y siempre se conoce porque hay formas de conocerse— que el procurador recibe sobornos, que generalmente son millonarios, que es arbitrario, que no tiene respeto a la ley, esas actitudes permean a los funcionarios, agentes y trabajadores de la institución; entonces, la procuración de justicia se convierte en un enjambre de complicidades.*

Distingo cinco tipos de procuradores:

a) Honestos, con capacidad técnica y comprometidos con su responsabilidad.

La honestidad es de carácter económico, pero también de actitud. No se aceptan regalos. No se utiliza el cargo para hacer relaciones públicas útiles para la persona. No se otorga prebenda alguna, como puede ser, a familiares, amigos o medios de comunicación. El presupuesto y el patrimonio de la institución se manejan correctamente. Hay inventario de los bienes asegurados y si se subastan, es en forma pública y de acuerdo con las normas.

Se trata de un jurista con preparación suficiente, especialmente en las ramas de derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derecho penal material y adjetivo. Se rodea de funcionarios capaces y con experiencia en procuración de justicia.

Encontrarse comprometido con su responsabilidad implica laboriosidad, largas jornadas de trabajo, que estudia los principales asuntos y decide de acuerdo con los marcos constitucionales y legales. Para él la única verdad legal es la que se encuentra en las pruebas jurídicas contenidas en el expediente. Es decir, no acepta indicaciones o consignas por razones de Estado o políticas. Si es necesario, está decidido a separarse del cargo antes que cometer una injusticia.

No se deja presionar por amenazas, poderes de hecho como grandes empresas, medios de comunicación o iglesias. Su estrella polar es únicamente la ley.

En la jungla que se han convertido las procuradurías de justicia, pareciera imposible que exista este tipo de procuradores. Pues sí han existido y, con posterioridad, me voy a referir a varios casos que me constan, y conozco otros más, tanto a nivel federal como local.

b) Honestos, con capacidad técnica, pero sin compromiso con su responsabilidad.

En este tipo la diferencia con el anterior se encuentra en la tercera característica: el compromiso con la responsabilidad. El procurador decide no enterarse de lo que acontece en el país ni al interior de la procuraduría. Es la filosofía del dejar hacer, dejar pasar. No quiere comprometerse. No desea echarse encima enemigos de calibre ballena, que le harán la vida imposible tanto durante el desempeño del cargo, como puede ser con campañas negativas y constantes en los medios de comunicación, así como después que haya dejado el cargo, cuando incluso su vida corre peligro, tal y como tenemos ejemplos.

En la mayoría de los asuntos, incluso puede cuidar que se aplique la ley puntualmente, pero atiende instrucciones políticas o por razones de Estado y entonces subordina la ley a esas instrucciones. La filosofía de dejar pasar, dejar hacer es especialmente clara en relación con el narcotráfico, el poder político o los poderes de hecho.

En este tipo de procuradores suelen encontrarse personas cultas, agradables, con carisma. Pero han decidido no comprometerse con su labor. ¿Para qué? No existen estímulos sociales. Al contrario, conocen que su prestigio personal y profesional puede hundirse ante la batería constante de los ataques mediáticos, y que la sociedad no pondera ni apoya los esfuerzos por mejorar la procuración de justicia en beneficio de la propia sociedad y los derechos de las personas.

c) Honestos, sin capacidad técnica y sin compromiso con su responsabilidad.

Este tipo es parecido al anterior; sin embargo, la diferencia se encuentra en que los procuradores carecen de capacidad téc-

nica, son abogados mediocres o menos que mediocres, lo cual los vuelve inseguros en sus decisiones, e incluso en casos cotidianos no impera la ley, principalmente por falta de conocimientos jurídicos. No gozan del respeto profesional de sus subalternos. La procuraduría navega sin capitán.

d) Corruptos, con capacidad técnica y sin compromiso con su responsabilidad.

La corrupción los lleva de la mano a menospreciar su responsabilidad con la ley y la sociedad.

Un procurador federal corrupto, en razón del narcotráfico, puede llegar a recibir millones de dólares al mes. Para tener una idea clara al respecto, me refiero al caso de un comandante, uno de los más importantes en su época: Guillermo González Calderoni. La DEA (Drug Enforcement Administration, Agencia Anti-drogas) calculaba su fortuna en cuatrocientos millones de dólares. Lo que a la Procuraduría General de la República le constaba, cuando lo consignó en 1993, es que sus bienes no correspondían a sus remuneraciones; entre aquellos se encontraban cinco magníficos inmuebles, una compañía de autotransportes, una flotilla de cien trailers o tractocamiones, ranchos, quinientas cabezas de ganado fino.

En varias ocasiones he afirmado que la mano que roba se puede ocultar; no la que gasta. La ostentación principesca en que viven varios exprocuradores, por decir lo menos, no deja de extrañar.

Como es fácil de entender, se puede ser corrupto y sin compromiso con la responsabilidad, pero gozar de capacidad técnica y estar profesionalmente preparado para el cargo.

Así hemos visto casos en que un procurador obtiene triunfos en la lucha contra el narcotráfico, los cuales son reconocidos nacional e internacionalmente. Esos triunfos se deben a que conoce cómo realizar su trabajo, pero solo golpea a un cártel y apoya al otro, el cual lo compensa con cataratas de billetes verdes, en virtud de que no solo los protege sino que debilita a su competencia. Así se cierra un círculo infernal.

e) Corruptos, sin capacidad técnica y sin compromiso con su responsabilidad.

Así han proliferado procuradores, y después del cargo, la impunidad y la red de complicidades los han protegido.

2. ¿Por qué para muchas personas esos cargos son tan apetecibles? Por las siguientes razones, ya sea por una, varias o todas:

a) El dinero puede llegar con facilidad y en cantidades inimaginables. Recordemos que en la atmósfera moral de México, aquel es uno de los valores más apreciados.

b) El poder. No cabe duda alguna que quien determina el ejercicio de la acción penal, y más con amplio margen de discrecionalidad, goza de un gran poder, al estar determinando incluso la libertad de las personas. Además, cuenta con fuerza física al ser el jefe último de la policía de investigación, cuyos agentes dependen de él y generalmente no gozan de ninguna garantía de estabilidad en el puesto. En consecuencia, difícilmente encuentra oposición incluso a sus decisiones más arbitrarias y antijurídicas.

c) Promoción personal. Tiene los reflectores del país o de su Estado sobre él. Dispone de recursos económicos enormes para promoverse en los medios de comunicación, con algunos de los cuales hasta alianzas suele construir. Alguien desconocido puede en unos meses forjarse una personalidad mediática, aunque los resultados de su actividad sean magros. Hay incluso procuradores que pensaron que el cargo los conduciría a la presidencia de la República, y con tal fin utilizaron todos los instrumentos, y de toda naturaleza, de la dependencia.

d) Relaciones públicas tanto nacionales como internacionales. En ese cargo puede dedicarse a cultivar relaciones con lo más granado del empresariado, del medio intelectual, académico y religioso, así como con altos funcionarios de Estados Unidos, América Latina y Europa.

e) El convencimiento, basado en la realidad de que, haga lo que haga, gozará de impunidad. Entonces, el cargo se vuelve más apetecible, jugoso y deseable.

3. ¿Cómo lograr que los funcionarios de la procuración de justicia sean los adecuados? Es decir, que respondan al tipo de procurador honesto, con capacidad técnica y comprometido con su responsabilidad?

Externo unas ideas:

- a) El nombramiento del procurador no lo debe realizar el Poder Ejecutivo, sino que a nivel federal debe quedar en manos del Senado, órgano que lo designaría, por las dos terceras partes de los legisladores presentes, de una cuarteta, dos nombres los propondría el pleno de la Suprema Corte y dos el pleno del Consejo del Ministerio Público.
- b) Amplio análisis e investigación de los currícula de los cuatro propuestos con la finalidad de cerciorarse de que reúnen las cualidades para el cargo: honestidad, capacidad técnica, responsabilidad, compromiso. La comisión respectiva del Senado llevaría a cabo comparecencias públicas de los candidatos.<sup>23</sup>
- c) La creación de los consejos del Ministerio Público y los de la policía de investigación, que serían órganos con integración y funciones similares a las de los consejos de la judicatura. Es decir, su finalidad más importante sería la administración y supervisión tanto de la carrera ministerial como la de la policía, así como la garantía de independencia técnica de esos agentes.<sup>24</sup>
- d) La creación de una verdadera carrera de agente del Ministerio Público y de agente de la policía de investigación. Lo

<sup>23</sup> Carpizo, Jorge, *Propuestas sobre el Ministerio Público y...*, cit., nota 3, pp. 36 y 37.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 37-41. Véanse Giacobbe, Giovanni, "Autogobierno de la Magistratura y la unidad de la jurisdicción en el ordenamiento constitucional de la República italiana", en *Justicia y sociedad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 103. Fix-Zamudio, Héctor, "Órganos de dirección y administración de los tribunales en los ordenamientos latinoamericanos", en *Memoria de El Colegio Nacional*, México, El Colegio Nacional, 1992, pp. 43 y 44. Del mismo autor, *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 37-40.

que hoy existe es una farsa. El intento serio para crear dicha carrera fue destrozado por completo.

- e) Cero impunidad para los servidores públicos de las procuradurías de justicia.
- f) Verdadera capacitación técnica. La actual es deficiente. Hay que acabar con la simulación. México no necesita prioritariamente agentes “con doctorados”, sino bien preparados desde el aspecto técnico.
- g) Seriedad en los exámenes de ingreso, tanto de carácter técnico como psicológico. Los que hoy en día se realizan responden más a razones políticas o de favoritismo. Baste solo el ejemplo de la subprocuradora, al que ya me referí, que ordenó la tortura de una persona con quien tuvo un pequeño accidente de tránsito, o cuando menos fue cómplice de esa tortura y, sin ningún reparo, fue designada.
- h) Estímulos sociales y económicos a los funcionarios cumplidos, y premios a los que logren resultados sobresalientes.
- i) A los principales funcionarios otorgarles una época de protección al finalizar sus cargos, protección que se puede prorrogar de acuerdo con las circunstancias.

A nadie se le puede exigir que sea un héroe. Si la sociedad y el Estado quieren, y en mi criterio lo necesitan con urgencia, procuradores honestos, con capacidad técnica y comprometidos con su responsabilidad, es indispensable que creen las condiciones para ello, la primera es la seguridad personal para el funcionario y su familia después del cargo. Estas salvaguardias tienen que ser de carácter institucional y no como prebendas otorgadas por los siguientes funcionarios, o que se concedan o no con base en consideraciones políticas.

- j) Como regla general, es preferible que a los altos cargos del Ministerio Público no asciendan personas muy jóvenes, para que cuenten con amplia experiencia profesional y mejor comprensión de la realidad y de la existencia. Desde luego que existen excepciones. Conozco a jóvenes

que desempeñaron su labor muy bien e incluso en forma excelente.

## V. LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD EN LA PROCURACIÓN DE JUSTICIA

1. En términos generales el fracaso de la procuración de justicia aflige a la sociedad. Estupearla contempla cómo aumenta el número de asesinatos, secuestros, decapitados, enfrentamientos con armas de alto poder en las vías públicas.

En la cuarta encuesta nacional sobre inseguridad urbana, realizada en 16 zonas de alta incidencia delictiva, durante 2005, el 71.1% de los ciudadanos entrevistados manifestó que se siente inseguro en la entidad federativa en donde habita, 57% en relación con su municipio y 72.5% en la ciudad en que vive. 46.8% declaró que consideraba que los delitos se habían incrementado en su municipio o delegación durante 2005. 13.5 de cada 100 personas expresaron que la inseguridad había afectado de manera considerable su nivel de vida, 36.6 dijeron que únicamente un poco y 47.1 que nada. Cuando se les interrogó si habían dejado de hacer algo debido al temor de ser agredidos por delincuentes, se contestó en orden decreciente que sí en los siguientes rubros: más del 50% en usar joyas; salir de noche; llevar dinero en efectivo; tomar taxi; visitar parientes o amigos; usar transporte público; traer tarjetas de crédito; ir al cine o al teatro; salir a comer o cenar, hasta ir al estadio en un 18%.

Asimismo, los encuestados han tomado acciones para protegerse de la criminalidad, tales como, de más a menos, colocar cerraduras, poner rejas o bardas, medidas conjuntas con los vecinos, tener perro guardián, aumentar seguridad para auto, vigilancia privada para la calle o la colonia, colocar alarmas o contratar seguro para la casa o el negocio.

En relación con la confianza, satisfacción y calificación que les merecen los cuerpos de seguridad pública, el promedio, en una escala de 0 a 10, fue el siguiente: Agencia Federal de Investi-



gación 5.5, policía judicial estatal 4.1, agentes del Ministerio Público 4.2, policía de tránsito 3.7. Las cifras anteriores indican con claridad la percepción social respecto a este grave problema.<sup>25</sup>

Veamos algunas cifras sobre seguridad y delincuencia en un lapso de treinta años:

- a) Presuntos delincuentes del fuero común y fuero federal registrados en juzgados de primera instancia en materia penal, por cada 100 mil habitantes. En 1977: 133. En 2006: 200.
- b) Delincuentes sentenciados del fuero común y fuero federal, por cada 100 mil habitantes. En 1977: 96. En 2006: 156.
- c) 3.1 fue la tasa de crecimiento anual de presuntos delincuentes del fuero común relacionados con delitos de homicidio, lesiones y robo entre 1977 y 2006.
- d) 3.4 fue la tasa de crecimiento anual de delincuentes sentenciados del fuero común relacionados con delitos de homicidio, lesiones y robos entre 1977 y 2006.
- e) 4.7 fue la tasa de crecimiento anual de los delincuentes sentenciados del fuero federal por delitos de homicidio, lesiones, robo y delitos contra la salud entre 1977 y 2006.
- f) 5.4 fue la tasa de crecimiento de los delincuentes sentenciados del fuero federal por delitos contra la salud entre 1977 y 2006.
- g) 18.6 pesos se gastaron (a precios de 2007) por habitante por la Procuraduría General de la República en 1980.
- h) 87.8 pesos se gastaron (a precios de 2007) por habitante y por la misma dependencia en 2006. Es decir, más de cuatro veces, ¿y los resultados?<sup>26</sup>

<sup>25</sup> *Cuarta encuesta nacional sobre inseguridad urbana*, México, Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad, A. C., Instituto Nacional de Salud Pública, 2006, ENSI-4 Urbana, 2007, pp. 53-59.

<sup>26</sup> López Portillo, Ernesto, “Seguridad y delincuencia”, *Nexos*, México, núm. 361, 2008, p. 69.

De los datos anteriores se desprende con claridad el aumento imparable de la delincuencia, salvo en algunos periodos, que por lo general no han sido prolongados, pero principalmente son en los últimos años cuando los índices delictivos se disparan, que es cuando las procuradurías han contado con más recursos económicos. Como se desprende de los dos párrafos anteriores, solo en la PGR en esos treinta años, el presupuesto aumentó más de cuatro y media veces. Reitero mi pregunta ¿y los resultados? La inseguridad y la delincuencia en materia federal creció —mi estimación está basada en los anteriores incisos e) y f)—, en el primer caso 397% y en el segundo, 484%, en dicho lapso de 30 años. Acepto que son cálculos que pueden tener márgenes de error.

2. Es obvio que la mayor responsabilidad del desastre nacional en seguridad y en la lucha contra la delincuencia corresponde a los tres niveles de gobierno y, en particular, a la Procuraduría General de la República, a las procuradurías de las entidades federativas y del Distrito Federal, y a las diversas corporaciones de policía que existen en el país.

No obstante, la responsabilidad que en dicho desastre corresponde a la sociedad no es menor, debido a que, aunque sufre las consecuencias del desastre, no contribuye a superarlo y, en ocasiones, sí a empeorarlo. Esta aseveración la fundamento en los siguientes argumentos:

a) Algunos de los mejores funcionarios de procuración de justicia han sido asesinados y esos crímenes continúan impunes. La sociedad se muestra desinteresada y apática para exigir que se investiguen. Casi ninguna organización social o persona lo ha hecho, lo cual resulta grave porque aleja de esos cargos a gente idónea para ocuparlos.

A Leobardo Larios Guzmán, procurador general de justicia de Jalisco, le correspondió la co-responsabilidad de investigar el asesinato del cardenal Posadas. “La Rana”, uno de los jefes de los sicarios del cartel agresor, le solicitó que integrara mal las averiguaciones previas de ese caso para que los jueces se vieran obligados a decretar la libertad de sus sicarios detenidos. Larios

Guzmán se negó. Al término de su gestión como procurador, el gobierno siguiente le suprimió de inmediato la escolta que lo protegía. Poco tiempo después fue asesinado por miembros del grupo de “La Rana”. Tal acto no tuvo ninguna consecuencia política o social para el gobernador y procurador entrantes. Cuando “La Rana” fue detenido años después, personajes de ese estado, como el cardenal Sandoval Iñiguez y el actual secretario general de gobierno Fernando Guzmán lo visitaron en varias ocasiones en la cárcel. Ante todo ello no existió ninguna reacción social. Al contrario, ambos visitantes continúan siendo grandes personajes en el estado, a pesar de que Guadalajara se había convertido en uno de los bastiones del narcotráfico.

Juan Pablo de Tavira fue el responsable de las cárceles de alta seguridad en el país. A él no se le escapó ningún preso de ellas. Con posterioridad se desempeñó como director general de la ex policía judicial federal. Ocupaba ese cargo cuando se intentó asesinarlo abriendo las llaves del gas de su domicilio. Casi lo logran. Estuvo muy grave y nunca se recuperó por completo. Cuando ya se encontraba separado del cargo, en la cafetería de una Universidad, un sicario se acercó y, con precisión profesional, de un tiro lo ajustició. Muy pocas voces se escuchan solicitando que ese crimen cometido hace años no quede impune. Nada. Voces en el desierto y eso que Tavira es padre de varios nietos de uno de los empresarios más ricos e influyentes del país. El mensaje para los funcionarios honestos, eficaces, responsables y comprometidos del sector no puede ser peor. De nueva cuenta, la sociedad se muestra indiferente ante la impunidad. ¿Es que no comprende que con ello se inflige un daño tremendo a sí misma al propiciar el crecimiento de la inseguridad y del crimen? y que las personas idóneas se alejen de dichas responsabilidades.

Los casos abundan: otro más, el asesinato de Abraham Polo Uscanga, subprocurador en el Distrito Federal. No se supo, no se sabe, nada de nada.

A Francisco Rodolfo Álvarez Farber, exprocurador de Sinaloa, lo asesinaron por órdenes instruidas desde una cárcel de alta

seguridad por un ex comandante judicial ligado al narcotráfico. Su caso sí fue esclarecido y el autor intelectual así como los materiales fueron consignados. La honestidad de Álvarez Farber, además de la eficacia y compromiso con su responsabilidad, se encuentra a prueba de toda sospecha.

b) Exfuncionarios de la procuración de justicia que se enriquecieron en forma increíble y cuyo tren de vida muestra su gran fortuna, son aceptados y bien recibidos en todas partes y pertenecen a la élite social. Son por su dinero y poder grandes señores. Reacción social negativa, cero. Aceptación total, aun de personajes que bien conocen quiénes son aquellos y el origen de su fortuna. La sociedad no tiene memoria o la tiene solo para honrar a quien acumuló una fortuna, sin importar el origen de esta.

c) En los tres últimos sexenios han existido subprocuradores que, además de corruptos, cometieron probables delitos. Uno fue notorio por el ordenamiento de torturas y encubridor de crímenes. Otro, involucró a los dirigentes de un partido político y a su propio jefe, el procurador, sin prueba alguna, en el asesinato de su hermano, y aprovechó la tragedia para obtener beneficios personales. La sociedad y algunos partidos políticos, uno incluso lo designó su asesor jurídico, lo convirtieron en héroe civil hasta que se le descubrió una fortuna inexplicable,<sup>27</sup> que el gobierno exhibió.

Uno más consignó a un culpable que él fabricó, pagó testigos, inventó pruebas. Cuando entraba a un restaurante, los comensales llegaron a aplaudirlo, su popularidad le hizo creer que incluso podía llegar a la presidencia de la República.

Otro más, siguió el ejemplo, fabricó pruebas, engañó, mintió incluso que sus hijos habían sido amenazados y sufrido accidentes para ganarse el apoyo de la opinión pública, la cual conoció que se trataba de patrañas y, en general, no reaccionó.

En todos estos casos, al principio, la sociedad no solo los apoyó, sino los impulsó. Con posterioridad, al conocerse la verdad y desilusionarse, se cargó todo el costo a la procuración de justicia, sin que la sociedad aceptara ninguna responsabilidad para ella.

<sup>27</sup> Carpizo, Jorge, *Anatomía de perversidades...*, cit., nota 9, pp. 98-102.

d) Algunas organizaciones no-gubernamentales, por filias o fobias, otras por corrupción, han mantenido campañas de desprestigio contra funcionarios honestos, probos y eficaces. Las organizaciones no-gubernamentales serias han decidido hacerse a un lado en estos casos. Ninguna denuncia; al contrario, aceptación de la organización fachada.

Un solo ejemplo basta: un periodista de Tamaulipas creó una organización no-gubernamental, cuya finalidad real fue la defensa de narcotraficantes. Cuando el ya mencionado excomandante Guillermo González Calderoni, el de la fortuna de los cuatrocientos millones de dólares según la DEA, era prófugo de la justicia mexicana, y residía en Estados Unidos, el periodista tamaulipeco se responsabilizó de la defensa del prófugo con sus colegas, incluso invitándolos, con todos los gastos pagados, claro está, a que escucharan personalmente la versión de González Calderoni sobre “su inocencia”.

Muchas organizaciones no-gubernamentales serias conocieron esta situación, nunca la denunciaron y continuaron relaciones con el periodista tamaulipeco y su organización como si fueran respetables.

e) Algunos medios de comunicación se prestan voluntaria o involuntariamente a campañas atroces para desprestigiar al funcionario capaz y probo. La finalidad es hacerlo flaquear en sus principios. Generalmente detrás de estas campañas existen intereses económicos fuertes para las empresas o para algunos comunicadores.

La sociedad, en diversas ocasiones, se percata de que el comunicador miente, hace de la mentira una práctica, y no recibe ninguna sanción por parte de la opinión pública cuando los hechos posteriores muestran y vuelven a mostrar que ha mentado deliberadamente, se le continúa escuchando o leyendo como si se tratara de un comunicador veraz y objetivo.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Carpizo, Jorge y Andrade, Julián, *Asesinato de un cardenal...*, cit., nota 10, pp. 524-528. Carpizo, Jorge, *Un año en la procuración de justicia: 1993*, cit., nota 6, pp. 446-453.

Algunos medios de comunicación y algunos comunicadores han sido comprados por diversos cárteles del narcotráfico;<sup>29</sup> hoy en día, esta es una afirmación que proviene de los propios medios de comunicación y de comunicadores con alto sentido ético de la existencia y de su profesión, y de los mismos narcotraficantes, como la declaración que hizo Benjamín Arellano Félix, aunque atribuyendo este hecho a “el chapo Guzmán”,<sup>30</sup> en el sentido de que este era muy poderoso, porque compraba todo, que incluso pagaba periódicos, y el propio “chapo Guzmán” acusó de lo mismo a los jefes del cártel de Tijuana. Resulta increíble que algunos medios electrónicos concedan espacios privilegiados, y por tiempos prolongados, a verdaderos gánsteres que han ofendido gravemente a la sociedad, les permiten “defenderse” y atacar a quienes les han aplicado la ley; los tiempos que les conceden son especialmente prolongados.

Ahora bien, hay medios de comunicación que no han contribuido a fortalecer una buena procuración de justicia, y están lejos de tener vínculo alguno con el narcotráfico; lo que sucede es que la noticia que se vende es la escandalosa, la que llama la atención, la que tiene contenido morboso, y la competencia entre los medios es muy dura; la lucha por conseguir patrocinadores y clientes no tiene tregua ni cuartel. Por todo ello, hay que realizar un reconocimiento a los medios y a los comunicadores que actúan con sentido ético de la delicada función que ejercen.

f) La sociedad no tiene memoria, se le engaña y se le vuelve a engañar y no reacciona.

Líderes políticos, sociales y religiosos mienten sobre casos de procuración de justicia, además de que gozan de impunidad, no reciben sanción social alguna, aunque para grandes sectores de la sociedad es claro que tratan de manipular casos sensibles de la procuración de justicia en beneficio propio o de su grupo.

<sup>29</sup> Véase la declaración de Carlos Payán Volver en *El Universal* del 22 de mayo de 2001, p. A8. Consúltense algunos aspectos de la corrupción en los medios, en *La Jornada* del 24 de mayo de 2001, p. 7, y en Trejo Delarbre, Raúl, *Volver a los medios. De la crítica a la ética*, México, Ediciones Cal y Arena, 1997, 389 pp.

<sup>30</sup> Véase *Excelsior*, 28 de julio de 1994, pp. 1 y 28.

También, ocurren declaraciones de otros líderes que no persiguen intereses propios, sino responden a una gran irresponsabilidad, declarando lo primero que pasa por su mente, sin conocer el asunto, y no hacen ningún esfuerzo de informarse.

g) En ocasiones, la sociedad exige resultados inmediatos de las investigaciones. A veces, es posible proporcionarlos, porque ya se tienen, en otras no. En diversas ocasiones, la presión para el otorgamiento de información ha perseguido la finalidad de alterar o desviar la averiguación previa.

Se ha llegado incluso al caso de que si con prontitud se proporciona información, porque la investigación lo permite, se especula que existe precipitación en la noticia, debido a que se quiere ocultar la verdad, pero si la información no se otorga, se supone que es por la misma razón. El absurdo del absurdo.

h) Muchos actores políticos discuten y cuestionan los casos más importantes de la procuración de justicia, con el objeto de obtener ganancias políticas y sociales y golpear al antagonista, sin importarles si sus alegatos gozan de algún sustento.

Situación diferente es si la procuración de justicia es deficiente o se comete una injusticia, porque entonces hay que dar la batalla contra esas deficiencias o vicios y conseguir el pleno respeto de los derechos humanos. En estos casos, la denuncia y el seguimiento de los expedientes por parte de la sociedad, los medios y las fuerzas políticas, son indispensables.

Con la politización de la justicia casi nadie gana; desde luego, no la sociedad. No obstante, algunas corrientes ideológicas y políticas —como la ultraderecha— han manipulado casos, con la finalidad de obtener votos, y debe admitirse que su estrategia les ha resultado exitosa.

i) En sociedades regionales, incluso en algunas de las más conservadoras y cerradas, llegan personas desconocidas, nadie sabe quiénes son, pero poseen fortunas inmensas, comienzan a comprar algunas de las mejores residencias del lugar a precios sobrevaluados que los dueños no resisten, a invertir en grandes empresas prestigiadas, a realizar donaciones inmensas para obras

de beneficencia, religiosas o culturales. Se relacionan con la élite social y económica del lugar cuyos miembros asisten a sus fiestas versallescas. Se van estableciendo relaciones de amistad que, a veces, terminan en familiares a través de bodas.

No se sabe de donde provienen esas personas ni el origen de su colosal fortuna. No se quiere saber. No se indaga. No se comenta aunque se presiente que pueden estar relacionadas con el crimen organizado.

En ciudades pequeñas, jefes del crimen organizado regalan escuelas, iglesias, hospitales. Se conoce quienes son y cuál es su actividad, pero son bienes necesarios para la colectividad y se aceptan. Es más, en algunos casos, esos jefes gozan de simpatía social. En mi opinión, estas situaciones son socialmente menos dañinas que la hipocresía de las “buenas sociedades” santonas y cínicas.

j) En el clima moral de México, al cual ya me referí, muchos niños y jóvenes ven su incursión en el crimen organizado como un camino aceptable para alcanzar los verdaderos valores de la sociedad mexicana, debido a que si adquieren poder y dinero, obtendrán impunidad y prestigio social.

k) La situación ha llegado a extremos inconcebibles y la sociedad ni sus organizaciones reaccionan. Procuradores honestos y eficaces que lograron éxitos contra el crimen organizado, cuando finalizan el cargo, son llamados por jueces en calidad de testigos o para carearlos con los delincuentes a los cuales consignó, y se le piden públicamente sus datos personales como el domicilio, exponiéndose a su familia. La comparecencia del exprocurador no es necesaria en el juicio; al realizarse se amedrenta a los procuradores. Como dijo un exprocurador: “¿entonces cuál seguridad se tiene en el cargo!” y más cuando es claro que se trata únicamente de una medida dilatoria en el juicio o de una presión política para que alguien salga de la cárcel.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Entrevista al exprocurador Alfonso Navarrete Prida, *El Sol de México*, 30 de agosto de 2007, pp. 1 y 2A-4A.



Los medios de comunicación difundieron esa situación y nadie protestó, ninguna asociación de abogados. Nadie. A nadie le importó.

l) No puedo ignorar que en muchas ciudades, la sociedad sufre una gran frustración, debido a que se presenta la denuncia penal y nada acontece, lo cual estimula el temor y la desconfianza. Cuando la sociedad cumple su parte y denuncia algo extraño o sospechoso, debe observar una reacción contundente de la autoridad; en caso contrario, el desaliento se convierte en sospecha y después en miedo.

3. La procuración de justicia no va a mejorar sensiblemente y de fondo, si la sociedad no se involucra en el problema y comienza a modificar muchas de las actitudes anteriormente descritas. Enuncio algunas ideas que pueden ayudar a regenerar la procuración de justicia y que corresponden a la sociedad:

- a) Con acciones ir cambiando la moral pública de México. Lucha frontal, no aceptación y repudio real a la quinteta de la muerte, a la cual me he referido en este ensayo y en otras ocasiones.
- b) Exigir a la autoridad impunidad cero, se trate de quien se trate, así sea un dirigente político, social o religioso muy poderoso.
- c) Repudio social a los delincuentes, especialmente a quienes al ocupar un cargo público se enriquecieron ilícitamente, y a quienes actuaron fuera de la ley.
- d) Cuidado en las organizaciones sociales para no proteger a delincuentes o a quienes los defienden.
- e) El acatamiento de las normas éticas de la profesión periodística para proporcionar información objetiva, verificando las fuentes, no reproduciendo chismes ni mentiras, ni haciéndose eco de intereses lejanos a la verdad. Los medios deben realizar periodismo de investigación, denunciar cualquier irregularidad y probable delito.

En la procuración de justicia, tan importante es la denuncia pública con fundamento como la lucha contra las mentiras y los infundios.

- f) La sociedad tiene que poseer memoria de los casos paradigmáticos a través de informarse bien para no dejarse engañar por funcionarios públicos, ex funcionarios públicos o líderes sociales y religiosos.
- g) Evitar que la procuración de justicia se politice, eludiendo que los casos jurídicos se utilicen con fines políticos.
- h) Rechazo social a quienes tienen fortunas inexplicables o que bien se conoce que su procedencia es el crimen organizado, mucho menos recibir alguna prestación económica, servicio o colaboración por parte de ellos.
- i) Presión social para que los crímenes de los buenos funcionarios de la procuración de justicia no continúen impunes.
- j) Involucramiento de organizaciones sociales serias en apoyo a las procuradurías en algunos aspectos de sus responsabilidades, como en la prevención del delito, específicamente de aquellos contra la salud, y las organizaciones no-gubernamentales de derechos humanos, en lo relativo a esta materia.
- k) Reconocimiento social al trabajo policial bien realizado. Que los hijos de los policías no sientan vergüenza por la labor de sus padres. Policías bien integrados a su entorno social garantizan que involucrarse en la corrupción sea más difícil y costoso.
- l) Fomento de principios morales laicos en la profesión jurídica. Se necesitan colegios de abogados, serios y responsables, que vigilen el desempeño ético de sus agremiados.

## VI. RECAPITULACIÓN

Reitero e insisto en algunas ideas expuestas en el ensayo, que me han preocupado desde hace muchos años:

1. La procuración de justicia es una función tan importante para el ser humano como la impartición de justicia. No obstante, a la primera se le ha menospreciado enormemente en casi todos los países del mundo, colocándola como parte del Poder Ejecutivo y limitando, por consecuencia, su independencia. La procuración de justicia es una labor técnica que debe estar alejada de la política y de la razón de Estado; quienes desempeñan esa delicada función deben gozar de garantías similares a las de un juez.

2. A partir de la segunda posguerra mundial, existen avances en asegurar la independencia de los agentes de la procuración de justicia y su total compatibilidad con el respeto a los derechos humanos, tal y como sucede en Alemania e Italia. Sin embargo, incluso esos sistemas son sujetos a cuestionamientos. El tema de la procuración de justicia constituye uno de los grandes debates actuales del derecho constitucional y del penal.

3. En México, los problemas de la procuración de justicia se agudizan gravemente por la situación que guarda la moral pública, la cual se ve asolada por una quinteta de la muerte: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras, así como por el avance del crimen organizado.

4. En el análisis que realicé sobre la moral pública en nuestro país en 2000, resalté como una de sus causas la existencia de un partido hegemónico durante siete décadas. Después de contemplar lo acontecido en el sexenio 2000-2006, durante esos años de la alternancia en el poder, en los cuales la quinteta de la muerte permaneció con igual o mayor vigor que antes, concluyo que esos males son más profundos y más arraigados en nuestra sociedad de lo que había considerado.

5. En la problemática de la procuración de justicia debe otorgarse más y especial cuidado al factor humano, el que corresponde en buena parte al estado de la sociedad. Como bien dice Andrés de la Oliva, no podemos conformarnos con que el elemento humano de la justicia solo refleje el ambiente social, sino que lo debe liderar y liderarlo ejemplarmente.

6. Las calidades que el procurador debe poseer —honestidad, capacidad y responsabilidad— permean a todos los servidores públicos de la dependencia. Es decir, cuando se conoce que se cuenta con un procurador con esas calidades, los actos de corrupción, violaciones legales y a los derechos humanos, e irresponsabilidades, disminuyen notablemente. Cuando el procurador no posee esas calidades, la procuración de justicia tiende a convertirse en un enjambre de complicidades.

7. Desde luego, las calidades y valores que destaco que deben adornar a los procuradores, son los mismos que deben poseer especialmente los altos funcionarios de la dependencia y, en general, todos aquellos que colaboran en la delicada función de la procuración de justicia, aunque el procurador es el líder y es hacia quien se dirigen todas las miradas en el organismo. El procurador tiene una responsabilidad especialmente delicada, y si no la cumple adecuadamente, a él hay que aplicarle la ley respectiva.

8. En consecuencia, es indispensable que el personal que labora en las procuradurías sea el idóneo y adecuado, y conseguirlo es posible. Al respecto, en este ensayo señalo algunas ideas, desde la manera del nombramiento, el establecimiento de una verdadera carrera de agente del Ministerio Público y de la policía hasta la creación de un sistema de estímulos sociales y económicos.

9. El estado actual de la procuración de justicia, la criminalidad y la inseguridad en nuestro país flagela gravemente a la sociedad, la aflige y la agravia.

Es obvio que la mayor responsabilidad de este desastre nacional corresponde a los tres niveles de gobierno, en particular a las procuradurías de justicia y a los cuerpos de seguridad. No obstante, la responsabilidad que en dicho desastre corresponde a la sociedad no es menor, debido a diversas razones; enuncio algunas tales como: indiferencia ante la impunidad de los homicidios de buenos y honestos procuradores y altos funcionarios de las procuradurías; aceptación social de ex funcionarios corruptos y de delincuentes de calibre como grandes señores, debido a su inmensa fortuna; la actuación de organizaciones sociales y no

gubernamentales por fobias, filias e ideologías; el papel que desempeñan algunos medios de comunicación; el alto grado de tolerancia a la impunidad, la corrupción y la mentira; el desamparo legal y social a buenos exfuncionarios de procuración de justicia.

10. La procuración de justicia en México no va a mejorar sensiblemente si la sociedad no se involucra en el problema y modifica varias de sus actitudes e indiferencias. La sociedad organizada mucho puede lograr, comenzando por exigir corrupción cero, impunidad cero, no dejándose engañar y colocando a cada persona en el lugar social que merece. Es decir, no considerando al delincuente, sea quien sea y por la razón que sea, como un gran señor.



CUARTA PARTE  
ESTUDIOS SOBRE ENTIDADES FEDERATIVAS





UNA TAREA INSOSLAYABLE DE LA TRANSICIÓN  
DEMOCRÁTICA DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS:  
LA PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS  
DE LOS PODERES JUDICIALES ESTATALES  
Y DE SUS TRIBUNALES ESPECIALIZADOS\*

Daniel BARCELÓ ROJAS\*\*

Si bien con importantes diferencias de grado, los sistemas políticos de los estados de la República federal mexicana, por la forma en que han operado en la primera década del siglo XXI, pueden clasificarse como sistemas políticos “demoautoritarios”. El concepto “demoautoritario” se debe a Karl Loewenstein, quien sugiere que en tales sistemas los gobernantes acceden al poder por el voto del pueblo, pero una vez investidos como autoridad electa ejercen el poder en forma autoritaria, sin controles eficaces sobre sí; de ahí su naturaleza híbrida democrática y autoritaria, pero con clara predominancia del elemento autoritario. El componente democrático inicial solo sirve como mera fachada para legitimar el ejercicio autoritario del poder y los recursos públicos.

Cabe señalar que observando la operación del sistema político del Porfiriato, don Francisco I. Madero, en su libro *La sucesión*

\* Conferencia dictada en Guadalajara, Jalisco, el 28 de marzo de 2011, en el marco de la “Cátedra Nacional de Derecho Constitucional Jorge Carpizo” de la Universidad de Guadalajara.

\*\* Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana (campus ciudad de México); maestro en Política y Gobierno por la Universidad de Essex (Inglaterra); doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Actualmente se desempeña como profesor-investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

*presidencial en 1910*, había llegado a la misma conclusión que Karl Loewenstein acerca de la existencia de un tipo de autoritarismo con ropajes de legalidad. Madero había identificado la *simulación constitucional* como la estrategia del autoritarismo mexicano, dentro de la cual se observaba escrupulosamente la periodicidad de las elecciones. En síntesis, el sistema operaba entonces mediante la colonización de los poderes Legislativo y Judicial por personajes afines al gobernador. En teoría estos son los poderes que debían controlar el ejercicio del poder del jefe del Poder Ejecutivo, pero su capacidad de control se anulaba al ser integrados por agentes de la facción política del gobernador.

Don Francisco I. Madero pretendió acercar las formas a la realidad constitucional promoviendo la no reelección de los gobernadores mediante la correspondiente reforma a la Constitución federal y Constituciones de los estados, lo que fue sin duda una medida acertada pero insuficiente del derecho de la Revolución. La arquitectura del edificio constitucional de las entidades federativas ha variado desde los días de la Revolución en otros aspectos, pues se han incorporado los partidos políticos como parte del entramado institucional. También los órganos constitucionales autónomos. Pero la lógica autoritaria de ejercicio del poder no ha variado, ya que estos órganos habitualmente son también colonizados por los gobernadores.

Es posible afirmar que con leves modificaciones, el mismo sistema de anular el sistema de control entre poderes, establecido en las Constituciones locales, sigue en operación en la actualidad en los estados de la República federal mexicana en esta primera década del siglo XXI, con independencia de la identidad partidaria del gobernador en turno. En el 2000 con la alternancia en la presidencia de la República se crearon grandes expectativas entre la ciudadanía de transformación política, pero los cambios solo se hicieron en el ámbito federal, en donde se cuenta ya con un control entre poderes que incluso se encuentra en proceso de perfeccionamiento por impulso de las LX y LXI legislaturas del Senado de la República. Ello contrasta con

la situación en los estados, pues en las entidades federativas no ha habido reforma política, sino tan solo la actualización de las prácticas y la fachada institucional demoautoritaria.

A este respecto es de advertir que la colonización que antes hemos descrito es solo una vía del demoautoritarismo para anular la división de poderes como técnica de control del poder. *Pero al lado de ella es posible identificar una arquitectura constitucional y legal del demoautoritarismo* que facilita dicha colonización y, en general, el ejercicio arbitrario del poder por la nomenclatura autoritaria ubicada en los tres poderes y en los órganos constitucionales autónomos. En este trabajo me voy a ocupar únicamente de la parte del diseño demoautoritario concernida con el Poder Judicial, subrayando la función que desempeña la opacidad con la que se conducen los juzgadores en este tipo de sistemas políticos.

Inicio con la siguiente aseveración: en el demoautoritarismo, el Poder Judicial está diseñado para no servir como control eficaz del poder al tiempo que sirve de sustento para la retórica de la “legalidad” de la nomenclatura autoritaria —el “respeto a la ley”, al “Estado de derecho” es usado sistemáticamente para legitimar el sistema político—. Como sugiere Tom Ginsburg, el sutil diseño es bastante simple de detectar para un especialista en derecho constitucional, pero no para el común de la ciudadanía: se establece en la Constitución que los tribunales del Poder Judicial, incluido el tribunal más alto del Poder Judicial del estado, se constituyen como “tribunales de legalidad”. Ello significa que solo tienen competencias para conocer y resolver sobre conflictos que se suscitan por la aplicación de “leyes”, pero no sobre conflictos donde se tiene que aplicar directamente un precepto de la “Constitución”. Y es en la Constitución donde se encuentran los derechos políticos de los ciudadanos, así como las potestades de control entre sí de los poderes públicos, cuestiones sobre las cuales no puede resolver el tribunal superior de justicia por razón de competencia. Dicho tribunal, como se apuntó, es un tribunal de “legalidad”, pero no de “constitucionalidad”. Como

sugiere Tom Ginsburg, el Poder Judicial en el sistema autoritario no tiene dientes.

Al anular al Poder Judicial como garante de la Constitución, se anula por extensión el poder de control del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo, y el control de los ciudadanos sobre ambos en ejercicio de sus derechos políticos constitucionales. Así, como ha sucedido de hecho en todos los estados en esta primera década del siglo XXI, se conocen escandalosos casos de corrupción perpetrados por altos funcionarios del Poder Ejecutivo estatal, pero el Poder Legislativo no les puede obligar efectivamente a rendir personalmente cuentas ante el Congreso, y a partir de ahí exigirle responsabilidad política, ya que el Congreso no tiene una acción de controversia constitucional para hacer valer su competencia de control.

Un segundo trazo de diseño de los poderes judiciales en los sistemas demoautoritarios es que se fragmenta la actividad jurisdiccional estableciendo varios tribunales especializados al lado de los tribunales del Poder Judicial, que material y aun formalmente dependen del Poder Ejecutivo, como son los tribunales burocráticos, o los tribunales contencioso administrativos y fiscales. Esta medida de fragmentación difumina y reduce a uno de los tres poderes públicos del esquema clásico de control del poder. Aunado a lo anterior, la tercera nota de diseño es la asfixia presupuestal que padece sistemáticamente el Poder Judicial y los órganos especializados que tienen atribuida potestades jurisdiccionales. Una cuarta nota del diseño del demoautoritarismo es la opacidad de las sentencias de dichos tribunales del Poder Judicial y de los tribunales especializados locales para facilitar el ejercicio arbitrario del poder, medida que tiene su origen histórico en la teoría de la ley del absolutismo medieval europeo.

Sobre esta última tesis sostengo que una medida absolutamente indispensable para democratizar los sistemas políticos de las entidades federativas mexicanas es exigir por ley que las sentencias de los jueces de los poderes judiciales de los estados de lo constitucional, civil, penal, administrativo, laboral y mercantil deben ser públicas, de acceso universal a los ciudadanos de los

estados. Tal obligación constitucional, en mi opinión, puede y debe recaer para su instrumentación en los consejos de la judicatura de los estados, a los que se les debe encomendar crear y mantener los expedientes judiciales en archivos electrónicos a los que cualquier persona pueda acceder vía Internet, sin que haya necesidad de solicitar la autorización de acceso a autoridad alguna. El derecho al honor y la intimidad o privacidad de las partes en los juicios queda a salvo con la mera supresión de nombres.

En esta última propuesta concentro mi atención; advierto que cuando me refiero a la publicidad de las “sentencias”, quiero con ello significar *el expediente completo que contiene hechos y argumentaciones de derecho* y la sentencia propiamente dicha de todos los tribunales y juzgados del estado. En adición, por acceso público “universal” entiendo el acceso de cualquier persona a las resoluciones judiciales de cualquiera de los juzgados y tribunales de su estado y no solo de aquellas personas que han sido partes en el juicio, y ello sin solicitar a autoridad alguna la autorización para acceder al expediente.

Para valorar la tesis que sustentó sobre la publicidad de las sentencias como una de las medidas más obvias y fáciles de implementar para combatir la simulación constitucional del demoautoritarismo, el lector debe apreciarla desde la perspectiva del diseño constitucional integral de nuestro sistema político democrático representativo. Este método sistemático de aproximación *deliberadamente se quiere apartar del que utiliza el especialista en derecho procesal, cuyo objeto de estudio explícitamente reduce el tema al ámbito del procedimiento judicial y de las partes que intervienen en el mismo. En el presente trabajo el procedimiento judicial es considerado una parte de todo un conjunto de procesos interdependientes (procesos políticos y procedimientos jurisdiccionales) establecidos en la Constitución. El objeto de estudio es el diseño integral del control del ejercicio del poder.* Dicho en otras palabras, se estudia el bosque y no el árbol, como suelen hacer por explicables y justificadas razones los especialistas en derecho procesal civil y penal, e incluso la mayoría de los especialistas en amparo formados en el siglo XX.

También se aparta de la aproximación reduccionista del legislador local que, contaminado por años de inercia, concibe que el conocimiento de una sentencia es parte del derecho de acceso a la información pública, pero que para ejercerlo el ciudadano debe solicitar expresamente el expediente. Considero que este derecho no se ejerce actualmente a plenitud porque las sentencias no son del dominio público, ni siquiera en aquellos estados que tímidamente iniciaron el esfuerzo por hacer públicas las sentencias del Poder Judicial local a petición de parte —como en Nuevo León—. En mi opinión, este entendimiento de la ley estatal de Nuevo León de acceso a la información pública equivale a que un ciudadano tenga que solicitar por escrito ante una instancia burocrática el periódico oficial de su estado para conocer sus leyes. Hoy día nos encontramos en una situación absurda en la que conocemos la ley que aprueban los legisladores publicadas en los diarios oficiales de los estados, pero en cambio se nos bloquea el conocimiento de la interpretación de la ley que realizan los jueces locales.

¿Por qué no se publican todas las sentencias en Nuevo León? ¿Por qué no se publican las sentencias de los tribunales del Poder Judicial y de los tribunales especializados de Jalisco? ¿Por qué no se publican en el resto de los estados de nuestra Federación? Esta omisión solo es explicable por la inercia de nuestro pasado autoritario, reproducida actualmente en forma consciente o inconsciente en el Poder Judicial del sistema demoautoritario. La opacidad de las sentencias en su día —ya muy lejano por cierto—, se legitimó sobre la base de la influencia del modelo extranjero del que echó mano nuestro autoritarismo para construir su discurso de la “legalidad” —la tradición francesa de la casación que se debe a la teoría jurídica del absolutismo europeo— que con gran vigor penetró en México particularmente en tiempos de don Porfirio Díaz, pero que tenía antecedentes en los procedimientos judiciales de la Colonia ante los “oidores”, como registró Gonzalo Fernández de Oviedo. Esta tradición se mantiene muy viva en la concepción del control de la legalidad

en los poderes judiciales de los estados de la República federal mexicana en nuestros días.

La casación francesa, como afirman reputados juristas, fue un sistema concebido por el absolutismo europeo para que los monarcas impusieran *su ley* a través de *sus* jueces, encargados de anular las sentencias de los jueces inferiores por no ajustarse a la interpretación de la ley según el entendimiento del monarca. Siglos después Porfirio Díaz hizo lo mismo en México, y por las mismas razones, y con ello anuló la obra de los constituyentes de 1857 que habían construido en la Constitución un sistema inspirado en el modelo norteamericano de control judicial difuso de constitucionalidad, cuya coherencia y articulación sistémica se garantizaba sobre la base de precedentes judiciales directivos — sobre “jurisprudencia” como se le llamó en México—.

Es el caso que al día de hoy tenemos integradas dos tradiciones en nuestro derecho patrio vigente: la tradición americana y la tradición francesa. La tradición americana asume la más amplia publicidad de las sentencias de todos los jueces del Poder Judicial. Véase, por citar solo un ejemplo de ello, la sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, pero también los libros con los que actualmente se enseña derecho en aquel país, basados en buena medida en sentencias que son del dominio público. Esta es la tradición que introdujo con toda claridad la generación de 1857 en nuestra Constitución federal y en las Constituciones de los estados de ese mismo periodo histórico. Precisamente por ello —por la necesidad de dar publicidad a las sentencias— la generación de juristas de 1857 creó por ley del Congreso el *Semanario Judicial de la Federación* para hacer públicas las resoluciones judiciales, pero en su integridad, incluidas las argumentaciones de los “fiscales” o ministerios públicos.

La tradición francesa, por el contrario, no requiere que las sentencias sean publicadas, y cuando lo son, no se requiere que se expongan las argumentaciones de derecho de los jueces.

La razón teórica de esta gran diferencia entre uno y otro modelo se explica porque los americanos reconocen con toda clari-

dad *la capacidad de los jueces de crear derecho* a través del sistema de precedentes judiciales (*stare decisis*). Los liberales mexicanos del 57 asumieron este modelo, y determinaron la capacidad de la “jurisprudencia” para convertirse en fuente de derecho. Lo dice expresamente nuestra Constitución vigente, que reconoce la capacidad creadora de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y actualmente también de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos al interpretar el Pacto de San José (caso *Radilla*).

Los franceses de los siglos XVIII y XIX, por el contrario — entendimiento con notable inercia aun al día de hoy — asumen que los jueces no crean derecho, que esta es una competencia exclusiva de los legisladores electos por el pueblo. Entendimiento derivado del proceso histórico de la Revolución francesa que tuvo el propósito que el pueblo ejerciera su soberanía mediante sus representantes en la Asamblea Nacional. Entonces, si los jueces no crean derecho, la primera consecuencia lógica es que resulta irrelevante que se publiquen las sentencias, que solo son de interés para las partes en el juicio. Pero no solo eso: una segunda consecuencia es que la tradición francesa, basada en esta versión decimonónica de la preeminencia del legislador sobre el juez, emite sentencias muy escuetas sin publicar los razonamientos del juez — en el entendido que el razonamiento jurídico ya lo ha hecho el legislador a cuya voluntad el juez se debe plegar exactamente al aplicar la ley —.

A últimas fechas en México, en adición al legado de la teoría jurídica de origen francés, los juristas más sofisticados del demoauctoritarismo suelen aducir también, como argumento para mantener la opacidad judicial de nuestro pasado autoritario, que con la opacidad de las sentencias se protege el derecho al honor y la intimidad de las personas que participan en el juicio. Sin embargo, tal argumento es insostenible, pues se pueden proteger tales derechos con la simple omisión de los nombres en los expedientes que se hagan del dominio público en archivos electrónicos a través de internet.



Esta cultura autoritaria debe ser identificada y combatida en México, ya que la opacidad de las sentencias ha venido siendo sumamente amigable con el sistema autoritario de los estados ¿Por qué? Porque en casos exactamente igual, un juez —por consigna política ordenada por el gobernador o sus operadores políticos, o por mera corrupción del juzgador— puede decidir en forma diferente. Ello viola el derecho constitucional nacional y de fuente internacional (Pacto de San José) de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica, pero satisface la necesidad del sistema autoritario para flexibilizar la justicia que imparte el dictador en turno. Un juez puede disponer “X” o “Y” en su sentencia, y saber que el hecho de que no se publique hace sumamente difícil que se le finquen responsabilidades jurídicas por el ejercicio arbitrario de su potestad jurisdiccional. En suma: la opacidad facilita la arbitrariedad en el ejercicio del poder por parte de los jueces.

Tal concepción decimonónica de la no publicidad de las sentencias fue acogida por los españoles, y de ahí llegó a México. Pero cabe aclarar que España se ha venido apartando de dicha tradición desde 1978, cuando cobra vigencia su actual Constitución, y este alejamiento se ha acentuado todavía más por efecto de su incorporación a la Unión Europea y la obligación de los jueces españoles de todas las jerarquías y materias de acatar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante ello, los mexicanos seguimos encadenados a ese obsoleto modelo, que ya no opera como operó en el siglo XIX ni en Francia ni en España. Actualmente los españoles reconocen la capacidad de los jueces de crear derecho, jurisprudencia, y por congruencia con su nuevo modelo democrático que inicia en 1978, publican todas las sentencias de todos sus juzgados y tribunales en una base de datos electrónica que integra y administra el Consejo de la Judicatura de España y al que tienen acceso todas las personas sin restricciones, sin tener que pasar por la aprobación de una solicitud como ordena la pionera ley de Nuevo León a la que antes nos hemos referido.

Tenemos que cambiar. Jalisco —opino— tiene que cambiar y retomar el modelo prefigurado por su gran jurista Ignacio L. Vallarta y la generación del 57. Es una *necesidad dar la más amplia publicidad a las resoluciones judiciales como componente indispensable de la transición democrática en los estados, Jalisco incluido*. Las razones para publicar las sentencias, sustentadas en una interpretación sistemática de la Constitución, son las siguientes:

Uno. El primer efecto de la publicidad de las resoluciones judiciales es permitir al legislador federal y local, así como al ciudadano que es representado por estos, que el juez al aplicar la ley en casos concretos respeta la voluntad del legislador democráticamente electo. La Constitución señala con absoluta claridad que, consecuente con la lógica de la democracia representativa, el juez debe buscar el sentido de la ley en el texto. Solo si este es ambiguo, el juez debe desentrañar su sentido acudiendo a la exposición de motivos de la ley, a los dictámenes producidos por las comisiones competentes del Congreso local, a las discusiones producidas en el seno de las comisiones y en el Pleno, a las observaciones del jefe del Poder Ejecutivo en caso de que este haya interpuesto un veto, y a todos los demás registros legislativos pertinentes que llevaron a la aprobación de la ley y que sea necesario consultar para desentrañar su significado. Solo cuando el juez no encuentra el sentido de la norma en los registros del Poder Legislativo, el juez debe crear derecho para resolver el caso concreto.

Pareciera ocioso afirmar que si la argumentación del derecho que hace el juez no es pública, simplemente no hay forma de constatar que el juez se ciñe a la voluntad del legislador democráticamente electo por el pueblo.

Dos. La publicidad de las sentencias es el único medio por el cual se puede constatar que los jueces locales están efectivamente aplicando la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, que están efectivamente llevando a cabo un “control de convencionalidad difuso”. El derecho internacional de los derechos humanos establecido en los tratados internacionales de los

que México es Estado parte, y que interpretan tribunales supranacionales, vinculan a las autoridades jurisdiccionales mexicanas federales y estatales. En este orden de ideas, todos los estados de la República, sin excepción, deben contar con un tribunal de constitucionalidad eficaz, que en los casos de derecho estatal observe y aplique la jurisprudencia vinculante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que obligue a los tribunales inferiores locales a seguir sus precedentes.

Tres. Complementariamente, el derecho de acceso universal a la información de las resoluciones judiciales de los gobernados satisface el interés más directo de quienes participan en el juicio de conocer las resoluciones del juez en todos los procesos en los que este ha participado: solo si una persona que participa en un juicio conoce las resoluciones pasadas del juez en casos similares al suyo puede estar seguro que la ley le será aplicada en forma igual. El juez está obligado a respetar el derecho de igualdad ante la ley, que es un derecho fundamental. Si un juez o tribunal concreto ya ha resuelto un caso igual (caso A) al que conoce posteriormente (caso A'), el juez debe resolver el caso A y el caso A' de la misma manera. Con el ejemplo anterior puede entenderse con claridad que la publicidad de las resoluciones judiciales es el único medio a través del cual se puede garantizar la igualdad ante la ley de los gobernados en la aplicación judicial de las leyes sustantivas y procesales constitucionales, penales, civiles, administrativas, y del trabajo del estado, así como las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos.

Cuatro. La igualdad en la aplicación de la ley sustantiva y procesal en cada asunto judicial no es únicamente un derecho subjetivo del gobernado, sino un derecho que también tiene una dimensión objetiva. Todos los ciudadanos que no participamos en tal o cual juicio tenemos, no obstante ello, un interés que a las partes en el juicio se les aplique la Constitución, y la ley sustantiva y procesal de la misma manera, porque ha sido una decisión política fundamental de los mexicanos constituirse como

una República regida por leyes —la razón objetivada— y no por los caprichos de quienes ejercen poder público. En este sentido, la publicidad de las resoluciones judiciales en cada caso judicial de todos los jueces, es un elemento que contribuye enormemente a la seguridad jurídica y, por consiguiente, a la solidez del Estado de derecho. La seguridad jurídica es un principio escrito de la Constitución que obliga a todos los poderes públicos, y desde luego al Poder Judicial. Todo gobernado tiene derecho a la seguridad jurídica, lo que a *contrario sensu* significa la interdicción de la arbitrariedad en la aplicación de la ley por parte del juez y que este respete el Estado de derecho.

Cinco. Siguiendo el esquema de la Constitución federal, las Constituciones de algunos estados señalan que los jueces del más alto tribunal del estado —los jueces locales de constitucionalidad— pueden crear derecho mediante la jurisprudencia. También señalan que los jueces de lo civil, mercantil, laboral y administrativo, cuando no existe ley aplicable al caso o jurisprudencia creada por tribunales de mayor jerarquía, deben “integrar” el derecho, deben *crear derecho*, utilizando como guía cuerpos normativos supletorios y en última instancia los “principios generales del derecho”. Por esta última razón las resoluciones judiciales deben ser públicas en su integridad. Necesariamente los jueces deben exponer a la ciudadanía los argumentos jurídicos por los cuales *crean derecho*, pues es en los argumentos de derecho donde el juez funda su resolución y explica por qué va a crear derecho y porqué lo ha creado de tal manera y no de otra diferente. *Es una regla general de una democracia representativa que todo derecho que se crea en nombre del pueblo —ya provenga del Poder Legislativo, ya del Poder Judicial— debe ser público, porque el derecho que crean lo hacen en ejercicio de un poder delegado por el pueblo sujeto a condiciones: rendir cuentas y asumir las consecuencias de las actuaciones públicas que deben invariablemente ajustarse a la Constitución y las leyes.*

Seis. La publicidad de las sentencias es una condición absolutamente necesaria para exigir responsabilidades políticas y jurídicas a los jueces.

En una democracia representativa los jueces ejercen un poder delegado por el pueblo sujeto a condiciones —la conformidad del juez a la Constitución y a las leyes del Estado—. En este contexto, los ciudadanos solo pueden saber si esta potestad jurisdiccional que se ejerce en nombre suyo es ejercida con rectitud solo si las resoluciones judiciales son públicas —como se hizo evidente en el “caso Chihuahua” y posteriormente en el caso ventilado en el documental “Presunto culpable”.

Nuestro esquema constitucional integra un régimen de responsabilidades políticas y jurídicas para los funcionarios de todos los poderes públicos. De acuerdo con él, el uso arbitrario del poder jurisdiccional por un juez determinado debe ser señalado por los ciudadanos ante el Poder Legislativo en el caso de los magistrados del Tribunal Superior, a efecto de que se enderece un juicio político si se trata de una violación de extrema gravedad; o ante el Consejo de la Judicatura si se trata de un juez diferente —cada Constitución estatal reconoce esta posibilidad en el capítulo de régimen de responsabilidades de los servidores públicos—, potestad de todo ciudadano que a su vez se proyecta en otras leyes y en especial en la Ley Orgánica del Poder Judicial que contempla la responsabilidad política y penal de los jueces. He ahí cómo irradia sus efectos el derecho de acceso a la información de los ciudadanos en el Poder Judicial al vincularse con los instrumentos de exigencia de responsabilidad política y jurídica por el ejercicio indebido del poder en el marco de una democracia representativa. El derecho de acceso a la información pública es un derecho político fundamental de los gobernados.

Si consideramos la evidencia de otros países en la actualidad, o las razones por las cuales en el pasado Benito Juárez y la generación de la Reforma introducen el sistema de jurados en México en el siglo XIX, podemos identificar el efecto indicado atribuible a la exposición de las resoluciones judiciales. *En tiempos de Juárez la publicidad de las sentencias se concibió, y sigue siendo hoy día, una técnica de control democrático del ejercicio del poder jurisdiccional.* La sola publicidad de las resoluciones judiciales provoca que al saber cada

juez que sus sentencias podrían servir para fincarle responsabilidades políticas o jurídicas, o de ejemplo (o escarnio) utilizado por sus pares, o por los abogados litigantes, o por la academia en la enseñanza del derecho, o como medida de su capacidad para futuras promociones por los miembros del Consejo de la Judicatura, o por legisladores al momento de seleccionar candidatos a jueces constitucionales estatales o federales, esa conciencia de la repercusión potencial de sus actos hace que los jueces se esfuerzen constantemente en el estudio del derecho para aplicarlo a cada uno de sus casos.

La publicidad de las argumentaciones jurídicas que conducen a la sentencia tiende a reducir sustancialmente la corrupción o negligencia inexcusable de los jueces locales y de los agentes del Ministerio Público en asuntos de materia penal, que prolifera por el solo hecho de saber que sus actuaciones no son del dominio público. Esta afirmación se ejemplifica por el efecto causado con la exhibición pública del juicio en el estado de Chihuahua del asesino de Rubí, que tras ser liberado por los jueces asesina a su madre por haber insistido ante las autoridades que se hiciera justicia a su hija asesinada.

Pero hay otra cara de esta moneda: la publicidad de las resoluciones judiciales garantiza que la actuación de los jueces honrados y competentes de los estados no se afecte por la actuación de los juzgadores corruptos y/o incompetentes.

Siete. Un efecto más de la publicidad de las resoluciones judiciales a través de las cuales se aplican diversas leyes, es permitir al legislador federal y local percibir las fallas atribuibles no a las personas que prestan sus servicios en el Poder Judicial, sino a la calidad de las leyes. Resultados deficientes en la impartición de justicia pueden ser atribuibles a leyes procesales mal concebidas o a la Ley Orgánica del Poder Judicial o, incluso, a un diseño institucional inadecuado establecido con rango constitucional. Lógicamente, para actuar sobre las leyes que producen los malos resultados y rectificar las fallas de las leyes procesales u orgánicas y aun de la propia Constitución, el legislador debe partir de un

diagnóstico preciso que solo puede realizar si es capaz de analizar la operación del sistema a través de las resoluciones judiciales —lo que solo es posible si estas son públicas—. El ejemplo paradigmático de lo que venimos señalando es la exhibición del documental *Presunto culpable*, que puso en evidencia la baja calidad de la impartición de justicia local en el Distrito Federal, atribuible en gran medida a la forma en que se encuentra configurado el procedimiento penal que no exige la intermediación directa del juez cara a cara con el acusado y los acusadores.

Ocho. El derecho de acceso a la información pública del Poder Judicial es un derecho político fundamental de los gobernados que sirve de instrumento para ejercer otros más, es decir, la garantía de este derecho de los gobernados es un elemento que contribuye a incrementar el goce de otros derechos.

El primero es que al publicar las resoluciones judiciales la justicia se torna más rápida y expedita, lo que también es un derecho fundamental del gobernado. La razón es muy simple: un juez que tiene ya un precedente (caso A), no tiene que invertir mucho tiempo para llegar a una conclusión en un caso igual que se presenta con posterioridad (caso A'). Si el juez cuenta con un precedente judicial ahorra tiempo, tanto si es un precedente vertical como si es un autoprecedente o incluso un precedente horizontal. Ahorrar tiempo equivale a una justicia rápida y expedita sin comprometer la calidad de las resoluciones judiciales.

Bajo este mismo razonamiento, todos los demás ciudadanos que no participamos como partes en el juicio nos vemos también beneficiados por el ahorro de tiempo. Cuando el juez y los secretarios de estudio y cuenta que elaboran los proyectos de sentencia identifican y aplican la argumentación jurídica que ya ha sido empleada anteriormente para resolver un caso similar, necesariamente se reduce las horas de funcionarios del Poder Judicial invertidas en dicho caso, lo que se transforma en ahorro para el contribuyente. Ese dinero público ahorrado puede entonces dirigirse a otros gastos prioritarios para incrementar el derecho de los gobernados a la justicia o a otro fin igualmente legítimo que

dispongan conjuntamente el gobernador y el congreso del estado en la ley estatal de presupuestos.

Nueve. Un efecto añadido previsible de la publicidad de las resoluciones judiciales es que tendería a elevar la calidad de la argumentación jurídica de los jueces. Ello es así porque la publicidad de la argumentación jurídica que conduce a una sentencia permite que estas sean conocidas por otros jueces del estado y de otros estados —incluso por jueces de otros países que conocen de casos similares—, con lo cual se establece una especie de diálogo entre jueces del mismo estado y de diferentes estados que deliberadamente utilizan o desechan argumentos utilizados por jueces de otras latitudes en casos similares, pero que no vinculan al juzgador que los estudia como material de derecho comparado —por ejemplo un juez de Jalisco que para resolver un caso de competencia judicial local estudia una resolución aportada a un caso similar por un juez del D. F. o del estado de Texas, o de la provincia de Córdoba de la República Argentina—. Este efecto de la publicidad de las resoluciones judiciales se puede percibir con mayor nitidez sobre todo cuando un juez tiene que resolver un caso de los llamados límite o de frontera, tanto por ser enteramente nuevo en un juzgado o tribunal, como por su enorme complejidad y repercusión social —como alguna vez han sido, por ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo o la adopción de menores por parejas del mismo sexo, o el uso de la marihuana para fines terapéuticos—. Ante estos casos, un juez del estado de Jalisco podría tener acceso a las sentencias de jueces de su estado o de las otras treinta y un entidades de la República federal mexicana, para orientar su resolución cuando no exista una jurisprudencia vinculante de su Tribunal Superior de Justicia, o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Diez. Finalmente, habría que apuntar el efecto de la publicidad de las sentencias en la enseñanza del derecho. En la medida en que las actuaciones judiciales se exponen al público, es posible que en las facultades de derecho puedan enseñar diferentes



asignaturas entrelazando la teoría y la práctica para capacitar mejor a los estudiantes en lo que será su vida profesional, sea como jueces o como abogados postulantes, o como legisladores o funcionarios del Poder Ejecutivo. La enseñanza del derecho por casos de estudio es bastante común en todas las democracias consolidadas del mundo.

Quizá uno de los mayores problemas de la enseñanza del derecho que contribuye a la idea de mantener la opacidad de las sentencias en los poderes judiciales de los estados, es un entendimiento obsoleto de la “tradición jurídica mexicana”, que se sigue repitiendo en los libros de derecho procesal civil y penal de nuestros días, basado en la doctrina española y francesa del siglo XIX.

Es esta doctrina completamente rebasada en Europa la que suelen sostener los jueces locales más sofisticados para resistir conducirse con absoluta transparencia en sus resoluciones — transparencia de la que por contraste hace gala en el plano federal la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en el plano supranacional la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas sentencias son públicas—. Esta situación es simplemente absurda. Se sigue repitiendo entre los jueces locales de nuestro país y, aún peor, en las facultades de derecho del interior de la República, que solo en el mundo del *common law* se publican las sentencias de los jueces —no así en los poderes judiciales de las familias romano germánicas— por coherencia con la idea de que en los países del *common law* el derecho es primordialmente construido por los jueces y por tanto es necesario saber qué dicen los jueces desde los escalones más bajos de la jerarquía judicial. Este entendimiento del sistema judicial norteamericano, o australiano y en general del *common law*, es también equivocado: en los Estados Unidos prevalece al día de hoy, y desde hace mucho tiempo, el derecho legislado sobre el derecho jurisprudencial; lo mismo sucede en Australia y en los demás países de ese entorno jurídico cultural. En estos países se publican las sentencias de todos sus jueces por coherencia con el Estado de derecho, como garantía del mismo.

Como han apuntado Héctor Fix-Fierro y Sergio López Ayllón, al enseñar derecho seguimos atados a ideas acuñadas en viejos libros de derecho mexicano, incluso en ediciones de libros de la primera mitad del siglo XX. Lo cierto es que hoy en día en los países de las familias románico germánicas con democracias consolidadas, ha terminado por triunfar la idea anglosajona de que las sentencias de los jueces, de todos los jueces, deben ser conocidas por el pueblo por una elemental garantía del derecho a la aplicación igual de la ley, de seguridad jurídica, y de acceso a la información como instrumento para el control sobre los jueces. Esta tesis norteamericana fue expresamente sostenida en México en el siglo XIX por Manuel Crescencio Rejón, Benito Juárez e Ignacio L. Vallarta, entre otros, pero con posterioridad triunfó sobre ella la versión decimonónica francesa y española del derecho civil y de la casación —cuya lógica no exige necesariamente la publicidad de las sentencias—.

Pero aun estos dos países que sirvieron de modelo al mexicano, por exigencia actual del derecho de la Unión Europea, han terminado por rendirse a la lógica democrática de la versión anglosajona sobre la publicidad de las sentencias.

NECESIDAD DE UNA LEY DE ARBITRAJE CIVIL  
BASADA EN EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD  
COMO CLAVE PARA LA IMPLEMENTACIÓN  
EFICAZ DE LA FIGURA EN JALISCO

Rubén Darío GÓMEZ ARNAIZ\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La Ley de Justicia Alternativa y el arbitraje civil.* III. *La subsidiariedad como principio.* IV. *Rasgos de la subsidiariedad en la regulación del arbitraje.* V. *La necesaria contribución de los particulares a la vigencia del principio de subsidiariedad en el arbitraje.* VI. *A manera de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

La hipótesis de la presente ponencia es que solo mediante un sistema fundamentado en el principio de subsidiariedad podrá el arbitraje civil ser eficaz en Jalisco.<sup>1</sup>

Ello requiere la participación de las instancias estatales, por una parte, y de la sociedad civil, por la otra. En la esfera públi-

\* Maestro en Derecho. Abogado postulante y expresidente del Capítulo, Jalisco de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados.

<sup>1</sup> El presente trabajo basa algunas de sus premisas en la tesis de licenciatura del licenciado Sergio Armando Salcido Beltrán, *Subsidiariedad: principio informador el arbitraje comercial*, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, febrero de 2010. Dicho trabajo fue merecedor del Premio Mariano Otero a Tesis de Derecho 2010 por la Cámara de Comercio, Servicios y Turismo de Guadalajara.

ca, es necesaria, en primer lugar, la aprobación de una Ley de Arbitraje Civil autónoma, inspirada en los principios que han dado auge al arbitraje comercial. En segundo lugar, se precisa una postura favorable de la judicatura local. Por otra parte, de la sociedad civil se requiere una participación activa de las sociedades intermedias: abogados, instituciones administradoras de arbitraje, asociaciones y universidades.

## II. LA LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA Y EL ARBITRAJE CIVIL

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma a, entre otros, el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El tercer párrafo de dicho precepto establece que “[l]as leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias...”.

Aunque la reforma constitucional se dirige principalmente al ámbito de la justicia penal, por el alcance genérico del artículo 17 ha sido interpretada como un fundamento claro de los mecanismos alternativos de solución de controversias en todos los ámbitos de la administración de justicia. Se ha dicho, además, que la reforma establece tales mecanismos como un derecho de los particulares.<sup>2</sup>

Ya antes de la reforma constitucional, el Congreso del Estado de Jalisco había aprobado, el 30 de diciembre de 2006, la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco, misma que entró en vigor con algunas modificaciones el 1o. de enero de 2009.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Díaz, Luis Miguel, *La justicia civil en la Constitución Política*, p. 3, ensayo ganador del Premio de Investigación Jurídica 2009 de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., accesible en [www.bma.org.mx](http://www.bma.org.mx).

<sup>3</sup> La Ley ha sido reformada en su contenido y transitorios por Decretos 22138/LVIII/07 (*Periódico Oficial “El Estado de Jalisco”*, 27 de diciembre de 2009); 22216/LVIII/07 (*Periódico Oficial “El Estado de Jalisco”*, 29 de abril de 2008) y 22628/LVIII/09 (*Periódico Oficial “El Estado de Jalisco”*, 7 de abril de 2009).

El objetivo de la Ley es implementar un sistema integral de medios alternos de solución de controversias en los ámbitos civil, familiar y penal, bajo la competencia del Instituto de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco, órgano del Poder Judicial del Estado.

Su ámbito de atribuciones es de lo más amplio. Comprende la promoción y difusión de los medios alternos; el establecimiento y gestión directa de centros públicos y sedes regionales y municipales; la acreditación de centros privados; la capacitación y actualización de los prestadores de servicios, su evaluación y certificación; la supervisión, vigilancia y sanción de unos y otros, así como la investigación científica en la materia, entre otras.

En el ámbito material de la Ley están comprendidas, aunque no únicamente, figuras típicas de los medios alternos, como son la mediación, la conciliación y también la figura que ahora nos interesa: el arbitraje civil.

Así, por “método alternativo” la Ley define genéricamente: “[e]l trámite convencional y voluntario, que permite prevenir conflictos o en su caso, lograr la solución de los mismos, sin necesidad de intervención de los órganos jurisdiccionales, salvo para su cumplimiento forzoso”.<sup>4</sup> En esta definición genérica se comprende el arbitraje, en tanto que participa de las características señaladas.

En efecto, es convencional, pues como todo arbitraje, el civil tiene su base en un acuerdo arbitral. Así, la Ley define “Acuerdo Alternativo Inicial” como el “Documento mediante el cual las partes se obligan a someter la prevención o solución de determinado conflicto a un método alterno. Cuando conste en un contrato, se denomina cláusula compromisoria y es independiente de este”.<sup>5</sup> Aquí, la Ley comprende genéricamente cualquier acuerdo, incluido el acuerdo arbitral.

<sup>4</sup> Artículo 3o., fracción XV.

<sup>5</sup> Artículo 3o., fracción I. La noción de cláusula compromisoria es típica del arbitraje. También corresponde a nuestra materia la noción de autonomía, separabilidad o independencia de la misma. *Cf.* artículos 1416, fracción I y 1432 del Código de Comercio.

En cuanto a la voluntariedad, esta va definida por la propia Ley en los siguientes términos: “La participación de los interesados en el método alternativo deberá realizarse con su consentimiento y bajo su absoluta responsabilidad”.<sup>6</sup>

Las definiciones de “arbitraje” y “árbitro” en la Ley utilizan términos más propios, como “procedimiento”, en lugar del genérico “trámite”, empleado en la definición de método alternativo. Se dice que las partes “someten” a la decisión de árbitros la solución de una controversia presente o futura. Y se aclara que se trata de un procedimiento adversarial, distinguiéndolo de los medios autocompositivos previstos en la misma Ley. Se emplean, también, nociones como la conducción del procedimiento o la emisión de un “laudo”.<sup>7</sup>

La Ley define a quién se considera prestador del servicio de medios alternos: “Se considera al mediador, conciliador o árbitro que interviene en el procedimiento de los medios alternos de justicia previstos en esta ley”.<sup>8</sup> Está claro, pues, que fue intención explícita del legislador el incluir al arbitraje civil y a los árbitros en el ámbito material de la Ley.

Ahora bien, visto que el arbitraje ya contaba, desde antes de la Ley de Justicia Alternativa, con una legislación sustantiva y procesal, el artículo 5o. de la Ley señala que “[e]l arbitraje procederá conforme a lo establecido en los códigos civil y de procedimientos civiles del Estado”.

Cabe preguntarse si algo ha cambiado en materia de arbitraje civil con motivo de la entrada en vigor de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco. En otras palabras, cuáles son las consecuencias de la inclusión de esta figura —que ya estaba previamente regulada en el Código Civil y en el de Procedimientos Civiles— en la señalada Ley de Justicia Alternativa.

<sup>6</sup> Artículo 4o., fracción I.

<sup>7</sup> Artículo 3o., fracciones III y IV.

<sup>8</sup> Artículo 3o., fracción XVIII.

A nuestro entender, la principal consecuencia de la inclusión es que ahora el arbitraje civil es una actividad administrativamente regulada por el estado.

En efecto, la lógica subyacente en la Ley de Justicia Alternativa es que los medios alternos de solución de controversias constituyen una actividad complementaria al sistema de administración de justicia y, como tal, es originaria del Estado, el cual es el responsable natural y directo de su implementación. Solo por vía de una desconcentración por colaboración el Estado puede autorizar a particulares para su desempeño, siempre sujetos a requisitos legales, a vigilancia y a sanciones.

Siguiendo esta lógica, la Ley regula la figura del “centro”, como aquella “[i]nstitución pública o privada que preste servicios de métodos alternativos conforme a lo dispuesto en la presente Ley”.<sup>9</sup>

Los centros están obligados a acreditarse ante el Instituto de Justicia Alternativa, cumpliendo requisitos tales como “contar con prestadores debidamente certificados”, así como con “instalaciones adecuadas para las sesiones y demás actividades”.<sup>10</sup> Los centros privados, además, deberán demostrar jurídicamente su constitución, existencia y representación, así como contar con el o los reglamentos institucionales necesarios para su desempeño.

Al parecer, en la concepción de los legisladores jaliscienses todo árbitro, en tanto que prestador de servicios de medios alternos, ha de actuar vinculado establemente a algún centro y bajo sus auspicios. En efecto, entre las responsabilidades de los centros están el cumplir y hacer que las personas que prestan servicios de métodos alternos dentro de su organización, cumplan con los requisitos y obligaciones que establece la Ley.<sup>11</sup>

Cabe preguntarse aquí si la Ley permite o no la existencia de arbitrajes *ad hoc*, es decir, de aquellos en los que las partes han

<sup>9</sup> Artículo 3o., fracción VI.

<sup>10</sup> Artículo 19, fracciones II y IV. Estos requisitos son los únicos aplicables a los centros públicos.

<sup>11</sup> Artículo 21. Los centros también deben rendir informes de su actividad y permitir visitas de inspección.

dispuesto que se conduzcan sin la asistencia y sin la aplicación del reglamento institucional de una administradora (o centro, según el lenguaje de la Ley).

Por su parte, el artículo 14 de la Ley dispone que los árbitros “que operen en las instituciones que presten los servicios de medios alternativos de solución de conflictos”, deberán ser certificados por el Instituto.

Los árbitros, para ser certificados, deben, a su vez, cumplir ciertos requisitos, de los cuales mencionaremos solo algunos y aprovecharemos para hacer una brevísima crítica.

*Estar en pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos:* la referencia a derechos políticos parece indicar que solo los mexicanos pueden ser árbitros en Jalisco. Limitante injustificada y anacrónica, que terminaría por reducir las opciones de los justiciables a los que supuestamente se pretende beneficiar.

*Tener domicilio en el estado de Jalisco:* no se ve por qué árbitros domiciliados fuera del estado deban estar impedidos para actuar en un arbitraje civil en Jalisco. Reproducimos la crítica anterior.

*Cumplir con los programas de capacitación que establezca el Instituto, o bien, en el caso de personas especializadas, acreditar sus estudios y práctica en la materia; aprobar las evaluaciones en los términos de la ley; contar con título profesional:* al respecto, el Instituto aparece como el monopolio del control sobre la competencia técnica de los árbitros. Esta disposición es inédita en materia arbitral. Tradicionalmente los árbitros no tienen foro ni requieren, por tanto, de certificación de organismo público alguno.

La designación y confirmación de los árbitros en el mundo se debe, antes que nada, a su prestigio y a la confianza que las partes desean depositar en ellos dada su trayectoria y conocimientos especializados. Por otra parte, no es raro que el papel de los árbitros recaiga en no abogados.

Entendido esto, nos parece que este requisito es excesivo, invasivo de la autonomía privada y que, lejos de abonar a la confiabilidad del arbitraje, jugaría en su perjuicio. Un ejemplo tomado de la práctica: aunque limitada, existe en la Ley de Obra Pública



del Estado la posibilidad de someter a arbitraje las controversias en materia de obra pública. ¿Por qué no es operativa esa posibilidad? Porque solo pueden fungir como árbitros aquellas personas que cuenten con registro ante la Secretaría de la Contraloría.<sup>12</sup> Naturalmente ningún contratista puede razonablemente confiar en que tales árbitros gozarán de la indispensable independencia e imparcialidad.

Aun cuando las disposiciones de la Ley de Justicia Alternativa aplicables al arbitraje civil se limitan en principio a la esfera administrativa, nos preocupa que su inobservancia pueda tener repercusiones negativas en el fondo de los arbitrajes que se lleven a cabo en Jalisco o en la ejecutabilidad de los laudos que se dicten en la entidad.

En efecto ¿puede descartarse que un juez civil niegue la ejecución de un laudo si constata que el árbitro que lo dictó es extranjero, que reside fuera de Jalisco o que no se encuentra certificado por el Instituto? Después de todo —alegaría la parte ejecutada— la Ley de Justicia Alternativa es de orden público y de observancia general en el estado.<sup>13</sup>

Por otra parte, la Ley prevé la imposición de multas a quienes incurran en acción u omisión que signifique realizar el servicio contrario a la propia Ley.<sup>14</sup> ¿Debería el Instituto sancionar a un árbitro no certificado, o incluso, al centro acreditado que lo nombrara para resolver un arbitraje?

Las hipótesis planteadas no son de laboratorio. Muchos contratos inmobiliarios y de prestación de servicios profesionales (materialmente civiles) están sometidos a cláusulas arbitrales que prevén la intervención de instituciones administradoras nacionales<sup>15</sup> o internacionales y a autoridades nominadoras no acredi-

<sup>12</sup> Artículo 271 de la Ley de Obra Pública del Estado de Jalisco.

<sup>13</sup> Artículo 1o.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, artículos 87, fracción II, y 88, fracción IV.

<sup>15</sup> En México, merecen mención por su seriedad: la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (Canaco), en [www.arbitrajecanaco.com.mx](http://www.arbitrajecanaco.com.mx); el Centro de Arbitraje de México

tadas ante el Instituto y que previsiblemente nombrarán como árbitros a personas no certificadas por el Instituto.

Nos enfrentamos a un problema cultural. Mientras que una mentalidad estatista asume que la única fuente de credibilidad y certeza es el Estado, la mentalidad prevaleciente entre quienes ejercen el arbitraje requiere amplios márgenes de autonomía y libertad para funcionar.

En otras palabras, sostenemos que el florecimiento del arbitraje necesita un sistema que limite la intervención del Estado y promueva y respete la autonomía privada, tal como lo exige el principio de subsidiariedad.

### III. LA SUBSIDIARIEDAD COMO PRINCIPIO

La noción de subsidiariedad fue por primera vez definida en el contexto de la Doctrina Social de la Iglesia por Pío XI y ha cobrado relieve como un principio importantísimo de la filosofía social.

No obstante su fundamento en la Doctrina Social de la Iglesia: "...no se trata de un principio deducido, ni mucho menos, del orden sobrenatural, sino arrancado de la experiencia histórica y de la esencia natural propia de toda asociación de hombres. Se establece por ello la subsidiariedad en el terreno estrictamente filosófico. Podrá ser estudiada desde niveles sociológicos, económicos y políticos. Pero su *sede* propia es la filosofía social".<sup>16</sup>

Tan es así que estructuras políticas de tipo federal, como la Comunidad Europea, están informadas por este principio. En efecto, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 25 de marzo de 1957), en su artículo 5o., hace el reparto de com-

(CAM), en [www.camex.com.mx](http://www.camex.com.mx), y el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC), en [www.caic.org.mx](http://www.caic.org.mx). En materia de servicios profesionales de abogados, destaca como autoridad nominadora la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C. (BMA), en [www.bma.org.mx](http://www.bma.org.mx).

<sup>16</sup> Gutiérrez García, José Luis, *Conceptos fundamentales en la doctrina social de la Iglesia*, t. IV: R-ζ, Madrid, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, 1971, p. 300.

petencias entre la Comunidad y los Estados miembros con base en el principio de subsidiariedad:

...en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Así como la subsidiariedad sirve para no privar a los cuerpos inferiores (llámense Estados miembros, entidades federativas o municipios) de su capacidad de acción, que de otro modo quedarían cedidas a favor de estructuras de orden superior (Comunidad Europea o Federación), también es aplicado a la contención que debe observar la autoridad pública, en cualquiera de sus niveles o ámbitos, de cara a las sociedades intermedias conformadas por particulares.

El documento que por primera vez refiere como tal al principio de subsidiariedad, en 1931, es la carta encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pío XI. En ella se dice:

Conviene... que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás, perdería mucho tiempo, con lo cual lograría realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función subsidiaria, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> *Quadragesimo Anno*, encíclica del Papa Pío XI, 15-VI-1931, consultada en *El mensaje social de la Iglesia*, 3a. ed., Madrid, Ediciones Palabra, documentos MC, 1991, p. 97.

En virtud de este principio: "...ni el Estado ni sociedad alguna deberán jamás substituir la iniciativa y la responsabilidad de las personas y de los grupos sociales intermedios en los niveles en los que éstos pueden actuar, ni destruir el espacio necesario para su libertad".<sup>18</sup>

Por ello: "...conforme a este principio, todas las sociedades de orden superior deben ponerse en una actitud de ayuda («subsídium») —por tanto de apoyo, promoción, desarrollo— respecto a las menores".<sup>19</sup>

La encíclica *Centesimus Annus* del Papa Juan Pablo II previene sobre las consecuencias de violentar este principio: "Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos..."<sup>20</sup>

Parece reflejarse aquí la situación de más de un Poder Judicial que conocamos: gratuidad, que es lógica asistencial elevada a rango constitucional; pérdida de energías humanas en múltiples instancias que generan lentitud y saturación; aumento exagerado de los aparatos públicos; lógicas burocráticas en el dictado de sentencias y en la medición de la eficiencia judicial.

A la luz del principio de subsidiariedad se observa el punto quizá más débil de la clásica garantía constitucional de acceso a un juez público y gratuito. Y es que este dogma fundamental termina enfrentando necesariamente al Estado a la ley económica de la escasez de los recursos.

<sup>18</sup> *Libertatis Conscientia* de la Congregación para la Doctrina de la Fe. 22-II-1986, siendo prefecto de dicha Congregación el cardenal Joseph Ratzinger, consultada en la obra *El mensaje social de la Iglesia*, cit., p. 634.

<sup>19</sup> *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, México, Pontificio Consejo «Justicia y Paz», Librería Editrice Vaticana. Ediciones CEM/Conferencia del Episcopado Mexicano, 2004, p. 102.

<sup>20</sup> *Centesimus Annus*, encíclica del Papa Juan Pablo II, 1-V-1991, consultada en *El mensaje social de la Iglesia*, cit., p. 809.

Como lo evidencian los hechos, está más que justificada la preocupación de que los esfuerzos —sin duda bienintencionados— de poner en marcha un Instituto de Justicia Alternativa bajo la dependencia del Poder Judicial del Estado no rindan los frutos esperados.<sup>21</sup>

En este contexto de preocupación, resultan oportunas las indicaciones del profesor francés Bruno Oppetit, quien afirma que: “El arbitraje responde perfectamente, en una perspectiva postmoderna, a las exigencias del principio de subsidiaridad, que renace hoy con vigor en la cultura europea, después de siglos de exaltación de la soberanía estatal”.<sup>22</sup>

Según Oppetit, el derecho al juez, que es el núcleo duro de la cuestión constitucional, puede ejercerse indistintamente ante un juez público o ante un juez privado. En esta lógica se vería indiscutiblemente legitimado el derecho de todo interesado a recurrir al arbitraje:

Históricamente, todos los países con una gran tradición jurídica han tenido que admitir la eventualidad de la solución de los diferendos al margen del aparato estatal por la intervención de terceros, simples particulares ajenos al mundo judicial, variando la solución según el tipo de justicia que prevalecía en un momento determinado en un país dado. La justicia alternativa, en efecto, tan sólo tiene un espacio muy reducido en un sistema en el que la justicia instituida según un modelo autoritario, que centraliza la función del juez y la convierte en una actividad especializada por

<sup>21</sup> El nombramiento del primer director del Instituto por parte del Congreso del Estado se vio contaminado por la política partidista, no obstante el supuesto origen ciudadano de las propuestas. Fue tardío y, al parecer, la validez jurídica de este nombramiento será decidida en última instancia por la justicia federal. Por otra parte, se anticipa un camino tortuoso para su dotación presupuestaria. El Instituto carece hoy de infraestructura operativa. Estas circunstancias gestacionales ponen razonablemente en duda la viabilidad y, sobre todo, la credibilidad social del Instituto. El autor espera sinceramente estar en error a este respecto.

<sup>22</sup> Oppetit, Bruno, *Teoría del arbitraje*, trads. de Eduardo Silva Romero *et al.*, Colombia, Editorial Legis, 2006, p. 289.

parte de los sujetos que se encuentran en una relación que los vincula con el Estado, tanto en lo que concierne al origen de sus funciones, como en cuanto a su estatuto y a las reglas que deben aplicarse: la justicia se vincula, entonces, a un conjunto de instituciones soberanas que dependen de un servicio público. En un modelo liberal, el Estado no pretende tener el monopolio del juzgamiento de los conflictos entre los particulares, en nombre de un principio de subsidiariedad recientemente redescubierto, a favor de la generalización de los mecanismos de la economía de mercado y del paso del estatuto al contrato, y acepta la autonomía de los individuos en la búsqueda de un mecanismo de solución de los conflictos que les atañen. Por último, encontramos muchos sistemas mixtos que reconocen la legitimidad de este deseo de justicia privada, aun que limitándolo y regulándolo.<sup>23</sup>

#### IV. RASGOS DE LA SUBSIDIARIEDAD EN LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE

El principio de subsidiariedad anima los principales instrumentos que regulan el arbitraje comercial, tanto nacional como internacional. Tomaremos de él las indicaciones necesarias para sugerir un nuevo modelo para el arbitraje civil.

El artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) contiene el compromiso de los gobiernos signatarios de promover y facilitar el recurso al arbitraje y a otros medios de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio de América del Norte. A tal fin, cada parte se obligó a disponer procedimientos adecuados que aseguren la observancia de las cláusulas arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.

Los medios normativos para el cumplimiento de esta obligación están especificados en el texto del TLCAN. Son la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecu-

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 39 y 40.

ción de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975). Ambos instrumentos forman parte ya del orden jurídico mexicano.

Dentro de estos instrumentos, evidencian una lógica de ayuda o *subsidiium* figuras como la remisión al arbitraje, en la que el juez está obligado a abstenerse de conocer el fondo de una controversia que es materia de un acuerdo de arbitraje y, en su lugar, debe remitir a las partes a la esfera del arbitraje privado.<sup>24</sup>

Lo mismo ha de decirse de la limitación que se impone a las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos; del correspondiente principio de no revisión de fondo de los mismos por parte del juez y de la aplicación de la ley más favorable a la ejecución.<sup>25</sup>

A nivel interno, México adoptó en 1993 la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), modernizando así su legislación en la materia. Recientemente, se reformó el Código de Comercio con la finalidad de detallar las vías procesales para que los jueces estatales desempeñen su actividad en apoyo al arbitraje.<sup>26</sup> Aquí, el Estado mexicano asumió frente a los actores privados una posición de *subsidiium* mediante la adopción de una ley claramente favorable al arbitraje.

En las normas precitadas encontramos aplicaciones concretas del principio de subsidiariedad, por ejemplo, en la figura de la *kompetenz-kompetenz*, según la cual es el propio tribunal arbitral el que conserva la facultad para decidir sobre su propia competencia con preferencia al juez estatal;<sup>27</sup> en la facultad de las partes

<sup>24</sup> Convención de Nueva York, artículo II.

<sup>25</sup> Convención de Nueva York, artículos IV, V y VII. *Cf.* Convención de Panamá, artículos 4o. y 5o.

<sup>26</sup> Código de Comercio, artículos 1464 al 1480 (capítulo X. De la intervención judicial en la transacción comercial y el arbitraje).

<sup>27</sup> Código de Comercio, artículo 1432. *Cf.* Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 16.

de autorizar a una institución arbitral para adoptar decisiones en el procedimiento arbitral;<sup>28</sup> en el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje;<sup>29</sup> en la ya mencionada remisión al arbitraje;<sup>30</sup> en la facultad del tribunal arbitral de ordenar providencias precautorias y la obligación de los tribunales estatales de ejecutarlas;<sup>31</sup> en la posibilidad de solicitarlas a los tribunales estatales en apoyo al arbitraje;<sup>32</sup> en el principio de conducción del tribunal arbitral;<sup>33</sup> en la limitación de las causales de anulación o denegación de reconocimiento y ejecución de los laudos y providencias precautorias,<sup>34</sup> etcétera.

En fin, puede adivinarse el influjo de la subsidiariedad en todas las disposiciones que limitan la intervención del Estado a favor de la autonomía privada y en toda actividad de este, ordenada a cooperar con los particulares en la resolución de sus controversias mediante el arbitraje.

En este orden de ideas, la Ley de Justicia Alternativa adolece de una visión y mentalidad estatista que plantea como prioridad el desahogo de la administración de justicia estatal y no precisamente un principio que reivindique la esfera de autonomía de los particulares para la solución de sus controversias. En segundo lugar, la mencionada Ley introduce evidentes distorsiones a la

<sup>28</sup> Código de Comercio, artículo 1417, fracción I. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 2o., inciso d).

<sup>29</sup> Código de Comercio, artículo 1421. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 5o.

<sup>30</sup> Código de Comercio, artículo 1424. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 8o. Código de Comercio, artículos 1464 y 1465.

<sup>31</sup> Código de Comercio, artículos 1433 y 1479. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 17.

<sup>32</sup> Código de Comercio, artículo 1425. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 9o.

<sup>33</sup> Código de Comercio, artículo 1435. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 5o.

<sup>34</sup> Código de Comercio, artículo 1457 y 1462. *Cf.*: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículos 34-2 y 36-1. Código de Comercio, artículos 1471 al 1475 y 1480.



autonomía privada, al someter a los árbitros e instituciones administradoras a requisitos y controles públicos que desentonan del todo con la institución arbitral.

Finalmente, detectamos que las disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles del Estado constituyen una regulación deficiente si la comparamos con la existente en materia comercial, de inspiración internacional. Con un marco jurídico así, es difícil que los particulares se sientan inclinados a recurrir al arbitraje en Jalisco.

Resulta indispensable, entonces, para la eficacia del arbitraje civil, en primer lugar, el que la legislación de la materia esté basada en la lógica correcta. A nuestro entender, esta lógica no es otra que la de la subsidiariedad. Solo así contaremos —por vía de consecuencia— con una judicatura favorable al arbitraje y una razonable expectativa de que esta figura cumpla su función.

Mi propuesta es concreta: en primer lugar, la sustracción del arbitraje civil como materia regulada por la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco.

En segundo lugar, la aprobación de una Ley de Arbitraje Civil para el Estado de Jalisco que incorpore, por un lado y con el menor número de modificaciones posible, el texto de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, incluidas las reformas propuestas por dicha Comisión en 2006 y, por el otro, el texto del capítulo X del título de arbitraje del Código de Comercio.

En congruencia con lo anterior, la derogación de las disposiciones relativas del Código Civil<sup>35</sup> y del Código de Procedimientos Civiles del Estado<sup>36</sup> que sean incompatibles con la nueva ley.

Finalmente, la reforma de aquellas disposiciones dispersas en materias diversas, por ejemplo, arbitraje condominal o en contratos administrativos, a efecto de integrarlas en lo posible al nuevo sistema.

<sup>35</sup> Artículos 2592 al 2632 del Código Civil del Estado de Jalisco.

<sup>36</sup> Artículos 33, fracción VII; 234 al 237; 479; 508 y 730 al 757 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.

## V. LA NECESARIA CONTRIBUCIÓN DE LOS PARTICULARES A LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ARBITRAJE

Hemos expuesto hasta aquí la necesidad de una legislación arbitral adecuada, basada en el principio de subsidiariedad. Con ella el Estado aportaría un elemento fundamental para que la institución florezca.

Sin embargo, falta hacernos cargo de una segunda categoría de componentes que inciden en el desarrollo del arbitraje: la actuación de los particulares. Sin este análisis, cualquier juicio sería engañoso.

Entre los componentes privados nos referiremos a los abogados, a los árbitros y a las instituciones arbitrales.

### 1. *Los abogados en el arbitraje*

El arbitraje, por naturaleza, tiene su origen en un acuerdo. De ahí que sea necesaria una base común de entendimiento científico, ético y prudencial. En esta elección de vía, los abogados, como vigías de los agentes económicos, tienen la última palabra.

La redacción de los acuerdos arbitrales en los contratos requiere un conocimiento suficiente de la materia. De lo contrario, abundarán las cláusulas patológicas que lejos de contribuir a la solución de los conflictos, redundarán en complicaciones que, a la postre, desprestigiarán la figura y la percepción de su eficacia.

Dada su naturaleza, el arbitraje les exigirá familiaridad con prácticas “desjudicializantes” que privilegien la argumentación de fondo sobre las formalidades procedimentales. El formato del litigio arbitral exige, igualmente, competencias especiales para la argumentación oral, para el examen de testigos, para la organización consensuada del procedimiento arbitral, entre otras.

Desde el punto de vista ético, la adopción de una cláusula arbitral implica la sujeción a un régimen de máxima exigencia. Así, los abogados deberán abstenerse de prácticas judiciales que obs-

taculicen, retrasen o frustren el arbitraje. También deberán evitar prácticas que atenten contra la imparcialidad e independencia de los árbitros e incluso su apariencia, como son las comunicaciones *ex parte* con los árbitros, que en el foro judicial podrían considerarse normales (alegatos de oreja), pero que en arbitraje resultan inadmisibles.

Finalmente, los abogados en arbitraje deben ajustar su prudencia a una mentalidad privatista, que tienda a la resolución de los conflictos en sede privada y evite en lo posible la intervención judicial; a una forma de hacer que mire en primer lugar al interés concreto de su cliente, más que a la visión pura de los aspectos jurídicos; a una conducta que privilegie el acuerdo (tanto en lo procesal como en lo sustancial) y contribuya a la preservación de las relaciones privadas.

## 2. *Árbitros idóneos*

Los árbitros han de ser idóneos, cuando menos, desde los puntos de vista científico, prudencial y ético.<sup>37</sup>

Desde el punto de vista científico, los árbitros no deben ser necesariamente abogados, aunque es recomendable en este caso la concurrencia de, por lo menos, un árbitro que lo sea y que, además, tenga conocimientos especializados y experiencia en la conducción de un procedimiento arbitral y en la redacción de laudos.<sup>38</sup>

Desde el punto de vista prudencial, el árbitro ha de ser capaz de argumentar y no solamente de interpretar (en el sentido clá-

<sup>37</sup> Vigo, Rodolfo L., *Ética judicial*, conferencia magistral dictada el 7 de marzo de 2009 en el marco de las Jornadas de Derecho, organizadas por la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, y la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A. C., Capítulo Jalisco.

<sup>38</sup> A este respecto, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC) prevé la revisión previa del laudo como un mecanismo de asistencia a tribunales arbitrales que, por la materia, están más comúnmente compuestos por no abogados.

sico de desentrañar el sentido de la norma siguiendo un método reglado). Dada la desvinculación del arbitraje de los sistemas de prueba formal y tasada, una parte principal de su argumentación versará sobre los hechos.<sup>39</sup> De la solidez y persuasión de sus argumentos dependerá, en no pocos casos, el cumplimiento voluntario del laudo.

Para la reputación del arbitraje, esto es, para la percepción que los abogados tienen de él (y a través de ellos, la sociedad), probablemente el ético sea el aspecto más importante a cuidar.

No es suficiente que el árbitro se ciña al mínimo exigido por el derecho para evitar la sanción; es preciso que guíe su conducta hacia los parámetros de máximos que son propios de la ética, de modo que su actuar sea meritorio. La ética del árbitro no responde a datos puramente externos (por ejemplo, a la evidencia objetiva de circunstancias que den lugar a dudas sobre su imparcialidad e independencia), sino que es un llamado a su conciencia frente a datos internos (sus verdaderas disposiciones hacia las partes en contienda).

Tan nociva es la percepción que tienen algunas personas de un gremio arbitral monopólico y mercantilizado, como la apertura irrestricta a personas que no reúnen las condiciones para ejercerlo. Esta es, quizá, una de las cuestiones que mayor debate suscita en la actualidad.

### 3. *Instituciones arbitrales estables y serias*

Actualmente es difícil concebir el desarrollo del arbitraje sin instituciones que lo administren. El arbitraje *ad hoc* tiende a ser un fenómeno marginal.

Las funciones de un centro de arbitraje son variadas y todas ellas importantes. Van desde la conformación de un universo de árbitros que reúnan condiciones (sin configurar una relación

<sup>39</sup> V. Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho – Bases argumentales de la prueba*, 2a. ed., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, 2004, p. 10.

estable o de dependencia como la descrita en la Ley de Justicia Alternativa), hasta el diseño de reglamentos y cláusulas modelo adecuados, pasando por la administración ágil y eficiente de los procedimientos arbitrales que se les encomiendan.

Es también relevante su papel de promotores del arbitraje entre abogados y agentes privados de las diversas ramas de actividad económica, principalmente a través de actividades de educación continua y publicaciones.

Las instituciones representan auténticos centros de irradiación de la mentalidad arbitral. Por ello, deben contar con una base estable de expertos y preservarse de desviaciones en cuanto a sus fines o la percepción que se tenga de su desempeño.

A este respecto, es un error soberbio limitar el reconocimiento de instituciones administradoras a los centros de índole local. Basta un mínimo de honestidad intelectual para admitir que lo mejor del arbitraje, hoy por hoy, está fuera de Jalisco. Más que la exigencia de registros y controles por parte de la autoridad estatal, necesitamos esquemas de colaboración que nos permitan aprovechar localmente la experiencia acumulada por las instituciones nacionales e internacionales.

## VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El principio de subsidiariedad está formulado para proteger la iniciativa y libertad de las personas, lo mismo que la de “asociaciones inferiores”, “grupos sociales intermedios” o “sociedades menores”.

Cabe ahora preguntarse, conforme al principio que tratamos, ¿es posible desarrollar el arbitraje civil en Jalisco mediante la acción individual o es necesaria la cohesión a través de sociedades intermedias?

Nuestra hipótesis es que la acción debe ser necesariamente comunitaria. Entre los ciudadanos y el Estado existen (y deben fomentarse) agrupaciones de la más diversa índole. Son ellas quienes deben actuar y pugnar por alternativas eficientes a la

judicatura y adecuadas a sus circunstancias de sector y de región.

Entre estas sociedades encontramos a los colegios de abogados, como entidades dedicadas a la profesionalización y control ético de sus integrantes. Hallamos también a las instituciones arbitrales, con los fines y medios que ya hemos descrito.

Y finalmente, consideramos que el pleno desarrollo del arbitraje no podrá darse sin la acción de la universidad como vehículo de transformación social y formadora de las personas concretas que alimenten a las entidades anteriores.

De la universidad saldrán los profesionales con las competencias específicas y la mentalidad necesaria para crear un foro de arbitraje amplio y fuerte, que haga efectivo el principio de subsidiariedad que anima la solución privada de las controversias.

De la universidad de los siglos XIX y XX emanó la concepción dogmática de un derecho de fuente estatal exclusiva y de una administración de justicia monopolizada por el soberano. De ella —y no del Estado— tendría que surgir la visión contraria.

A manera de conclusión, sostenemos que ni tratados internacionales ni leyes ni jueces más o menos empáticos serán, por sí solos, eficaces en lograr el desarrollo del arbitraje civil en Jalisco.

Para ello, es indispensable que las comunidades intermedias implicadas (agrupaciones civiles, colegios de abogados, centros de arbitraje y universidades) asuman activamente su papel de entidades tuteladas por el principio de subsidiariedad y limiten la acción estatal a los ámbitos en que la acción de los particulares no sea suficiente o adecuada para la resolución de los conflictos privados.

QUINTA PARTE

ESTUDIOS SOBRE LA UNIVERSIDAD  
Y SUS APORTACIONES





## JUSTO SIERRA Y LA FUNDACIÓN DE LA UNIVERSIDAD

Diego VALADÉS\*

A Jorge Carpizo, universitario ejemplar

SUMARIO. I. *Consideración preliminar.* II. *El proyecto de Universidad Nacional.* III. *El Consejo Superior de Educación Pública.* IV. *La Universidad Nacional.* V. *La primera polémica en torno a la Universidad.* VI. *Conclusión.*

### I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La coincidencia del centenario de la Universidad con el bicentenario de la Independencia no fue fortuita. En 1910 México carecía de libertades públicas; los gobernantes estaban conscientes de lo que ese déficit representaba para una República, e intentaban justificarlo con los avances que se habían tenido en cuanto a la economía nacional. Por otra parte, la presencia del pensamiento liberal había sido una constante en diferentes aspectos del régimen porfiriano, en particular en el educativo. La participación de Justo Sierra en el gabinete así lo denotaba. El centenario ofrecía una buena oportunidad para reafirmar esa vocación liberal.

\* Doctor en Derecho. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, de donde fue su director.

El proyecto universitario correspondía a una perspectiva optimista del país. Las obras de infraestructura y de urbanismo daban a México el carácter de una nación moderna y se planteaba la necesidad de dar nuevos pasos para la consolidación del desarrollo nacional. En este y en muchos otros temas había una plena coincidencia entre Justo Sierra y José Yves Limantour, cabeza del llamado grupo de los científicos.

Sierra y Limantour sostenían una comunicación personal y epistolar asidua, muchas veces en francés. Ambos eran devotos de la Francia republicana y liberal; tanto así que Sierra invocaba con frecuencia el ejemplo universitario francés, que convirtió en su modelo. El otro gran referente para Sierra era el ofrecido por las universidades estadounidenses, con las que también procuró un acercamiento en 1910.

La inauguración de la Universidad fue muy bien planeada en cuanto a los objetivos perseguidos. Era una oportunidad propicia para el contexto internacional, y el ministro de educación la aprovechó en forma magistral. La lista de las personas distinguidas con el doctorado *honoris causa* en la ceremonia del 22 de septiembre de 1910 es muy elocuente: el rey Víctor Manuel III, de Italia, “por su heroico amor al pueblo”; el presidente Teodoro Roosevelt, de Estados Unidos, “por sus extraordinarios y eficaces servicios para restablecer y asegurar la paz entre los pueblos”; el filántropo Andrew Carnegie y el propio Limantour, al que se distinguió como “eximio estadista”. Es posible que ni el presidente ni el primer ministro de Francia hayan sido considerados, en tanto que pertenecían al partido socialista.

Las otras personalidades a las que se distinguió con el doctorado eran tres eminentes científicos extranjeros en el campo de la medicina: Emil Adolph von Behring, alemán; Joseph Lister, británico, y Charles Laveran, francés. A ellos se sumaron dos liberales mexicanos: el filántropo Gabriel Mancera y el sacerdote e historiador liberal Agustín Rivera.

La Universidad fue vista como un instrumento poderoso e indispensable para abrir un nuevo horizonte al México moder-

no. Aunque no en las condiciones contempladas por Sierra, el objetivo se cumplió. Al triunfo del constitucionalismo, la Universidad comenzó a significarse como uno de los más importantes medios para reconstruir al país. Hubo necesidad de rehacer las vías de comunicación afectadas por la guerra y de proyectar otras nuevas; fue indispensable atender las necesidades de irrigación y de electrificación; resultó apremiante hacer frente a los diversos males epidémicos que afectaban la salud de los mexicanos; se requería diseñar nuevas instituciones y sustituir la antigua burocracia. Todos estos requerimientos implicaban incorporar a los universitarios e involucrarlos en la construcción de un México renovado. Si bien en otro contexto, esta era la misión prevista por Justo Sierra para la Universidad Nacional.

## II. EL PROYECTO DE UNIVERSIDAD NACIONAL

Una larga historia precedía la jornada del 22 de septiembre de 1910. El 3 de febrero de 1881 Justo Sierra había sometido a la opinión de los peritos “un proyecto para la creación de la Universidad Nacional”, que más tarde, el 7 de abril de ese mismo año, presentaría ante la Cámara de Diputados.

Entre el proyecto original y el presentado a la Cámara de Diputados existían algunas diferencias. Por ejemplo, en el artículo 4o. del primer proyecto se señalaba que el gobierno de la Universidad residiría en un director general, en un consejo formado por los directores de las escuelas y en el cuerpo de profesores de todas ellas. Ese director general sería designado por el presidente de la República con aprobación de la Cámara de Diputados.

La iniciativa de abril suprimía la referencia a la Cámara y agregaba los requisitos para ser director: ser ciudadano mexicano en ejercicio de sus derechos, haber cumplido 35 años y no ser ministro de un culto religioso. Contenía, además, otra idea importante: después de elegido el primer director, los siguientes serían designados por el presidente de la República de una terna que le presentaría el cuerpo universitario.

Por otra parte, la original fracción VI del original artículo 5o., se convirtió en artículo 6o. con un agregado: la primera versión establecía que el Ejecutivo ejercitaría su derecho de vigilancia e inspección en la Universidad por medio de empleados especiales. A esto se añadió que en todas las deliberaciones del cuerpo universitario tendrían derecho a tomar parte el o los representantes acreditados por el gobierno, quienes en ningún caso podrían votar. Por lo demás, en sus líneas fundamentales, el proyecto de febrero se mantuvo en abril. Lo más importante fue la definición de la Universidad como una corporación independiente.

Al planteamiento original se opuso Enrique M. de los Ríos, quien encontraba una contradicción en el proyecto que, por una parte, emancipaba a la enseñanza del Estado llegando al punto de convertir a la Universidad en persona jurídica, mientras que, por otra, imponía al gobierno la obligación permanente de otorgarle una subvención. A esto Justo Sierra replicó con argumentos convincentes señalando que el Estado no podía desinteresarse de la tarea educativa y que no se trataba de fundar una Universidad particular sino nacional, pagada por el Estado y de cuya organización debían encargarse los órganos del poder, pero que, en todo caso, la independencia de los universitarios solo se ejercería en las cuestiones concernientes al gobierno académico de la institución.<sup>1</sup>

El proyecto de Sierra no encontró acogida favorable; las comisiones ni siquiera llegaron a rendir dictamen alguno; la idea quedó latente y solo se corporificó en 1910.

¿Qué impulsó a Sierra a proponer en 1881 el restablecimiento de una Universidad? Edmundo O'Gorman lo explicaba así: 1880 y 1881 marcan una crisis para el positivismo mexicano, pues en ese entonces sufrió dos formidables ataques con motivo del debate que se suscitó en torno al texto de lógica en la Escuela Preparatoria y por el cuestionamiento al proyecto de ley de instrucción pública conocido como Plan Montes. En medio

<sup>1</sup> Sierra, Justo, *Obras completas*, México, UNAM, 1948, t. VIII, pp. 65 y ss., y 333 y ss.

de esas polémicas, alentadas por posiciones muy conservadoras, fue cuando Sierra propuso el proyecto de creación de la Universidad Nacional.

Por cuanto al texto de lógica para la enseñanza preparatoria, la polémica se agudizó cuando una circular de Ignacio Mariscal, ministro de justicia e instrucción pública, de octubre de 1880, expuso las razones por las que el gobierno rechazaba el del positivista Alexander Bain y en su lugar adoptaba el de Guillaume Tiberghien. El texto de Bain había sido atacado por algunos profesores para quienes el filósofo escocés abogaba por un “sistema corruptor”, pues negaba la posibilidad de una vida de ultratumba; según ellos esa teoría era “anticonstitucional” por implicar un ataque a la libertad de conciencia, y agregaban que la opinión pública también la rechazaba.

La obra de Tiberghien fue traducida y editada por José M. del Castillo Velasco y publicada en 1875. Castillo, inteligente jurista y un fervoroso liberal, tuvo una participación sobresaliente en el Constituyente de 1856-57; tradujo el libro del filósofo belga mientras desempeñaba el cargo de director de la Escuela de Jurisprudencia. Se trataba de un trabajo pretencioso cuyo título *Lógica. La ciencia del conocimiento*, llevaba como subtítulo *Teoría general del conocimiento, sus orígenes, sus leyes y su legitimidad*. ¿Dónde residía, según Tiberghien, la legitimidad del conocimiento? Su respuesta era categórica: en Dios. Desde sus párrafos iniciales se refería a lo que calificaba como un “desvergonzado ateísmo con pretexto del progreso y con la careta de la crítica”. A Augusto Comte y a “su escuela”, los acusaba de una “impotencia radical de la razón ante el problema del destino humano”, que habían optado “en lugar de Dios, por el hombre; en vez de principios, por fenómenos”, y que en nombre del positivismo negaban lo absoluto. La respuesta, según el autor, estaba en la lógica, porque la lógica, decía, “tiene como fin la afirmación de Dios”.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Tiberghien, G., *Lógica. La ciencia del conocimiento*, México, Castillo Velasco e Hijos, 1875, pp. 6, 248 y ss.

Así, en la Escuela creada por Barreda, y para contrarrestar la enseñanza científica a la que obedecía el proyecto de 1867, se introdujo una posición teísta e intolerante. En ese contexto era inevitable una agria polémica, singularizada por duros ataques al sistema positivista implantado por Barreda. Ni siquiera algunos liberales, como Castillo Velasco, se definieron a favor de la neutralidad de la ciencia y, llevados por sus diferencias con el positivismo, auspiciaron una posición como la sustentada en el texto de lógica de Tiberghien, adoptándolo como oficial.

En abril de 1881 Ezequiel Montes, quien había sustituido a Mariscal en la Secretaría de Justicia, publicó su proyecto de Ley Orgánica de la Instrucción Pública que acogía las críticas de la circular de Mariscal y que se encaminaba a modificar en lo fundamental el sistema establecido por Barreda. Fue entonces cuando Justo Sierra hizo público su proyecto para la constitución de la Universidad Nacional.<sup>3</sup>

Sierra no militaba en el positivismo pero sí en el liberalismo. Su estrategia política consistía en impulsar el sentido secular de la educación, conforme al principio constitucional consagrado en el artículo 3o. desde 1857: “la educación es libre”. Alcanzar ese objetivo dependía de elevar el nivel de la discusión más allá de la Preparatoria y de la orientación que hasta entonces tenía. Para consolidar la existencia de la institución creada por Gabino Barreda se planteaba algo más ambicioso todavía: otra institución que coronara los esfuerzos de la Preparatoria: la Universidad Nacional. Otra conjetura apunta que Sierra habría planteado el proyecto de la Universidad Nacional solo para convertirlo en un elemento de negociación y así salvar, por lo menos, la existencia de la Escuela Preparatoria. Empero, su insistencia en el proyecto universitario, hasta llevarlo a la culminación casi treinta años más tarde, denotaba la seriedad de su planteamiento original.

<sup>3</sup> O’Gorman, Edmundo, “Justo Sierra y los orígenes de la Universidad de México”, *Revista de la Facultad de Filosofía y Letras*, México, núm. 33, 1949, pp. 35 y ss.

Por lo demás, ese origen liberal explica las ideas de Justo Sierra relacionadas con la independencia de la Universidad: esta era la única vía para garantizar la pervivencia de la enseñanza secular. Cuando explicó el proyecto ante los diputados, Sierra fue muy preciso:

Una Universidad es un centro de donde se propaga la ciencia, en que se va a crear ciencia; ahora bien, señores diputados, la ciencia es laica, la ciencia no tiene más fin que estudiar fenómenos y llegar a esos fenómenos últimos que se llaman leyes superiores. Si la ciencia es laica, si las universidades se van a consagrar a la adquisición de las verdades científicas, deben ser, por la fuerza misma del término, instituciones laicas.<sup>4</sup>

A la preocupación liberal se unió, años después, otra buena razón para abogar por la independencia universitaria. Es razonable suponer que Justo Sierra insistiera en el ejercicio de una libertad responsable por parte de la Universidad, porque nada garantizaba que ante la eventual conclusión de sus tareas en el gobierno porfiriano, no se diese un vuelco para destruir lo que con tanto celo él había erigido. La mejor forma de asegurar su propia obra era poniéndola a resguardo de las mutaciones políticas que pudiesen sobrevenir ante un cambio de gobierno. Quizá tampoco le eran ajenas las posibilidades de una transformación radical, incluso violenta, del sistema institucional mexicano; por lo menos de un giro pronunciado por cuanto hacía a los detentadores del poder.

Para entonces ya estaba publicada *La sucesión presidencial en 1910* de Francisco I. Madero; se había vivido la campaña electoral, y el líder opositor estaba en prisión acusado de *agitador*. En los años inmediatos anteriores había surgido el Partido Liberal Mexicano de Ricardo Flores Magón, e incluso Porfirio Díaz había intentado justificar la dureza de su gobierno con una ambi-

<sup>4</sup> Sierra, Justo, *op. cit.*, p. 421.

gua alusión a la democracia potencial, en su entrevista con James Creelman en 1908.

### III. EL CONSEJO SUPERIOR DE EDUCACIÓN PÚBLICA

Veinte años después del proyecto inicial,<sup>5</sup> fue creado el Consejo Superior de Educación Pública que sustituyó a la Junta Directiva de Instrucción Pública, a la cual se le habían conferido funciones técnicas y administrativas que ya no se justificaban al constituirse la Subsecretaría de Instrucción.

Poco después, el 13 de septiembre de 1902, quedó instalado el Consejo Superior como cuerpo colegiado encargado de asesorar en forma permanente a la entonces Secretaría de Justicia e Instrucción Pública en todos los actos concernientes a la dirección de la enseñanza. Con ese motivo, el subsecretario de instrucción pública, Justo Sierra, pronunció un discurso fundamental para precisar el alcance de la enseñanza universitaria en México.<sup>6</sup>

Las soluciones no podían ser parciales, dijo Sierra. Por eso, reclamaban un enfoque de conjunto que permitiera a todas las instituciones académicas traspasar el umbral del progreso. Desde ese momento Sierra anunció: “pediremos facultad expresa al Poder Legislativo para crear la Universidad Nacional”.<sup>7</sup>

¿Por qué tenía que ser el Estado quien realizara el proyecto de la Universidad Nacional? Porque, como decía Sierra, el egoísmo y la impotencia, o ambas cosas, de “nuestra burguesía enriquecida nunca había demostrado solicitud por la instrucción pública”. Para compensar esa deficiencia cívica el Estado asumiría la responsabilidad de dotar a los mexicanos de un centro de educación superior; sin embargo, el Estado tampoco aparecía dispuesto, según traslucen las palabras de Sierra, a aherrajar el saber y a prevalerse de las circunstancias. Por lo mismo, como un

<sup>5</sup> Decreto del 30 de agosto de 1902.

<sup>6</sup> Sierra, Justo, *op. cit.*, t. V., pp. 293 y ss.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 318.



atisbo más del futuro, el subsecretario planteó que si bien no sería posible otorgar a la Universidad su independencia, “que esto sería constituir un Estado en el Estado”, sí se otorgaría a la Universidad su autonomía científica; “autonomía que es condición de una vida más vigorosa y fecunda”.<sup>8</sup>

De acuerdo con esa autonomía científica, el gobierno universitario aseguraría la libertad del organismo académico creado y sostenido por el Estado. La acción de los universitarios se resumía así:

...desinteresados del fin práctico e inmediato de la enseñanza, aspiren a dar un papel a México en el movimiento de avance constante de las ciencias, recogiendo y analizando los descubrimientos nuevos, profundizando los viejos para encontrarles nuevas y fecundas trascendencias, fomentando y estimulando sistemáticamente las aplicaciones científicas al bienestar general, y dando impulso y abrigo a los estudios sociales en que queden comprendidos los trabajos metódicos de todas las manifestaciones en que el fenómeno social predomine y rijan a los otros, y en ellos incluímos los estudios históricos y arqueológicos, jurídicos, económicos y políticos, literarios y artísticos.<sup>9</sup>

El tema de la Universidad se hizo recurrente en Sierra. Así, al inaugurarse el nuevo periodo de sesiones del Consejo Superior de Educación el 6 de julio de 1905, insistió en la creación de la Universidad Nacional.<sup>10</sup>

Otro tanto ocurrió al rendir un informe al Congreso en nombre del presidente de la República el 30 de marzo de 1907. En esa ocasión sus puntos fueron aún más precisos. Fue entonces cuando anunció que la fundación de la Universidad “probablemente coincidirá con el centenario de nuestra Independencia”.<sup>11</sup> Tres años antes de conmemorar ese magno acontecimiento, ya se

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 319.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 320.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 361.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 385.

dejaba ver que la naturaleza previsoras del historiador y político. Sierra formaba parte de un gobierno que no creía en las libertades públicas, pero que al menos entendía que gobernar no era un acto frívolo ni un acto de improvisación. Más adelante Sierra formuló una tesis original. La Universidad no sería creada; sería reconocida. “Esta Universidad se habrá formado por sí sola”, dijo, y la declaración oficial solo significará que de ese hecho se pasaba a un derecho.

Ahí hablaba el historiador; el intelectual que sabía que la cultura no es obra de un momento y que la educación superior, en el ámbito nacional, en ningún caso se había apagado, así fuera muy precaria. No era una expresión relacionada con la presunta pervivencia de la universidad colonial, sino con la presencia de las escuelas nacionales y con las múltiples instituciones de educación superior que habían surgido en el país.

La idea de Universidad germinó en el pensamiento de Sierra a lo largo de los años; como funcionario dedicó muchas energías para preparar su advenimiento. Sierra, conocedor de la historia y de la política, sabía que la forja de las instituciones lleva un tiempo de maduración; que el voluntarismo no crea ni corrige, sino que más bien estropea lo que existe o invalida lo que se erige. Incluso en la dictadura Sierra advertía que el poder omnímodo tiene efectos precarios; pretendía construir una institución verdadera, no una ficción para el aplauso de la galería. Sabía que si no ataba todos los cabos, la unificación de las piezas que conformarían la Universidad sería imposible y que los entes académicos asociados en la magna institución no pasarían de una confederación de escuelas sin integración efectiva.

La edificación del proyecto educativo fue paulatina; obedeció a una estrategia de aproximación indirecta, aprovechando espacios donde advertía una menor resistencia al cambio y avanzando con prudencia. El primer gran paso fue la constitución del Consejo Superior de Educación Pública, en 1902; después, en mayo de 1905, la creación de la Secretaría de Instrucción Pública y Bellas Artes, de la que fue el primer titular.

Sierra sabía que la formación de una universidad no funcionaría si al lado de las escuelas nacionales Preparatoria, de Bellas Artes, de Ingeniería, de Jurisprudencia y de Medicina, no figuraba también otra en la que se estudiaran filosofía, historia, pedagogía, filología y literatura. En abril de 1910 fue creada por ley la Escuela Nacional de Altos Estudios.<sup>12</sup>

Puede verse que entre 1881 y 1902, Sierra postuló una idea que se fue abriendo paso y que acabó generalizándose, y que entre 1902 y 1910 impulsó una serie de medidas que alcanzaron su punto de destino como el momento más solemne del centenario de la Independencia.

Sus ideas de origen fueron constantes; la formulación de 1881 —atacada como se ha dicho por De los Ríos, quien consideraba inconsecuente que el Estado crease una entidad independiente— fue aclarada en sus términos conceptuales en 1901, cuando sin titubeos habló en forma categórica de la autonomía, y reapareció en la presentación del proyecto ante la Cámara de Diputados: “Esta agrupación, que se llamará Universidad Nacional, será la encargada de dictar las leyes propias, las reglas propias de su dirección científica”.

El principio del gobierno autónomo también fue reiterado cuando Sierra explicó por qué la Escuela Nacional Preparatoria debía pasar a formar parte de la Universidad. Sería incompatible, señalaba, que la Preparatoria mantuviera su dependencia directa del gobierno al tiempo que preparaba a los estudiantes para ingresar a la Universidad. La Preparatoria, por lo mismo, debía ser gobernada por la Universidad y formar parte de ella. Esta idea la planteó también con amplitud con motivo de la apertura de cursos de la Escuela Nacional Preparatoria el 1o. de mayo de 1910.<sup>13</sup>

La vinculación de los estudios preparatorios y universitarios sigue formando parte de la esencia de la Universidad Nacional.

<sup>12</sup> El 8 de octubre de 1908 había declarado que antes de fundar la Universidad Nacional era indispensable crear la Escuela de Altos Estudios. Sierra, Justo, *op. cit.*, t. VIII, p. 313.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 429 y 430.

Es posible que otras instituciones adopten un modelo diferente, pero en el caso de esta institución hubo razones estructurales que explicaron la decisión integradora tomada desde el momento mismo de su fundación. Sierra incluso sugirió que, andando el tiempo, la Universidad debería opinar acerca de todo el ciclo educativo, desde “su grado primario”, en tanto que sin formar parte de la organización universitaria sí tenía relación con la formación de los futuros profesionales.<sup>14</sup>

En la exposición de motivos de la iniciativa de ley para constituir la Universidad Nacional de México, se reiteraba la necesidad de su autonomía;<sup>15</sup> pero quizá donde con mayor precisión fueron explicitados los puntos de vista de Justo Sierra acerca del carácter autónomo de la Universidad, fue en la sesión del Consejo Superior de Educación Pública del 17 de enero de 1910. Allí, al proseguir en el análisis del proyecto de creación de la Universidad, cuya discusión había comenzado el anterior día 10, señaló:

Este proyecto se contrae a lo que puede llamarse la forma legal que asumirá la Universidad, pues la sustancia de esta Universidad está contenida en las escuelas que la componen. Como lo dice el proyecto de ley, se trata de organizar de una manera más eficaz los estudios superiores y de dar cima a la grande empresa de la educación nacional. Por ser de tanta trascendencia el proyecto, no he querido someterlo a las Cámaras antes de haber consultado la opinión del Consejo. La forma que se ha adoptado pudiera ser transitoria y, por consiguiente, podría ser susceptible de modificarse más tarde, *quizás en un sentido más liberal y en condiciones que se adapten mejor a las exigencias del progreso nacional. Pero por ahora hemos debido adoptar una forma de transición entre una corporación gobernada exclusivamente por el poder público y otra que disfrutara de más amplia autonomía.*<sup>16</sup>

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 318 y 322.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 414.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 317.

#### IV. LA UNIVERSIDAD NACIONAL

El 18 de junio de 1910 fue fundada la Universidad Nacional de México, aunque el momento solemne de su inauguración se produjo el 22 de septiembre, en el contexto de los actos del centenario de la Independencia. Allí Justo Sierra ratificó que la Universidad se gobierna a sí misma. Por eso, al concluir su oración inaugural, dirigiéndose al rector declaró: “depositar en vuestras manos el gobierno universitario”.

De acuerdo con la Ley Constitutiva de la Universidad Nacional de México, esta quedó integrada, según el artículo 2o., por las escuelas nacionales Preparatoria, de Jurisprudencia, de Medicina, de Ingeniería, de Bellas Artes y de Altos Estudios. El artículo 3o. precisaba que el ministro de instrucción pública y bellas artes sería el jefe de la Universidad, pero confería el gobierno de la institución al rector y al Consejo Universitario.

El rector, por su parte, sería designado por el presidente de la República, y del Consejo Universitario formarían parte, además del rector y de los directores de las escuelas universitarias, el director general de educación primaria. Completarían la composición del Consejo Universitario, en los términos del artículo 6o., cuatro profesores nombrados por la Secretaría de Instrucción Pública, dos más por cada escuela, elegidos en escrutinio por sus pares, y un estudiante por cada escuela escogido por los alumnos del último curso escolar.

Como bien observó Martín Quirarte, las frecuentes alusiones de Justo Sierra a Marcelino Menéndez y Pelayo, a Benito Pérez Galdós y a Emilio Castelar, demostraban que el historiador y educador mexicano no era ajeno a la revolución cultural que por esa época se llevaba a cabo en España. Pero no solo estaba atento a lo que ocurría allende el océano; también conocía a William James, a Ralph Waldo Emerson, a Walt Whitman, que le permitieron entender, como el propio Quirarte agregaba, la esencia del pensamiento estadounidense y su relación con la vida académica. Esa vocación universal de Sierra se proyectó en sus tres princi-

pales aspiraciones como educador, sintetizadas así por Quirarte: “ser autor de libros de historia, fundar la Universidad Nacional y procurar la educación del pueblo mexicano en todos los órdenes”. De estos propósitos los dos primeros quedaron realizados; el último quedó apenas en marcha.<sup>17</sup>

Por eso, no se puede hablar de una *influencia ostensible* de Ezequiel A. Chávez en las disposiciones de Justo Sierra acerca de la creación de la Universidad Nacional. Si bien es cierto que el propio Sierra reconoció en Chávez al coautor de todo cuanto en el Ministerio hizo,<sup>18</sup> también lo es que la idea de constituir a la Universidad como una institución independiente del Estado aparecía ya desde los remotos proyectos de 1881. Con toda seguridad la interlocución con Chávez lo condujo a una idea más precisa de la autonomía, pues en estos términos se expresó don Ezequiel más adelante, por lo que en todo caso puede hablarse de la coincidencia en las ideas de dos grandes educadores más que en la influencia de uno sobre el otro.

Al nacer, las seis escuelas que integraron la Universidad Nacional tenían 1,969 alumnos y 378 profesores, “incluyendo los que deben hacer investigación científica”. Por su parte, en las áreas de educación normal y especializada (comercio, artes y oficios) estaban inscritos 4,512 alumnos a los que enseñaban 379 profesores,<sup>19</sup> de manera que la proporción de profesores por alumno se duplicaba en el caso de los universitarios. El esfuerzo de Sierra por ofrecer un apoyo significativo a la educación superior quedaba de manifiesto.

<sup>17</sup> Quirarte, Martín, *Gabino Barrera, Justo Sierra y el Ateneo de la Juventud*, México, 1970, pp. 52 y 53.

<sup>18</sup> Sierra, Justo, *op. cit.*, t. VIII, p. 490.

<sup>19</sup> Varios autores, *México a través de los informes presidenciales*, México, SEP, 1976, t. II, p. 114.

## V. LA PRIMERA POLÉMICA EN TORNO A LA UNIVERSIDAD

A propósito de la fundación de la Universidad Nacional, en 1910 se suscitó una polémica entre Antonio Caso y Agustín Aragón. Los términos en que se desarrolló el duelo intelectual entre esas dos agudas inteligencias ayudan a precisar el ambiente académico y las expectativas existentes en aquel momento en relación con la naciente Universidad. En especial, se puso como tema de debate la personalidad y la obra educativa de Justo Sierra. La polémica se desarrolló entre fines de 1910 y principios de 1911 por medio de artículos aparecidos en publicaciones periódicas: Agustín Aragón utilizó como foro la *Revista Positiva*, en tanto que Antonio Caso, entonces secretario de la Universidad, se valió de *Revista de Revistas*.

En los artículos publicados el 5 de noviembre y el 3 de diciembre de 1910, Agustín Aragón emprendió un enérgico ataque en contra de la personalidad de Justo Sierra, señalando que ni en sus poesías, ni en sus discursos, ni en sus libros, ni en sus informes oficiales, había revelado jamás ser poseedor de un espíritu científico. Por el contrario, —decía— “Justo Sierra es un metafísico que quiere a ratos seguir los senderos de la ciencia y a ratos sonríe a la teología”. Ninguna labor suya —agregaba en su severo enjuiciamiento— “si se exceptúa su gran libro sobre Juárez”, lo acreditaba como persona firme en sus convicciones y aún menos como conocedor del método y de las doctrinas del positivismo.<sup>20</sup>

Aragón denunciaba que la Universidad no había surgido como resultado de un plan bien meditado, sino que obedecía al mero afán de “crear por crear”.<sup>21</sup> Según el científico, “la Universidad Nacional no es ni Universidad del Estado ni libre: es híbrida”.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Aragón, Agustín, “Dos discursos universitarios del secretario de instrucción pública y bellas artes”, en Caso, Antonio, *Obras completas*, México, UNAM, 1971, t. I, p. 16.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 28.

Desde su punto de vista la condición de la cultura seguiría empeorando en tanto que el Estado tuviera solo a medias las facultades para imprimir a los estudios la decisión que su propio criterio le aconsejase.<sup>23</sup>

El verdadero objetivo de Aragón consistía en cuestionar la fundación de la Universidad aduciendo que se trataba de una versión nueva de una institución vieja: la Real y Pontificia. No aceptó las afirmaciones de Sierra sustentando de manera reiterada lo contrario. Más adelante, Aragón desviaba su argumentación e impugnaba en general la misión de las universidades:

Kirchhoff y Bunsen (los descubridores del método del análisis espectral) fueron profesores de la Universidad de Heidelberg, si bien ignoro hayan presentado tesis de doctores y si estas habrán sido las que dice el señor Sierra. Secchi y Huggins, grandes astrónomos que dieron poderoso impulso por rumbo cierto a la física y a la química astronómicas, nada tuvieron que ver con las universidades. Leferrier (el descubridor de Neptuno) no fue universitario.<sup>24</sup>

A esa lista de genios no universitarios, Aragón sumó los nombres de Mayer, Joule, Faraday, Dalton, Darwin, Wallace, Spencer y otros más.

Leídas fuera de contexto, las afirmaciones de Agustín Aragón parecerían un extraño alegato contra las instituciones universitarias. En realidad él solo quería denunciar el carácter confesional que tuvieron en el Medievo y que mantuvo en México la Real y Pontificia. La razón, además, resultaba comprensible, porque se declaraba *hijo intelectual* de Gabino Barreda y no aceptaba las críticas de Sierra al positivismo, ni admitía que pudiera hacerse algo superior a la reforma educativa de 1867. En especial un fragmento del discurso de Sierra, en el que dijo que “la historia se compone de resurrecciones”, sirvió para atribuirle un proyecto de restauración conservadora. Aragón omitía los puntos centra-

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 27.



les del discurso para atacar el ángulo menos representativo de la retórica del ministro.

Casi tres meses después (el 19 de marzo de 1911) apareció la primera parte de la respuesta de Antonio Caso. El inicio fue débil porque no salía al paso de los argumentos de fondo planteados por Aragón. En cambio, en un segundo artículo, publicado el 26 del mismo mes, el ágil polemista abordó el problema medular e ironizaba refiriéndose al positivismo como “manifestación misérrima del conocimiento humano”.<sup>25</sup>

En otro artículo, aparecido el 9 de abril, refutó la perspectiva escéptica apuntada por Agustín Aragón, para atribuir a la Universidad Nacional la virtud de estar en camino de convertirse en un instituto coherente y vigoroso cuya autonomía orgánica la preservaría de los cambios políticos que, sentenciaba, “no afectarán para nada la marcha regular de la educación superior”.<sup>26</sup>

Caso abundaba en el tema de la autonomía. Mientras que según Aragón el matiz autonomista resultaba inadmisibles, para Caso la Universidad “pasa a ser independiente pudiendo ejercitar tanto en lo material como en lo intelectual, su poder propio, su voluntad colectiva, su iniciativa pedagógica autónoma”, y luego agregaba que la Universidad de su tiempo debía hacer posible que fructificaran todas las ramas de una institución “verdaderamente independiente”.<sup>27</sup>

Esa polémica, planteada a propósito del surgimiento de la Universidad, incluyó uno de los temas que mayor controversia habrían de suscitar en los siguientes años de la vida universitaria: su autonomía o su dependencia del Estado; su preservación de los vaivenes políticos o su vinculación con el acontecer cotidiano.

Dos poderosas inteligencias divergían acerca del compromiso con la libertad que caracteriza a la universidad moderna. Aragón reivindicaba la trascendencia del positivismo como corolario de una cultura laica, mientras que Caso sostenía que ninguna doctri-

<sup>25</sup> Caso, Antonio, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 11.

na puede adueñarse de una institución, y que la Universidad debía ser siempre un espacio abierto a todas las ideas. Cada uno de ellos tenía perspectiva distinta de la laicidad: la versión militante, de combate a los credos religiosos, era sostenida por Aragón; la versión republicana, de las libertades de culto, de conciencia y de convicciones éticas y filosóficas, era la sustentada por Caso.

## VI. CONCLUSIÓN

En esta andadura de un siglo de vida universitaria, es la visión republicana la que ha prevalecido en la Universidad.

Apenas iniciada la vida de la nueva institución, el duro intercambio de opiniones entre Aragón y Caso sirvió para confirmar que la Universidad alienta y nutre la reflexión, dentro y fuera de sus muros. No pudo haber un mejor principio.

Otro aspecto del debate fue menos llamativo en su momento pero resultó muy orientador para el desarrollo y la consolidación de la Universidad. La polémica entre Caso y Aragón planteó por primera vez entre nosotros la cuestión de las relaciones entre la Universidad y el Estado.

Ahora que la Universidad cumple cien años, tampoco puede tener una mejor celebración. Propiciando la discusión sobre ella y discutiéndose a sí misma, la Universidad de México sigue siendo el espacio secular donde la libertad y el conocimiento se dan la mano.

La mejor forma de celebrar el Centenario de la Independencia mexicana fue dando vida a esta institución. Con la fundación de la Universidad Nacional, México celebró de manera ejemplar el centenario de su independencia. Debemos decirlo con claridad: nada semejante se hizo para celebrar el segundo siglo del grito de Dolores, ni el primero de la Revolución social.

En el ocaso de la dictadura porfiriana, el liberalismo mexicano logró una hazaña de la inteligencia al establecer el más ambicioso proyecto educativo y cultural del México independiente: la Universidad Nacional fue la institución elegida para simbolizar

un siglo de independencia. Ahora, en su propio centenario, la Universidad puede decir que a lo largo de este periodo honró su compromiso con la nación que hoy celebra la Independencia y con la sociedad que hoy conmemora la Revolución. Con la misma convicción proseguimos el camino rumbo al siguiente centenario.

Las palabras de Justo Sierra seguirán siendo una guía en la que cada generación podrá encontrar nuevas fuentes de inspiración. Una virtud de los clásicos es que admiten lecturas siempre actualizadas.



## LOS JURISTAS ACADÉMICOS DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM Y LAS NUEVAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS\*

Héctor FIX-FIERRO\*\*

“Jurists, although sometimes indispensable,  
are not really popular with autocrats,  
because one never knows what conclusions  
they may draw in their pedantic, obscure  
and over-subtle volumes”.

R. C. van CAENEGEM\*\*\*

\* Texto revisado y anotado de la conferencia dictada en el marco de las actividades de la Cátedra “Jorge Carpizo” de Derecho Constitucional de la Universidad de Guadalajara-Centro Universitario del Sur, en Ciudad Guzmán, Jalisco, el 26 de octubre de 2010. Esta ponencia forma parte de un proyecto de investigación más amplio sobre el papel de los juristas académicos en la cultura jurídica mexicana del siglo XX. Una primera y extensa contribución, derivada del seminario “Los abogados y la formación del Estado mexicano”, auspiciado por los institutos de Investigaciones Jurídicas e Históricas de la UNAM y el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, aparecerá en breve con el título “Los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la construcción jurídica de las nuevas instituciones democráticas”.

\*\* Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional.

\*\*\* *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 (1987), p. 156 (“Aunque en ocasiones son indispensables, los juristas [académicos] no son realmente populares con los autócratas, porque nunca se sabe qué conclusiones puedan sacar en sus volúmenes pedantes, oscuros y sutiles en exceso”).

## I.

Este ensayo tiene el propósito de examinar brevemente la contribución de los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) a la creación o reforma de algunas de las nuevas instituciones democráticas de nuestro país. Jorge Carpizo, en cuyo honor se ha instituido la cátedra que auspicia esta ponencia, es un protagonista muy destacado de esta historia y por ello no parece inapropiado abordar el tema en este contexto. Además, también resulta conveniente estudiar de manera más amplia la aportación de los abogados a la construcción del Estado mexicano, en ocasión del bicentenario del inicio de la Independencia, el centenario de la Revolución mexicana y de la fundación de la UNAM, así como también del septuagésimo aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas, celebrado también en 2010.

## II.

Mi punto de partida es una constatación y una perplejidad. La constatación nos señala que desde los años ochenta, un buen número de los investigadores y académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas ha participado en la creación, reforma o funcionamiento de varias de las nuevas instituciones jurídicas, como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), el Instituto Federal Electoral (IFE) y el Tribunal Electoral Federal, por mencionar algunas. Estas instituciones pertenecen, genéricamente, a tres grandes ámbitos: el de los derechos humanos, el de la democracia política y el de la justicia.

La perplejidad es la siguiente: esta participación, ¿se explica meramente por razones personales, asociadas al prestigio individual de los investigadores? ¿O hay razones institucionales y estructurales que la expliquen y la favorezcan? Me inclino más por esta segunda posibilidad, pues considero que los grandes méritos

o las relaciones personales de los investigadores no bastan para justificar el relevante papel que han asumido, sino que hay razones de otra naturaleza que permiten entenderlo mejor.

### III.

Antes de examinar dichas razones, conviene situar esta propuesta dentro de un marco teórico que le dé sustento.

Quiero mencionar, en primer término, el proyecto que, desde hace varios años, llevan adelante los profesores Terence Halliday (Estados Unidos) y Lucien Karpik (Francia) para estudiar los vínculos entre el ejercicio profesional de los abogados y el surgimiento de lo que denominan “liberalismo político”. El liberalismo político lo entienden definido por tres grandes ejes: el Estado moderado, los derechos del individuo y el funcionamiento de una sociedad civil independiente. Halliday y Karpik sostienen, en esencia, que al perseguir su autonomía profesional, los abogados promueven también la independencia de la judicatura, así como la de los individuos y grupos que conforman la sociedad civil, todo lo cual contribuye a moderar el poder del Estado y a proteger los derechos fundamentales reconocidos por el orden jurídico.<sup>1</sup>

Esta hipótesis la han explorado respecto de diversos momentos de la historia de los países occidentales (Alemania, Francia, Estados Unidos y Gran Bretaña), pero también la han extendido a la vida contemporánea de muchos otros países de diversas regiones del mundo (Taiwán, la República Popular de China, Argentina, Corea del Sur, etcétera). También en estos países es posible observar que el “complejo jurídico” —formado por jueces y abogados— contribuye, con mayor o menor éxito, a construir

<sup>1</sup> Véase Halliday, Terence C. y Lucien Karpik (eds.), *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism. Europe and North America from the Eighteenth to the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, 1997 (especialmente pp. 15 y ss.). En la misma línea de investigación, Halliday, Terence C. et al. (eds.), *Fighting for Political Freedom. Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2007.

un régimen liberal y democrático. Sin embargo, su proyecto no incluye de manera específica a los juristas académicos, aunque sí señalan que el papel de estos ha sido importante en algunos casos, dadas las condiciones de autonomía y visibilidad en que se desarrollan actualmente sus labores.

En segundo lugar, es preciso tomar en cuenta el papel histórico que han desempeñado los profesores y doctrinarios del derecho en nuestra tradición jurídica, la cual tuvo surgimiento a partir del trabajo intelectual de los juristas medievales, que analizaron, explicaron y sistematizaron el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano en el ámbito de las primeras universidades. Más aún, en algunos lugares y momentos históricos, estos juristas académicos han podido convertirse en los actores centrales del sistema jurídico. El profesor belga Raoul C. van Caenegem destaca en tal sentido los momentos de ausencia o debilidad del legislador, así como de desprestigio de la judicatura, lo cual guarda algunas similitudes con el México de fines del siglo XX.<sup>2</sup>

Finalmente, el profesor venezolano Rogelio Pérez Perdomo ha iniciado, desde la sociología jurídica, un proyecto de estudio de los juristas académicos a través del género de la llamada “biografía colectiva”, es decir, no la biografía de alguno o algunos juristas destacados, sino la de un grupo que posee características comunes. En este sentido, se estudia sus orígenes, su formación, su obra escrita, los cargos públicos ocupados, sus proyectos políticos y, en general, su actuación como grupo generacional. Define a los juristas académicos como aquellas personas a quienes la sociedad atribuye un conocimiento más elevado del derecho, el cual se publica haciendo explícitos el fundamento o la fuente de ese conocimiento,<sup>3</sup> o también, como “intelectuales con un saber

<sup>2</sup> Van Caenegem, *op. cit.*, nota \*\*\*, *passim*. Véase también Dawson, John P., *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1968 (ed. especial The Legal Classics Library, New York, Gryphon Editions, 1994), *passim*.

<sup>3</sup> Pérez Perdomo, Rogelio, “A Plea for the Social Study of Legal Scholars: The Case of 19<sup>th</sup> Century Venezuela”, *Sociologia del diritto*, núm. 3, 2009, p. 68.



superior en el derecho”, es decir, los profesores de derecho y autores de obras jurídicas,<sup>4</sup> lo cual no quiere decir que necesariamente se dediquen a labores universitarias de tiempo completo, situación bastante reciente.

En resumen, todos estos enfoques refuerzan la idea de que también los juristas académicos pueden ser estudiados como un grupo o sector profesional capaz de una acción colectiva encaminada a la creación y reforma de las instituciones jurídicas, particularmente en tiempos de debilidad de otros importantes actores del derecho, como los jueces y los legisladores.

#### IV.

Pasemos ahora a revisar algunos factores —internos de la vida universitaria y externos del contexto social y político— que puedan ayudar a explicar cómo y por qué los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas han participado en los recientes proyectos de creación y reforma de algunas de las nuevas instituciones democráticas.

En primer lugar puede mencionarse el cultivo del *derecho comparado*. Recordemos aquí que el IJ fue fundado en 1940 con el nombre de Instituto de Derecho Comparado de México, por un profesor español exiliado, Felipe Sánchez-Román, quien fuera catedrático de Derecho Civil Comparado en la Universidad de Madrid. El profesor Sánchez-Román fue el primer director y si bien renunció al cargo al poco tiempo, el Instituto se sostuvo durante muchos años gracias a la labor callada y perseverante de un pequeño grupo de juristas españoles. El estudio del derecho comparado fue el legado que transmitieron a Héctor Fix-Zamudio, director entre 1966 y 1978, y a una joven generación de juristas mexicanos —entre ellos, Jorge Carpizo— que ingresó en el Instituto entre fines de los años sesenta y comienzos de los setenta.

<sup>4</sup> Pérez Perdomo, Rogelio, “Los juristas académicos en la independencia de Venezuela”, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, México, 2a. época, vol. XXIII, enero-junio de 2011, pp. 36 y 38.

Esta nueva generación del Instituto de Investigaciones Jurídicas inició en los años setenta un conjunto importante de estudios de derecho público sobre algunos de los temas que, más tarde, serían relevantes para las reformas de los años ochenta y noventa, como el federalismo, el presidencialismo, los partidos políticos y las elecciones, los derechos humanos, la reforma de la justicia, etcétera, siempre, como se ha señalado, desde una perspectiva comparada, particularmente en relación con los ordenamientos de América Latina.

Lo anterior nos lleva a examinar, en segundo término, la *ideología jurídica* y las *convicciones políticas* de los juristas académicos que han favorecido su intervención en los proyectos de reforma citados.

Los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas han podido realizar su labor de crítica y propuesta cobijados por la *autonomía universitaria*. Sabemos muy bien que, en distintos momentos y circunstancias, la Universidad Nacional ha dado espacio a grupos e individuos, mexicanos y extranjeros, que formaban parte de la disidencia política de entonces, bajo el manto de la libertad de cátedra e investigación. Debemos mencionar que algunos distinguidos miembros del Instituto de Investigaciones Jurídicas defendieron la propuesta de reforma constitucional de 1980 que dio cauce al sindicalismo universitario, al tiempo que consagraba, de manera explícita en el artículo 3o. constitucional, la autonomía universitaria y la mencionada libertad de cátedra e investigación.

Sin embargo, los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, a diferencia de muchos de los disidentes de izquierda de los años setenta, han sido más bien reformistas, y en algunos casos, cercanos al régimen del Partido Revolucionario Institucional (PRI) —e incluso miembros destacados de ese partido y funcionarios de sus gobiernos— y su política de cambio gradual. En efecto, los juristas contemporáneos son, casi por necesidad, reformistas, no revolucionarios. Es cierto que algunos de los revolucionarios más radicales de la historia han sido aboga-

dos, pero la realidad es que la reforma jurídica solamente puede hacerse de modo gradual y parcial si utiliza y respeta los procedimientos de cambio establecidos por el propio orden jurídico (la legislación y la interpretación judicial, principalmente). Dicho en otras palabras: no es posible cambiar de golpe todas las estructuras jurídicas por vías institucionales. Este *reformismo jurídico*, que podríamos denominar “natural”, se articuló de manera favorable con el reformismo político y económico del régimen entonces imperante.

En refuerzo de lo antes dicho, resulta importante agregar que muchos de estos juristas académicos reformistas pertenecen a una generación que nació a mediados de los años cuarenta y que vivió de manera consciente —e incluso participó en ellos— los movimientos sociales de inconformidad de los años sesenta (médicos, estudiantes y profesores, etcétera), protagonizados en su mayoría por sectores de la clase media que no encontraban un lugar propio en la organización política de la época y que empezaron a exigir una democracia efectiva y el respeto de los derechos de individuos y grupos. Podemos suponer que estos acontecimientos indujeron en los jóvenes juristas de entonces la convicción de que la democratización solamente iba a poder lograrse mediante la transformación gradual de las instituciones existentes a partir de la exigencia de cumplimiento de los principios, valores y derechos ya consagrados por el orden constitucional.

Además de esta primera generación, han ingresado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas otras dos generaciones de jóvenes que han retomado el impulso reformista de aquella generación. La generación más reciente, nacida entre comienzos y mediados de los años setenta —es decir, las edades de sus integrantes fluctúan ahora alrededor de los cuarenta años—, ya está teniendo una participación pública visible y destacada. A esta generación ya no le tocó padecer el presidencialismo asfixiante de antaño, sino que su formación y su trayectoria profesionales se han desenvuelto en un ambiente cada vez más libre y democrático. En este contexto, resulta comprensible que esta generación

se haya propuesto contribuir a la ampliación y la profundización de la democracia, a través de la defensa de causas como la legalización de la interrupción del embarazo, el matrimonio entre personas del mismo sexo, los derechos de niñas, niños y adolescentes, la equidad de género, la transparencia y el acceso a la información pública, etcétera. Gracias a los logros de la generación anterior, ya no se trata de establecer la democracia, sino de normalizarla, de ponerla a la vanguardia, incluso en el contexto mundial, aunque ello no excluya la necesidad de defender esos logros cuando son sometidos a ataque.

En tercer lugar, un factor significativo que abrió las puertas a los juristas académicos como actores dotados de credibilidad propia fue la *pérdida de legitimidad del régimen político dominante*. Los episodios represivos de 1968 y 1971, las crisis económicas recurrentes a partir de 1976, la crítica a las violaciones de los derechos humanos en los años ochenta y noventa, todo ello provocó el deterioro de la legitimidad del régimen presidencialista, el cual intentó recuperar en parte dicha legitimidad a través del derecho, de la racionalidad e imparcialidad de los valores jurídicos, para lo cual se requirió la participación de nuevos operadores que, además de proporcionar su conocimiento experto, no estuvieran afectados por la desconfianza en las instituciones existentes.

En cuarto lugar, y como consecuencia de lo arriba apuntado, es preciso hacer referencia a la *transición* que, a partir de los años ochenta, se da desde un sistema jurídico cerrado y nacionalista hacia uno abierto y reformista. Cabe subrayar que a partir de los años cuarenta se difunde en el medio jurídico mexicano —sin que se haya convertido en absolutamente dominante— una actitud que podemos denominar “nacionalismo jurídico”, según la cual el orden jurídico derivado de la Constitución de 1917 era suficiente y adecuado para las necesidades del país y, por tanto, no se requería, ni era conveniente, acudir al derecho comparado para su estudio y reforma. Esta era una actitud que ya había percibido don Manuel Gual Vidal, director de la Escuela Nacional de Jurispru-

dencia, en su discurso de inauguración del Instituto de Derecho Comparado el 7 de mayo de 1940.<sup>5</sup>

Esto comienza a cambiar a partir de 1982, con el inicio de la apertura económica y, unos años más tarde, con el proceso de democratización política. Ambos procesos requirieron la creación de nuevas instituciones a partir del estudio y la inspiración de instituciones muy difundidas en el extranjero, como el *Ombudsman*, los tribunales electorales o la jurisdicción constitucional.

## V.

En conclusión, los factores arriba explicados se han articulado en conjunto para promover y permitir que un grupo de juristas académicos, cultivadores del “derecho puro”, como lo han denominado Yves Dezalay y Bryant Garth,<sup>6</sup> hayan sido convocados a colaborar en la creación de algunas de las nuevas instituciones democráticas, sobre todo las relacionadas con los derechos humanos, las elecciones y la justicia, a pesar de que, como grupo, careciera de un peso político propio. Su capital era, y sigue siendo, el conocimiento técnico y la imparcialidad intelectual, lo que ha contribuido de manera decisiva a legitimar esas nuevas instituciones.

<sup>5</sup> Véase “Discurso del Lic. Manuel Gual Vidal, director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, en la inauguración del Instituto de Derecho Comparado de México el 7 de mayo de 1940”, en Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (ed.), *XXV aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965). Historia, actividades, crónica de las bodas de plata*, México, UNAM, 1965, p. 140.

<sup>6</sup> Véase Dezalay, Yves y Bryant G. Garth, “De elite dividida a profesión cosmopolita. Los abogados y las estrategias internacionales en la construcción de la autonomía del derecho en México”, en Fix-Fierro, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, UNAM, 2006, pp. 206 y siguientes. Estos autores atribuyen la influencia de los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas al estudio del “derecho puro”, es decir, a una visión más técnica, abierta e internacional del orden jurídico.



SEXTA PARTE

ESTUDIO SOBRE DERECHO INTERNACIONAL





## LA REVISIÓN DE LA CARTA DE SAN FRANCISCO. ARTÍCULO 109: HACIA LA PAZ Y LA SEGURIDAD

Francisco PLANCARTE Y GARCÍA NARANJO\*

En esta ponencia haremos un breve análisis de la relación que existe entre la seguridad nacional de cualquier Estado-nación y la paz y la seguridad internacionales, a partir de que vivimos en un mundo globalizado por la economía, la tecnología, los medios de comunicación y el crimen organizado.

Existiendo esta interdependencia entre países vecinos y cada día más con los países del mismo hemisferio y aun de otros continentes, hemos encontrado como denominador común para plantear una solución de fondo tendente a lograr a la paz y la seguridad mundial, la revisión de la Carta de la ONU con fundamento en su artículo 109 que faculta a la Asamblea General a convocar a una Conferencia General con el propósito de revisar la Carta. Trataremos de demostrar que existe un camino jurídicamente viable, no obstante el posible ejercicio del derecho de veto de los 5 miembros permanentes del Consejo de Seguridad, para revisar la Carta y transformar la ONU.

En este sentido, en lo personal como abogado, así como en representación de Planetafilia A. C. que es una ONG mexicana promotora de la Alianza Mundial para la Transformación de la ONU (WATUN), hemos realizado múltiples contactos con diversas dependencias gubernamentales e instituciones públicas y

\* Maestro en Derecho. Fundador del Parlamento Mundial. Director de Planetafilia. Agregado de la ONU.

privadas en muy diferentes partes del mundo, con la propuesta básica consistente en la necesidad de revisar la Carta de San Francisco de 1945, como plataforma indispensable para llevar a cabo la renovación de la estructura de las Naciones Unidas y consecuentemente el fortalecimiento de la seguridad a nivel nacional e internacional.

Como antecedente histórico mencionaremos que en 1955, al cumplir 10 años la Carta de la ONU, existió la posibilidad de revisión con fundamento en el tercer párrafo del artículo 109, mediante la Resolución 992-X de la Asamblea General que se pronunció a favor de realizar la revisión, pero quedó pendiente señalar lugar y fecha. Posteriormente el tema fue diferido 12 años consecutivos hasta 1967, con el argumento que no existían las condiciones propicias para llevar a cabo la revisión. Después de algún tiempo, la Asamblea General resolvió crear un Comité Ad Hoc de 42 miembros, según la Resolución 3349 (XXIX) en 1974, que se amplió a 47 miembros en 1975, y 20 años después, con la Resolución 50/52 del 15 de diciembre de 1995, la Asamblea General abrió la membresía a la totalidad de los Estados miembros de la ONU y reiteró la fórmula del consenso para la toma de decisiones, con lo cual se complicó su desempeño y posibles resultados.

Por lo anterior, es imperiosa la necesidad de que la propia Asamblea General de la ONU retome la responsabilidad que le corresponde y que proceda a señalar lugar y fecha para llevar a cabo la revisión integral de la Carta o realice una nueva convocatoria que incluya a todos los nuevos miembros de las Naciones Unidas que no estuvieron presentes en la resolución 992-X de 1955.

En ambos casos, ya sea para simplemente instalar o hacer una nueva convocatoria, no aplica el derecho de veto de los 5 miembros permanentes por las siguientes razones:

- (1) Para la instalación y dar cumplimiento a la Resolución 992-X señalando lugar y fecha, es obvio que no aplica el dere-

cho de veto a una Resolución que ya fue tomada. Solamente si como resultado de la revisión se propusiera reformar o alterar la Carta en los términos del segundo párrafo del artículo 109, existiría la posibilidad de vetar la reforma o modificación a la Carta, por cualquiera de los 5 miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

- (2) Realizar una nueva convocatoria con fundamento en el primer párrafo del artículo 109, que sin lugar a dudas es un precepto vigente y que textualmente dice: “Artículo 109. Se podrá celebrar una Conferencia General de los Miembros de las Naciones Unidas con el propósito de revisar esta Carta, en la fecha y lugar que se determinen por el voto de las dos terceras partes de los Miembros de la Asamblea General y por el voto de cualesquiera nueve miembros del Consejo de Seguridad”.

Es evidente que cuando se dice...“cualquiera nueve miembros”... no se incluye necesariamente a los 5 miembros permanentes, y por ello queda la convocatoria libre de veto.

Al igual que en el caso (1), si como resultado de la revisión de la Carta se propone alguna reforma o modificación a dicha Carta con fundamento en el segundo párrafo del artículo 109, se requiere la ratificación de las dos terceras partes de los miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos y cada uno de los 5 miembros del Consejo de Seguridad.

Ahora bien, al haber quedado establecido que la convocatoria o la instalación en sí de la Conferencia Ad Hoc para revisar la Carta, no están sujetas al derecho de veto, pasaremos al análisis de la segunda etapa del procedimiento de transformación de las Naciones Unidas.

Sin embargo, antes de continuar con el análisis de la transformación de la ONU, haremos un breve recuento de las características para reformar o modificar la propia Carta que sí contemplan el artículo 108 el derecho de veto:

La Asamblea General de la ONU es el órgano competente para reformar la Carta en los términos del artículo 108, que establece con precisión:

Artículo 108. Las reformas a la presente Carta entrarán en vigor para todos los Miembros de las Naciones Unidas cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea General y ratificadas, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los Miembros de las Naciones Unidas, *incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad*.

Consecuentemente, para reformar la Carta, está claro que al incluirse la ratificación de todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, cada uno de ellos en lo individual tiene el derecho de vetar cualquier reforma, simplemente al no ratificarla. Aplica lo mismo para modificar o alterar la Carta, según el artículo 109, segundo párrafo.

En cambio, nuestra propuesta no es para reformar o modificar la Carta, sino para revisarla a través de una Conferencia General de los Miembros de las Naciones Unidas, en los términos del primer párrafo del artículo 109 en relación con el tercer párrafo del mismo, que en nuestra opinión también está vigente en virtud de que los miembros fundadores de la ONU previeron que el tercer párrafo del mismo artículo 109, tuviera un quórum menor de simple mayoría para facilitar la convocatoria a una Conferencia General de Miembros que Revisara la Carta en 1955, al afirmar imperativamente que:

Si no se hubiere celebrado tal Conferencia antes de la décima reunión anual (1955) de la Asamblea General después de entrar en vigor esta Carta (1945), la proposición de convocar tal Conferencia será puesta en la agenda de dicha reunión de la Asamblea General y la Conferencia será celebrada si así lo decidieren la mayoría de los miembros de la Asamblea General y siete miembros cualesquiera del Consejo de Seguridad (tercer párrafo del artículo 109).

Al establecer dicho párrafo un quórum menor para la décima asamblea con el propósito de convocar a una Conferencia General para la revisión de la Carta, provisión que en nuestra opinión sigue vigente porque no existen razones de fondo para no aplicarlo posteriormente, pues sería contradictorio con el evidente espíritu de apertura de los fundadores para que en un futuro pudiera renovarse con mayor facilidad el sistema de Naciones Unidas.

Sorprendentemente, desde 1955 no se señaló lugar y fecha para revisar y tampoco se ha convocado a la Conferencia General a que tienen derecho las naciones; el propósito de este ensayo es crear conciencia entre los abogados, en la sociedad civil mundial y ante los propios gobiernos de este valioso procedimiento legal establecido por la propia Carta. Es un derecho de las naciones, en virtud de que, como ya se dijo, la puerta se abrió para “la décima reunión anual” (1955). Es conveniente hacer notar que en el tercer párrafo en cuestión, no se especificó que el quórum especial fuera “únicamente” para la décima reunión anual, que sin duda hubiese sido una visión de muy corto alcance. En realidad, este precepto nunca ha sido derogado en virtud de que solamente quedó pendiente señalar lugar y fecha, y una nueva convocatoria ha sido propuesta tratando de diluir el tema hasta nuestros días.

En resumen, la Conferencia Ad Hoc que se recomienda convocar en esta ponencia, se podría llevar a cabo con toda amplitud, en virtud de que su instalación se puede realizar en cualquier parte del mundo; el artículo 109 tampoco estableció limitación alguna de tiempo o duración para poder hacer un análisis y discusión a fondo de la razón de ser de las Naciones Unidas, ante los graves problemas del presente y los enormes retos del futuro.

Después de realizar el debate que corresponda en el seno de la Conferencia General propuesta, si los miembros de las Naciones Unidas consideraran que en esencia la ONU ya no responde a las necesidades de los pueblos y las naciones, debido a su falta

de equidad en el sistema de voto y de eficacia al carecer de facultades y atribuciones legislativas y coercitivas, y en general, la falta de normas jurídicas efectivas, para hacer cumplir cabalmente todas sus responsabilidades, entonces los gobiernos de las naciones estarían en la posibilidad de acordar en dicha Conferencia, la transformación de la ONU en *Federación Mundial de Naciones*, con fundamento en el “Derecho a la autodeterminación de las naciones en su conjunto” y los principios generales del derecho internacional conocidos como *ius cogens*. Todo ello, sin haber reformado o modificado precepto legal alguno de la Carta, la cual una vez instituida la Federación Mundial de Naciones, quedaría sin efecto.

La transformación de la ONU necesariamente debería contemplar el otorgamiento de facultades legislativas a favor de la Asamblea General hacia un Parlamento Mundial, con atribuciones para legislar en asuntos globales y multilaterales, así como con facultades de autoridad expresas y delegadas por las naciones adherentes de la Federación Mundial.

Además de la función legislativa, dicho parlamento deberá estar facultado para formar el gobierno parlamentario que se aboque al ejercicio de la administración pública y a la creación y aplicación de un nuevo derecho mundial con normas coercibles, acompañadas de la creación de los tribunales mundiales con plena jurisdicción que correspondiera conforme a una futura Constitución mundial.

En realidad, la Tierra en la que vivimos es nuestro único hogar y podríamos afirmar que se asemeja a una pequeña nave cósmica que vuela por el firmamento a una gran velocidad, y que por ello es vital cuidar el equilibrio ecológico para preservar la vida sobre nuestro planeta. En este contexto, podemos afirmar que todos somos la tripulación de la nave y todos somos responsables como parte de la familia humana, para continuar nuestro viaje y realizar nuestro destino común.

Por ello los gobiernos de los Estados-nación que nos representan, deben en su conjunto elaborar las normas de derecho que

rijan en la sociedad del siglo XXI y su relación armoniosa con la naturaleza. Todo ello con el fin de lograr un nuevo orden jurídico y político internacional capaz de resolver los graves problemas globales íntimamente relacionados con la seguridad, la paz y el respeto a los derechos humanos.





*Cátedra Nacional de Derecho Jorge Carpizo. Reflexiones constitucionales*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 24 abril de 2014 en los talleres Impresión Comunicación Gráfica, S. A. de C. V. Manuel Ávila Camacho 689, col. Santa María Atzahuacán, delegación Iztapalapa, 09500, México, D. F. Se utilizó tipo Baskerville 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 154 kilos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*)