

D



DATOS PERSONALES (PROTECCIÓN)

Se refiere a los posibles usos inadecuados de la información concerniente a las personas tanto físicas como morales. En muchos países dicha protección está regulada jurídicamente a nivel constitucional o en leyes generales o específicas. Los derechos más significativos al respecto son el de acceso, rectificación, cancelación y oposición (conocidos como ARCO).

Dichos datos personales pueden ser públicos o privados, dependiendo de si es el Estado o los particulares quienes los recaban, resguardan y/o emplean, sin importar si su procesamiento es realizado en forma manual o digitalizado.

En reformas constitucionales publicadas en el *DOF* primeramente el 30 de abril de 2009 en el art. 73, adicionó la frac. XXIX-O como una de las facultades del Congreso para legislar “en materia de protección de datos personales en posesión de particulares”, y por otra parte, del primero de junio de 2009 se adicionó en el art. 16 un segundo párrafo, que actualmente establece que “Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros”.

Lo anterior dio lugar a dos reformas legislativas: la primera, publicada en el *DOF* el 5 de julio del 2010, por la que se expidió la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, y se reformaron los art. 3, fracs. II y VII, y 33, así como la denominación del capítulo II del título segundo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, y una segunda, publicada en el *DOF* el 21 de diciembre de 2011, por la que se expidió el Reglamento de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares. La autoridad encargada de velar el cumplimiento de estas dos disposiciones legislativas es el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI).

De manera más reciente, en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, en la meta IV: México Próspero, en la estrategia y líneas de acción transversales Gobierno Cercano y Moderno, en el rubro VI.A., se señala que la administración pública federal buscará “Garantizar el acceso a la información y a la protección de los datos personales...”.

La evolución constante de la tecnología genera nuevos esquemas de protección técnica de dichos datos personales, como por ejemplo la biometría; sin embargo, el derecho se ha caracterizado por mostrar continuos rezagos para articular modelos efectivos de tutela, por lo que continuamente se requieren de actualizaciones legislativas efectivas.

Julio Téllez Valdés

DEBIDO PROCESO

El concepto de debido proceso es confuso en muchas legislaciones. Algunas lo coinciden con el derecho de defensa; otras lo relacionan con las garantías judiciales, y la tendencia más actual es completar el diseño de cuanto significa

tener un “debido proceso”, con las condiciones que surgen de los tratados y convenciones que suman requisitos de validez y eficacia (por ejemplo, el derecho al recurso y el plazo razonable, entre otros).

El debido proceso, en líneas generales, responde en el constitucionalismo al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad.

El adverbio “debido” no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del “debido proceso”. El origen aceptado es la 5ª enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso*.

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

El carácter bifronte que mencionamos tiene otra fuente en el derecho anglosajón que a través de la frase *due process of law* —que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 *per legem terrae, by the law of the land*— ha desarrollado un alcance no solo procesal, sino inclusive informador de todo el ordenamiento jurídico.

El concepto tiene así un condicionante diferente al modelo donde nace (*common law* anglosajón), porque el *civil law* tiene presupuestos distintos. Por eso, aunque la adquisición supone progresar en la práctica de todos los derechos que se aplican en un proceso, para que sean satisfechos inmediatamente en sus alcances e intereses, los medios para hacer efectiva la práctica difieren.

La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un juicio justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatarlas.

Con el tiempo, el proceso debido fue llevado al plano de la ley, e inclusive sin tener mención expresa se consagró en las Constituciones de los Estados. No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo, sino precisiones sobre la defensa, especialmente referido a los casos de atención en procesos penales. Nace así el llamado *debido proceso constitucional*, que fue más importante por las implicancias supuestas que por las declaraciones realizadas.

La última etapa refleja un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa usanza se conoce como *debido proceso sustancial* —*substantive due process of law*—, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó

un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional.

La razonabilidad estableció límites a la potestad judicial, y constituyó un llamado o advertencia al Estado en el sentido de que deben ajustarse no solo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En resumen, el debido proceso se ha desarrollado en los tres grandes sentidos apuntados:

- a) El del *debido proceso legal*, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;
- b) La creación del *debido proceso constitucional* o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal y
- c) El desarrollo del *debido proceso sustantivo* o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del derecho de la Constitución.

Oswaldo A. Gozaini

DECISIONES INTERPRETATIVAS

En el marco de los procedimientos de control de constitucionalidad de las leyes se entiende por decisiones interpretativas aquellas resoluciones que condicionan la validez del texto legal objeto de enjuiciamiento a la interpretación que formula la jurisdicción constitucional. Se elude, de este modo, la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad del texto legal mediante la sujeción del precepto examinado a la comprensión constitucionalmente conforme que dicta el órgano judicial, o bien mediante la prohibición de aplicación del precepto en cuestión bajo una interpretación considerada inconstitucional por dicho órgano.

La emisión de decisiones interpretativas se asocia a la existencia de una jurisdicción constitucional con poder para invalidar o no aplicar normas con rango de ley aprobadas por las cámaras de representación popular si el órgano juzgador estima la incompatibilidad entre el texto legal y el texto constitucional. En este sentido, la contención con la que debe actuar la jurisdicción constitucional en el examen de un precepto aprobado por la mayoría de los representantes de la ciudadanía (expresada en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes y en el principio de conservación de las mismas) induce a evitar la declaración de inconstitucionalidad si es posible extraer una interpretación del precepto legal constitucionalmente adecuada.

El análisis del fenómeno de las decisiones interpretativas se ha desarrollado con intensidad en aquellos modelos de control de constitucionalidad de las leyes de tipo concentrado en los que un órgano de naturaleza jurisdiccional

ostenta el monopolio de rechazo de preceptos legales (así, especialmente, en la República Federal de Alemania según el sistema establecido por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en Austria, en Italia y en España, también en Francia con las particularidades sobre la composición y los procedimientos de control de leyes que definen al Consejo Constitucional) aunque asimismo se ha perfilado la cuestión, aunque con ciertos matices, en los modelos de control de constitucionalidad de tipo mixto (Portugal, Colombia), de tipo difuso con elementos de concentración (así México) de tipo difuso (Estados Unidos, Argentina), o incluso en sistemas en los que determinados tipos de normas legales están excluidos del control de constitucionalidad y el órgano juzgador recurre a la decisión interpretativa para modular las posibles incompatibilidades entre la norma legal y la norma constitucional (así el modelo de la Confederación Helvética en lo que atañe a las leyes federales).

En los modelos de control de constitucionalidad concentrado la jurisdicción ordinaria (que no cuenta con el poder de declarar la inconstitucionalidad y la invalidez de un precepto con rango legal) tiene la obligación, con todo, de haber intentado realizar una interpretación constitucionalmente conforme de la ley como requisito para plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el respectivo tribunal constitucional. Los órganos judiciales que integran el Poder Judicial también cuentan, de este modo, con la capacidad de emitir decisiones interpretativas si se encuentran en condiciones de formular una interpretación constitucionalmente conforme del precepto en principio constitucionalmente dudoso. La regla general de la vinculación de las decisiones de la jurisdicción constitucional a todos los órganos del Poder Judicial en todo tipo de procedimientos de control de normas que rige en la mayoría de Estados que cuentan con el modelo de control de constitucionalidad concentrado supone que la jurisdicción ordinaria también se encuentra vinculada a las decisiones interpretativas, y que, por tanto, tiene la obligación de aplicar la ley según la interpretación establecida por el tribunal constitucional (aunque ello no ha sido pacífico a lo largo de la historia del control de constitucionalidad de la ley en algunos sistemas como notoriamente se planteó en el caso italiano en las primeras décadas de funcionamiento de la Corte Constitucional).

Una de las principales críticas planteadas por la doctrina a la formulación de decisiones interpretativas por parte de las jurisdicciones constitucionales consiste en apreciar una suerte de intervencionismo judicial al reconfigurar el sentido normativo del precepto impugnado e introducir contenidos no previstos por el legislador bajo el pretexto de la interpretación constitucionalmente conforme. En principio, según una visión estricta del modelo de control de constitucionalidad de las leyes, el órgano que asume el ejercicio de dicho control solo cuenta con dos posibilidades: o desestima la impugnación del precepto legal o aprecia su inconstitucionalidad y, en consecuencia, declara su invalidez. Pero el propio Hans Kelsen, tanto en su *Teoría del derecho* como en sus escritos sobre la jurisdicción constitucional, ya asumió el carácter creativo de la interpretación, y en particular de la interpretación constitucional, de modo que parecía admitirse que los tribunales constitucionales emitieran decisiones intermedias entre la mera desestimación y la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto legal.

Con el fin de poner coto a interpretaciones constitucionalmente conformes realizadas por las jurisdicciones constitucionales que desborden los contenidos normativos previstos por el legislador tanto algunas legislaciones sobre derecho procesal constitucional como la propia jurisprudencia de algunos tribunales han establecido límites al uso de decisiones interpretativas. Entre ellos se cuenta el respeto a la literalidad del precepto legal y la prohibición de asignar al precepto enjuiciado un contenido no previsto por el legislador o palmariamente contrario a lo establecido en el texto legislativo. La jurisdicción constitucional no puede, así, tratar de reconstruir una norma que no está debidamente explícita en el texto legal o desfigurar el sentido de enunciados legales meridianos para extraer la norma llamada a respetar el mandato constitucional. En algunos sistemas, la práctica de la tergiversación del sentido del precepto legal examinado con el fin de salvar la constitucionalidad de la norma ha merecido la definición de una categoría específica de decisión dentro del conjunto de las decisiones interpretativas (las llamadas decisiones manipulativas), así como también se ha determinado una categoría particular para definir aquellas resoluciones en las que la jurisdicción constitucional directamente condiciona la validez del precepto legal a disposiciones establecidas por el propio órgano judicial (decisiones aditivas), lo que generalmente sucede cuando la jurisdicción constitucional declara inconstitucional un precepto en la medida en que el legislador no tomó en consideración algo que, constitucionalmente, debió prever.

Héctor López Bofill

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

En el ejercicio de sus funciones, los dos órganos del sistema interamericano de protección a los derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), así como la Relatoría para la Libertad de Expresión (RELE), han desarrollado importantes estándares sobre el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrado en el art. 13 de la Convención Americana. Le dieron amplio contenido a través de una generosa interpretación del derecho de buscar, recibir y difundir información de toda índole (incluso ofensiva o perturbadora), difundida en cualquier soporte (oral, escrito, visual, artístico), incluyendo la protección del derecho de acceso a la información en poder del Estado (CoIDH, caso Claude Reyes y principio 4 de la Declaración de Principios) y el derecho a la verdad (ver CoIDH. Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia)).

Desde 1985 se desarrollaron características fundamentales de esta libertad, destacándose el rol de pilar democrático, su carácter de derecho individual y colectivo (buscar y recibir información), el deber de los Estados de brindar una protección simultánea a sus inescindibles dimensiones individual y social y el carácter instrumental para el ejercicio del periodismo (CoIDH OC-5). Se crearon estándares internacionales, entre los que se debe resaltar: 1) la prohibición cuasiabsoluta de actos de control previos; 2) el carácter

ter taxativo de las limitaciones permitidas en el art. 13 (derecho no absoluto sujeto únicamente a responsabilidades posteriores establecidas expresamente en la Convención, que cumplan requisitos de legalidad, fin legítimo, proporcionalidad y necesidad en una sociedad democrática), y 3) la interpretación restrictiva de las limitaciones permitidas por la propia Convención y el deber de usar medidas menos lesivas a la libertad de expresión. Asimismo, la Corte desarrolló el concepto de derecho de rectificación o respuesta consagrado en el art. 14 de la Convención (CoIDH OC-14).

En 2000, la CIDH, en respaldo a la RELE, adoptó 13 principios en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (DPLE), impulsando la jurisprudencia desde 2001, al llevar ante el tribunal casos y asuntos relativos a: a) censura previa; b) responsabilidades posteriores: penales y civiles; c) restricciones indirectas, y d) necesidad de protección preventiva de este derecho.

a. Actos censura previa, prohibidos por el art. 13 y por el principio 5 de DPLE: el sistema interamericano se diferencia de otros mecanismos universales y regionales, en que se rige por el principio de prohibición cuasiabsoluta de todo acto de control previo contra cualquier tipo de expresión, difundida por cualquier medio, proveniente de cualquier órgano del Estado (Legislativo, Ejecutivo o Judicial). Afirma que las expresiones únicamente pueden estar sujetas a responsabilidades posteriores, señalando como sola excepción a este principio el supuesto establecido en el art. 13.4 de la CADH, el cual permite regular el acceso a espectáculos públicos para la protección moral de la infancia y la adolescencia.

La Corte resolvió casos de censura clásica, reafirmando que cualesquiera actos de control previos son *per se* incompatibles con la Convención Americana. El Estado no puede justificar ni defender los elementos legalidad, fin legítimo, proporcionalidad y necesidad frente a actos de censura (ver CoIDH “*La última tentación de Cristo*” *Olmedo Bustos y otros*, censura cinematográfica y *caso Palamara Iribarne*; CIDH. Informes Alejandra Matus; Francisco Martorell, censura en la publicación de libros). Parte de la doctrina (Eric Barendt) critica este principio, porque otorga un derecho absoluto a publicar por primera vez cualquier expresión, por ser dogmático y por no tomar en cuenta el carácter del discurso ni su posible impacto grave en otros derechos, en casos en que parecería lógico e incluso conveniente permitir al Estado detener, por orden judicial, al menos temporalmente, la difusión de información (ej. seguridad nacional y difusión de documentos confidenciales o secretos).

b. Responsabilidades posteriores permitidas por el art. 13.2 y los principios 11 y 12: los órganos del sistema se han pronunciado sobre la imposición de medidas penales y civiles como responsabilidad ulterior para contrarrestar el supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Respecto al uso de figuras penales, miran con particular cuidado los casos en que los Estados usan sus distintas tipificaciones para proteger el derecho al honor de las personas, del Estado o de instituciones (difamación, calumnia, injurias o desacato) por la difusión de expresiones de interés público. Desarrolló el concepto de mayor tolerancia a la crítica por parte de las instituciones del Estado, funcionarios o personas públicas y de especial protección de las expresiones de interés público (casos Herrera Ulloa, Ricardo

Canese, Palamara Iribarne, Kimel, Usón Ramírez, Fontevecchia y D'Amico y principio 11, DPLE). La Corte Interamericana, al igual que su par Europea, no considera el uso del derecho penal para proteger el honor —ni siquiera por funcionarios públicos— *per se* incompatible con la Convención. Sin embargo, en varias ocasiones la Corte determinó que su uso fue desproporcional en una sociedad democrática, al considerar el derecho penal el medio más severo que tiene el Estado entre otras alternativas posibles y la ambigüedad de las redacciones de los tipos penales analizados. Estas decisiones tuvieron el efecto de lograr una despenalización parcial de ciertas conductas cuando estaban comprometidas informaciones de interés público o personas públicas al ser una reparación ordenada por la Corte (ver CoIDH casos Palamara Iribarne; Kimel; y Usón Ramírez). En otros casos no se ordenó un cambio legislativo, pese a la declaración de violación a la libertad de expresión por el uso de figuras penales similares (ver casos Herrera Ulloa; Ricardo Canese, y Santander Tristán Donoso). Por su parte, la CIDH y la RELE tienen una postura más contundente en torno a la necesidad de despenalizar estas figuras, acercándose tímidamente a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, comenzando desde 1995 con la recomendación de erradicar el desacato, hasta requerir a los Estados en 2008 que deroguen todos los delitos contra el honor, basada en el inevitable efecto inhibitorio que tiene la penalización de cualquier tipo de expresión. La RELE afirma que solo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica (CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1995 e Informe Anual de la RELE 2008). En cuanto a responsabilidades civiles, en 2011 la Corte por primera vez se pronuncia sobre la gravedad que pueden revestir, frente a la legítima protección del derecho a la vida privada —incluso de personas públicas— requiriendo una ponderación de la conducta desplegada por el emisor, las características del daño causado y otros datos que demuestren la necesidad de recurrir a la vía civil, encontrándolas desproporcionadas en el caso particular (CoIDH, caso Fontevecchia y D'Amico).

c. Restricciones indirectas descritas en el art. 13.3 y en los principios 12 y 13: pueden tener graves efectos en la libertad de expresión, en sus dos dimensiones, y presentan dificultades ante los órganos del sistema para acreditarse porque muchas veces las graves acciones de los Estados que representan “abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información” se dirigen directamente a personas jurídicas o medios de comunicación (ver casos Ríos y Perozo) o tienen fines inicialmente legítimos, como la lucha contra los monopolios mediáticos. Las restricciones indirectas son aquellas que parecen dirigidas a otros objetivos legítimos, diferentes a restringir la libertad de expresión. La Corte determinó como restricciones indirectas: dejar sin efecto la nacionalidad del director de un canal de televisión buscando indirectamente coartar su libertad de expresión y el derecho a recibir información de la sociedad (caso Ivcher Bronstain); las limitaciones aplicadas a una persona para salir del país y el despido de una institución pública (caso Ricardo Canese); las investigaciones administrativas, la suspensión de autorización

para hacer publicaciones en determinado diario (caso Palamara Iribarne). No consideró que se presentaron suficientes evidencias respecto de restricciones indirectas; por ejemplo, en casos de alegados uso reiterados de oficios por el ente de control de telecomunicaciones, presencia militar en las antenas de transmisión, uso abusivo de cadenas nacionales por parte del gobierno, y la abstención del aparato estatal de prevenir que controles de personas ajenas al Estado impidan la comunicación y circulación de ideas (casos Ríos y Perozo). Actualmente se encuentra pendiente un importante caso en el que deberá atender alegatos sobre restricciones indirectas por uso abusivo de las facultades de concesión y revocación de licencias a medios de comunicación (ver demanda CIDH, caso Marcel Garnier y otros).

Por otro lado, sin calificación tan clara sobre el tipo de restricción (censura, responsabilidad ulterior o restricciones indirectas) la Corte encontró violación únicamente a la parte descriptiva del art. 13.1 en algunos casos, declarando, por ejemplo, como discriminatoria la prohibición de hablar en lengua indígena a una persona privada de libertad, afectando la dignidad personal (caso López Álvarez y principio 2, DPLE); como atentatorias al Estado de derecho a la ejecución extrajudicial de un oponente por razones políticas (ver. CoIDH, caso Manuel Cepeda Vargas y principio 9, DPLE), actos de agresión y hostigamiento contra un periodista durante la cobertura de noticias (caso Vélez Restrepo), desarrollando la conexión entre restricciones ilegítimas de facto y el ejercicio de la libertad de expresión, entre otros (ver casos Uzcátegui y otros; Vélez Restrepo y Perozo y otros). En ocasiones, a pesar de encontrar violación a la integridad personal de los periodistas (art. 5, CADH, casos Ríos y Perozo), solo encontró violación al art. 13.1 de la CADH por el contenido de discursos de funcionarios de alta investidura y su reiteración, que implicaron omisión del Estado en su deber de prevenir hechos de violencia contra periodistas (ver también caso Cepeda Vargas). Técnicamente algunos hechos de estos casos podrían encajar en alguna de las categorías de restricciones descritas en la Convención.

d. Protección preventiva: la Corte emitió medidas provisionales para evitar daño irreparable a la libertad de expresión en contadas ocasiones, entre las que se destacan la orden de abstenerse de publicar una sentencia condenatoria impuesta a un periodista por delitos contra el honor y dejar sin efectos su inscripción en el registro de delincuentes, al afectar su credibilidad, hasta tanto se pronuncie sobre el fondo (Asunto Herrera Ulloa) y la protección a trabajadores que acudían a un medio de comunicación, ordenando la adopción de protección perimetral en la sede (Asuntos Ríos y Perozo). La CIDH, por su parte, cuenta con numerosas medidas cautelares para proteger vida e integridad física de comunicadores sociales y defensores de derechos humanos, así como evitar, entre otros, la aplicación de sanciones penales, la destrucción de boletas electorales y el cierre de medios de comunicación, hasta tanto se pronuncie sobre el fondo del asunto.

Temas pendientes. La Corte Interamericana todavía no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre, entre otros, los poderes estatales en torno a la distribución de publicidad oficial y el uso de fondos públicos en campañas electorales, la regulación de internet y el verdadero alcance o elementos que

surgen de los incisos 13.4 (regulación acceso a espectáculos públicos) y 13.5 (discurso de guerra e incitación a la violencia). Para ver los desarrollos en la materia se debe recurrir importantes principios e informes, elaborados por la RELE.

Alejandra Gonza

DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE LAS ELECCIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

186, 187, 189, 195, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como en la jurisprudencia electoral.

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

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

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

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

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

Esa declaración se notifica al candidato ganador; a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, por conducto del presidente de la mesa

directiva, a fin de que expida y publique el bando solemne para dar a conocer a toda la República a la persona que ha sido declarado presidente electo; al presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; al Consejo General del Instituto Federal Electoral, así como su publicación en diversos medios electrónicos y en el *DOF*.

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

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

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

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

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

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

Declaración de validez de la elección de diputados y senadores por el principio de representación proporcional. El Consejo General del Instituto Federal Electoral, en ejercicio de sus atribuciones, determina el cómputo total de la elección de di-

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

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

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

Valeriano Pérez Maldonado

DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

En sentido amplio, la declaratoria general de inconstitucionalidad es el pronunciamiento con efectos generales que emite un órgano constitucionalmente facultado sobre la irregularidad de una norma general, haciéndola inaplicable respecto de cualquier persona. En el derecho constitucional comparado se observa una tendencia al acogimiento de este tipo de declaratorias. Los tribunales constitucionales de los países europeos se caracterizan por realizar un control de constitucionalidad de las normas con efectos generales. Las sentencias de la Suprema Corte estadounidense conllevan una protección similar, pues aunque sus sentencias no contienen una declaratoria con efectos generales, la ley declarada inconstitucional no puede volver a aplicarse en atención al principio de *stare decisis*. En Latinoamérica, las cortes constitucionales de Guatemala y Colombia, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, y la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador son algunas de las facultadas para declarar la inconstitucionalidad de las normas con efectos generales.

En el caso de México, la declaratoria de inconstitucionalidad de normas con efectos generales se previó expresamente a partir de las reformas de 1994 al art. 105 constitucional, estableciéndose que procede en acción de inconstitucionalidad y en controversia constitucional; en este último caso solo respecto de disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por

la Federación, de los municipios impugnadas por los estados o cuando la controversia se haya suscitado entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión, o cualquiera de sus cámaras o la Comisión Permanente; entre dos poderes de un mismo estado, o entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal. Tanto en las controversias constitucionales como en las acciones de inconstitucionalidad la declaratoria de invalidez requiere de una mayoría de cuando menos ocho votos y no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal.

En sentido estricto, la declaratoria general de inconstitucionalidad es la facultad prevista en la fracción II del art. 107 constitucional, a través de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede declarar la invalidez con efectos generales de normas cuya inconstitucionalidad se haya determinado mediante jurisprudencia por reiteración en amparo indirecto, con excepción de las normas generales en materia tributaria. Este mecanismo constituye un hito en la evolución del juicio de amparo, el cual desde su nacimiento contempló una fórmula que constaba de dos elementos: la limitación de los efectos de la sentencia al caso particular y la prohibición expresa de dar efectos *erga omnes* a las sentencias de amparo, a lo que se denominó “principio de relatividad de las sentencias” y que fue la nota distintiva del amparo, a la cual se le atribuyó en parte su consolidación en el orden jurídico mexicano.

La reforma constitucional en materia de amparo del 6 de junio de 2011 modelizó este arraigado principio, dando lugar a la declaratoria general de inconstitucionalidad. El cambio fue impulsado por un sector importante de la doctrina que había advertido una serie de inconvenientes teóricos y prácticos que generaba. La formulación clásica del principio de relatividad de las sentencias vulneraba el principio de igualdad por permitir la existencia de normas inconstitucionales aplicables y obligatorias para algunos gobernados y para otros no, además de que la vigencia de normas generales inconstitucionales vulneraba la supremacía constitucional, afectaba la regularidad del orden jurídico mexicano y constituía un obstáculo para la consolidación de un Estado democrático en sentido sustancial.

En términos del art. 107, frac. II, constitucional, el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad se desarrolla en dos fases. En un primer momento, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelva por segunda ocasión consecutiva sobre la inconstitucionalidad de una norma general no tributaria, en amparo indirecto en revisión, debe informar de ello a la autoridad emisora. Posteriormente, en caso de que los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la que se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Corte debe notificar a la autoridad emisora a fin de que en un plazo de noventa días naturales se supere el problema de inconstitucionalidad; de lo contrario, la Corte emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad, siempre que sea aprobada por mayoría de ocho votos, fijando sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

La Ley de Amparo introduce algunas precisiones a ese procedimiento, al señalar que tratándose de normas emitidas por los poderes legislativos federal y locales, el plazo de noventa días se computará dentro de los días útiles de los periodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución federal,

en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, o en la Constitución local, según corresponda. Establece que los plenos de circuito, por mayoría de sus integrantes, pueden solicitar a la Suprema Corte que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general. Asimismo, se especifica que la declaratoria general de inconstitucionalidad no podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen; será obligatoria; tendrá efectos generales, y establecerá sus alcances y sus condiciones, así como la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos, los que no podrán ser retroactivos, salvo en materia penal, debiéndose remitir al *Diario Oficial de la Federación* y al órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma declarada inconstitucional para su publicación dentro del plazo de siete días hábiles.

Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el Acuerdo General 15/2013, en el que, entre otras cosas, se detalla el procedimiento a seguir cuando la jurisprudencia respectiva haya sido emitida por un tribunal colegiado de circuito, estableciéndose que ello deberá hacerse del conocimiento del pleno de circuito respectivo, el cual lo comunicará a la Corte para los efectos de la notificación a la autoridad emisora. Se precisa que de encontrarse pendiente de resolución una contradicción de tesis sobre la constitucionalidad de la norma general respectiva, no se resolverá el fondo de la declaratoria general de inconstitucionalidad hasta en tanto no se dicte el fallo correspondiente en la contradicción de tesis, lo que preferentemente se deberá realizar por el Pleno dentro del plazo constitucional de noventa días. Asimismo, se señala que si antes de transcurrir los noventa días respectivos entra en vigor una nueva norma general que modifique la norma declarada inconstitucional, el procedimiento de declaratoria general se deberá declarar sin materia. Finalmente, si el proyecto de declaratoria general no alcanza la votación calificada, se desestimarán el asunto y se ordenará su archivo.

Para la eficacia de la declaratoria general de inconstitucionalidad, la Ley de Amparo contempla un procedimiento sumario para el caso de que la norma general respectiva sea aplicada con posterioridad a la entrada en vigor de la declaratoria. El procedimiento se lleva a cabo ante un juez de distrito, quien debe dar vista a las partes y dictar una resolución ordenando a la autoridad aplicadora que deje sin efectos el acto, o bien determinando que la norma no fue aplicada, resolución que puede impugnarse mediante el recurso de inconformidad. Si después de ello la autoridad aplica nuevamente la norma general declarada inconstitucional, el acto puede combatirse mediante el procedimiento de denuncia por repetición del acto reclamado.

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

DEFENSA CONSTITUCIONAL

La noción de “defensa constitucional” es un concepto bastante amplio y omnicompreensivo, pero no por ello equívoco, dado que desde sus inicios esta expresión comprendió a lo que tempranamente se entendió como protección *jurídica* de la Constitución.

Ciertamente, desde una perspectiva histórica, la expresión “defensa constitucional” o “defensa de la Constitución” fue acuñada por vez primera en dos obras capitales del pensamiento constitucional contemporáneo: *Der Hüter der Verfassung* (“El protector de la Constitución”), de Carl Schmitt, publicada en Alemania en 1931 (y posteriormente traducida al castellano por Manuel Sánchez Sarto con el nombre *La defensa de la Constitución*) y *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, de Hans Kelsen (más tarde traducido bajo el título “¿Quién debe ser el protector de la Constitución?”, por Roberto J. Brie). En el contexto de esta polémica, el profesor Schmitt sostenía que el encargado de la defensa de la Constitución debía ser un órgano político, y más específicamente, el presidente del *Reich*, de conformidad con el art. 48° de la Constitución de Alemania de 1919. A ello respondió Kelsen, sin embargo, señalando que, dejando de lado los riesgos de la judicialización de la política (y viceversa), lo correcto era entregar el rol de defensor de la Constitución a un órgano *ad hoc*, especializado en la tarea de controlar los actos de poder potencialmente infractores del texto constitucional, y cuya decisión gozaba de efectos *erga omnes*.

En un sentido más estricto, el profesor Héctor Fix-Zamudio define a la “defensa de la Constitución” como aquella que está integrada por los instrumentos jurídicos y procesales establecidos para conservar la normativa constitucional, así como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo de las disposiciones constitucionales en un sentido formal y real o material. O, en términos de Karl Loewenstein: pasar de una Constitución “nominal” a otra auténticamente “normativa”, en la que comunidad y Constitución se sitúan en una relación de “simbiosis”. Esta definición, sin embargo, admite una clasificación ulterior; a decir del citado profesor mexicano, que se desprende en dos categorías: la “protección de la Constitución” y las “garantías constitucionales”; la primera de las cuales alude a todos aquellos factores que figuran en la Constitución para limitar el poder y encauzar la acción de sus titulares, mientras que la segunda se refiere más bien a los medios típicamente procesales que tienen como finalidad la reparación del orden constitucional allí cuando éste es vulnerado por los órganos de poder (Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*).

Sin embargo, en un sentido más amplio, Díaz Revorio nos recuerda que, atendiendo a lo que establecen las Constituciones occidentales modernas, es posible identificar dos sentidos de la expresión “defensa de la Constitución”: por un lado, en un sentido *formal*, como la defensa referida al conjunto de mecanismos y órganos de reacción del texto constitucional frente a su infracción (lo que incluye a la reforma constitucional, el órgano encargado de sancionar tal infracción, los recursos y garantías jurisdiccionales como el amparo, entre otros), siendo más propio hablar de “garantía de la Constitución”; y por el otro, en un sentido más *sustantivo*, como el conjunto de mecanismos destinados a salvaguardar los valores fundamentales de un sistema constitucional (lo que abarca desde la separación de poderes hasta los derechos fundamentales, pasando por el principio democrático). Dentro de este último concepto, se entiende que el objeto de protección no es la Constitución como norma jurídica, sino como sistema de valores, siendo sus instrumentos de defensa tanto jurí-

dicos como políticos; por tanto, defensa constitucional será, como recuerda el citado autor, la técnica constitucional consistente en ilegalizar actividades que tienen por finalidad atacar el orden constitucional subyacente. Se busca, por este medio, que la Constitución no permita que sus *enemigos*, utilizando los medios que ella dispone, alteren el orden constitucional y pretendan destruir el sistema democrático (a ello se alude con el término “democracia militante”) (Díaz Revorio, Javier, *La “Constitución abierta” y su interpretación*).

Dicho esto, hoy se puede afirmar que la noción de “defensa constitucional” se concreta o materializa a través de la *jurisdicción constitucional* (vale decir, a través de una defensa o protección *jurídica* de la Constitución”), entendida ésta como todo procedimiento jurisdiccional que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución, según la noción clásica a la que se arribó en Heidelberg (Alemania), en 1961, en el congreso auspiciado por el Max Planck Institute.

Gerardo Eto Cruz

DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN. ENFOQUE JURÍDICO

Los juristas europeos, a diferencia de los estadounidenses, durante el siglo XIX no llegaron a un consenso sobre si la Constitución debía ser defendida por mecanismos jurídicos ni sobre quién debía realizar esa labor. En este periodo primó en Europa la tesis que sostenía que la Constitución no necesitaba específicos instrumentos jurídicos para su defensa, sino más bien que todos los poderes del Estado, así como también los ciudadanos, estaban comprometidos moralmente con esa labor. En Estados Unidos, por el contrario, se asumió desde fines del siglo XVIII y claramente con la sentencia *Marbury v. Madison* de 1803, que la Constitución como primera norma jurídica del Estado debía ser defendida por los jueces de la república. De lo contrario, se estimó que la supremacía constitucional devenía en un mero *flatus vocis*.

Sin embargo, la situación en Europa fue cambiando a fines del siglo XIX. Los problemas para la unidad fundamental del Estado federal en algunos países europeos, como Alemania y Suiza, así como la irrupción de partidos de inspiración marxista a fines del siglo XIX y comienzos del XX, que pusieron en jaque la alternativa liberal-conservadora hasta ese momento reinante, llevaron a las democracias europeas a proponer mecanismos institucionales para defender el principio de supremacía constitucional. Las cuestiones centrales de la federación *versus* las normativas de los Estados federados, así como las reglas centrales del juego político diseñadas en la Constitución, debían ser defendidas por instrumentos jurídicos efectivos. Se comienza a hablar en este periodo de rigidez constitucional y de defensa jurídica del principio de supremacía constitucional.

De esta manera, la discusión en Europa sobre la forma como se debía defender la Constitución terminó en 1920 en Austria, con la creación del Tribunal Constitucional. Ese tribunal se debe fundamentalmente a la obra de Hans Kelsen, quien participó activamente en la discusión y en la redacción de sus disposiciones. Similar tribunal fue creado en el mismo año en Checoslovaquia. Luego bajo la Segunda República española se creó en 1931

un Tribunal de Garantías Constitucionales, que era en lo sustancial un tribunal constitucional. Finalmente, después de la Segunda Guerra Mundial prácticamente todos los países europeos crearon tribunales constitucionales. Lo mismo se replicó después en la mayoría de las repúblicas latinoamericanas.

Tenemos de este modo que en la actualidad la principal defensa jurídica de la Constitución está representada por la judicial. Ésta se crea como un freno efectivo a la opresión gubernamental, especialmente cuando esa opresión se deja caer sobre los derechos y libertades de los ciudadanos y sobre los intereses de las minorías políticas representadas en el Parlamento. En este sentido, los dos modelos paradigmáticos de defensa jurídica de la Constitución son el estadounidense y el europeo continental, aunque desde luego entre ellos existen importantes diferencias.

La defensa jurídica judicial de la Constitución está encomendada en los Estados Unidos de Norteamérica a los jueces ordinarios; a todos ellos. Se habla así de un control difuso de constitucionalidad. En Europa, por el contrario, esa defensa se encomienda en régimen de exclusividad a un tribunal especial; al tribunal constitucional. Se habla en este caso de un control concentrado de constitucionalidad. La razón del porqué se atribuye esta función a estos jueces especiales está dada por la evidente influencia de Hans Kelsen. Kelsen proponía que un órgano especial verificara un juicio abstracto de normas donde quedara excluida toda ponderación de los valores e intereses que subyacen a la ley o a los hechos que son objeto de su aplicación, para así evitar toda subjetividad que estaba tan presente en muchos de los jueces europeos de ese entonces. Por otra parte, ese órgano de control debía adoptar como parámetro exclusivo del enjuiciamiento a la Constitución concebida solo como regla procedimental y de organización, y nunca como fuente generadora de problemas morales y sustantivos. El tribunal constitucional debía controlar la legitimidad de las leyes a modo de un operador jurídico lo más cercano a la razón y a la lógica.

Si bien el modelo de defensa jurídica de la Constitución hoy es de general difusión, esto no significa que su implantación sea pacífica: una cuestión esencialmente polémica es su carácter transformador del ordenamiento jurídico, respecto del cual se ha dicho que en muchas ocasiones los tribunales, cuando controlan la constitucionalidad de una ley, operan a la manera de un “legislador negativo”. En este sentido, en el marco del derecho europeo fueron especialmente importantes las críticas formuladas por Carl Schmitt, quien creía ver en la defensa de la Constitución derechamente una actividad política. Por otra parte, en la actualidad también se ha criticado el carácter antidemocrático de la jurisdicción constitucional, la que tienen la posibilidad de dejar sin efecto leyes aprobadas por la mayoría democráticamente legitimada en las asambleas legislativas. Frente a estas objeciones se ha dicho que la Constitución necesita ser defendida también de la omnipotencia de la mayoría parlamentaria. La Constitución es por definición superior y estable frente a las mayorías democráticas circunstanciales.

Sin perjuicio de lo anterior, hoy está bastante asentada la idea de que la defensa de la Constitución se puede llevar a cabo por cauces jurídicos y jurisdiccionales. Desde el momento en que la Constitución dejó de ser una

carta de navegación política dirigida al legislador y al gobierno, pasando a ser concebida como norma jurídica y, más aun, como la primera norma de todo el ordenamiento jurídico. Ello ha venido a significar que todos los tribunales de justicia se vean en la obligación de aplicar la Constitución. Toda aplicación del derecho supone potencialmente una aplicación constitucional y, por lo tanto, toda actividad jurisdiccional también supone potencialmente un contenido constitucional, y ello es aplicable tanto al tribunal constitucional como a los tribunales ordinarios. Tenemos así que se ha diluido la rígida separación entre la esfera de la constitucionalidad y la de mera legalidad, y el juez ordinario es también juez constitucional en cuanto aplica la Constitución.

La evolución se ha dado también en el sentido de que en el control de constitucionalidad no solo se realiza una defensa de tipo procedimental, sino que también hay una defensa de los contenidos que se encuentran consagrados en la carta fundamental. De esta manera, para que la labor de los tribunales constitucionales (o de las cortes supremas en su caso) pueda ser entendida como actividad jurídica jurisdiccional, dichos órganos suelen estar organizados bajo los principios de independencia e imparcialidad y actuación conforme a los principios de *nemo iudex sine actore* y del proceso legal.

A diferencia del modelo difuso, en los sistemas concentrados aparecen como legitimados activos generalmente órganos públicos, aunque en la actualidad existe una importante tendencia a incorporar como actores del sistema a los jueces ordinarios, e incluso a los particulares, a través de la figura del control incidental de constitucionalidad. Sea quien sea el legitimado activo, lo importante es destacar la actuación rogada y no oficiosa del tribunal constitucional. A su vez, el proceso y el contradictorio desarrollado entre partes en términos de igualdad es esencial para ofrecer a los jueces argumentos que desde diversos puntos de vista abordan el conflicto constitucional. El contradictorio debe constituirse como vía idónea para proveer una defensa de la Constitución, ya sea que esa defensa sea de tipo objetiva o procedimental o bien subjetiva, centrada en la tutela a los derechos fundamentales de los individuos. Razones de respeto del debido proceso o epistémicas aconsejan articular un contradictorio entre partes para que el tribunal constitucional pueda fallar de mejor manera el conflicto constitucional.

Finalmente, suele exigírsele a las sentencias de los tribunales constitucionales que sean fundamentadas y públicas.

*Andrés Bordaí Salamanca
Felipe Paredes Paredes*

DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN. ENFOQUE POLÍTICO

Uno de los debates clásicos de la teoría de la Constitución dice relación con la forma como esta debe ser garantizada. Esto ha dado lugar a una pluralidad de modelos, cuya sistematización más elemental obliga a distinguir entre mecanismos jurídicos y mecanismos políticos de defensa. Esta discusión ha sido planteada con pasión en los círculos académicos, pero también ha tenido importantes implicancias en el diseño institucional en diversos países.

Al respecto, es particularmente célebre la polémica Kelsen-Schmitt acerca de quién debe ser el guardián de la Constitución, durante la época de entreguerras. En realidad, la cuestión no puede ser entendida sin hacer una breve referencia a que detrás de las posiciones defendidas por cada uno de estos autores, lo que hay es una concepción muy diferente acerca del significado de la voz “Constitución”. En este sentido, para el primero, la garantía de la Constitución se relaciona con su idea de concebir el ordenamiento jurídico como un sistema de normas ordenadas jerárquicamente, en cuya base se sitúa la norma constitucional, la que cumple el papel de servir de fuente de origen y validez de todo el ordenamiento jurídico. En estas condiciones, lo lógico sería encomendar la defensa de la Constitución a un órgano jurisdiccional, aunque la tesis de Kelsen era encomendar esta función a un tribunal especial, cuya actividad se remitiera únicamente a los aspectos de forma.

Por el contrario, para Schmitt no es correcto concebir a la Constitución como una norma (o un conjunto de normas), sino que ésta más bien se identifica con una decisión política del pueblo, que adquiere conciencia de su existencia colectiva. De este modo, el concepto de Constitución de Schmitt se sitúa en las antípodas del anterior. Si en Kelsen la Constitución es básicamente forma, en Schmitt ésta es esencialmente voluntad pura. Es por esto que para el autor alemán no tiene sentido encomendar la defensa de la Constitución a un órgano jurisdiccional, pues esta es una tarea eminentemente política de defensa de la unidad nacional, no habiendo nada imparcial en ella. En consecuencia con lo anterior, propone que es el presidente del *Reich* el órgano más adecuado para defender la Constitución y no un tribunal constitucional.

Luego de la Segunda Guerra Mundial el debate se consideró superado, toda vez que las Constituciones que se redactaron en aquella época se decantaron por el modelo de control jurisdiccional defendido por Kelsen, aunque con algunas modificaciones, dejando de lado las ideas de Schmitt, por considerarlas próximas al pensamiento autoritario. De esta manera, en el contexto de los países del *civil law* primó la idea del control jurídico de la Constitución, abandonándose la idea de que la Constitución podía ser tutelada por un órgano de naturaleza política. Sin perjuicio de lo anterior, como una excepción que confirmaba la regla, se solía citar al constitucionalismo inglés, el que durante siglos había estado esencialmente informado por el principio de soberanía del parlamento, y que por lo tanto carecía de control jurisdiccional de la Constitución. En todo caso, las circunstancias presentes en el país insular eran muy diferentes del resto de Europa: una Constitución consuetudinaria y un sistema parlamentario que contaba con siglos de evolución hacían allí poco aplicables los insumos de un debate que se había generado en países de habla alemana y de profunda tradición jurídica romano-canónica.

Sin perjuicio de lo anterior, durante la segunda mitad del siglo XX comienzan a surgir cada vez con más fuerza críticas hacia la jurisdicción constitucional, lo que hará reflotar posteriormente el debate acerca de la conveniencia de una defensa política de la Constitución. La cuestión, si bien fue planteada originalmente en EEUU, puede ser transportada a los países del *civil law* sin problemas. Hay que recordar que en EEUU el debate acerca de quién debía ser el guardián de la Constitución quedó saldado tempranamente

con la sentencia *Marbury v. Madison* en 1803. La primera formulación exitosa de estas críticas está en el libro de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, el cual se convirtió en la obra más citada del derecho constitucional estadounidense durante el siglo XX. En síntesis, la objeción trae causa en el acusado activismo de la Corte Suprema de dicho país durante dos periodos distintos: la *Lochner Era*, en la que los conservadores jueces anularon sistemáticamente la legislación social durante las dos primeras décadas del siglo XX, y la *Civil Rights Revolution*, donde, por el contrario, la progresista Corte Warren declaró inconstitucional una serie de leyes que permitían la segregación racial. En ambos casos, Bickel observó que en la actividad de control de constitucionalidad se producía generalmente una sustitución de la decisión del legislador; órgano que encarna la democracia representativa, por parte de un tribunal que no posee ningún tipo de legitimación popular.

Este debate volvió a resurgir con toda fuerza durante la década de 1990, justamente cuando en el Reino Unido se discutía la adopción de una declaración de derechos y la creación de un mecanismo de control jurídico de constitucionalidad. En este contexto, fue Jeremy Waldrom quien defendió con mayor fuerza la idea de mantener una defensa política de la Constitución, fundándose en que los derechos fundamentales están mejor protegidos en países que no permiten a los tribunales invalidar la legislación. La razón está dada porque muchos de los conceptos contenidos en las Constituciones tienen un evidente contenido moral, y debido a que en cuestiones de dicha naturaleza normalmente reina un profundo desacuerdo entre personas razonables, es mejor dejar la decisión de asuntos tales como como aborto, eutanasia o acciones afirmativas, a las instituciones de la democracia representativa, que si bien no aseguran la corrección de la decisión (como tampoco lo hacen los tribunales), sí le reconocen al ciudadano la calidad de agente moral autónomo.

En síntesis, a pesar de que en la actualidad la defensa jurídica de la Constitución es la regla general, el debate no está cerrado, y no en vano importantes autores defienden que la defensa de la Constitución debe tener lugar en los parlamentos y no en los tribunales. Por otra parte, algunos países han optado por sistemas mixtos de defensa de la Constitución, o en palabras de Mark Tushnet, “formas débiles de revisión judicial”. Al respecto, los casos más conocidos son Canadá y el mismo Reino Unido, que permiten a los órganos legislativos responder frente a una sentencia que anula o inaplica una ley. Así, por ejemplo, en el caso canadiense, de acuerdo con la sección 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, el Parlamento puede expresamente aprobar una ley para revocar una interpretación de la Corte Suprema.

*Andrés Bordalí Salamanca
Felipe Paredes Paredes*

DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN LOCAL

Las Constituciones democráticas de nuestros días mantienen la necesidad de expresar el sistema de relaciones políticas, sociales, económicas y culturales que se desarrollan al interior de una sociedad determinada, pero se caracterizan esencialmente por su condición de normas jurídicas vinculantes

y plenamente exigibles frente a todos los poderes públicos e, incluso, frente a los particulares.

La Constitución, como norma jurídica vinculante, se ha desarrollado a partir de la previsión de un conjunto de instrumentos dirigidos a tutelar la supremacía y fundamentalidad de sus prescripciones. Estos instrumentos, de conformidad con la doctrina más calificada, son de carácter jurídico y procesal, preventivo o reparador, y tienen como propósito limitar al poder y hacer que sus manifestaciones discurran por los cauces definidos por la propia norma constitucional, y frente a su vulneración o desconocimiento, activar los instrumentos procesales que permitan la reintegración del orden constitucional.

Los mecanismos de carácter reparador conforman lo que hoy se conoce como “protección de la Constitución”, mientras que los de carácter procesal conforman el apartado de “garantías constitucionales”.

En el ámbito de Estados que se caracterizan por su alto nivel de descentralización política es frecuente encontrar una dualidad de textos constitucionales, la Constitución que racionaliza la estructura federal del Estado, y aquellas que se erigen en fundamento de validez de los ordenamientos jurídicos de las entidades federativas, y que deben estar en concordancia con la primera. Ambas son Constituciones que se caracterizan por haber emanado históricamente de procesos constituyentes originarios, porque expresan un contenido típico —que consagra el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales, el reconocimiento del principio democrático de la soberanía popular, la división de poderes, la descentralización política, y la justicia constitucional—, porque se diferencian de las demás normas por el sentido de estabilidad que les confiere el principio de rigidez constitucional, y por su posición al interior del ordenamiento jurídico es de privilegio, dada su condición de norma suprema. En función de ello, es evidente que se ven necesitadas de mecanismos que permitan proteger su contenido y de instrumentos dirigidos a su tutela efectiva.

No existe mejor diseño para la protección de la Constitución que un articulado conjunto de instrumentos, agentes, instituciones y principios dirigidos a la racionalización del poder. Ese diseño se encuentra presente en las Constituciones estatales, porque su aparición y posterior evolución ha permanecido anclado en las premisas del constitucionalismo liberal, que tiene en la limitación del poder a unos de sus postulados esenciales. Precisamente por ello, este tipo de Constituciones reconocen el principio de división de poderes en su dimensión externa —relaciones entre poderes del Estado—, e interna —vínculos entre la mayoría y la minoría, entre el gobierno y la oposición— como el principal instrumento para la moderación de las expresiones de la potestad estatal, y a los principios de supremacía y rigidez constitucionales como mecanismos de garantía normativa de sus postulados y herramienta de armonización de las exigencias de cambio y permanencia de su contenido.

Las Constituciones estatales fortalecen su legitimidad y consecuentemente su respeto a través de los ámbitos de participación que disponen en favor de los grupos sociales representativos de la sociedad, y del espacio institucional que garantizan a los partidos políticos. Entre mayor equilibrio existe entre los

ámbitos de participación política directa de los ciudadanos y el espacio reservado a la representación político-partidista, y más amplias vertientes para la toma de las decisiones colectivamente vinculantes, más desconcentrado estará el poder. No obstante, esa delimitación no garantiza *per se* que no se presenten conflictos derivados del acceso al ejercicio del poder. Por el contrario, los conflictos electorales son un rasgo de la democracia pluralista de nuestros días, y el establecimiento de mecanismos de solución de los mismos constituye un elemento habitual para ofrecer conductos institucionales para la resolución de disputas políticas. En este aspecto, México ha avanzado sustancialmente al establecer un modelo plenamente judicial de resolución de conflictos electorales, caracterizado porque cada estado de la República cuenta con un tribunal electoral de naturaleza autónoma o bien incorporado al Poder Judicial en calidad de tribunal o de sala especializada en materia electoral.

Los medios de protección de las Constituciones abarcan también al conjunto de disposiciones sobre el régimen económico y financiero, que tienen como propósito hacer realidad los postulados de la justicia social.

Frente a estos contenidos esenciales para el respeto del orden constitucional y la prevención de su vulneración se han desarrollado mecanismos que actúan una vez producida alguna violación con objeto de resarcirla. Es así que sobre la estela de las garantías desarrolladas para la tutela del orden constitucional general o nacional se han implementado distintos instrumentos para la específica garantía de las Constituciones estatales.

En México, en particular, se han creado tribunales constitucionales *ad hoc* para la tutela de la Constitución estatal, o bien se ha confiado su garantía al órgano cúspide de la organización judicial o a una específica sala constitucional. Igualmente, se ha establecido un abigarrado conjunto de instrumentos procesales para la salvaguarda de los derechos humanos, la protección de la división de poderes en sus vertientes horizontal y vertical, la regularidad del ordenamiento jurídico, la omisión inconstitucional del legislador, el control previo de constitucionalidad, y la cuestión de inconstitucionalidad, todo ello en sistemas de control de constitucionalidad, que de manera reciente han evolucionado hacia sistemas de naturaleza mixta, que hacen convivir modalidades de control concentrado con un renovado control difuso de constitucionalidad producto de la reforma constitucional de junio de 2011 y de los recientes desarrollos jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal (véase voz “justicia constitucional local”).

César Astudillo

DEFENSOR

Vocablo que proviene del latín *defendere*, que tiene la connotación de rechazar, proteger o resguardar, por lo que hace referencia a la persona que realiza esa acción a favor de sí mismo o de otro. La amplitud del significado se ve restringida, no obstante, según las circunstancias: así, en el derecho penal sustantivo se habla de la legítima defensa propia y a favor de tercero, según se despliegue la acción de proteger de la lesión a bienes jurídicos pertenecientes al mismo

sujeto u otro de una agresión, ya sea para hacerla cesar o para evitar que se presente cuando es inminente.

Pero es en el campo de los procedimientos en donde el concepto adquiere amplia relevancia para denotar a la persona que actúa, alega o representa a otra que es sujeto o parte en un procedimiento.

García Ramírez (*Curso de derecho procesal penal*), hace una interesante referencia de la figura del defensor en Grecia, Roma y otros países, y cómo fue incorporándose en las legislaciones occidentales. Resulta interesante lo que señala Mommsen: “La defensa originaria fue, a no dudarlo, la autodefensa, y esta autodefensa, sin asistencia jurídica ajena, y sobre todo, como concurrente con la asistencia jurídica ajena, fue cosa que se conoció en todas las épocas. Pero, además de ella y al lado de ella, apareció desde bien temprano el procurador o agente, el patronus, de una manera esencialmente idéntica como apareció en el procedimiento civil” (*Derecho penal romano*).

Como sea que fuere, es el campo de los procedimientos penales en el que la figura del defensor del acusado se ha convertido en una exigencia, y a nuestro juicio resulta un imperativo si se considera lo siguiente:

1) En la actualidad, el procedimiento penal asume formas que requieren que una persona letrada en leyes participe a favor del acusado; este, salvo casos de excepción, desconoce las formalidades propias de los actos que constituyen aquél, así como la trascendencia que tienen respecto de su persona.

2) En ocasiones corresponde al acusado probar o acreditar algo relacionado con los hechos que se ventilan en el proceso, debiendo existir alguien que lo asesore, guíe o asuma la tarea de hacer llegar a conocimiento del juzgador los elementos respectivos: *v. gr.* quien invoca haber lesionado como repulsa a una agresión sufrida.

3) El moderno procedimiento penal exige la figura del acusador, representado en la persona de un agente del ministerio público o de un fiscal, quien posee conocimientos técnico-jurídicos en la concreta rama general del derecho penal. La igualdad procesal que debe imperar en el procedimiento criminal exige, pues, que el acusado cuente con alguien que sea poseedor de la misma ciencia. Si no existiera esa paridad de conocimientos entre acusador y acusado-defensor, existiría un desequilibrio procesal, que necesariamente conduciría a resolución injusta en contra del acusado.

Estas cuestiones han obligado a que las Constituciones modernas, de una forma o de otra, exijan la presencia del defensor del acusado dentro de los procedimientos penales bajo una de dos opciones: la designación de un defensor particular o la designación de un defensor del Estado (defensor público o de oficio).

La Constitución Política mexicana respecto del imputado refiere en el art. 20, apartado B, frac. VIII, lo siguiente: “Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público”.

Entonces, el que representa al imputado puede ser un defensor particular o un defensor público, y si bien procesalmente tienen los mismos derechos y

obligaciones en juicio, entre ambos existen algunas diferencias. En efecto, el abogado (licenciado en derecho) o defensor particular es de libre elección por parte del imputado, lo cual no quiere decir que el elegido necesariamente deba aceptar el cargo de defensor; por el contrario, el defensor público está obligado a asumir el patrocinio de quienes le correspondan. El defensor particular puede lícitamente renunciar —no abandonar— la defensa, pero el defensor público no la puede renunciar, salvo excepcionales casos de impedimentos y excusas. Los servicios del defensor particular en cuanto a su costo están sujetos a lo que se haya acordado; el defensor público no tiene derecho a cobrarle cantidad alguna a su defendido; su remuneración corre a cargo del Estado.

Es relevante hacer un comentario acerca de la libertad de elección de defensor cuando éste es el público. La libertad que tiene el imputado es elegir al defensor público frente al defensor particular, lo cual no quiere decir que pueda elegir dentro del universo de defensores públicos a uno en lo específico, porque los defensores públicos —*v. gr.* los federales— están adscritos a una concreta unidad del ministerio público de la federación, juzgado de distrito o tribunal unitario de circuito, con la finalidad de que asuman la defensa de los casos que se presenten en cada una de las adscripciones, sin que ello implique que no existan casos de excepción.

La calidad profesional y ética del defensor particular o del defensor público es algo que ha llamado la atención de los estudiosos del tema. Sobre este tópico mucho se ha dicho acerca de la colegiación obligatoria para que el respectivo colegio sea el encargado de velar por el actuar profesional y ético del abogado. En México, respecto de los defensores particulares no existe una instancia específica que tenga atribución en el tema; sin embargo, en materia federal los defensores públicos están sujetos a requisitos de ingreso, de supervisión y de evaluación que, en su conjunto, implican una verdadera certificación de su capacidad, además de estar sujetos a la responsabilidades de índole administrativa que prevé la ley de la materia por faltas en su actuar.

Una reflexión es la referente a que día con día, por las condiciones económicas que privan en el país, más personas acuden a los servicios legales gratuitos, entre ellos los de índole penal. Así las cosas, el art. 17 constitucional, en el penúltimo párrafo, dispone: “La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores”.

Instrumentos internacionales de los que México es parte contemplan directa o indirectamente la defensa en materia penal. “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos); “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, 3. b), y “Toda

persona inculpada de delito tiene derecho... a las siguientes garantías mínimas: d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor; derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley” (Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica, art. 8.2.d) y e)”, entre otros.

A propósito de “garantías necesarias para su defensa”, del principio de contradicción dentro del proceso penal y de la igualdad entre las partes, Ferrajoli (*Derecho y razón*) señala la defensa, esto es, el acusado y su defensor deberían contar con iguales recursos técnicos y materiales con los que cuenta el acusador.

La figura del defensor penal no debe ser confundida con servidores públicos, cuya misión es proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades de las autoridades públicas: el *Ombudsman* (Defensor del pueblo), porque éste no representa en juicio penal a una persona en lo particular ni asume los deberes y derechos de un defensor.

María Teresa Pérez Cruz

DEFENSOR DEL PUEBLO

Entre las garantías institucionales extrajudiciales se encuentra el Defensor del Pueblo (DP), un órgano cercano a los ciudadanos, creado para tutelar los derechos de los particulares vulnerados por una *mala gestión* de las autoridades administrativas públicas, que ha sido definido como “un paladín de los derechos y libertades en la sociedad moderna” (P. Carballo Armas).

Esta institución tiene su origen en la Constitución sueca de 1809, aunque una figura de *controlador* de la administración pública, en ausencia del rey, se remonta a 1713, en el Reino Unido (el *Chancellor of Justice*).

Rápidamente se difundió en todos los países escandinavos, y en la mayoría de los casos fue incorporado a las Constituciones (la finlandesa de 1919, la danesa de 1953...). En estos países el DP es una realidad enraizada en la práctica política y enmarcada en el contexto institucional; los ciudadanos confían en él, y los titulares del cargo gozan de prestigio y autoridad.

La experiencia escandinava, y en particular la sueca, ha contribuido a la creación de un modelo que al final de la Segunda Guerra Mundial ha circulado en los ordenamientos europeos y en muchos extracuropeos, con ligeros matices en cuanto a sus competencias.

Algún estudioso contraponen a ese arquetipo un modelo anglofrancés, que se puede resumir en los casos del *Parliamentary Commissioner* británico (creado por el Parliamentary Commissioner Act 1967 para investigar sobre los casos de mala administración a instancia de parte, denunciados por los miembros del Parlamento) y del antiguo *Médiateur (de la République)* francés (nombrado por el gobierno y con la reforma constitucional de 2008 sustituido por el *Défenseur des droits*, nombrado por el presidente de la República con el consentimiento de las dos Cámaras). No parece que las dos experiencias puedan concretar

un modelo que contraponer al sueco, sino dos instituciones con finalidades similares al *Ombudsman* sueco, organizadas de manera peculiar y con menores garantías de independencia.

Un factor determinante para la creación del DP fue la expansión de la actividad de la administración pública en la posguerra, debida a la asunción de nuevos servicios públicos típicos del Estado social. Así, se ampliaron los conflictos entre la administración, y los administrados y fue necesario establecer mecanismos de control ulteriores respecto a los clásicos para la protección de los administrados. Es por eso que esta institución se difundió tan rápidamente en todo el mundo; su “dimensión universal” está comprobada por la creación en 1978 del International Ombudsman Institute (IOI), la única organización global para la cooperación entre más de 150 instituciones de DP (mucho más activas son otras organizaciones “regionales”, como la Federación Iberoamericana de Ombudsman, que agrupa a los 18 DP de ámbito nacional existentes en la región y acoge en sus reuniones también los DP de las entidades territoriales).

Esta institución se ha consolidado en las democracias representativas modernas, extendiéndose también “hacia arriba” (a nivel comunitario) y “hacia abajo” (a nivel regional y local, también en ausencia de un DP estatal, como en Italia, Alemania, Canadá). En 1979, el Parlamento Europeo propuso la creación, en su seno, del Defensor del Pueblo Europeo; el Tratado de Maastricht lo institucionalizó en 1992 con la tarea de investigar e informar sobre los casos de mala administración en las instituciones y órganos de la Unión Europea (con la excepción del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia). Solo en 1995 el Parlamento Europeo nombró al primer DPE (con sede en Estrasburgo). Al DPE le incumbe dar forma al vago derecho a una buena administración enunciado en el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incorporada en el Tratado de Lisboa.

En algunos Estados descentralizados la figura del DP regional y local se suma a la habitual del DP nacional o estatal, e incluso del DP europeo, lo que puede ocasionar serios problemas de competencia, duplicidades administrativas y confusión en los ciudadanos: por ejemplo, en España, un ciudadano de Marbella puede acudir en defensa de sus derechos ante el Defensor del Ciudadano del Ayuntamiento de Marbella, ante el Defensor Ciudadano de la diputación provincial de Málaga (provincia a la que pertenece Marbella), ante el DP andaluz (dado que la provincia de Málaga pertenece a la comunidad autónoma de Andalucía), ante el DP español y ante el DP europeo. El éxito cosechado por los DP y la buena imagen de la que gozan ante la ciudadanía, o quizá tal vez el afán por reproducir las instituciones propias de un Estado, llevó en las décadas pasadas a la proliferación de defensores regionales y locales. Sin embargo, en la actualidad esta tendencia se ha invertido como consecuencia de la política de disminución del gasto público (como en Italia, donde los defensores cívicos del ayuntamiento no trabajaron con éxito y fueron suprimidos en 2010).

Hoy, a la misma figura corresponden nombres diferentes con connotaciones semánticas, que abarcan el concepto de tutela de los derechos y de mediación entre el ciudadano y la administración pública: *Ombudsman* en Suecia,

Difensore civico en Italia, *Volksanwaltschaft* en Austria, *Ombudsmans Parlementaires/Parlamentarischen Ombudspersonen/Difensore civico parlamentare* en Suiza, *Provedor de Justiça* en Portugal, Defensor de los Habitantes (Costa Rica), Procurador de los Derechos Humanos (Guatemala, El Salvador y Nicaragua), Comisionado o Comisión de Derechos Humanos (Honduras y México)...

A pesar del nombre, esta institución se caracteriza por las siguientes características comunes, dicho con el lenguaje del comparatista, por unos elementos determinantes, que se encuentran en las leyes institutivas, como son: la autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones y la falta de mandato imperativo; la tutela de los derechos alternativa a los remedios clásicos; el impulso para mejorar las prácticas de la administración pública.

Con relación a la estructura, el DP puede ser un órgano unipersonal o colegial (con los adjuntos); es nombrado por el Parlamento, del cual representa una *longa manus* en la tutela de los derechos de los administrados, y a quien debe dar cuenta de la actividad desplegada con un informe anual (la abundante documentación producida permite un análisis anual de la situación de los derechos en el país); los miembros tienen que cumplir con unos requisitos en el momento de la elección (ejemplo ciudadanía; pleno disfrute de los derechos civiles y políticos, a veces conocimientos jurídicos, etcétera) y durante el mandato (las leyes institutivas prevén algunas causas de incompatibilidad con el cargo de DP).

Con relación a las competencias, el DP puede desempeñar funciones de supervisión-control (de la actividad de la administración pública, atendiendo tanto a parámetros legales como no legales) o de reparación, accediendo a los documentos públicos y pidiendo la colaboración de las instituciones controladas (este procedimiento de mediación es lo que habitualmente se pide al DP).

El DP ofrece a los ciudadanos una vía rápida y poco formalizada para llevar a las instituciones sus quejas ante el mal funcionamiento de la administración pública (trámite de presentación de las quejas sencillo, gratuito y sin necesidad de asesoramiento jurídico).

La investigación del DP termina con una decisión jurídicamente no vinculante ni recurrible y con la comunicación al interesado del resultado de la misma, así como la respuesta obtenida de la administración, además de una serie de recomendaciones o propuestas de reformas normativas, de adopción de medidas concretas o de rectificación de los criterios empleados por la administración, según los casos analizados. Sus decisiones tienen un valor persuasivo.

En algunos casos el DP tiene la legitimación para interponer los recursos de inconstitucionalidad (normalmente, objeto del recurso son leyes importantes para garantizar los derechos de los ciudadanos), de amparo, hábeas corpus, hábeas data ante el Tribunal Constitucional.

Esto ocurre en la mayor parte de los países latinoamericanos, y cuando no está previsto, expresamente una concepción generosa de la legitimación también permitiría hacerlo. Además, en Latinoamérica, muchos países han añadido competencias ulteriores respecto al prototipo europeo-español en el cual se inspiraron (se trata de la promoción de los derechos humanos y de la educación en derechos humanos, dos tareas que confirman la propensión de

las actividades de los DP cada vez más hacia la garantía global de los derechos humanos).

La experiencia latinoamericana confirma la progresiva difusión de la institución del DP y la progresiva mutación de su rol: de controlador (de la legalidad) de la administración pública a tutor y promotor de los derechos (no solo de los consolidados derechos civiles y políticos, sino de nuevas situaciones subjetivas y de algunas categorías de sujetos desfavorecidos o tradicionalmente discriminados).

Giorgia Pavani

DEFENSOR INDÍGENA (LENGUA Y CULTURA)

Es quien representa en juicio o procedimiento los intereses y derechos individuales o colectivos de una persona o pueblo indígena, con la característica fundamental e imprescindible que debe conocer y comprender la lengua, cultura y demás especificidades del grupo social o persona que representa, con el propósito de que los actos de defensa se realicen a partir de la cosmovisión particular de la persona o comunidad indígena.

El defensor indígena concebido en el marco de una defensa adecuada no se agota en contar con un intérprete o traductor; implica garantizar que la persona indígena en todo momento del juicio o procedimiento se encuentre asistida de un defensor que le explique y asesore los alcances de los actos jurídicos en los que interviene. Según criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito penal inicia desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible —fase de investigación— y culmina cuando finaliza el proceso, o en su caso, hasta la etapa de ejecución de la pena.

El derecho de contar con un defensor indígena se concibe como un derecho fundamental, que puede ser analizado como un prisma; primeramente como un derecho irrenunciable, que es condición y esencia de todo acto jurídico en un Estado constitucional y democrático de derecho; como una obligación del Estado a garantizar que en todo procedimiento judicial o administrativo las personas tengan una defensa adecuada —técnica— la cual debe ser efectiva, y como un derecho de las personas a poder designar a un defensor para que las asesore o defienda en juicio o procedimiento. Así, la falta de defensa equivale a un desequilibrio procesal, que deja a la persona sin tutela frente al ejercicio del poder. El derecho de defensa se relaciona con el tema de la legitimidad de las resoluciones, pues es condición para la validez de una resolución judicial o administrativa que a las partes se les reconozca y respete ese derecho. Desde la perspectiva de un juicio justo, el derecho de defensa se concibe como la obligación del Estado de proporcionar un letrado y el derecho de la persona a contar con un asesor técnico que se encargue de una defensa adecuada.

La existencia del defensor indígena tiene como propósito reducir la distancia cultural que opera de facto entre la persona o grupo indígena en relación con las reglas de un sistema judicial inspirado en códigos que no consideran a determinadas minorías culturales.

Así, en todos los juicios o procedimientos en que una persona indígena sea parte de manera individual o colectiva, el operador jurídico está obligado a juzgar a partir de la cosmovisión indígena.

El ejercicio pleno del derecho de defensa, desde la perspectiva indígena, implica atender a las costumbres y características culturales de cada etnia o comunidad indígena (dependiendo de cada legislación estadual, podrán considerarse dictámenes para conocer la cultura, tradiciones y costumbres especiales de cada comunidad) siempre y cuando no sean incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en el estándar del derecho internacional de los derechos humanos ni de los constitucionalmente reconocidos por cada Estado.

Para la comprensión del derecho de defensa en la perspectiva indígena, debe decirse que se considera como tal a aquella persona que se adscriba y autorreconozca como indígena —criterio de conciencia de identidad—; esto es, que asuma como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de esas comunidades; la calidad indígena de una persona se acredita con su sola manifestación, de manera que el tema del lenguaje no es condición para considerar a una persona indígena, ya que se debe atender a su cosmovisión a partir de una diversidad cultural y de un criterio basado en diferencias no solo culturales o económicas, sino en relación con el acceso para ejercer sus derechos. Así, el derecho se basa en un modelo de respeto a las diferencias culturales.

Para la Organización de las Naciones Unidas, las poblaciones indígenas se llaman también “primeros pueblos”, “pueblos tribales, aborígenes y autóctonos”. El día nueve de agosto es considerado como el Día Internacional de los Pueblos Indígenas. Entre los instrumentos internacionales más relevantes se encuentran la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Diversidad Biológica. En el estándar internacional deben considerarse las costumbres, tradiciones, el sistema jurídico nacional del estado en el que ocurran los hechos o se ventile la controversia, la regulación jurídica indígena en particular y las normas del sistema internacional de los derechos humanos. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, se destaca que en la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional e internacional, deben respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para solucionar las controversias entre sus integrantes.

En todo proceso judicial o administrativo es obligación de las autoridades pronunciarse en torno al reconocimiento de la calidad indígena de alguna de las partes que intervengan en el proceso; de igual forma, es obligación indagar respecto cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula la persona y que en todo caso hayan podido influir en el desarrollo

de los hechos materia de litigio; además, deben considerarse las diferentes normas de fuente estatal aplicables, así como las específicas que pueden existir en la comunidad cultural de la persona, e incluso advertirse sus costumbres y tradiciones, para entender su cosmovisión. En este contexto, las personas indígenas no se encuentran en un grado de excepción respecto de las demás partes en un proceso, sino que lo trascendente es analizar los planteamientos jurídicos desde la cosmovisión de la persona indígena, considerando sus costumbres, tradiciones, cultura y demás aspectos particulares; es decir, se juzga desde la diferencia, respetando los derechos humanos y la multiculturalidad.

En cuanto al derecho comparado, diversas Constituciones contienen pronunciamientos a derechos indígenas, entre las que destacan: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, México, Panamá, Paraguay, Venezuela, Rusia, Noruega, Finlandia, Sudáfrica (en su Constitución no se utiliza el concepto indígena, sino el de comunidades culturales, religiosas y lingüísticas).

*Graciela Rocío Santes Magaña
José Artemio Zúñiga Mendoza*

DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La democracia constitucional es un modelo de organización estatal que adquirió forma después de la Segunda Guerra Mundial y que fue cobrando fuerza como paradigma de organización política ideal —y, en algunos países, real— en Occidente. Este modelo de organización persigue dos objetivos analíticamente distintos: limitar el poder político y, al mismo tiempo, distribuirlo entre los ciudadanos, sobre la base de una garantía efectiva de los derechos fundamentales —de libertad (civiles), políticos y, sobre todo, sociales— de los individuos que integran la colectividad política. Desde un punto de vista de diseño institucional, para lograr ese objetivo el modelo reúne los siguientes elementos:

a) La existencia de una Constitución —preferentemente escrita—, que es la norma suprema del ordenamiento jurídico y político, y cuyo contenido está protegido mediante la garantía de la rigidez (que es un procedimiento agravado, diferente al que se requiere para modificar las leyes ordinarias, para poder reformar el contenido de la Constitución). Esto último tiene como finalidad ofrecer estabilidad a las normas constitucionales, lo cual es un elemento que contribuye a la seguridad jurídica. El documento constitucional puede incluir como parte de su contenido a normas provenientes de otros ordenamientos, como es el caso de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dando lugar a lo que se conoce como “bloque de constitucionalidad”. Cuando ello sucede, la norma suprema del ordenamiento está compuesta por ese conjunto de elementos normativos;

b) El contenido básico de la Constitución (o del bloque constitucional) es, por un lado, el principio de la separación de poderes (en donde el Poder Legislativo juega un papel más relevante que el Ejecutivo, en cuanto creador de las normas colectivas y principal detentador de la representación política, y el Poder Judicial es el garante último del principio de imparcialidad) y, por el

otro, los derechos fundamentales —sociales, de libertad (civiles) y políticos— de las personas (y sus garantías);

c) Esos derechos constituyen el núcleo sustantivo y el proyecto de justicia ideal que promueve y busca proteger el modelo. Mediante la garantía de los mismos se busca ofrecer a todas las personas un piso de igualdad material y de satisfacción de necesidades básicas (que van desde la alimentación hasta la educación, el trabajo y la vivienda), un amplio catálogo de derechos de libertad y la posibilidad de participar activa y autónomamente en la adopción de las decisiones fundamentales de su colectividad ejerciendo los derechos políticos. Este ideal de justicia tiene sentido práctico cuando las normas constitucionales se traducen, en los hechos, mediante la acción de los diferentes actores políticos y sociales, en políticas públicas que materializan los derechos;

d) Como una garantía del contenido constitucional (sobre todo de los derechos fundamentales), se contempla la existencia de jueces encargados de la delicada función de ejercer el “control de constitucionalidad de las leyes”. Es el caso de las cortes, tribunales o jueces constitucionales;

e) Ello supone el abandono del principio que caracterizaba al “estado legislativo de derecho”, que consistía en la soberanía del legislador. En la democracia constitucional, las mayorías políticas —por más amplias que éstas sean— están sometidas a la Constitución, y sus decisiones son susceptibles de revisión y control de constitucionalidad. Por ello, la relación entre los derechos fundamentales y la democracia no está exenta de tensiones: los derechos son precondiciones y condiciones para la democracia y, al mismo tiempo, constituyen limitaciones al poder democrático de los ciudadanos. Esto significa que en la democracia constitucional no existen poderes absolutos;

f) El elemento democrático del modelo reside en las instituciones y procedimientos “mínimos necesarios” para la existencia de esta forma de gobierno (voto libre y sin discriminaciones, competencia pluripartista, regla de mayoría, protección de los derechos de las minorías políticas), y requiere, idealmente, de una ciudadanía informada, organizada y vigilante que no limita su participación política al momento electoral;

g) Además, el sistema democrático se articula sobre la base de principios normativos que muestran su dimensión axiológica: igualdad política, libertad positiva, pluralismo, tolerancia, laicidad, etcétera.

Como puede observarse, este modelo incorpora y presupone un nivel muy ambicioso de justicia. Por un lado, incluye los elementos (traducidos en un catálogo de derechos sociales) de un proyecto que, de llevarse a cabo, se traduce en una sociedad equitativa, en la que las necesidades básicas de las personas están satisfechas y, en esta medida, ofrece bases de igualdad de condiciones a todas las personas. Alimentación, vivienda, educación, salud, trabajo, etcétera, son derechos de las personas y, por lo tanto, en obligaciones a cargo del Estado (y también de entidades privadas). La agenda social no es una cuestión secundaria o potestativa, sino que se traduce en un vínculo irrenunciable que *debe* satisfacerse.

Pero esta agenda social —en el marco de este modelo— no puede estar desvinculada ni materializarse sin un amplio conjunto de libertades fundamentales. Desde la libertad de pensamiento hasta la libertad de asociación,

pasando por las libertades de expresión, reunión, tránsito, etcétera, el modelo democrático constitucional incorpora dentro de su proyecto de sociedad justa a los ideales ilustrados de la agenda liberal clásica. La tesis sobre la que descansa el modelo supone que es posible satisfacer las necesidades sociales sin sacrificar las libertades de los individuos para lograrlo. De hecho, se asume que la garantía de los derechos sociales es una precondition para el verdadero ejercicio y disfrute de las libertades modernas. Igualdad y libertad comparecen como ideales que se refuerzan y realizan mutuamente y no, a pesar de las posibles tensiones entre ambos, como bienes irreconciliables e irrealizables conjuntamente.

Finalmente, el modelo incorpora a las instituciones de la democracia, y con ellas recupera y proyecta los mismos principios de la igualdad y la libertad en su dimensión política, y, de esta manera, hace suyo el ideal de la autonomía ciudadana como parte del proyecto de sociedad justa. “Cada persona un voto”, “todos los votos valen igual”, “cada voto en libertad”, etcétera, son enunciados que expresan el ideal democrático de la autonomía política individual. En esta forma de organización, la democracia moderna, con sus principios e instituciones, también forma parte del ideal de justicia. La tesis de que cada persona debe tener el derecho/poder de participar activamente en la adopción de las decisiones colectivas que afectan su vida cotidiana se traduce en mecanismos institucionales concretos de participación política. En paralelo, por medio de la garantía de los derechos de reunión y asociación política se procura que las personas se organicen activamente para influir en otros ámbitos de decisión de la vida colectiva (sindicatos, empresas, universidades, organizaciones no gubernamentales, etcétera).

Los ideales recogidos en los derechos sociales de libertad y políticos se articulan sobre la base de un reconocimiento a la diversidad social y a la pluralidad política. Las diferencias —obviamente, no en el plano económico y, por lo tanto, no las desigualdades— se valoran de manera positiva, y también constituyen elementos del modelo de justicia social entendido en sentido amplio. De ahí deriva toda una agenda de convivencia social basada en las ideas de tolerancia y no discriminación, tolerancia que supone reconocer el derecho de los demás a pensar y vivir de manera diferente a la nuestra y no discriminación, que implica asumir que las personas valen lo mismo en cuanto tales y no por sus preferencias, creencias, características físicas, orientaciones sexuales, pertenencias étnicas, etcétera.

Pedro Salazar Ugarte

DENUNCIA DE JUICIO POLÍTICO

El término “juicio político” es utilizado para designar el procedimiento para fincar responsabilidad política u oficial a un servidor. Es un procedimiento jurisdiccional, iniciado a partir de una denuncia que puede formular cualquier ciudadano, cuya instrumentación ha sido encomendada al Poder Legislativo, y que tiene por objeto la investigación de las conductas de los servidores de alta jerarquía a que se refieren los dos primeros párrafos del art. 110 de la Constitución federal, a efecto de determinar la responsabilidad política

puesta de manifiesto en dichas conductas y aplicar las sanciones correspondientes.

El proceso relacionado con un juicio político se integra de dos etapas: la primera, de instrucción, que se ventila ante la Cámara de Diputados y sus comisiones (art. 10 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos), y la segunda, de la que conoce la Cámara de Senadores constituida en jurado de sentencia, es propiamente el juicio de responsabilidad (arts. 22 y siguientes de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos), lo que provoca el inicio de la etapa preliminar o de instrucción es una denuncia. En los términos de los arts. 21 y 109, último párrafo, de la Constitución Política, la denuncia puede provenir del Ministerio Público o de un ciudadano.

La denuncia debe ser presentada ante la Secretaría General, que vino a sustituir a la Oficialía Mayor de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en los términos del art. 12 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; en ella se debe señalar como responsable a uno de los servidores públicos a que hace referencia el art. 110 constitucional.

La denuncia debe ser ratificada por su autor ante la Secretaría General de la Cámara de Diputados dentro del término de tres días que establece el apartado A del art. 12 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. La ley no distingue, aunque debió haberlo hecho: la ratificación debe efectuarse sin importar que la denuncia provenga del Ministerio Público o de un ciudadano.

A la denuncia se deben acompañar los elementos de prueba que permitan presumir la existencia del ilícito (a éste la ley, en forma impropia, lo denomina infracción) y la probable responsabilidad del acusado. Las pruebas admisibles solo son aquellas que prevé el Código Federal de Procedimientos Penales, que es supletoria de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (art. 45). El que no se cumpla con este requisito da lugar a que la denuncia sea desechada o desestimada por la subcomisión de examen previo.

La denuncia debe estar referida a algunos de los ilícitos a que hacen mención los arts. 110 de la Constitución Política y 6o. y 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Este requerimiento deriva en una limitante inicial a las acciones de las cámaras de Diputados y de Senadores; ellas, en su función de acusar y juzgar, tienen una competencia limitada en cuanto a la materia.

Existe la posibilidad de que se presente una nueva denuncia en contra del servidor público o de que ella sea ampliada; esto es factible mientras tanto no esté agotada la instrucción (art. 42 de Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos). En esos dos supuestos, sus autores deben ofrecer pruebas. La nueva denuncia o su ampliación se deben hacer ante la Cámara de Diputados, por conducto de su Oficialía Mayor. Es de suponerse que en ambos supuestos debe haber una ratificación dentro de los tres días que sigan a la presentación.

Hecho lo anterior, la denuncia, junto con sus pruebas, debe ser turnada a la subcomisión de examen previo (art. 12, apartado C, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos); ella, en un plazo no mayor de treinta días.

Dicha comisión deberá determinar:

1) Que de conformidad con el art. 110 de la Constitución, el acusado es uno de los servidores públicos que gozan o gozaron de inmunidad durante el tiempo de su encargo.

2) Que en virtud de lo anterior, con fundamento en el art. 110 de la Constitución, la única competente para juzgar al acusado, en su carácter de servidor público que goza de inmunidad, por violaciones graves a ella o a las leyes federales o por manejo indebido de fondos y recursos federales, es la Cámara de Senadores, constituida en jurado de sentencia, con base en la acusación que, en su caso, le presente la Cámara de Diputados.

3) Que el proceso que se sigue al servidor público se inició dentro del término de su ejercicio o dentro de un año después, por lo que se está dentro del supuesto previsto en el primer párrafo del art. 114 de la Constitución.

4) Que la denuncia formulada no está referida a perseguir expresiones de ideas emitidas por el servidor público, ello para dar cumplimiento a lo dispuesto por el segundo párrafo de la frac. I del art. 109 de la Constitución.

5) Que la denuncia formulada en contra del servidor público y presentada ante la Oficialía Mayor fue formulada por el Ministerio Público o por un ciudadano plenamente identificado; por lo mismo, la autoría de ella es atribuible a un mexicano, y no es anónima, por lo que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por el art. 9o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

6) Que, de conformidad con el Ministerio Público o el denunciante, la conducta delictiva atribuida al servidor público acusado es una de las previstas en los arts. 6o. y 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

7) Que en el trámite de la denuncia formulada por el Ministerio Público o el denunciante en contra del servidor público se respetó en forma escrupulosa el turno de querellas y denuncias que se lleva en la Cámara de Diputados (art. 31 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos).

De no reunirse alguna de las circunstancias mencionadas, la subcomisión se encuentra facultada para desechar de plano la denuncia presentada, o bien declararla procedente.

Hecho esto, la denuncia pasa a la Sección Instructora, que practicará todas las diligencias para comprobar la existencia de la conducta que se atribuye al servidor público, precisando la personal y específica participación de éste así como las circunstancias en que dicha conducta se produjo.

Informará al denunciado sobre la materia de la denuncia, haciéndole saber su garantía de defensa, y que deberá, dentro de los siete días naturales siguientes a la notificación, comparecer o informar por escrito.

Abrirá un periodo de prueba de 30 días naturales, dentro del cual recibirá las pruebas que ofrezcan el denunciante y el servidor público, así como las que la propia sección estime necesarias.

Si al concluir el plazo señalado no hubiera sido posible recibir las pruebas ofrecidas oportunamente, o es preciso allegarse otras, la Sección Instructora

está facultada para ampliar el término, en la medida en que resulte estrictamente necesaria.

Terminada la instrucción del procedimiento, se pondrá el expediente a la vista del denunciante, por un plazo de tres días naturales, y por otros tantos a la del servidor público y sus defensores, a fin de que tomen los datos que requieran para formular alegatos, que deberán presentar por escrito dentro de los seis días naturales siguientes a la conclusión del segundo plazo mencionado.

Si de las constancias se desprende la inocencia del encausado, las conclusiones de la Sección Instructora propondrán que se declare que no ha lugar a proceder en su contra por la conducta o el hecho materia de la denuncia, que dio origen al procedimiento.

Pero si lo que se desprende es la responsabilidad del servidor público, las conclusiones de la Sección Instructora propondrán lo siguiente:

Que está legalmente comprobada la conducta o el hecho materia de la denuncia; que se encuentra acreditada la responsabilidad del encausado; la sanción que deba imponerse de acuerdo con el art. 8o. de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y que en caso de ser aprobadas las conclusiones se envíe la declaración correspondiente a la Cámara de Senadores, en concepto de acusación, para los efectos legales respectivos.

Las conclusiones contendrán, asimismo, las circunstancias que hubieran concurrido en los hechos; una vez emitidas las conclusiones, la Sección Instructora las entregará a los secretarios de la Cámara de Diputados para que den cuenta al presidente de la misma, quien anunciará que dicha Cámara debe reunirse y resolver sobre la imputación, dentro de los tres días naturales siguientes.

El día señalado para que la Cámara de Diputados se reúna y resuelva sobre la imputación se erigirá en órgano de acusación, previa declaración de su presidente. En seguida, la Secretaría dará lectura a las constancias procedimentales o a una síntesis que contenga los puntos sustanciales de éstas, así como a las conclusiones de la Sección Instructora. Acto seguido, se concederá la palabra al denunciante, y en seguida al servidor público o a su defensor, o a ambos si alguno de éstos lo solicitara, para que aleguen lo que convenga a sus derechos. El denunciante podrá replicar y, si lo hiciera, el imputado y su defensor podrán hacer uso de la palabra en último término. Retirados el denunciante y el servidor público y su defensor, se procederá a discutir y a votar las conclusiones propuestas por la Sección Instructora.

Si la Cámara de Diputados resolviera que no procede acusar al servidor público, éste continuará en el ejercicio de su cargo. En caso contrario, se le pondrá a disposición de la Cámara de Senadores, a la que se remitirá la acusación, designándose una comisión de tres diputados para que sostengan aquella ante el Senado.

Una vez recibida en la Cámara de Senadores la acusación en el juicio político, se turnará a la Sección de Enjuiciamiento, la que emplazará a la Comisión de Diputados encargada de la acusación y al acusado y a su defensor. Ello para que presenten por escrito sus alegatos dentro de los cinco días naturales siguientes al emplazamiento.

Con alegatos o sin ellos, la Sección de Enjuiciamiento debe emitir sus conclusiones tomando en cuenta las consideraciones hechas en la acusación y los alegatos que en su caso se hubieran formulado, proponiendo la sanción que en su concepto deba imponerse al servidor público y expresando los preceptos legales en que se funde.

La Sección de Enjuiciamiento tiene la atribución de escuchar directamente a la Comisión de Diputados que sostiene la acusación y al acusado y su defensor.

La Sección de Enjuiciamiento podrá disponer la práctica de otras diligencias que considere necesarias para integrar sus propias conclusiones.

Emitidas las conclusiones, la Sección de Enjuiciamiento las entregará a la Secretaría de la Cámara de Senadores.

Recibidas las conclusiones por la Secretaría de la Cámara de Senadores, su presidente anunciará que debe erigirse ésta en jurado de sentencia dentro de las 24 horas siguientes a la entrega de dichas conclusiones, procediendo la Secretaría a citar a la Comisión de Diputados que sostiene la acusación y al acusado y a su defensor.

En la fecha y hora señaladas para la audiencia, el presidente de la Cámara de Senadores la declarará erigida en jurado de sentencia, la Secretaría dará lectura a las conclusiones formuladas por la Sección de Enjuiciamiento.

A continuación, se concederá la palabra a la Comisión de Diputados, al servidor público o a su defensor, o a ambos. Concluido lo anterior, se retirarán el acusado y su defensor, pero permanecerán los diputados en la sesión, pues en seguida se procederá a discutir y a votar las conclusiones y a aprobar los que sean los puntos de acuerdo, que en ellas se contengan. Una vez que se tenga una determinación, el presidente hará la declaratoria que corresponda.

La decisión que emite el Senado en materia de juicio político al erigirse en jurado de sentencia, es un acto meramente judicial por la obligación de observar las formalidades y solemnidades del procedimiento, el que sigue siendo judicial en cuanto a los motivos en que se funda, pero administrativo en cuanto a su objeto. Si la resolución que se dicte en el juicio político es condenatoria, se sancionará al servidor público con destitución. También podrá imponérsele inhabilitación para el ejercicio de empleos, cargos o comisiones en el servicio público desde uno hasta veinte años.

Manuel González Oropeza

DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Por derecho a la alimentación se entiende el derecho a tener acceso, de manera regular y permanente, a una alimentación adecuada, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Estos dos perfiles diferentes del derecho a la alimentación implican el derecho fundamental del individuo a un acceso suficiente a una alimentación segura; es decir, sin riesgos para su salud. En este sentido, podemos decir que cada persona tiene derecho a la seguridad alimentaria, entendiendo por esta un derecho bidimensional, que comprende tanto el perfil del acceso, la llamada *food security*, cuanto el derecho a consumir un alimento que sea sano, lo que se llama *food safety*. En las fuentes jurídicas, el

derecho a la alimentación se encuentra tradicionalmente afirmado asociado a una vida física y psíquica satisfactoria y digna, entonces como *food security* y solo recientemente ha sido reconocido también el perfil de *food safety*.

Derecho a la alimentación (derecho internacional). A nivel internacional, el derecho fue reconocido por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo art. 25.1 afirma que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación (...)”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 ha consagrado el derecho a la alimentación, en su art. 11.1, en el que afirma: “(...) el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (...)”. Mas específicamente, el art. 11.2, consagra “el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre”. A estos efectos, se establece, además, que los Estados partes del Pacto adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) “Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”.

En 1999, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la observación general 12, con la que interpretó sus obligaciones en detalle. El derecho ha sido reconocido, además, en varios otros documentos internacionales *ad hoc*, como la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24.2.c) y art. 27.3), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 12.2), o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 25.f), y art. 28.1).

El derecho a la alimentación ha sido también reconocido por distintos instrumentos regionales, aunque no como derecho autónomo, siendo afirmado más o menos explícitamente como uno de los perfiles mencionado en el marco de la protección de otros derechos, y esencialmente del derecho a la vida, a la salud o a la educación. Es este el caso de los siguientes documentos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, también conocida como “Pacto de San José” (art. 4, “derecho a la vida” y art. 5, “derecho a la integridad personal”), y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el llamado “Protocolo de San Salvador”, de 1988 (art. 10, “derecho a la salud”); la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, de 1990, (art. 5, “supervivencia y desarrollo”, art. 11, “educación” y art. 14, “salud y servicios médicos”); el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África, de 2003. Varias son, además, las fuentes de derecho internacional no vinculantes que afirman el derecho, como las Directrices vo-

luntarias adoptadas en 2004 por todos los estados miembros de la FAO para realizar progresivamente el derecho a la alimentación.

Derecho a la alimentación (derecho europeo). En el marco europeo, que es siempre un ámbito regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950, no hace una referencia explícita a un derecho a la alimentación, pero goza indirectamente de la protección ofrecida a otros derechos, y principalmente el derecho a la vida (art. 2) y la prohibición de la tortura (art. 3).

Asimismo, por los Estados miembros de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales, aunque no mencionando el derecho a la alimentación, consagra toda una serie de principios que lo incluyen como proyección del bien jurídico que estos mismos expresamente protegen, es decir: la dignidad humana (art. 1), el derecho a la vida (art. 2), el derecho a la integridad de la persona (art. 3) y la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4). Además de este perfil implícito de protección de la alimentación como *food security*, la Unión Europea prevé también una perspectiva explícita y acentuada de *food safety*, y, con el reglamento n. 178/02 ha consagrando claramente el derecho a la seguridad alimentaria, que goza de protección también en vía de precaución, dando así lugar a una rama completamente nueva de derecho de la Unión Europea, y, por el principio de supremacía, también del derecho interno de los Estados miembros, que es el derecho alimentario.

Derecho a la alimentación (derecho comparado). Si se hace un análisis comparado sobre la afirmación del derecho en las Constituciones nacionales, incluidos los Estados que contemplan las citadas normas internacionales en materia de protección del derecho en su “bloque constitucional”, y por consecuencia deben cumplir con ellas, señalamos la existencia de dos categorías: por un lado, la categoría de los Estados que no incluyen el derecho a nivel constitucional y, por otro lado, la de los Estados que hacen una referencia explícita al derecho. La decisión de reafirmar explícitamente el derecho en el texto de su Constitución corresponde, en este caso, al deseo de reafirmar aún más su fuerza en el plano interno. En esta segunda categoría todavía hay que matizar entre las Constituciones que afirman el derecho de forma general y las que lo prevén tanto de manera general como con respecto a ciertos grupos particularmente vulnerables de la población.

En el primer grupo se colocan la Constitución de Bolivia (art. 16), Bangladesh (art. 15 y art. 18), Congo (art. 34), Etiopía (art. 90), Haití (art. 22), India (art. 47), Malawi (art. 13), México (art. 4 y art. 27), Nicaragua (art. 63), Nigeria (art. 16), Pakistán (art. 38), República Dominicana (art. 8), República Islámica de Iran (art. 5 y art. 43), Rusia, Sri Lanka (art. 27), Ucrania (art. 48) y Uganda (art. 14).

En el segundo grupo es posible incluir las Constituciones que hacen una mención específica del derecho con respecto a ciertos grupos particularmente vulnerables de la población, como la Constitución de Paraguay, con relación a los niños, que tienen derecho a que la familia, la sociedad y el Estado garanticen una protección contra la desnutrición (art. 54), y las personas de tercera edad, que gozan de una protección integral a cuyo efecto la familia, la sociedad y los poderes públicos promoverán su bienestar mediante servicios asis-

tenciales que se ocupen de sus necesidades de alimentación, salud, etc. (art. 57). La misma actitud de Paraguay es adoptada por Brasil (art. 227), Colombia (art. 44), Guatemala (art. 51 y art. 99) y Cuba (art. 9.b). La Constitución de Ecuador, de 2008, afirma el derecho para todos los ciudadanos (art. 23.20 y art. 42) y también con referencia a algunas categorías (art. 43, art. 49 y art. 50), además, combinando ambos aspectos *security* y *safety* del derecho. En esta misma categoría se puede colocar la Constitución de Sudáfrica (arts. 27 y 28).

Derecho a la alimentación (jurisprudencia). Hay pocos casos que tratan específicamente del derecho de la alimentación y que reconocen su justiciabilidad, tanto a nivel constitucional que en un marco más amplio de protección del derecho.

En el ámbito nacional, destaca una sentencia de julio 2013, que condena por omisión al Estado de Guatemala por no garantizar el derecho a la alimentación de cinco niños y niñas en un proceso enmarcado dentro de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (*Juzgado de la niñez y Adolescencia y de Adolescentes en conflicto con la Ley Penal del Departamento de Zacapa*).

En Argentina, una sentencia de 2007 ha afirmado que tanto el Estado Nacional como una provincia no han cumplido cabalmente con el mandato legal de garantizar los derechos humanos de los pobladores de las zonas referidas, incluido el derecho a la alimentación (*Defensor del Pueblo de la Nación vs. Estado Nacional y Provincia del Chaco*).

En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado del derecho a la alimentación con referencia a la alimentación escasa de los detenidos, que integra una violación de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes durante la detención (*Ostrovar vs. Moldova, Modârca vs. Moldova, Florea vs. Romania*).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido indirectamente la violación del derecho a la alimentación y la responsabilidad internacional del Estado principalmente por violación de garantías judiciales y de la integridad personal, y además de estas dos razones, también como consecuencia de la violación de otros derechos; es decir, por violación de los derechos a la vida (*Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*), y, cuando las víctimas hayan sido niños, de los derechos del niño (*Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*), por tratos inhumanos y degradantes (*Díaz Peña vs. Venezuela*), y también por falta de garantía del derecho de propiedad comunitaria, de reconocimiento de la personalidad jurídica, de protección judicial, por el incumplimiento del deber de no discriminar (*Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*), así como por violación de la libertad de asociación, de la libertad de circulación y residencia (*Fleury y otros vs. Haití*).

Eloísa Denia Cosimo

DERECHO A LA DIFERENCIA

Para definir el derecho a la diferencia nos referiremos en primera instancia al más conocido término de derecho a la igualdad. La idea del derecho a la igualdad se encuentra profundamente arraigada en las distintas corrientes del pensamiento occidental. Desde las Institutas de Justiniano encontramos

que los atributos de la personalidad y sus derechos derivan de la naturaleza humana, por lo cual las leyes que sustrajeran al hombre sus derechos eran consideradas antinaturales.

El cristianismo refuerza esta idea, en que las personas, como hijos de Dios, tenían igualdad de sustancia, pero desigualdades reales, que derivaban de su pueblo, situación familiar, sexo, edad o condición social. Con la codificación de los derechos humanos en la era moderna, y en particular con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se fortalece la idea del derecho a la igualdad, el derecho a tener los mismos derechos, a pesar de ser diversos.

Al constatar, sin embargo, que la diversidad conduce frecuentemente a la desigualdad y a la discriminación, la Organización de las Naciones Unidas promulgó diversas convenciones de derechos humanos que reconocen la diversidad, la igualdad de derechos y el *derecho a la diferencia*, entendido como el derecho a ser diferente sin ser desigual, respetando el acceso a los derechos, es decir, a no ser discriminado por ser diferente.

Estas convenciones son: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, de 1990, y por último, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

Para efectos jurídicos, la discriminación ocurre solamente cuando hay una conducta que demuestre distinción, exclusión o restricción, a causa de alguna característica propia de la persona que tenga como consecuencia anular o impedir el ejercicio de un derecho.

En los ordenamientos jurídicos actualmente se reconoce el derecho a la diferencia por edad, al reconocer derechos específicos a niñas, niños y jóvenes o a personas adultas mayores o por sexo, al reconocer los derechos por embarazo y maternidad por ejemplo. De manera más reciente, se encuentra el reconocimiento a la diversidad cultural. Ejemplos del derecho a la diferencia se encuentran en:

1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas...” (art. 2) (2001).

2) Constitución Nacional de Argentina: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respecto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe intercultural...” (art. 75, inc. 17) (1994)

3) Ley Constitucional sobre los Derechos de las Minorías Nacionales (Narodne novine, nos. 155/2002 y 47/2010) de la República de Croacia: “La República de Croacia garantiza a las y los miembros de las minorías nacionales, el derecho a la representación en el Parlamento Croata” (art. 19).

El derecho a la diferencia, íntimamente relacionado con el derecho a la identidad cultural (en sentido amplio, que incluye preferencia religiosa, orientación sexual o política entre otras), no posee una potencialidad afirmativa en el sentido de otorgarle existencia y derechos a los “distintos”, sino de evitar la privación de derechos por el hecho de la diferencia; es decir, evitar la discriminación.

María Vallarta Vázquez

DERECHO A LA FAMILIA

La Real Academia Española define a la familia como el “Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. Hijos o descendencia”.

La familia es un grupo de personas ligadas por lazos de parentesco, y a los adultos se les atribuye la responsabilidad del cuidado de los hijos. Esos lazos de parentesco se establecen, bien porque todos descienden de un tronco común, o se crean con motivo del matrimonio.

Las relaciones familiares siempre han sido reguladas por el derecho, estableciéndose puntualmente los derechos y obligaciones de los miembros que conforman la familia: tradicionalmente, en las sociedades occidentales, esas relaciones familiares han estado asociadas al matrimonio. Así se conformó el derecho de familia, que contiene todas esas normas que regulan las relaciones entre los miembros de la familia.

Sin embargo, a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se plantea el reconocimiento de que todas las personas tienen el derecho a constituir una familia, considerando a ésta como el elemento fundamental de la sociedad, y por ser la familia una de las instituciones jurídicas y políticas rectoras de la vida en sociedad debe ser protegida.

Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que todos los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna, por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia, en la que disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el mismo y en caso de su disolución. También este instrumento internacional considera a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que establece para el Estado la obligación de protegerla.

A partir de estas declaraciones, con el reconocimiento, tanto de la importancia que la familia tiene para el buen desarrollo de una sociedad como de la necesidad de que el Estado la proteja, se fortalece el reconocimiento de que todas las personas tienen el derecho a tener una familia, y el Estado les debe garantizar plenamente el goce de ese derecho.

El derecho de las personas a tener una familia se convalidó en posteriores instrumentos internacionales. Así, tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en todos ellos se afirma que la familia es el elemento natural y fundamental de la socie-

dad, y debe ser protegida por la sociedad y el Estado, y reconociéndoles a la mujer y al hombre el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas del país.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo, también reconoce a la familia como el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en donde, en particular las niñas y niños, deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Asimismo, reconoce que niñas y niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, que le fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ratifica, en principio, que la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. El reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a “la protección de la sociedad y el Estado”, constituye, según la Corte, un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, consagrado tanto en la Declaración Universal como en la Declaración Americana, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana.

En las Directrices de Riad igualmente se enfatiza que la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, por lo que los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental.

La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), del 11 de diciembre de 1969, en su art. 4, considera a la familia como la unidad básica de la sociedad y el medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, por lo que debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad, y señala que los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.

En la Constitución Política de Colombia se reconoce que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, que se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, estableciendo para el Estado y la sociedad la obligación de garantizar la protección integral de la familia.

Rosa María Álvarez

DERECHO A LA IMAGEN PERSONAL

La palabra “imagen” proviene del latín *imago, imaginis*, y significa la figura, representación, semejanza y apariencia de un bien o una persona. La imagen personal es nuestra apariencia física, la cual puede ser reproducida por dibujo, fotografía, grabación y cualquier otro medio existente para su captación y reproducción. También dentro de ella se encuentran los rasgos que permiten identificar a una persona.

El derecho a la imagen personal es un derecho de la personalidad, que faculta a la persona para impedir que su apariencia física sea reproducida sin su consentimiento. La necesidad de su protección surge con la fotografía como mecanismo para captar la imagen de una persona sin que ella se percatara de dicha conducta, y sobre todo cuando su destino fuera crear publicidad o algún desprestigio a la persona o su familia.

Los antecedentes legislativos de protección a la imagen personal a través del derecho de autor del fotógrafo se dieron en Alemania (1876), Australia (1885) y Bélgica (1886); en todos ellos se reconoce el derecho de autor del artista, pero se indica la necesidad del consentimiento de la persona representada en el retrato. La jurisprudencia francesa hizo contribuciones importantes, al vincular el derecho a la imagen personal y familiar con los sufrimientos que puede sentir un familiar cuando se divulga la imagen de un integrante de su familia en el lecho de muerte, y como consecuencia el deber de reparar el daño a los sentimientos, lo que hoy conocemos como “daño moral”.

El derecho a la propia imagen tiene dos facetas: la positiva, la facultad personalísima de imprimir, difundir, publicar o distribuir nuestra propia imagen, y la negativa, para poder impedir la obtención, reproducción, difusión y distribución por un tercero sin nuestro consentimiento expreso o tácito.

El derecho a la imagen se ha relacionado con varios derechos de la personalidad, como el respeto a la privacidad, el derecho al honor, a la identidad, al propio cuerpo; incluso se consideró como parte de alguno de esos derechos. Nosotros tenemos la convicción de la autonomía del derecho a la imagen, que cada vez necesita mayor protección, porque los medios para la captación de imágenes y su difusión son prácticamente vertiginosos, y en algunos casos se causan daños graves a la persona o su familia.

Cuando se niega la independencia del derecho a la imagen, de la vida privada, del honor y la fama, es porque se considera que el daño es más grave cuando se suma el ataque a la fama, al honor o a la privacidad; pero igual daño se causa cuando la imagen de la persona es distribuida, incluso sin que se afecte la privacidad, el honor y la fama; si esta no está de acuerdo con ese hecho.

La normatividad como derecho de la personalidad autónomo la encontramos en el Código Civil italiano; en España, en la Ley Orgánica del 5 de mayo de 1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen; esta legislación consta de 9 artículos.

En México, Distrito Federal, en 2006 se publicó la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen. En su art. 16 define a la imagen personal como “La reproduc-

ción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material”, y el art. 17 identifica el derecho a la imagen como “Toda persona tiene derecho sobre su imagen, que se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando, o no, la captación o difusión de la misma”.

Como todo derecho, y en particular como derecho de la personalidad, esta facultad encuentra límites generales y particulares, que se reflejan en la propia personalidad del titular de la imagen y en las circunstancias concretas de la captación y difusión.

Elvia Lucía Flores Ávalos

DERECHO A LA INFORMACIÓN

El derecho a la información encuentra su más claro antecedente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en cuyo art. 19 se establece que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Esta garantía también es reconocida, con ligeras modificaciones, por otros instrumentos internacionales, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13.1). De los mencionados instrumentos internacionales se desprende que junto al derecho de no ser molestado por las propias opiniones, el objeto de la comunicación son ya ideas, opiniones e informaciones sobre las que se proyectan las facultades de investigar, difundir y recibir. Destaca la incorporación de los conceptos recepción e investigación, y el de información, que se suma a las libertades de opinión y expresión, dándole un contenido más amplio.

La evolución que tuvieron los medios de comunicación e información durante el siglo XX, con la invención del telégrafo, el teléfono, la radio, el cine, la televisión, hasta llegar al surgimiento de las computadoras y el internet, amplió y modificó la capacidad de los seres humanos de comunicarse. Este avance tecnológico hizo necesario reformular la concepción original de la libertad de expresión, que protegía principalmente al emisor de la información, es decir, la persona que expresa sus ideas y pensamientos, frente a la eventual intervención de un tercero — autoridad o persona —, que pretendía impedirselo, para ampliar su ámbito de protección a los receptores de la información, adquiriendo así un nuevo alcance.

Para Jorge Carpizo, el derecho a la información es la libertad de expresión que amplía su ámbito para perfeccionarse, para definir facultades que realmente la hagan efectiva, para incorporar aspectos de la evolución científica y cultural de nuestros días, y que es indispensable tener en cuenta para fortalecer y garantizar a la sociedad información veraz y oportuna como elemento indispensable del Estado democrático y plural. Para explicar esta evolución establece un modelo de círculos concéntricos, en el que en un primer círculo se encuentra la libertad de pensamiento; en un segundo círculo, que engloba al primero, se contiene la libertad de expresión; en un tercer círculo se encuentra la libertad de imprenta, y un cuarto círculo, más amplio, que engloba a los

otros tres, y que es el derecho a la información. Los círculos exteriores van ampliando los derechos y las libertades con la finalidad de hacerlos más efectivos (*Constitución e información*).

Sergio López Ayllón señala que el derecho a la información (contenido en la libertad de expresión en sentido amplio) es la garantía que tienen las personas de conocer de manera activa —es decir, investigando— o pasiva —recibiendo— las ideas, opiniones, hechos o datos que se producen en la sociedad, y que les permiten formarse su opinión dentro de la pluralidad, diversidad y tolerancia que supone una sociedad democrática. Resulta entonces que la libertad de expresión, en su concepción contemporánea, comprende tres libertades interrelacionadas: las de buscar, difundir y recibir informaciones e ideas; la protección alcanza tanto aquellos que expresan y difunden sus ideas o pensamientos como a quienes las reciben, y aun a quienes desean investigarlas (*El acceso a la información como derecho fundamental: la reforma al artículo 6o. de la Constitución mexicana*).

Por su parte, para Héctor Faúndez Ledesma, de la Declaración Universal se pueden apreciar dos elementos fundamentales, que deben ser examinados en forma separada: en primer lugar, la libertad de expresión propiamente dicha, en cuanto vehículo para manifestar nuestras inquietudes, opiniones o ideas, y, en segundo término la libertad de información, como medio para buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Precisa que se han distinguido dos “subespecies” de la libertad de expresión: a) la libertad de expresión propiamente tal o la libertad de opinión, la que estaría configurada por la libertad de pensamiento o la libertad ideológica, y b) el derecho a la información en su doble vertiente, que permite comunicarla y recibirla. Mientras en el primer caso el objeto de protección es la idea, en el segundo lo sería la noticia, o el dato (*Los límites de la libertad de expresión*).

El derecho a la información, en tanto derecho humano fundamental que se encuentra reconocido en varios tratados internacionales, obliga a los Estados que los han suscrito por formar parte de su derecho interno, así como en diversas Constituciones políticas, como la mexicana (art. 6o.), permite a cualquier persona, en relación con el Estado, buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio, y que tal persona tiene frente al Estado un derecho a que éste no le impida buscar, recibir o difundir informaciones, opiniones e ideas por cualquier medio. En caso de una violación por parte del Estado, la persona tiene una competencia específica para su protección, que en el caso mexicano se configura a través del juicio de amparo.

A la obligación del Estado de abstenerse tiene adicionalmente la obligación positiva de garantizar al individuo el acceso a una información, que, por serle útil y beneficiosa, constituye un bien jurídico; en tanto derecho subjetivo, es un derecho individual y público que posee una proyección social, debido a que se encuentra indisolublemente unido al interés social y garantiza el pluralismo ideológico de la sociedad. Contempla la intervención del Estado para tutelarlos, asumiendo la obligación de cuidar que la información que llega a la sociedad sea veraz y refleje la realidad y tenga un contenido que le permita una participación informada en la atención de los problemas nacionales.

Se debe precisar que el objeto sobre el que recae el derecho a la información no se limita únicamente a las noticias, sino que su objeto es más amplio, extendiéndose a datos, hechos, comentarios y juicios, cualquiera que sea la forma que revistan y el medio por el que se transmitan. Otro aspecto importante del derecho a la información es la difusión, que debe ser sin limitación de fronteras y por cualquier medio de expresión, circunstancia que implica reconocer la universalidad en la difusión de las informaciones.

El derecho a la información también reconoce el derecho de todas las personas a tener acceso a la información de interés público, por lo que es obligación de todo Estado democrático no obstaculizar o restringir el ejercicio de ese derecho, así como es su responsabilidad facilitar el acceso a la información en poder de las distintas instituciones públicas. Ésta es una modalidad clave mediante la cual se cumple el derecho a la información. En América Latina, la tendencia ha sido ampliar las funciones del Estado en la garantía de los derechos informativos, reconociendo que, además de garante, es una fuente de información, como lo resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, indicando que el art. 13 del Pacto de San José establece el derecho de todas las personas a pedir información y la obligación del Estado de proveerla sin necesidad de acreditar un interés directo para obtenerla o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción.

Luis Raúl González Pérez

DERECHO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

En el derecho constitucional comparado, el derecho a la libertad de información es una herencia del siglo diecinueve, que ha penetrado en el derecho constitucional. La mayoría de las Constituciones democráticas y cartas de derechos humanos en el mundo establecen a la libertad de información como una libertad interrelacionada con la libertad de expresión. El derecho a la libertad de información es necesario para ejercer ideas y opiniones que contribuyan a la pluralidad democrática.

Para Thomas Emerson, la libertad de expresión está integrada por un conjunto de derechos que van desde el derecho a formarse y poseer las propias creencias y comunicarlas por cualquier medio, pasando por los de audiencia e investigación y de acceso a la información, hasta los derechos de reunión y asociación.

El desarrollo normativo de estas Constituciones en las diversas regiones del mundo ha sido influenciado por el propio desarrollo del derecho a la información en el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. La doctrina tradicional de interpretación del derecho a la información en estos tratados comprende el concepto de información como aquella que proviene de los medios de comunicación, y que tiene el carácter de contribuir al interés general democrático.

El derecho a la información ha sido tradicionalmente entendido como un derecho a la información inherente al ser humano y realizado a través de los medios de comunicación y las tecnologías de la información. Las Constituciones y cartas de derechos anglosajonas fundan la garantía de expresión e información en el deber de la no injerencia, que impone una obligación negativa al Estado de intervenir y obstruir el principio del “libre flujo de información”, incluso a través de las fronteras. Dicho principio proviene de la doctrina norteamericana dentro de los discursos del estadista norteamericano James Madison.

En esta concepción, la información es necesaria para participar en decisiones que le afectan, sobre procesos de gobierno, pero también sobre asuntos de interés público. Esta idea tiene su fundamento en la filosofía de John Milton, quien definió que la búsqueda y el descubrimiento de la verdad en el “mercado de las ideas” es una libertad del hombre, y que con Felix Frankfurter derivó en una idea moderna del “progreso de la civilización”. En opiniones constitucionales de Estados Unidos, el juez Oliver Wendell Holmes en 1919 utilizó la metáfora del libre intercambio de las ideas, tal y como sucede en un mercado comercial, y en 1953 el juez William O. Douglas argumentó que los periódicos, revistas y libros son una oferta fundamental en el mercado de las ideas.

La jurisprudencia constitucional europea vincula estrechamente la libertad de información con la libertad de expresión. Se caracteriza por ser un derecho social fundamentalmente en jurisprudencias de España, Inglaterra, Francia, Italia y los países nórdicos. La interpretación dominante es que se trata de una libertad a estar informados y a recibir información plural proveniente de las diversas fuentes de información, retomando las ideas liberales del mercado de información y el principio del libre flujo.

La doctrina internacional más antigua coincide en que se trata de una libertad no absoluta, y que sus límites deben estar previamente fijados en la ley para asegurar “el respeto a los derechos y a la reputación de los demás”, “el derecho a la vida privada” o la “protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas”.

Las leyes que garantizan el derecho a la información gubernamental han cambiado drásticamente el panorama jurisprudencial desde las últimas décadas del siglo veinte. Más de noventa países en el mundo han adoptado leyes de transparencia y acceso a la información. Estas leyes se conforman desde dos enfoques: uno basado en la libertad de información constitucional (orientado a derechos humanos), y otro procedimental administrativo, fundado en el principio de publicidad de los gobiernos liberales.

La jurisprudencia constitucional interamericana ha reconocido que el derecho a la información incluye un derecho de acceso a la información gubernamental, como es el caso de Argentina, Chile y México. Las cortes constitucionales y tribunales de la región han reconocido el derecho a la información como un derecho humano inalienable y universal. Derecho que está considerado indispensable para garantizar la formación y la existencia de la opinión pública y para la realización de otros derechos humanos que pueden satisfacerse mediante el acceso a la información (Costa Rica). El derecho a la

libertad de información se ha consagrado también para que el público decida por sí mismo si la acción de gobierno es apropiada o no, a través de peticionar directamente información gubernamental (Estados Unidos).

En otra tendencia de la jurisprudencia constitucional comparada ha vinculado el derecho a la información con el “derecho a la verdad”. Se encuentra como un derecho que protege a las víctimas, a sus familiares, y a la sociedad en general, para conocer los hechos de las atrocidades perpetuadas por los gobiernos del pasado. Esta ha sido la interpretación de cortes constitucionales en Hungría, Bulgaria, Moldavia, México, Guatemala, entre otros.

Issa Luna Pla

DERECHO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El derecho a la información se encuentra previsto en gran parte de las Constituciones de los Estados europeos; es reconocido en la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea en el art. 11 y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el art. 10. La larga tradición del derecho a la libertad de información europea se distingue por el inseparable vínculo con la libertad de expresión, en el que comparten su justificación y aplicación. La libertad de información es, por lo tanto, un pilar fundamental en el marco de la idea de democracia liberal europea.

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 10, los Estados parte decidieron establecer una relación filial de las libertades informativas, donde la libertad de expresión “comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informes o ideas”. De manera que la interpretación de la justificación de la libertad de información se hace a través de las razones democráticas que sostienen la defensa de la expresión.

El art. 10, párrafo 2, del Convenio, prevé que los límites conllevan “deberes y responsabilidades” y “ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley”. El Convenio enumera límites a la libertad de información concretos: “la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección a la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de información confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el derecho a la información establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el papel clave que juega la prensa en la sociedad democrática. Ha dicho que en el ejercicio del “derecho del público a obtener información, opiniones e ideas” la prensa no debe rebasar los límites de sus deberes y responsabilidades cuando difunde información e ideas de todos los aspectos del interés público. Esto lo ha dicho en casos como *Zana v. Turquía*, 1997; *Von Hannover v. Alemania*, 2012; *Axel Springer v. Alemania*, 2012; *Handyside v. Reino Unido*, 1976.

El derecho de la prensa incluye la libertad de recibir ideas e información, ya que de otra forma no podría llevar a cabo su papel de contrapeso del poder.

De manera que por el término de “información” en el derecho internacional europeo se ha entendido información noticiosa que transmiten los medios de comunicación, en el estilo de la doctrina del libre flujo de las ideas norteamericana. De ahí que el derecho a la información de las personas que no son medios de comunicación a acceder a información de gobierno ha tenido un reconocimiento reacio en el Tribunal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha vinculado el derecho a la información con el derecho a la vida (art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Ha dicho que la publicidad de los documentos en los casos donde la muerte de una persona se está investigando es relevante involucrar a los familiares de la víctima y proveerlos de información, pues la incapacidad de tener acceso a los testimonios de los testigos antes de que sean llamados a declarar los puede colocar en una posición de desventaja en el procedimiento judicial (*McKerr v. Reino Unido*, 2001; *Oğur v. Turquía*, 1999). Se trata del derecho a los hallazgos del caso y a los documentos del expediente de la investigación en fases preliminares, para participar efectivamente en la defensa.

La publicidad también se ha vinculado con un proceso judicial equitativo (art. 6o. de la Convención), que garantiza el derecho a un juicio público, donde las partes han sido provistas de información pertinente para su defensa efectiva expresada en audiencia pública (*Nideröst-Huber v. Suiza*, 1997; *KP v. Finlandia* 1996).

Asimismo, en la jurisprudencia europea el derecho a la información gubernamental está también vinculado con el derecho a una vida privada y familiar. En el caso *Gaskin v. Reino Unido*, el Tribunal Europeo dijo que toda persona tiene garantía al derecho a recibir información necesaria para conocer y entender su infancia y se propio desarrollo infantil. También reconoció la confidencialidad de la información de la vida privada como un límite al derecho a la información para la protección de terceras personas (*Gaskin v. Reino Unido*, 1989; *Godelli v. Italia*, 2009).

Aunque el Tribunal ha reconocido el valor democrático de la transparencia gubernamental y la utilidad de la información pública, se ha negado a reconocer y garantizar específicamente el derecho de la prensa y de las personas a recibir u obtener información de las autoridades o de documentos en posesión de las autoridades. Ha reconocido que es difícil interpretar el Convenio un derecho general al acceso a los datos y documentos administrativos. Por ello, su tendencia tradicional ha sido la de rechazar la idea de un derecho de acceso a la información pública de documentos administrativos (*Gaskin v. Reino Unido*, 1989; *Leander v. Suecia*, 1987).

En el caso *Guerra y otros v. Italia*, el Tribunal dijo concretamente que la libertad de recibir información “no impone ninguna obligación positiva” a los Estados a entregar dicha información, tal y como lo dijo la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en la Resolución 1087, y la Directiva 90/313/EEC del Consejo de las Comunidades Europeas sobre la libertad de acceso a la información ambiental, donde se reconoce el acceso, y no un derecho de información. Por ello, el derecho del público a recibir información e ideas sobre asuntos de interés público es un “corolario” de las funciones de

los periodistas, y en el Estado recae la obligación de no interferir o restringir que las personas reciban información que otros transmiten.

En el caso *Eccleston v. Reino Unido*, de 2002, el Tribunal reiteró el criterio de *Guerra y otros v. Italia*, resolviendo que el derecho a recibir información que está contenido en el art. 10 del Convenio se refiere a información que otros comunican, y que no impone ninguna obligación en el gobierno de proveer información. Finalmente, en *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungría*, de 2009, el Tribunal puso en claro que cuando los órganos de gobierno detentan información que es necesaria para el debate público y niegan los documentos a solicitantes de esta información, se está frente a la violación del derecho a la libertad de expresión e información garantizada en el art. 10 del Convenio.

Por ello, aunque en el sistema europeo no existe un derecho general de acceso a la información de gobierno, las excepciones versan en la garantía a los derechos consagrados en los arts. 2o., 6o., 8o. y 10 de la Convención. Porque se trata de un derecho que las personas ejercen a través de la prensa y los medios de comunicación, el Tribunal ha dado preferencia en la garantía de este derecho a los medios. En el debate se discute cómo justifica el Tribunal esta desigualdad en la garantía del derecho a la información, y también lo que el Tribunal ha llamado “el derecho a conocer información de interés público”, sin que haya definido este término a detalle.

Issa Luna Pla

DERECHO A LA INFORMACIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La libertad de expresión y de información son libertades hermanadas en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica). La libertad de pensamiento y de expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”, y de ahí que su vínculo interpretativo sea fundamental dentro de la jurisprudencia interamericana.

El derecho a la información en el sistema interamericano recoge la doctrina norteamericana del libre flujo de la información “sin consideración de fronteras”, y retoma su carácter democrático como un derecho individual y social. El ejercicio del derecho a la información no es absoluto, y está sujeto a los límites de “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, de acuerdo con la Convención.

En el sistema interamericano de derechos humanos, a diferencia de otros sistemas, el derecho a la información ha cobrado un carácter de justiciabilidad a través del llamado derecho de acceso a la información. Cada vez que el sistema internacional se ha encargado del derecho a la información hay una inclinación por extender su definición, promover su protección y fortalecer su causa. Esta tendencia ha sido en gran medida impulsada dentro del sistema de derechos humanos por los relatores especiales de la libertad de expresión, organismos de la prensa y de la sociedad civil organizada.

Diversos documentos del derecho interamericano dan cuenta de ello. La Declaración de Chapultepec, adoptada en 1994 por la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), demanda que “las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público”. En esta categoría están los Principios de Lima, adoptados el 16 de noviembre de 2000 a convocatoria de la Sociedad Interamericana de Prensa, donde se reconoce el acceso a la información como un derecho fundamental. Los Principios de Lima y la Declaración de Chapultepec no comprometen ni obligan a los gobiernos de los Estados latinoamericanos, pero contienen una relevancia social y moral para la región. Ambos documentos son un reflejo clave de la demanda social, del lenguaje que reclama la garantía del derecho de acceso a la información, y han sido retomados por los relatores de la OEA y la ONU como pruebas de la fortaleza de la voz que tiene la sociedad en Latinoamérica.

Igualmente importante de referir es el trabajo del Relator para la Libertad de Expresión de la OEA, que en octubre de 2000 elaboró la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Establece que la garantía del acceso a la información en el poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos, contribuye a una mayor transparencia de los actos del gobierno y las instituciones democráticas; afirma que toda persona tiene derecho a acceder a la información sobre sí misma y a actualizar, rectificar y/o enmendar estos datos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es la primera Corte internacional en reconocer el acceso a la información como un derecho humano que supone la obligación del Estado a proporcionar la información a los individuos o grupos de personas. La resolución de la Corte en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 2006, recogió diversas recomendaciones sobre el acceso a la información que desde 1994 venía realizando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En *Claude Reyes vs. Chile*, la Corte enaltece la importancia individual y social del derecho, rompiendo con la tradición europea de que el derecho a la información se centra principalmente en la información noticiosa que producen los medios de comunicación. La Corte sostuvo que el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula expresamente los derechos a “buscar” y “recibir” informaciones que “protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado”, sin necesidad de acreditar un interés jurídico.

Reafirmando este sentido democrático y la reformulación de la interpretación hacia la información gubernamental, ya no solo mediática, la Corte alude a la Carta Democrática Interamericana, que en su art. 4o. reconoce la importancia de “la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad expresión y de prensa”, así como la participación de la ciudadanía en las decisiones del Estado. Se incorpora también el sentido de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, donde el derecho de acceso a la información es la herramienta para que los ciudadanos

ejerzan un control democrático de las gestiones estatales. Finalmente, la Corte señala que el derecho de acceso a la información tiene restricciones; no es un derecho absoluto, mismas que deben aplicarse bajo los principios de proporcionalidad y conducencia, “interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”.

En la jurisprudencia interamericana, los principios rectores del derecho de acceso a la información son la máxima divulgación y el principio de buena fe de los funcionarios de gobierno en la atención a las solicitudes o peticiones de información de las personas. Asimismo, las obligaciones impuestas al Estado por el derecho de acceso a la información interamericano son las de responder de manera oportuna, completa y accesible a las solicitudes que sean formuladas; contar con un recurso que permita la satisfacción del derecho de acceso a la información; contar con un recurso judicial idóneo y efectivo para la revisión de las negativas de entrega de información; la transparencia activa; producir o capturar información; generar una cultura de transparencia; implementación adecuada; adecuar el ordenamiento jurídico a las exigencias del derecho de acceso a la información.

Issa Luna Pla

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

El art. 5o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra el derecho a la integridad personal dando expresamente una protección amplia, incluyendo en su inciso 1 a la integridad física, mental y moral. Permite que se declare responsabilidad internacional de los Estados por una violación a ese derecho, sin que necesariamente se lleguen a acreditar específicamente actos de tortura o trato cruel, inhumano y degradante. Otros tratados solo enumeran estos últimos en sus textos (ej. art. 3, Convenio Europeo y art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (véase Thomas Antkowiak y Alejandra Gonza, *The American Convention on Human Rights: Essential Articles*, 2014).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana —coincidente con la europea y universal— destaca como características principales de este derecho: a) su inderogabilidad, aun en situaciones de emergencia (art. 27 de CADH); b) el principio de prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, aun en casos de amenazas a la seguridad nacional o uso para combatir el terrorismo; c) las obligaciones tanto negativas (abstención) como positivas que genera al Estado (medidas de prevención razonable contra ataques de particulares, deber de investigación y sanción a responsables, reparación y adopción de leyes y prácticas). Se destacan violaciones “procesales” al art. 5o. por incumplimiento del deber de investigar denuncias serias de tratos crueles o tortura (caso *Bayarri*), y d) en casos de privación de libertad se admite como legítimo únicamente el inevitable sufrimiento inherente a la detención, enfatizando la obligación de los Estados de garantizar la salud y la “vida digna” de las personas privadas de libertad (art. 5.3 CADH y caso *Vera*).

La jurisprudencia interamericana en torno al art. 5.2 es cuantiosa, y se apoya en tratados universales y regionales específicos contra la tortura, así

como en las interpretaciones de sus respectivos órganos de implementación (ONU y Corte Europea). Si bien en ocasiones resulta ambigua o antojadiza, se han desarrollado elementos para distinguir: a) casos de tortura, y b) casos de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

a. Actos de tortura: la CADH no define “tortura”, pero la interpretación de los órganos del sistema interamericano, en concordancia con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, requieren los siguientes elementos para que se configure: 1) intencionalidad (no resultado de negligencia, accidente o fuerza mayor); 2) sufrimiento físico o psicológico severo; 3) cometida con un propósito u objetivo determinado (caso Buenos-Alves, párr. 79-81). Algún caso aislado que trataba sobre los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez sugirió un criticado 4 elemento: participación de agentes del Estado o de particular actuando con su apoyo, aquiescencia o tolerancia, en cuya ausencia no se puede comprometer al Estado (véase caso González y voto “concurrente” jueza Medina Quiroga, en realidad disiente con este elemento).

A diferencia de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos y Degradantes, de Naciones Unidas, la Corte Interamericana exige la severidad del sufrimiento, y no requiere necesariamente el propósito de extraer una confesión inculpativa o una declaración en contra de otra persona como propósito, aceptando también, por ejemplo, el objetivo de intimidación y castigo como fines de la tortura (Gómez Paquiyauri, párr. 116). Para determinar la severidad se usan tanto factores exógenos: característica del trato, duración, métodos usados y los efectos físicos y psicológicos (caso Buenos-Alves, párr. 83 y Loayza Tamayo, párr. 57), como factores endógenos: características de la víctima, edad, género, condición de salud o cualquier otra circunstancia personal.

Al categorizar casos como severos, declaró que constituyeron tortura, por ejemplo, golpes infligidos por policías durante tres días, uso de bolsas en la cabeza de la víctima y amenazas de dañar a un familiar (caso Bayarri), golpes en las orejas y estómago, insultos y privación de medicamentos (caso Buenos-Alves), puñetazos en el cuerpo y la cara, quemaduras de cigarro, descargas eléctricas en los testículos y práctica del submarino (caso Tibi); confinamiento solitario (De la Cruz Flores); violencia y violación sexual, privación de asistencia de salud pre y postnatal y de productos para la higiene personal (caso del Penal Miguel Castro Castro); castigo corporal, como el uso de látigo de nueve colas, junto a otras circunstancias de detención (caso Ceasar). En muchos de estos casos se combina tortura psicológica y física y condiciones de detención.

Asimismo la jurisprudencia desarrolló el concepto de tortura psicológica como aquella que a pesar de no contar con una consecuencia física visible en la víctima implica su sometimiento a un contexto de angustia y sufrimiento intenso, de modo intencional, para suprimir su resistencia psíquica y forzar a autoinculparse, o a confesar determinadas conductas delictivas; o para someterla a modalidades de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma (ej. propósito de anular la personalidad y desmoralizar a la víctima, caso Maritza Urrutia).

b. Pena o trato cruel, inhumano y degradante: la CADH no contiene definición expresa, y la interpretación conceptual de los órganos es ambigua. Se presentan dificultades de diferenciar los actos de tortura en algunos casos con los que son categorizados solo como tratos crueles, inhumanos y degradantes, y de lograr la evidencia en el litigio internacional. El elemento de severidad juega un rol fundamental para la distinción, ya que los elementos de intencionalidad y propósito determinado también son exigidos para esta calificación (ver voto concurrente Cecilia Medina, caso González). Con base en la jurisprudencia de la Corte Europea surgieron algunos elementos que pueden ayudar a la categorización de los actos estudiados.

Trato degradante puede caracterizarse por énfasis en la inducción de sentimiento de miedo, ansiedad e inferioridad a la víctima, con el propósito de humillarla y quebrar su resistencia moral y física. Aun en la ausencia de lesiones físicas, puede existir sufrimiento moral y psicológico, que alcanza a trato inhumano (caso Loayza Tamayo, p. 57).

Trato inhumano enfatiza el sufrimiento mental y físico, considerando como tal a las amenazas de tortura inminente o de muerte tanto a la víctima como a un familiar, pudiendo incluso en algunos casos escalar hasta tortura psicológica (ej. testigos de brutal masacre Masacre Ituango).

Se ha calificado como trato cruel el fenómeno del corredor de la muerte o la espera en detención hasta que se haga efectiva la pena de muerte. Si bien no se afirma claramente que dicho fenómeno sea *per se* trato cruel, fue declarado como tal sumado a las circunstancias de detención de los casos particulares atendidos (casos *Raxcacó-Reyes*, *Hilaire y Boyce et al.*). También se consideró trato cruel actos de violencia sexual (adoptando concepto amplio que no solo se refiere a violación y no requiere necesariamente contacto físico) contra mujeres por ser obligadas a permanecer desnudas y negarles la posibilidad de higiene personal. De esta manera, también se consideró como violación del art. 5.2 el deterioro físico y psicológico debido a las condiciones de detención (caso del Penal Miguel Castro Castro).

Pero la categorización como conducta atentatoria del art. 5.2 de la CADH o una simple declaración de violación del art. 5.1 es muchas veces ambigua. En ocasiones no se encontró como trato cruel, inhumano y degradante, sin mayor explicación, conductas similares a las acaecidas en otros casos que lograron tal categorización (ej. caso Valle Jaramillo, la situación de sobrevivientes fue agonizante y amenazante, pero no clasifican como violación al art. 5.2). En el caso de que las víctimas involucradas sean niños o niñas, la Corte se inclina a encontrar más fácilmente una violación del art. 5.2, a diferencia de casos en que con hechos similares las víctimas son adultos (caso Instituto de Reeduación del Menor).

En cuanto a las violaciones al art. 5.1 de la CADH, se debe destacar la presunción *uris tantum* de sufrimiento mental y moral de familiares cercanos (padres, hermanos, cónyuges y compañeros permanentes) de personas desaparecidas, torturadas o víctimas de ejecuciones extrajudiciales. Para seres queridos con otros vínculos, se debe remitir evidencia que demuestren su cercanía (ej. búsqueda de justicia). En casos aislados la Corte ha dejado fuera de esta categoría a hijos de desaparecidos (caso Radilla Pacheco) y ha decretado

una violación del art. 5.2 respecto de familiares de víctimas (caso Bámaca Velásquez). Por otra parte, se declaró la violación a la integridad personal de periodistas por las afectaciones en su profesión sufridas como consecuencia de actos de hostigamiento de particulares mientras trataban de ejercer su labor (caso Luisiana Ríos y otros y Perozo y otros), así como respecto de personas que no pudieron acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva (caso Atravía Murillo).

En cuanto a la separación física de condenados y procesados garantizada por el art. 5.4 de la CADH, la Corte solamente encontró violación en pocos casos, afirmando que atenta con el derecho a la presunción de inocencia. Sostiene que se requieren medidas más adecuadas que la sola separación de celdas, colocando a los detenidos en diferentes secciones de un centro de detención o, incluso, de ser posible en distinto centro (caso Yvone Neptune). También la Corte, aunque no declara violación del art. 5.4, se pronunció en casos de necesidad de separar personas que se encuentran detenidas por incumplimiento de ley migratoria de carácter civil de aquellas alcanzadas por el sistema penal (caso Vélez-Loor).

En cuanto a la separación de niños, niñas y adolescentes de adultos exigida por el art. 5.5 en casos en los que pueden ser procesados, la Corte determinó que esto requiere medidas especiales de protección (art. 19, CADH), entre ellas: instituciones, jueces y procedimientos diferentes, así como tener como objetivo la búsqueda de rehabilitación (OC-17 caso Instituto de Reeducción del Menor).

En cuanto al concepto de reforma y readaptación social de los condenados como finalidad esencial de la pena privativa de libertad descrita en el art. 5.6, la jurisprudencia de la Corte es escasa. En algún caso la Corte afirmó que las graves condiciones de detención de niños (violencia, abuso, corrupción, promiscuidad, etc.) no logran cumplir el objetivo de rehabilitación para regresar a la vida social. Como medida de reparación se ordenó asistencia vocacional y programas especiales de educación para las víctimas (caso Instituto de Reeducción del Menor).

Finalmente, cabe solo mencionar que en el marco de su función cautelar, ambos órganos del sistema cuentan con numerosas decisiones de protección de beneficiarios con riesgo inminente de sufrir daño irreparable a la integridad personal, y ha sido un mecanismo que ha salvado numerosas vidas (ejemplo, CIDH Medidas Cautelares. Ananías Laparra Martínez, preso que luchando por su inocencia obtuvo su libertad por condiciones de salud a través de medidas cautelares. Caso de fondo pendiente de decisión).

Alejandra Gonza

DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la protección de datos personales tiene un origen marcadamente europeo, surge en la década de 1970 en Alemania como autodeterminación informativa. Se define como el control sobre los propios datos, traducido en el haz de facultades (acceso, rectificación, cancelación y oposición, conocidos como derechos ARCO) necesario para que resulte verdaderamente efectivo,

y que deviene como un derecho imprescindible para garantizar la protección a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, en un mundo dominado por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Este derecho contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad, al honor y al pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos. Por ello se dice que es en sí mismo un derecho fundamental.

El objeto de protección de este derecho no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, sino los datos de carácter personal. Cabe enfatizar que el derecho a la protección de datos personales no protege a los datos *per se*, sino a su titular.

La sentencia del Tribunal Constitucional español 292/2000 es reveladora al especificar los motivos por los que el derecho a la protección de datos es un derecho autónomo y diferenciado del derecho a la intimidad, precisando que poseen diferencias que atienden a su función, objeto y contenido. No obstante, ambos comparten el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida personal y familiar, ya que atribuyen a su titular un haz de facultades consistentes, predominantemente, en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinada conducta.

Así, el derecho a la intimidad tiene la función de proteger, frente a cualquier invasión que pueda realizarse en el ámbito de la vida personal y familiar, aquella información que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. Por su parte, el derecho de protección de datos le garantiza al individuo un poder de control sobre sus propios datos, su uso y destino, impidiendo su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado. Esta garantía impone al sector público y privado la prohibición de convertirse en fuentes de esa información sin las debidas garantías, y el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebida de dicha información.

Por otro lado, el objeto del derecho a la protección de datos personales, respecto de la intimidad, es más amplio. Es decir, extiende la garantía los datos que sean relevantes para el ejercicio de cualquier derecho de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar. En otras palabras, el objeto de protección no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar sus derechos o esfera personal; por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos. Cabe destacar el hecho de que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los concernientes a la vida privada o íntima de la persona, sino todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, y servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, que eventualmente pudiera constituir una amenaza para el individuo.

Finalmente, en cuanto a su contenido, el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de

toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido; en otras palabras, deberes de no hacer. Mientras que el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades, consistente en imponer a terceros deberes jurídicos para garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales; es decir, deberes de hacer, como el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el uso y destino de esos datos, así como el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos.

Ángeles Guzmán

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

El derecho a la libertad de conciencia y de religión ha sido considerado por los países democráticos como un principio fundamental de una sociedad pluralista (Alemania, España, Costa Rica, Colombia, México, Estados Unidos, Francia, Turquía, Italia, Canadá, entre muchos otros). Su propósito fundamental es respetar las creencias personales sin distinguir por sus contenidos y protegerlas de los valores mayoritarios que pueden ser opresivos. Sin embargo, la comprensión de este derecho y la valoración de sus eventuales restricciones han presentado múltiples dificultades interpretativas.

La dogmática del derecho no es unánime, de tal suerte que los conceptos de religión y conciencia aparecen usados indistintamente en la jurisprudencia. Al parecer, la libertad de pensamiento y de religión da origen a la libertad de conciencia y a la libertad de culto. Las primeras permiten a los sujetos creer o no, y la última, a manifestar, comportarse, dar a conocer o expandir esos pensamientos y creencias según sus convicciones no religiosas o religiosas. La libertad de culto incluye la libertad de propaganda, de congregación o fundación, de enseñanza, de reunión y asociación de las comunidades religiosas. Estas dos facetas podrían coincidir con la dimensión interna y externa del derecho. En general, al menos en Occidente y en países democráticos, solo la segunda faceta podría ser objeto de limitación estatal con base en el orden público, entendido como una situación que trasciende lo policivo, y que se refiere al mantenimiento de las condiciones que permiten el goce de los derechos y libertades de todos los individuos. No obstante, los Estados que proclaman una religión oficial, ya sean democráticos o no —como Costa Rica o los regímenes religiosos islámicos— o como parte de ciertos ordenamientos políticos —como Cuba o China— han llegado prácticamente a prohibir algunas o todas las religiones y han querido invadir todas las esferas de este derecho.

Los contextos políticos y culturales también marcan diferencias en cuanto a la jurisprudencia en la materia. En América del Norte y en ciertos Estados latinoamericanos (Colombia) se han hecho interpretaciones más inclinadas a la pluralidad; a diferencia de algunos países Europeos, esta distinción indica las dificultades que debe abordar la jurisprudencia en diferentes regiones, y llama la atención sobre el eventual avance de la tolerancia religiosa —enten-

dida como simple consentimiento de las creencias religiosas o las convicciones no religiosas — hacia el pluralismo.

Las herramientas metodológicas para juzgar las restricciones a este derecho también varían: en Europa se aplica el juicio de proporcionalidad (legitimidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto), mientras que en Estados Unidos y en Canadá se aplica el juicio de razonabilidad, que analiza la proporcionalidad de manera graduada (juicio intermedio), y en algunos países de América Latina se ha intentado fusionar el procedimiento europeo y el estadounidense (Colombia), aunque esta última región no ha proferido abundante jurisprudencia sobre este derecho.

Los aspectos más problemáticos que se han planteado ante los jueces son, entre otros, la objeción de conciencia —médica o militar—, el reconocimiento de personería a los grupos religiosos, la discriminación, el derecho de los padres a escoger la educación religiosa para sus hijos, la tensión entre el derecho a la vida y las creencias religiosas, el uso de vestimenta o símbolos religiosos, la instalación de símbolos religiosos en establecimientos públicos, tensiones que se presentan en el ámbito laboral por los tiempos y espacios de culto, e incluso el no pago de impuestos y la desobediencia civil.

Algunos países europeos (España y Alemania) han considerado que existe un deber de neutralidad de las autoridades estatales respecto de convicciones religiosas, que implica la igualdad de trato de todas las agrupaciones. En países en los que no hay religión de Estado, la jurisprudencia ha considerado violatorio de la libertad de conciencia, de creencia y de culto colocar un crucifijo en aulas de escuelas estatales no confesionales, porque prima la neutralidad estatal (Alemania). Estos Estados también reconocen excepciones a la ley para asuntos que tocan de manera directa con la religión; por ejemplo, las dispensas por razones religiosas para sacrificar de cierta forma los animales que habrán de ser consumidos por los creyentes de un culto específico (Inglaterra). Tanto en Europa como en América Latina se ha afirmado que cuando las creencias religiosas o ideológicas se contraponen al derecho a la vida existe un deber de protección a la vida en el caso de personas sometidas a una especial tutela del Estado, a la edad o madurez de la persona sin que se puedan imponer tratamientos (España y Colombia). Además, en varios Estados la jurisprudencia ha considerado inconstitucional la obligación de asistir a actos de culto por violación de los derechos de los no creyentes o de adeptos a otra fe (España, Estados Unidos).

En Estados más severos con las restricciones, generalmente europeos, se ha admitido la prohibición de vestimenta religiosa en instituciones educativas (Francia y Turquía), a diferencia de lo que ocurre en países (Estados Unidos y Canadá).

Estos dos Estados cuentan con la jurisprudencia más profusa y elaborada en América. La jurisprudencia estadounidense ha evolucionado activamente en los últimos cincuenta años, y ha determinado que el libre ejercicio de la religión incluye que los adeptos puedan desobedecer una ley generalmente aplicable, a menos que el gobierno pueda demostrar: i) la existencia de un interés de Estado importante —es decir, mayor que simplemente razona-

ble—, y ii) que no haya alternativa o medios legislativos menos lesivos para lograr ese interés.

Esta protección también ha amparado a sujetos no religiosos para efectos de manifestaciones pacifistas; por ejemplo, en contra de la guerra de Vietnam. El trato indistinto entre creencias religiosas y no religiosas parece confuso dogmáticamente, y podría llevar a pensar en la necesidad de definir lo que es una religión. Pero la indefinición del concepto no afecta la protección de los derechos. De hecho, un enfoque similar es asumido por la jurisprudencia europea y canadiense, siendo esta última más detallada, al optar por evaluar la sinceridad de la creencia junto con el nexo entre la religión y ciertas prácticas. Por eso los demandantes no tienen la carga de mostrar la importancia teológica de su creencia, y solo deben demostrar que su creencia personal y subjetiva (religiosa o no) es sincera.

En Estados Unidos el uso de símbolos religiosos por parte de los empleados públicos está protegido. La jurisprudencia estadounidense ha determinado que los empleadores estatales deben ofrecer un “lugar razonable” para la práctica religiosa o probar que esas prácticas han impuesto un *undue hardship* al empleador. De manera similar ocurre en Canadá, donde los empleadores deben ajustar el lugar de trabajo y las regulaciones que tengan un impacto desproporcionado en ciertas minorías religiosas; es decir, dotar de unas condiciones razonables a estos grupos. Sin embargo, son admisibles las restricciones de buena fe resultantes de una necesidad ocupacional; por ejemplo, la prohibición de usar turbante porque el trabajo requiere el uso del casco. En el caso de empleadores privados, en los Estados Unidos se ha considerado que no hay límites constitucionales a la posibilidad de los empleadores de restringir el uso de ropa o símbolos religiosos. No obstante, las restricciones previstas para empleadores públicos son aplicables si el empleador tiene más de 15 empleados. Adicionalmente, la jurisprudencia ha considerado que los empleadores deben garantizar el derecho al día de guardar por razones religiosas.

En cuanto a la protección a los derechos de los estudiantes, desde hace más de treinta años las cortes federales estadounidenses concluyeron que la neutralidad de las escuelas en temas religiosos no riñe con la potestad de exponer a los estudiantes a diferentes perspectivas en el currículo, incluso si ellas van en contra de las inclinaciones religiosas de las familias de los niños. Lo más importante es no obligar a los estudiantes a afirmar o negar una creencia religiosa determinada. Algunos eventos que sí podrían afectar los derechos de los estudiantes serían la instalación de símbolos religiosos aunque fueran financiados por privados (por ejemplo, los 10 mandamientos) o la participación de un ministro de una religión específica en un evento escolar (como la graduación), porque en ambos casos se ejerce sobre los estudiantes una presión indirecta y velada que puede ser tan poderosa como una obligación.

En América Latina los conflictos han sido mucho menores dado el contexto sociocultural, y, en general, reproducen problemas similares a los ya enunciados. Sin embargo, la región cuenta con países que tienen religión oficial (Costa Rica), y con uno que prohibió hasta hace muy poco la religión (Cuba). Además, uno de los aspectos más interesantes de sus debates tiene que ver con la confusión entre libertad religiosa y proselitismo político —que

eventualmente ha llevado a cancelar la autorización a muchas congregaciones en épocas de agitación política— y con la protección de las comunidades indígenas tanto en sus usos y costumbres como frente a religiones que adelantan procesos de evangelización que amenazan a las culturas originarias. Sin embargo, la tendencia normativa hacia la adopción del principio de pluralismo está presente, con lo cual la jurisprudencia parece inclinarse a dar una protección a todos los grupos que puedan coexistir en democracia y a brindar atención especial a los pueblos indígenas.

Ethel Nataly Castellanos Morales

DERECHO A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El continente americano no ha afrontado los acalorados debates derivados del derecho a la libertad de conciencia y de religión que ha afrontado Europa, debido, entre otras causas, a su composición sociocultural y a diversos fenómenos demográficos. Sin embargo, el art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) ha reconocido este derecho como elemento fundamental de la democracia en medio de sociedades diversas. Las tensiones derivadas de esta norma han propiciado varias discusiones, que en general han sido abordadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sus informes y recomendaciones—especialmente por restricciones impuestas por dictaduras, durante guerras civiles o a causa de los principios de ciertos modelos de estado—y no por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). No obstante, esta última ha aportado elementos valiosos sobre este derecho en sus opiniones consultivas.

El manejo de la dogmática del derecho a la libertad de conciencia y de religión ha sido similar a los desarrollos de Europa: el derecho contempla un aspecto externo y uno interno. El externo consiste en la libertad de profesar y divulgar sus creencias de manera individual o colectiva en la esfera pública o privada. El aspecto interno implica la libertad de conservar o de cambiar de religión o de creencias. Solamente el aspecto externo podría ser objeto de las restricciones que sean establecidas legalmente y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás. Adicionalmente, los Estados están obligados, a través de la ley, a prohibir la apología del odio religioso como incitación a la violencia y otras acciones ilegales similares contra una persona o grupo por motivos religiosos. Sin embargo, la norma no contempla la obligación de los Estados de reconocer la objeción de conciencia.

Los principales problemas que ha afrontado la región tienen que ver con las tensiones básicas que genera este derecho: discriminación, objeción de conciencia, reconocimiento de organizaciones religiosas, protección de minorías religiosas, entre otras. Con todo, existen particularidades propias del contexto político y de la historia de la región: por ejemplo, la promoción de doctrinas sociales y políticas vinculadas a una visión teológica que ciertos regímenes políticos han perseguido ilegítimamente y el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas.

La CIDH ha reconocido que los Estados tienen la obligación de controlar a los grupos que discriminan, promueven el odio religioso, persiguen u obstaculizan el ejercicio de derechos religiosos. Pero en ocasiones han sido los mismos Estados quienes directamente han afectado ese derecho. Por ejemplo, la CIDH constató obstáculos para ciertas religiones (Testigos de Jehová en Argentina y Paraguay, comunidad judía en Venezuela). Uno de los casos más alarmantes fue la persecución a la Iglesia católica durante la dictadura en Guatemala y durante la guerra civil en El Salvador debido a las actividades de asistencia religiosa y social, así como a los llamados a la no violencia. En todos los casos la CIDH ha llamado la atención de los Estados para eliminar las restricciones indebidas, sancionar las conductas que restrinjan el libre ejercicio del derecho, y adoptar medidas que garanticen la no repetición de estos hechos.

El trabajo de la CIDH también ha sido notable en el caso cubano, donde existían severas restricciones a la libertad religiosa debido al régimen político establecido. No obstante, la posición de la Comisión fue constante, y hace poco se logró una reforma constitucional a favor del derecho a la libertad de pensamiento y de religión.

En cuanto a la relación entre la cultura, la espiritualidad y la posesión de tierras tradicionales de comunidades indígenas, no existe claridad ni uniformidad en los pronunciamientos de la CIDH y, por el contrario, aparece un elemento crítico, que eventualmente ocupará la atención tanto de la Comisión como de la Corte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido muy poco al derecho a la libertad de conciencia y de religión; en general lo ha hecho en ejercicio de su función consultiva con respecto a la intangibilidad de derechos y garantías y a la obligatoriedad de un recurso efectivo para su protección. En ese sentido, el derecho a la libertad de conciencia y de religión es intangible en su dimensión interna, y en su dimensión externa solo puede ser restringido bajo ciertas circunstancias determinadas por la CADH y, en todo caso, dada la intangibilidad del derecho, el recurso efectivo a través del cual se protege también es intangible.

En sede contenciosa, la Corte solo ha proferido una sentencia que trata directamente el tema con respecto a la censura de una película sobre la vida de Jesús. La Corte IDH no encontró que se hubiera producido una interferencia con art. 12 de la CADH por censurar un filme que, según los peticionarios, daba información sobre la religión y podría incidir en la decisión de la comunidad. Aunque sí descalificó la censura, la Corte consideró que ésta no lesionaba el derecho a la libertad de conciencia o de religión, pues no privó a ninguna persona de su derecho a conservar, cambiar, profesar o divulgar con libertad su religión o creencias.

A pesar de la inexistencia de otras decisiones al respecto —en términos de *rationes decidendum*— también se han presentado intentos por construir una dogmática que relacione la libertad de conciencia y de religión con el territorio ancestral en el caso de comunidades indígenas; sin embargo, aún no es clara la conceptualización.

En cuanto a la metodología de análisis de las restricciones a este derecho, llama la atención que la Corte IDH haya destacado que el art. 12 de la CAHD se refiere a la necesidad de aplicar un juicio de proporcionalidad en los casos en los que haya restricciones a la esfera externa del derecho, con lo cual parece asumirse la tendencia del modelo europeo.

Ethel Nataly Castellanos Morales

DERECHO A LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión ha enfrentado algunos de los grandes desafíos de la integración: respetar diferentes tradiciones constitucionales y proteger los derechos individuales en medio de herencias religiosas y culturales diversas. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) contempla este derecho en su art. 9, sin definir lo que es una religión; sin embargo, se ha enfatizado en la seriedad e importancia de la creencia, la cohesión de grupo y su compatibilidad con la dignidad humana.

El CEDH distingue un ámbito interno y uno externo de este derecho: las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión —dimensión interna— son intangibles; las libertades de manifestación de pensamiento, de conciencia y de religión —dimensión externa— sí se pueden restringir para proteger el orden público y los derechos y libertades de los demás. Ejemplos de la dimensión interna son la no obligatoriedad de jurar como requisito para posesionarse en un cargo público, por cuanto obliga a manifestar una creencia específica; y la prohibición de utilizar categorías religiosas como datos relevantes en los documentos de identidad, por exhibir y clasificar al sujeto como creyente. La dimensión externa se ejemplifica con la vestimenta religiosa o con las manifestaciones de pacifistas que se oponen al servicio militar obligatorio. Este último ejemplo recuerda que el ámbito de protección del art. 9 abarca a sujetos religiosos y no religiosos.

Además de estas distinciones, la jurisprudencia del TEDH ha acudido a los principios de neutralidad y de amplitud del margen de apreciación de los Estados para resolver los casos que involucran estos derechos. El primero de estos principios se ha aplicado, entre otras, a través de las siguientes formulaciones: i) el Estado debe ser neutral con respecto a la organización interna de grupos religiosos y a la selección de sus líderes; ii) si los Estados lo deciden, pueden establecer procedimientos para el reconocimiento oficial de los grupos religiosos, pero no pueden usarlos para favorecer o perjudicar a alguno de ellos, y iii) los Estados pueden regular los lugares de culto bajo las mismas condiciones mencionadas en ii).

El principio de neutralidad, sumado a las obligaciones de un Estado democrático, llevan al deber de garantizar tolerancia en caso de choques entre grupos religiosos. Para el cumplimiento de estas obligaciones, cuya complejidad no es de poca monta en el contexto europeo, la jurisprudencia del TEDH

ha reconocido que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación que permite considerar el contexto específico.

Los casos que ha estudiado el TEDH implican restricciones al art. 9 del CEDH, y los peticionarios cuestionan el sustento de las mismas. Por eso la herramienta metodológica que ha usado el TEDH corresponde a un juicio de proporcionalidad, en el que analiza la legitimidad de las medidas, que puede corresponder a su legalidad o a la persecución de un fin legítimo, según el CEDH; la necesidad de las mismas, consistente en la inexistencia de otras medidas menos restrictivas del derecho, y su proporcionalidad en sentido estricto, que implica que el beneficio de la medida en términos de derechos es mayor que la restricción de los mismos.

Algunas de las reglas jurisprudenciales del TEDH en la materia son las siguientes. El TEDH ha reconocido la autonomía de cada Estado para reconocer o no la objeción de conciencia. Sin embargo, en casos extremos y en países que no protegen a los objetores, el TEDH les ha dado protección con base en otros derechos distintos al art. 9 del CEDH; por ejemplo, la prohibición de tratamiento degradante y el principio de no discriminación.

La jurisprudencia del TEDH considera violatorias del CEDH las prohibiciones genéricas y poco precisas de proselitismo, porque aunque ese tipo de prohibiciones puede ser legítimo para mantener la paz y la democracia, la extrema amplitud normativa no es necesaria, ya que pueden existir otras medidas menos restrictivas del derecho.

El TEDH considera que el deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con la aplicación del margen de apreciación sobre la legitimidad de las creencias religiosas para efectos, entre otros, del reconocimiento legal de las Iglesias. Por otro lado, la jurisprudencia entiende que los derechos contenidos en el art. 9 del CEDH exigen al Estado asegurar que los grupos religiosos enfrentados entre sí por razones religiosas se toleren y puedan profesar sus creencias libremente. Aunque es legítimo adoptar medidas para el mantenimiento del orden público y los principios democráticos, la denegación de reconocimiento no es una medida necesaria, y resulta desproporcionada.

Sobre los lugares de culto, el TEDH ha considerado que es violatoria de la obligación de neutralidad e imparcialidad la irrupción injustificada de autoridades estatales en una reunión de culto que se realice en un lugar alquilado para ese efecto si no se hace de acuerdo con la ley.

Por otra parte, el TEDH ha establecido que el solo hecho de utilizar vestimenta con connotaciones religiosas en un lugar público no influencia a otros ni viola la neutralidad estatal; por lo tanto, no puede prohibirse. Sin embargo, en otros casos la posición del sujeto y la de su eventual audiencia son relevantes, y hacen necesaria la restricción del uso de prendas con connotaciones religiosas. Fue el caso de una profesora de primaria que usaba prendas islámicas en sus clases, y la escuela se lo prohibió. El TEDH consideró que la restricción era necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin legítimo de proteger los derechos y libertades de otros, el orden y la seguridad públicos, ya que era muy difícil conciliar el principio democrático de la igualdad de género con el precepto religioso; además, enfatizó en la eventual posición de influen-

cia de la maestra sobre los niños. En otros casos el TEDH ha considerado admisible la prohibición de usar burka o pañuelos islámicos en universidades públicas. La jurisprudencia entiende que la interferencia al derecho está justificada porque su objetivo es proteger las libertades y derechos de otros, así como el orden público. El derecho a la libertad religiosa no es absoluto, y toma en consideración elementos de demografía política, porque bajo ciertos contextos tales restricciones ayudan a considerar y respetar todos los intereses religiosos. En este tipo de casos, la manifestación de símbolos religiosos en países con mayorías religiosas puede constituir presión a los estudiantes que no practican esa religión, y las restricciones se consideran legítimas y necesarias para proteger a la ciudadanía frente al extremismo religioso. De acuerdo con ello, el TEDH favorece el margen de apreciación, ya que las normas estatales deben proteger los derechos y libertades de los ciudadanos y mantener el orden público.

Sin embargo, la jurisprudencia no es tan clara en el caso del uso de símbolos religiosos en lugares públicos. El TEDH ha aceptado que la instalación de crucifijos en escuelas públicas es admisible, porque se trata de un símbolo pasivo que no ejerce influencia o adoctrinamiento en los demás ni los hace partícipes en actividades religiosas de manera obligada. En ese sentido, no es proselitismo religioso, y no viola el art. 9 del CEDH.

Adicionalmente, cabe anotar que la jurisprudencia europea ha considerado que si los sujetos conocen las condiciones de ciertos establecimientos —como empleos y universidades— que implican restricciones al art. 9, y aún así se hacen parte de sus actividades, no podrían luego alegar violación de su derecho. Por eso los empleadores no están obligados a facilitar espacios o tiempos de culto.

Sin embargo, el art. 9 tiene varias facetas en el ámbito laboral, como lo muestra un caso reciente del TEDH, que estableció que una empleada cristiana podía usar un crucifijo de manera visible mientras atendía a los clientes de la empresa. Para el TEDH, la restricción a ese derecho que ejerció el empleador no superaba el juicio de necesidad. Sin embargo, como es propio del derecho jurisprudencial, los fundamentos fácticos de cada caso son relevantes para las decisiones. En un caso similar que trascurrió en un hospital, la restricción fue hallada legítima y necesaria por razones de seguridad laboral, seguridad de los pacientes y de salubridad.

En el mismo escenario laboral se han presentado conflictos de empleados religiosos que se niegan a adelantar ciertas funciones por considerarlas contrarias a su fe. Esos fueron los casos de un empleado que se negaba a adelantar funciones propias del registro civil en el caso de uniones de parejas del mismo sexo y de un terapeuta que se negaba a atender a estas parejas. En los dos casos el TEDH consideró que los despidos de los dos funcionarios fueron legítimos y necesarios porque buscaban la protección de los derechos de otros, que además eran personas históricamente discriminadas, por lo que es del interés de la democracia eliminar esa discriminación. La necesidad de la medida fue constatada por el TEDH, ya que no existía otra forma de lograr el objetivo propuesto de tratar en igualdad de condiciones a las parejas del mismo sexo.

La complejidad de la jurisprudencia es notable, y los desafíos que aún debe enfrentar el TEDH son inmensos. Sin embargo, las *rationes decidendum* establecidas, aunque muchas de ellas sean altamente cuestionables, operan como fuente fundamental para la resolución de casos futuros.

Ethel Nataly Castellanos Morales

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

El derecho a la libertad personal es el derecho humano relativo a la protección física de las personas en contra de arrestos, detenciones u otras formas de privación ilegal o arbitraria por parte de los poderes públicos.

La anterior definición se ha manejado con frecuencia, como puede identificarse en diversas Constituciones latinoamericanas, en tratados internacionales de derechos humanos, y en su interpretación, corresponde a un sentido estricto y de forma negativa; es decir, que se protege en contra de su limitación; no obstante, como da muestra la reciente jurisprudencia interamericana, el derecho a la libertad personal, en un sentido amplio, se ha entendido como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que la libertad personal es una condición que toda persona en lo general debe disfrutar.

Etimológicamente, la palabra “libertad” proviene del latín *libertas* o *libertatis*, que se identificaba con el estatus de ser libre, en oposición a la de ser esclavo. En la actualidad, la prohibición de la esclavitud también se reconoce como un derecho humano. Aunque por lo regular esta prohibición y el derecho a la libertad personal son abordados de forma independiente en los distintos instrumentos nacionales e internacionales, países como Ecuador (a. 66.29 b y c) y Perú (a. 2.24) los protegen en mismo art. constitucional.

Entre las diversas construcciones conceptuales de “libertad” puede destacarse la de Isaiah Berlín, en el siglo XX, quien dividió la libertad en: 1) libertad negativa o “libertad de”, relacionada con la ausencia de obstáculos para su ejercicio, y 2) libertad positiva o “libertad para”, en donde la voluntad es un elemento crucial. Esta clasificación ha sido seguida por diversos autores, entre ellos Norberto Bobbio, quien definió a la libertad negativa como la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos; asimismo, sobre la libertad positiva señaló que se identifica con una cualificación de la voluntad.

Francisco Laporta, desde un punto de vista jurídico-político, señaló que hay libertad para actuar cuando: 1) no existe una norma jurídica que prohíba hacerlo, entonces se puede actuar libremente; 2) no existe una norma que obligue a actuar de determinada manera, la ausencia de obligación permite igualmente actuar libremente, y 3) existe una norma que permite actuar de determinada forma. Con relación a lo anterior, la Constitución de Perú precisa en su art. 2.23, que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; en consecuencia, “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Disposiciones similares contemplan los ordenamientos constitucionales de Ecuador (a. 66.29 d) y

Guatemala (a. 5). Por su parte, Miguel Carbonell relaciona el tercer supuesto de la clasificación señalada, con los *derechos fundamentales de libertad* que se encuentran reconocidos en las Constituciones modernas y en los tratados internacionales en la materia; entre ellos se encuentran la libertad de tránsito, de religión, de expresión, de asociación, entre otras. Sin detenernos en ellas, por no ser objeto de la presente voz, un elemento que se puede destacar es que los poderes públicos están obligados a no interferir en las conductas amparadas en estos derechos y también a resguardar su cumplimiento.

El derecho a la libertad personal se encuentra reconocido en diversas Constituciones de los países latinoamericanos, entre las que se encuentran Argentina (43), Bolivia (23); Brasil (5.LIV), Colombia (28), Costa Rica (20 y 37), Chile (19.7), Ecuador (66.29), el Salvador (11), Guatemala (5 y 6), Honduras (69 y 71), México (14), Nicaragua (25.1 y 33), Panamá (21), Paraguay (9 y 11), Perú (2.24), República Dominicana (40) y Venezuela (60). Asimismo, España (17).

En el derecho internacional de los derechos humanos también está protegido el derecho a la libertad personal. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, lo formuló relacionado con la prohibición de esclavitud y la detención arbitraria (3, 4 y 9).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) contempló el derecho a la libertad personal (9) y dispuso la prohibición de detenciones o prisión arbitrarias. El Comité de Derechos Humanos, órgano creado en virtud de este tratado, en su observación general 8, señaló que el art. 9, párrafo 1, es aplicable “a todas las formas de privación de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de la migración”. Asimismo, dispone el derecho de toda persona a ser informada de las razones de la detención, el derecho a ser llevada sin demora ante el juez para ser juzgada o puesta en libertad, a recurrir ante un tribunal y al derecho de obtener reparación por su detención o privación ilegal.

Los tratados regionales de derechos humanos consagran también el derecho a la libertad personal. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales precisa ciertos supuestos en los que está permitida la detención y las garantías que deben acompañar a limitación de este derecho (5); la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos consagra este derecho y prohíbe su privación ilegal o arbitraria (6), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege este derecho y dispone las garantías que deben acompañar su limitación (7).

El derecho a la libertad personal ha sido protegido de forma paralela con la seguridad personal por distintos tratados internacionales, como el PIDCP, los tratados regionales antes referidos y algunos ordenamientos constitucionales, entre los que se pueden mencionar los de Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y España. Lo anterior, en el sentido que se protege la libertad física de la persona en contra de su afectación por otras.

Como garantías específicas del derecho a la libertad personal, en sentido estricto; es decir, en la protección física de la persona, se pueden identificar: la prohibición de arresto o detención arbitraria, la legalidad en la privación de la libertad, el derecho a ser informado de las razones de la detención, a ser

presentado ante un juez en un plazo razonable, el derecho al control judicial de los arrestos y detenciones y la compensación por el arresto o detención ilegal o arbitraria. Asimismo, se relaciona con la prohibición de la desaparición forzada de personas, que justamente inicia con la privación de la libertad protegida por las convenciones Internacional e Interamericana en la materia.

Mireya Castañeda

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

El derecho a la libertad personal, consagrado en diversos ordenamientos constitucionales y en tratados internacionales de derechos humanos, ha sido interpretado por diversos órganos jurisdiccionales o constitucionales competentes en el ámbito interno de los distintos países, emitiendo criterios de prioritaria importancia. Como algunos ejemplos de interpretación constitucional de este derecho se pueden mencionar los siguientes:

La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-163/08, señaló que del preámbulo y de diversos artículos de la Constitución de Colombia se deriva la consagración de la libertad como principio sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del Estado y como derecho fundamental, dimensiones que determinan el carácter excepcional de la restricción de la libertad individual. En las sentencias C-730/2005 y C-1001/05, entre otras, señaló que el art. 28 de su Constitución representa la cláusula general del derecho a la libertad personal, en donde se reconoce que “toda persona es libre”. Este derecho puede tener límites, pero no puede ser arbitraria, por lo que la norma constitucional alude a garantías que están estructuradas en forma de reglas, encaminadas a delimitar de manera estricta la actividad del Estado frente a esta libertad fundamental. Por lo anterior, nadie puede ser detenido ni apresado sino: 1) en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente; 2) con las formalidades legales; 3) por motivo previamente definido en la ley; 4) la persona detenida previamente será puesta a disposición de juez competente, y 5) la detención no podrá ser por deudas.

En México, se ha señalado en una tesis de jurisprudencia en materia constitucional, que la libertad personal, entendida en sentido amplio, “es la capacidad de hacer o no hacer todo lo que está lícitamente permitido, luego, los actos que la restrinjan o limiten más allá de lo razonable, aun cuando no exista una determinación por escrito al respecto, violan ese derecho humano” (TA, 10ª época, T.C.C., *S.J.F y su Gaceta*; libro XV, diciembre de 2012, tomo 2, p. 1435).

El Tribunal Constitucional de España, en su sentencia STC 120/1990, abordó el concepto constitucional de libertad personal, y diferenció entre la libertad como autonomía del individuo para elegir diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses protegida en el art. 1.1 constitucional, y la libertad personal protegida en el art. 17.1 del mismo ordenamiento, relativa a la libertad física frente a la detención, condena o internamiento arbitrarios.

Mireya Castañeda

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El derecho a la libertad personal está protegido en el art. 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales. El numeral dispone el derecho de toda persona a la libertad y seguridad. Este derecho puede tener limitaciones, que pueden derivar en la privación legal de la libertad, como son: que sea en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; que sea conforme a derecho para comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido. En el mismo sentido, contempla disposiciones relativas a la detención de personas por razones médicas o sociales, y a extranjeros.

El citado numeral establece también ciertas garantías para la privación de la libertad de una persona, como son: el derecho a ser informada de las causas de su detención en un plazo breve y en la lengua que comprenda, que sea presentada ante un juez y a ser juzgada en un plazo razonable o puesta en libertad, a presentar un recurso sobre la legalidad de su privación y, en su caso, a una reparación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha emitido diversas sentencias, en donde ha entrado al estudio del derecho a la libertad personal. Por ejemplo, en el caso *McKay v. The United Kingdom* (2006) señaló que el art. 5, junto con los arts. 2, 3 y 4, son derechos fundamentales que protegen la seguridad física e individual, y cada uno es de importancia primordial, en tanto que el propósito del numeral 5 es prevenir la privación de la libertad arbitraria o injustificada (párr. 30). En el caso *Ladent v. Poland* (2008), señaló que el derecho a la libertad y seguridad personal es de la más alta importancia “en una sociedad democrática” de acuerdo con el significado de la Convención (párr. 45). En el mismo sentido se pronunció en el caso *Medvedyev and others v. France* (2010 párr. 76).

En el caso *Engel and others v. The Netherlands* (1976), señaló que el derecho a la libertad personal (art. 5.1) es compatible con la noción de libertad individual en sentido clásico; esto es, la libertad física de la persona, y pretende que nadie sea desposeído de ella de forma arbitraria (párr. 58). En el caso *Guzzardi v. Italy* (1980), señaló que la privación de la libertad se puede identificar con la clásica detención en prisión o estricto arresto, pero que se puede presentar en otras numerosas formas (párr. 95). En este mismo caso indicó que la privación de libertad, según el art. 5, depende de la situación concreta en la que deben ser considerados distintos criterios, como el tipo, duración, efectos y la manera de implementación (párr. 92). Precisó que la diferencia entre la privación y la restricción de la libertad es relativo al grado o intensidad y no a la naturaleza y sustancia (párr. 95). Los anteriores criterios han sido recogidos en casos más recientes, como el caso *Medvedyev and others v. France* (2010, párr. 73) y el caso *Creangă v. Romania* (2012, párr. 91).

Por otro lado, el TEDH, en el caso *Rantsev v. Cyprus and Russia* (2011), ha indicado que la privación de la libertad, en el significado del art. 5.1, aunque el tiempo de la misma sea corto, ello no afecta la conclusión sobre su concul-

cación, sino que debe enfatizarse la seriedad de la naturaleza y las consecuencias de la detención en el caso (párr. 317). En el mismo sentido se pronunció en el caso *Iskandarov v. Russia* (2010, párr. 140).

Con relación a las obligaciones positivas respecto a la privación de la libertad de las personas, en el caso *Storck Germany* (2005), señaló que el Estado está obligado a tomar medidas efectivas para proteger a las personas vulnerables, incluida la prevención de la privación de la libertad (párr. 102).

Mireya Castañeda

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

El derecho a la libertad personal está protegido en el art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este numeral se encuentra contemplada la prohibición de la privación, detención o encarcelamiento arbitrarios de una persona, el derecho a ser informada de las razones de su detención, el derecho a ser llevada ante un juez o dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad; el derecho a recurrir ante un tribunal competente para que decida sobre la legalidad del arresto y la prohibición de prisión por deudas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entrado al estudio del derecho a la libertad personal en diversas ocasiones. Entre su jurisprudencia más destacable y reciente se pueden señalar los siguientes casos. En el caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica* (2012) señaló que el art. 7 interpretado en forma amplia incluye un concepto de libertad en sentido extenso, como el derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, relativo a la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. Constituye así el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones (párr. 142). Lo anterior también lo había señalado en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* (2007), aunque en esta ocasión destacó que el art. 7 protegía el derecho a libertad física del titular del derecho, y que se expresa normalmente en el movimiento físico, cuya afectación se da de forma negativa con la privación o restricción de la libertad (párr. 53).

En el caso *Familia Barrios vs. Venezuela* (2011) y en el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela* (2009), destacó que el art. 7 tiene dos tipos de regulaciones; una general, que indica el derecho de toda persona a la libertad y seguridad personales, y una específica, compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (2) o arbitrariamente (3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (5), y a impugnar la legalidad de la detención (6) (párr. 54 y 143, respectivamente).

En el caso *García y familiares vs. Guatemala* (2012), la Corte reiteró: 1) el aspecto material de la restricción al derecho a la libertad personal, que debe estar fijado en las Constituciones o leyes dictadas conforme a ellas, y 2) el aspecto formal, relativo a la estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la mismas. Asimismo, el Tribunal ha considerado que

toda detención, independientemente del motivo o duración de la misma, tiene que ser debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de la detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física (párr. 100).

Otra sentencia que aborda una temática interesante es el *caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia* (2006), en donde la Corte analizó la privación ilegal de la libertad de manera conjunta con la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio.

Mireya Castañeda

DERECHO A LA NACIONALIDAD

En una concepción básica, podemos entender a la nacionalidad como un vínculo de orden jurídico que tiene una persona para con un Estado-nación, generándole un sentido de pertenencia con ésta, otorgándole derechos y obligaciones. De igual forma, podemos entender a la nacionalidad como una condición particular de los habitantes de un determinado lugar (nación), pertenecientes a éste, generándoles derechos y aspectos propios del lugar, y reconocimiento dentro de la sociedad en la que se desenvuelven cotidianamente. La nacionalidad se puede establecer desde diversos puntos de vista, ya sea desde un ámbito social o desde un ámbito jurídico-político. Lo anterior la ubica en el supuesto de ser reconocida como un derecho humano. Es de señalar que la nacionalidad se obtiene mediante diversos factores, que dependen de la normatividad interna de cada nación, sin que se desconozca la protección y reconocimiento que se le otorga a este derecho a nivel internacional.

Los derechos humanos son un instrumento de reconocimiento de la personalidad, misma que en un comienzo fue de naturaleza civil o privada, hasta llegar a un reconocimiento por parte de las propias autoridades, extendiéndose para ubicarlos dentro de un panorama internacional, dándoles mayor fuerza y protección frente a cualquier transgresión que pudiera ocasionárseles. Por ello, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (proclamada el 10 de diciembre de 1948) hizo un reconocimiento de derechos iguales a toda persona, de entre los cuales no podía faltar el derecho humano a una nacionalidad que identifique a la persona (art. 15); además, se establece que se protegerá la nacionalidad de la persona, pues no se podrá privar de ella arbitrariamente.

Dentro de la teoría de los derechos humanos, estos se pueden diferenciar por generaciones; lo anterior, atendiendo a su orden prelativo de reconocimiento por los Estados y naciones. Por ello, al ser la nacionalidad un derecho de índole civil (estatus civil de la persona residente y perteneciente a una determinada nación, lo cual le genera derechos y obligaciones, entre los cuales encontramos, a manera de ejemplo, recibir educación otorgada por el Estado; enrolarse en el servicio militar y contribuir al gasto público, entre otros.) y político (generando de igual forma derechos y obligaciones, entre los cuales encontramos participar en asuntos públicos, votar, y la posibilidad de ser electo en cargos públicos de elección popular), se le ubica en los derechos

individuales clásicos o también llamados de *primera generación*, los cuales surgen del liberalismo político del siglo XVIII, y fueron instaurados en las primeras Constituciones escritas (Fix-Zamudio).

La nacionalidad se puede adquirir por diversas formas, las cuales son: i. *Nacionalidad originaria*, aquella que se adquiere con el nacimiento en un determinado Estado-nación (*ius soli*); es decir, se adquiere la nacionalidad del territorio en el que se nació, o la que se adquiere por la estirpe de la persona (*ius sanguinis*); es decir, corresponde a la calidad de nacionalidad que tengan los padres, a efecto de que el hijo herede alguna (filiación), y ii. *Nacionalidad derivada*, la cual se genera con la modificación primigenia de la nacionalidad, para adquirir la de otro Estado, en términos de la normatividad que le es aplicable.

Existen diversos Estados en los que la nacionalidad se vincula estrechamente a la autoridad estatal. Tal es el caso de países como Argentina, España, Chile, entre otros; es decir, la nacionalidad debe ser documentada mediante un certificado emitido por la autoridad estatal en la que se le reconozca dicha calidad. Lo anterior, a través de diversos requisitos establecidos en sus propias normas, previéndose, además, derechos y obligaciones para con el Estado al que pertenecen y les expidió su nacionalidad.

En el caso del Estado mexicano, la nacionalidad es un derecho reconocido dentro de su Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (promulgada el 5 de febrero de 1917), en sus arts. 30, 32 y 37. En ese sentido, se prevé como un derecho que puede adquirirse en dos formas: i. Nacimiento (los nacidos dentro del país sea cual fuere la nacionalidad de los padres, los que nazcan en el extranjero, pero que sean hijos de padre o madre mexicanos, estos últimos aun cuando fueran por naturalización, y los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes), y ii. Naturalización (los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores una carta de naturalización, así como la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos en ley). Además, la normatividad mexicana protege a la nacionalidad como un derecho reconocido en el ámbito nacional y extranjero, por lo que en ningún caso, siendo mexicano por nacimiento, se puede privar de dicha calidad; contrario a ello, en el supuesto de que el derecho haya sido adquirido mediante la naturalización, éste sí se puede perder bajo algunas circunstancias, como lo son: i. La adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera; ii. Por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero; iii. Por usar un pasaporte extranjero; iv. Por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero, y v. Por residir durante cinco años continuos en el extranjero.

Es de resaltar que a nivel internacional se ha establecido un reconocimiento y protección de manera constante al derecho que se tiene a la nacionalidad, el cual, al ser un estado civil de las personas, sirve como base para el reconocimiento de otros derechos humanos. Por ello, de conformidad con la Convención American sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (suscrita en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969), en su art. 20 se reconoció y protegió la nacionalidad, estableciendo que “Toda persona tiene

derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”, además, “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el concepto de nacionalidad como “el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él, con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática”; además, señaló el referido Tribunal que el art. 20 del Pacto de San José recoge un doble aspecto en el tema de la nacionalidad, pues “significa dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado”, y por otra implica “protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo” (propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, opinión consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Por último, es preciso mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho a la nacionalidad sin hacer diferenciación alguna en la forma que fuera adquirida, ya sea por nacimiento, naturalización o algún otro medio establecido en cualquier normatividad de los Estados-nación (caso Ivcher Bronstein vs. Perú, sentencia del 6 de febrero de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos).

César Bernal Franco

DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

La protección judicial se refiere al derecho de toda persona de contar con un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que permitan reparar la trasgresión de su esfera jurídica. Tiene como objeto garantizar formal y materialmente en sede jurisdiccional los derechos establecidos en el orden jurídico nacional; es decir, la posibilidad de obtener a través de los jueces y tribunales esa protección.

La protección judicial comprende el derecho a un procedimiento justo, imparcial y ágil, al margen de su resultado a favor o no de la persona que acude ante el tribunal.

El párrafo segundo del art. 17 de la Constitución consagra el derecho a la protección judicial, al disponer que “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

Esa disposición contiene diversas garantías, que se deben observar en el sistema de administración de justicia mexicana, las cuales se tratarán más adelante.

El cambio constante de paradigmas dentro de una sociedad democrática hace que la función legislativa no pueda ser completa y actualizada, implicando que sus conceptos deban ser precisados a través del operador jurídico jurisdiccional ante situaciones jurídicas concretas.

El derecho a la protección judicial o bien la garantía a la tutela jurisdiccional efectiva ha sido materia de desarrollo jurisprudencial a través del Poder Judicial de la Federación, trasladando el marco conceptual normativo al campo de la realidad del quehacer jurídico, sustentado en los principios mínimos que se precisan a continuación: 1. Cualquier persona se encuentra en aptitud de acudir ante un tribunal del Estado para solicitar la solución de una controversia relacionada con la pretensión de un derecho o el cumplimiento de una obligación; 2. La petición referida sea admitida, tramitada y resuelta en un plazo breve; 3. El tribunal tramite y resuelva con imparcialidad; 4. Resuelva con exhaustividad y congruencia, y 5. La sentencia sea ejecutada. (ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES). La garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y, 4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si la citada garantía constitucional está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, independientemente de que se trate de órganos judiciales, o bien, solo materialmente jurisdiccionales (Tesis: 2a./J. 192/2007 Novena Época, Segunda Sala, SCJN, octubre, 2007. Además en: GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES. La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para

acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Ahora bien, si se atiende a que la prevención de que los órganos jurisdiccionales estén expeditos —desembarazados, libres de todo estorbo— para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, significa que el poder público—en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial— no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues de establecer cualquiera, ésta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el derecho a la tutela judicial puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos. 9a. Época, Primera Sala, SCJN, abril, 2007, Tesis aislada.)

En la lógica de los párrafos segundo y sexto del art. 17 constitucional se procede a comentar las garantías que ahí se consagran.

Protección judicial gratuita. El carácter gratuito de la tutela jurisdiccional, así como las garantías de independencia judicial y ejecución de las sentencias son inherentes a ese derecho, por lo que para su garantía plena se armonizan con otras disposiciones de igual jerarquía; por ejemplo, en los arts. 1o., 14 y 20 constitucionales.

La justicia gratuita consiste en que la persona no tiene que retribuir al tribunal que juzgó su caso por el servicio de administración de justicia. En este sentido se ha pronunciado la judicatura federal; además, ha establecido diversas tesis, en las que ha razonado que si bien una de las partes en el juicio debe realizar alguna erogación, ésta no implica una violación de tal prohibición; por ejemplo: 1. Pago de daños y perjuicios al actor originados por falta grave de la autoridad demandada (DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORIGINADOS POR “FALTA GRAVE”. EL ARTÍCULO 60., CUARTO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO RELATIVA, AL PREVER EL PAGO DE LOS CAUSADOS AL ACTOR, A CARGO DE LA AUTORIDAD DEMANDADA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE GRATUIDAD DE JUSTICIA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 17, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, T.C.C., octubre, 2011. Tesis aislada); 2. La carga de imponer al promovente de un recurso de apelación, para su trámite, que señale y exhiba las constancias para formar el cuaderno respectivo (GRATUIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 719 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE QUERÉTARO, QUE CONDICIONA LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN A QUE EL APE-

LANTE SEÑALE Y EXHIBA LAS CONSTANCIAS RELATIVAS PARA FORMAR EL CUADERNO RESPECTIVO, NO ES VIOLATORIO DE ESA GARANTÍA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, Segunda Sala, SCJN, abril, 2002. Tesis aislada.); 3. La condena por concepto de costas procesales (COSTAS. LA CONDENA EN TAL CONCEPTO QUE ESTABLECEN DIVERSAS LEGISLACIONES, SIN CONDICIONARLA A LA EXISTENCIA DE MALA FE O TEMERIDAD DEL LITIGANTE, NO LIMITA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA. 10a. Época, Primera Sala, SCJN, junio, 2012, Tesis aislada. Ver además, COSTAS, LA CONDENA AL PAGO DE LAS, PREVISTA POR EL ARTÍCULO 1.227, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES VIGENTE PARA EL ESTADO DE MÉXICO, NO ES VIOLATORIA DEL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, T.C.C., noviembre, 2005, Tesis aislada.); 4. La fijación de una caución para desahogar una prueba foránea (PRUEBA QUE DEBA DESAHOGARSE FUERA DEL DISTRITO FEDERAL. EL REQUISITO DEL OTORGAMIENTO DE UNA CAUCIÓN PARA EL SEÑALAMIENTO DE SU RECEPCIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE GRATUIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (ARTÍCULO 300 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL). 9a. Época, Pleno, SCJN, septiembre, 1997, Tesis aislada.); y 5. Los depósitos judiciales destinados al fondo para el mejoramiento de la administración de justicia (GRATUIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. LOS ARTÍCULOS 30., INCISO D), Y 16 DE LA LEY QUE CREA EL FONDO ADICIONAL PARA EL MEJORAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ESTADO DE PUEBLA NO SON VIOLATORIOS DE ESA GARANTÍA. 9a. Época, Pleno, SCJN, octubre, 1995, Tesis aislada).

Por el contrario, se consideran como transgresores de dicho principio los casos siguientes: 1. Cuando una parte procesal se obliga a proporcionar al funcionario judicial los medios necesarios para realizar alguna diligencia fuera del juzgado (GRATUIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN, ES VIOLATORIO DE ESA GARANTÍA. 9a. Época, pleno, scjn, marzo, 2000, tesis aislada., cuando en los hechos esta práctica es común y su desatención por parte del justiciable vulnera la garantía de justicia expedita y pronta, y 2. Al imponer al justiciable la obligación de pagar por la expedición de copias certificadas que posibiliten el trámite del recurso de apelación (RECURSO DE APELACIÓN. ES ILEGAL LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL DE ALZADA DE TENERLO POR NO INTERPUESTO, BAJO LA CONSIDERACIÓN DE QUE NO FUERON EXHIBIDAS POR EL APELANTE LAS COPIAS CERTIFICADAS QUE HABRÍAN DE INTEGRAR EL TESTIMONIO DE APELACIÓN RESPECTIVO (ARTÍCULO 239, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO). 9a. Época, T.C.C., Marzo, 2002, Tesis aislada).

La gratuidad de la justicia es una garantía de carácter general, beneficia a todas las personas sin restricción, aun cuando alguna de ellas no la necesite por su condición socioeconómica; además, tal exención se extiende a los gastos inherentes del proceso, como el de remitir los autos al tribunal de alzada, debido a que este acto forma parte del procedimiento ordinario (APELACIÓN, LA REMISIÓN DE LOS AUTOS AL TRIBUNAL DE, DEBE SER GRATUITA (LEGISLACIÓN DE PUEBLA). 5a. Época, 3a. Sala, SCJN, tomo LXXI).

Protección judicial expedita y pronta. Este derecho reconoce que la protección judicial debe ser expedita y pronta en beneficio de las personas que acuden

al tribunal; es decir, que los juicios se resuelvan dentro de un tiempo razonablemente breve, a efecto de que la sentencia resulte formal y materialmente oportuna, evitando dilaciones indebidas que a la postre se puedan traducir en denegación de justicia.

El tiempo que se considera como razonablemente breve es el que se prevé en la legislación procesal de la materia que se juzga, por lo que su transgresión se traduce en una violación a la garantía de acceso a la justicia (SENTENCIA DEFINITIVA. EL HECHO DE QUE NO SE HAYA EMITIDO RESOLUCIÓN SOBRE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD, NO EXIME AL JUEZ DE DICTAR AQUÉLLA EN EL TÉRMINO SEÑALADO POR LA LEY (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). 9a. Época, T.C.C., septiembre, 2001, Tesis aislada); sin embargo, cabe señalar que sobre el particular se admite una excepción, en el sentido de que el derecho a la justicia pronta debe ceder frente al derecho a la defensa (GARANTÍA DE DEFENSA. PREVALECE SOBRE LA DE PRONTA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. 9a. Época, t.c.c., octubre, 2002, tesis aislada), en la medida en que esos dos derechos humanos convergen en la misma jerarquía constitucional, por lo que se debe privilegiar el derecho citado en primer lugar, debido a que es el que más beneficia a la persona.

No se pierde de vista que en 1997 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció como tesis que agotar un procedimiento conciliatorio previo al judicial se contrapone a la garantía de justicia pronta, pues ello no lo reconoce el art. 17 de la Constitución ni reserva su reglamentación al legislador ordinario (JUSTICIA PRONTA Y EXPEDITA. LA OBLIGATORIEDAD DE AGOTAR UN PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO, PREVIAMENTE A ACUDIR ANTE LOS TRIBUNALES JUDICIALES, CONTRAVIENE LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL. 9a. Época, Pleno, julio, 1997, Tesis aislada.); sin embargo, este criterio debe ser revisado o abandonado a la luz de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que ahora ya reconoce.

Protección judicial completa. La vigencia de esta garantía implica lo siguiente: 1. El establecimiento de tribunales de justicia; 2. El resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción; 3. El emitir sentencia con relación a la *litis* planteada en el juicio (congruencia) y pronunciarse respecto de todos los agravios alegados (exhaustividad) (CONGRUENCIA Y EXHAUSTIVIDAD EN SENTENCIAS DICTADAS EN AMPARO CONTRA LEYES. ALCANCE DE ESTOS PRINCIPIOS. 9a. Época, 1a. Sala, abril, 2005, Jurisprudencia), sin llegar al extremo de obligar a los tribunales a pronunciarse expresamente en sus fallos renglón a renglón, punto a punto de todas las alegaciones, aunque para decidir sí debe analizar en su integridad al planteamiento del problema (GARANTÍA DE DEFENSA Y PRINCIPIO DE EXHAUSTIVIDAD Y CONGRUENCIA. ALCANCES. 9a. Época, t.c.c., marzo, 2002, Jurisprudencia). Conforme a la defensa, a las pruebas y al que le asista un mejor derecho, los tribunales deben otorgar una respuesta favorable o desfavorable a todas las pretensiones de las partes en el juicio.

Protección judicial a la defensa. El proceso, por sí solo, tiene características complejas, y para su éxito se necesita una asistencia técnica jurídica, dado el exceso de formalismos que caracterizan al derecho sustantivo y procesal; de lo contrario, se coloca al justiciable a un estado de indefensión.

El derecho a la asistencia de un abogado tradicionalmente se ha reconocido en el campo del proceso penal. Al respecto, se señala que consiste (DEFENSA ADECUADA. FORMA EN QUE EL JUEZ DE LA CAUSA GARANTIZA SU VIGENCIA. 10a. Época; 1a. Sala, SCJN, julio, 2012, Jurisprudencia) en lo siguiente: 1. Generar las condiciones formal y material para que el inculpado sea debidamente asistido; 2. Respetar la garantía de defensa adecuada al no obstruir su materialización, y 3. Asegurar que se cumplan las condiciones que permitan esa defensa.

En procesos diversos a la materia penal, el art. 17 constitucional no colma en forma plena la garantía a ser oído en juicio. Incluso, legislaciones procesales que prevén necesaria la intervención de un abogado se han declarado inconstitucionales (PROFESIONES. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 119 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO. 6a. Época, Pleno, SCJN, enero, 1960. Similar criterio se sostuvo en ese año en las tesis con rubros: PROFESIONES. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE, PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN. Y PROFESIONES. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 119 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

Para considerar eficaz la tutela jurisdiccional de los derechos se estima conveniente que ésta se debe armonizar con la asistencia jurídica en todo tipo de procesos; con mayor razón, en los litigios donde se involucran derechos o personas de grupos de minorías o vulnerables.

Protección judicial y la ejecución de las sentencias. La plenitud de la protección jurisdiccional se agota con la ejecución material de la sentencia, es la expresión natural del cumplimiento de la decisión. Incluso, si se considera que el acto jurisdiccional culmina con la emisión del fallo, en un espectro amplio la ejecución misma trasciende más allá de ese momento de dictar el derecho.

Emitida la sentencia es ineludible su cumplimiento, al resultar de carácter legal de orden público, incluso quien ha sido condenado no puede eximirse de esa obligación, existen sendas tesis en ese sentido, se citan algunas solo a manera de ejemplo (SENTENCIA. SU CUMPLIMIENTO ES INELUDIBLE. 9a. Época, T.C.C., agosto, 1999, Tesis aislada. Ver además, AMPARO EJECUTORIAS DE. SU CUMPLIMIENTO DEBE SER INMEDIATO. 9a. Época, T.C.C., marzo, 1996, Tesis aislada). En materia agraria, el cumplimiento de la ejecutoria se torna de oficio (TRIBUNALES AGRARIOS. ESTÁN OBLIGADOS A PROVEER DE OFICIO LA EFICAZ E INMEDIATA EJECUCIÓN DE SUS SENTENCIAS. 9a. Época, T.C.C., septiembre, 2004, Tesis aislada).

El uso de la fuerza pública en el cumplimiento de la sentencia jurídicamente es posible solo en casos excepcionales. El Ejecutivo debe facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el cumplimiento expedito de sus funciones (ARTÍCULO 89, FRACCIÓN XII, DE LA CONSTITUCIÓN, DISPOSICIONES SIMILARES SE CONSAGRAN EN LAS CONSTITUCIONES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS). El acto o la omisión de su auxilio oportuno en esa ejecución se pueden considerar transgresores del art. 17 constitucional (FUERZA PÚBLICA. LA OMISIÓN DE SU AUXILIO OPORTUNO PARA CUMPLIMENTAR LAS DECISIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL, IMPLICA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE YUCATÁN). 9a. Época, T.C.C., septiembre, 1999, Jurisprudencia).

La protección judicial imparcial. La garantía de imparcialidad se vincula estrechamente con la de independencia judicial; se traduce en la existencia de jueces capaces de emitir sus sentencias sin influencia externa o interna que busquen determinar el sentido de sus fallos al margen del derecho.

También la independencia judicial se expresa de forma externa e interna. La primera se refiere a la posibilidad de generar las condiciones para que los poderes judiciales operen en condiciones óptimas a fin de colmar las necesidades de justicia de las personas, rechazando cualquier presión que signifique una afectación a esa independencia; y la segunda se ocupa de los elementos necesarios para constituir las garantías de los juzgadores que permitan su estabilidad en el cargo (RATIFICACIÓN DE JUECES DE DISTRITO Y MAGISTRADOS DE CIRCUITO. ES UNA GARANTÍA DE ESTABILIDAD EN EL CARGO Y PRINCIPALMENTE UNA GARANTÍA A LA SOCIEDAD DE CONTAR CON SERVIDORES IDÓNEOS PARA IMPARTIR JUSTICIA PRONTA, COMPLETA, IMPARCIAL Y GRATUITA QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, Pleno, SCJN, marzo, 2000, Tesis aislada. Ver además: PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS. CRITERIOS QUE LA SUPREMA CORTE HA ESTABLECIDO SOBRE SU SITUACIÓN, CONFORME A LA INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 116 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. 9a. Época, Pleno, SCJN, octubre, 2000, Jurisprudencia), dando lugar con ello al sistema institucional de la carrera judicial; de promoción, adscripción y remoción; de seguridad social y económica, entre otros.

En suma, el derecho a la protección judicial desde la jurisprudencia constitucional nacional es vasto, y lo que hasta aquí se ha mostrado es solo una aproximación. La jurisprudencia es dinámica, y concede una respuesta jurídica a cada caso concreto en el contexto de las demandas de una sociedad democrática, ante el constante cambio de paradigmas.

En esta lógica, el derecho en comento se compone de diversas garantías, las cuales han sido aquí materia de reseña. Cada una de ellas justifica su carácter constitucional, y armonizadas otorgan a cada persona el derecho pleno a la tutela judicial efectiva.

María del Refugio Elizabeth Rodríguez Colín

DERECHO A LA PROTECCIÓN JUDICIAL (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La protección judicial es el derecho de toda persona a contar con un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que permitan reparar la trasgresión de su esfera jurídica, mediante un procedimiento justo, imparcial y ágil, al margen de su resultado a favor o no del interesado.

Este derecho se reconoce de forma expresa en diversos instrumentos internacionales de derecho humanos con la denominación de *recurso efectivo*.

El art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”.

También el art. 2, párrafo 3, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “Cada uno de los Estados Partes en el

presente Pacto se compromete a garantizar que: Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa: “Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

El Estado mexicano es parte del sistema interamericano de derechos humanos, al margen de las declaraciones interpretativas y reserva (“DECLARACIONES INTERPRETATIVAS

Con respecto al párrafo 1 del Artículo 4 considera que la expresión ‘en general’, usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir del momento de la concepción’, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Por otra parte, en concepto del Gobierno de México la limitación que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que todo acto público de culto religioso deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del Artículo 12.

RESERVA. El Gobierno de México hace Reserva expresa en cuanto al párrafo 2 del Artículo 23, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Artículo 130, dispone que los Ministros de los cultos no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos”) que en su momento hizo al adoptar la Convención, las cuales ameritan un análisis aparte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción ha aceptado México (16 de diciembre de 1998), ha emitido sendas sentencias condenatorias en su contra. El caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (sentencia del 23 de noviembre de 2009), es emblemático por el impacto que ha causado en el sistema de justicia nacional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en virtud del cumplimiento de la sentencia emitida en ese caso, estableció su posición frente a la jurisprudencia convencional a propósito del expediente *Varios 912/2010* (Resolución del 14 de julio de 2011), al analizar las acciones que debía realizar para darle debida ejecución. Al efecto, definió diversos criterios (CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA CUYA INCONVENCIONALIDAD SE DECLARA SÓLO TRASCIENDE A UNA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DEL

ACTO RECLAMADO AL NO EXISTIR LA DECLARATORIA RELATIVA. 10a. Época, Pleno, SCJN, marzo, 2013, Tesis aislada.

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN ASUNTOS DONDE EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE. PARA QUE SUS CRITERIOS TENGAN CARÁCTER VINCULANTE NO REQUIEREN SER REITERADOS. 10a. Época, Pleno, SCJN, marzo, 2013, Tesis aislada.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada.

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada.

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada.

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. 10a. Época, Pleno, SCJN, diciembre, 2011, Tesis aislada), entre ellos el que señala el carácter *vinculante* para México las sentencias de la Corte Interamericana solo en las que ha sido parte, y *orientadora* en la que no se cumpla esa condición.

Esa decisión afortunadamente ha sido superada por la propia Suprema Corte, debido a que al resolver la *Contradicción de tesis 293/2011* (Sentencia del 3 de septiembre de 2013) determinó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante para los jueces mexicanos, con independencia de que haya sido parte o no, siempre que sea más favorable a la persona al analizar cada caso.

Las decisiones de la Corte Interamericana, como máximo intérprete de la Convención Americana, cuenta con una engrosada jurisprudencia relacionada con el derecho a la protección judicial consagrada en el art. 25 de esa Convención, denominado como *derecho al recurso efectivo*.

A continuación destacamos, de manera ejemplificativa, los temas que ha abordado esa jurisprudencia (los temas que se identifican tratan de seguir la clasificación que hace Silva García, Fernando, en *Jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos*, los cuales se consideran fundamentales para acercar al interesado en su conocimiento.

— El alcance general del derecho a la protección judicial (*caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, párrafo 61, sentencia del 22 de noviembre de 2007).

— El alcance general del derecho a un recurso efectivo (*caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, párrafos 192 a 194, sentencia del 5 de julio de 2004).

— El derecho a la protección judicial debe respetarse ante actos y omisiones violatorios de derechos humanos (*caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 144, sentencia del 2 de julio de 2004).

— El derecho a la protección judicial exige a los jueces evitar dilaciones innecesarias o indebidas (*caso Bulacio vs. Argentina*, párrafo 115, sentencia del 18 de septiembre de 2003).

— El derecho a la protección judicial implica el deber de remover los obstáculos para acceder a los tribunales (*caso Cantos vs. Argentina*, párrafos 49 y 50., sentencia del 28 de noviembre de 2002).

— La protección judicial implica la prohibición de pagar sumas desproporcionadas por haber recurrido a los tribunales (*caso Cantos vs. Argentina*, párrafos 54 y 55, sentencia del 28 de noviembre de 2002).

— El derecho a la protección judicial incluye la adopción de medidas para cumplir la sentencia, incluso las de carácter presupuestal (*caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, párrafo 75, sentencia del 1 de julio de 2009).

— El derecho a la protección judicial es inherente al debido proceso y su interrelación con la justicia pronta y expedita (*caso Bayarri vs. Argentina*, párrafos 116 y 117, sentencia del 30 de octubre de 2008).

— El derecho a la protección judicial y su interrelación con la responsabilidad de diseñar y consagrar un recurso judicial interno eficaz e idóneo (*caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párrafo 60, sentencia del 30 de junio de 2009).

— El derecho a la protección judicial comprende el control judicial de los derechos humanos consagrados en la Convención, en la Constitución y en las leyes nacionales (*caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, párrafo 59, sentencia del 30 de junio de 2009).

— El derecho a la protección judicial permite declarar que es inconstitucional el derecho nacional cuando prevé la inimpugnabilidad de normas anteriores a la vigencia de la Constitución del Estado (*caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, párrafo 152.c, sentencia del 21 de junio de 2002).

— El derecho a la protección judicial debe evitar el uso indebido del recurso de amparo (*caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párrafos 121 a 124, sentencia del 24 de noviembre de 2009).

— El derecho a la protección judicial permite el control judicial relacionadas con penas corporales (*caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, párrafos 114 a 117, sentencia del 11 de marzo de 2005).

— El derecho a la protección judicial es inherente al control judicial en materia electoral (*caso Yatama vs. Nicaragua*, párrafos 174 a 176, sentencia del 23 de junio de 2005) y (*caso Castañeda Gutman vs. México*, sentencia del 6 de agosto de 2008).

— El derecho a la protección judicial implica que el juicio político debe revestir de las garantías de independencia e imparcialidad (*caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, párrafo 96, sentencia del 31 de enero de 2001).

— El derecho a la protección judicial comprende la ejecución de las sentencias ejecutoriadas por formar parte integral del juicio (*caso Acevedo Buendía y otros “cesantes y jubilados de la Contraloría” vs. Perú*, párrafos 71 al 72, sentencia del 1 de julio de 2009).

— El alcance general de la protección judicial trasciende al deber de reparación adecuada, y la responsabilidad administrativa y/o civil como medida de reparación es complementaria pero insuficiente para cumplir con esa obligación (*caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia*, párrafos 221 y 218 a 221, sentencia del 11 de mayo de 2007).

— La obligación de reparación adecuada no se limita al pago de compensación a los familiares de la víctima (*caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, párrafos 213 y 214, sentencia del 15 de septiembre de 2005).

— La obligación de reparación adecuada no debe depender solo de la actividad procesal de las víctimas (*caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, párrafo 122, sentencia del 22 de septiembre de 2006).

— La obligación de reparación adecuada en tratándose de situaciones de discriminación sistemática y generalizada, aquella debe ser transformadora con efecto restitutivo y correctivo (*caso González “Campo Algodonero” vs. México*, párrafos 450 y 451, sentencia del 16 de noviembre de 2009).

— La protección judicial en el cumplimiento de una sentencia internacional, ninguna disposición o institución de derecho interno puede oponerse para su plena aplicación, por ejemplo, la ley de amnistía o plazo de prescripción (*caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, párrafos 167, sentencia del 15 de junio de 2005).

— El derecho a un recurso efectivo quiere decir que no es suficiente la existencia formal de recursos, sino que deben ser eficaces, incluso, para los familiares de la víctima (*caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, párrafos 192 a 194, sentencia del 5 de julio de 2004).

— El recurso efectivo, deber de los tribunales internos de observar las formalidades para la procedencia del proceso o recurso, previo al estudio de fondo (*caso Trabajadores Cesados del Congreso “Aguado Alfaro y otros vs. Perú*, párrafo 126, sentencia del 24 de noviembre de 2006).

— El recurso efectivo. Debe ser idóneo y oportuno para reparar las violaciones a derechos humanos (*caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, párrafo 245, sentencia del 2 de septiembre de 2004).

— El recurso efectivo es inherente a los principios de independencia e imparcialidad porque son elementos esenciales del debido proceso (*caso Iucher Brostein vs. Perú*, párrafo 137 a 142, sentencia del 6 de febrero de 2001).

— Recursos efectivos y pueblos indígenas. Los recursos legales para la defensa de sus derechos individuales son ineficaces para la defensa de sus derechos colectivos (*caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párrafos 178 a 185, sentencia del 28 de noviembre de 2007).

— La protección judicial implica declarar que son inconventionales las leyes de autoamnistía, la prescripción en materia penal de delitos graves a derechos humanos y las normas de prescripción que obstaculizan las investigaciones a violaciones de derechos humanos (*caso Gomes Lund y otros “Guerrilha do Araguaia” vs. Brasil*, párrafos 173 a 177, sentencia del 24 de noviembre de 2010), (*caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, párrafo 111, sentencia del 22 de noviembre de 2007) y (*caso Bulacio vs. Argentina*, párrafos 115 y 116, sentencia del 18 de septiembre de 2003).

Con objeto de hacer patente la protección de los derechos humanos a la luz del art. 1o. de la Constitución mexicana, la jurisprudencia nacional debe mantener un diálogo cotidiano con la Interamericana, en la medida en que los mecanismos de protección y progresividad de sus interpretaciones permitirán consolidar la administración de justicia.

Con mayor razón ahora que aquella es vinculante para México, y todas las autoridades, incluyendo al juez nacional y local, deben ejercer sus atribuciones a partir del principio *pro personae*, según sea cada caso. La práctica judicial se abre al sistema interamericano ante la oportunidad de transformación que le concede la jurisprudencia convencional.

María del Refugio Elizabeth Rodríguez Colín

DERECHO A LA VIDA

I. DEFINICIÓN. Es el derecho que tiene todo ser humano a que su vida sea respetada por la comunidad política (el Estado) y por todas las demás personas. Este derecho se contraviene cuando alguien causa la muerte de otro. Por eso, se puede expresar también diciendo que nunca es lícito (o justo) matar a un ser humano inocente.

La aclaración de que no es lícito matar al «inocente» es necesaria para aclarar los casos en que puede ser lícito causar la muerte de un agresor violento que pretende matar a otro, como son los casos de la legítima defensa, la guerra o, en delitos muy graves, la pena de muerte. En estos casos no se niega que el agresor tenga derecho a la vida, simplemente se reconoce que, como toda persona, tiene derecho a la vida; el que es agredido al punto de poder ser muerto ejerce su derecho a la vida defendiéndola frente al agresor injusto.

El derecho a la vida está reconocido en los principales tratados de derechos humanos en términos muy claros, que no dejan lugar a dudas de que es un derecho universal, de todos los seres humanos o personas humanas. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice en su art. 6-1: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos dice en su art. 4-1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

En ambos artículos se expresa que el derecho de no ser privado arbitrariamente de la vida es un derecho de todas las personas. Y estos tratados aclaran, cada uno a su modo, que todo ser humano es persona. El art. 16 del Pacto dice: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad”, lo que equivale a decir que todo ser humano es persona y debe ser reconocido como tal. El art. 1-2 de la Convención dice: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Con la reforma constitucional de 2011, que incorporó los derechos humanos contenidos en los tratados a la Constitución mexicana, se incorporó el derecho a la vida, que estaba pálidamente definido en la Constitución mexicana, tal como está formulado en los tratados. Por eso se puede afirmar que en el orden jurídico mexicano el derecho a la vida es el derecho de todo ser humano (que es lo mismo que decir toda persona) a no ser privado arbitrariamente de su vida.

II. DERECHO A LA VIDA Y ABORTO EN MÉXICO. Por lo general, el derecho a la vida no se cuestiona. Nadie afirma públicamente que es lícito o justo matar a

otra persona. Pero la práctica difundida y legalizada del aborto voluntario ha hecho que se haya reflexionado mucho sobre el derecho a la vida en relación con el aborto voluntario.

El aborto, que es la privación voluntaria de la vida del ser humano concebido y no nacido, es evidentemente una transgresión del derecho a la vida de alguien que no puede defenderse. La idea de que el concebido menor de 12 semanas (que es el término que tiene la legislación penal de Distrito Federal), no es persona o ser humano es claramente errónea, porque no se puede negar que el embrión, o incluso el cigoto (embrión unicelular), es un ser humano que tiene en sí todo lo necesario para desarrollarse y crecer como tal, como lo sabe el sentido común (no hay ningún ser humano vivo que no haya sido cigoto y embrión) y lo demuestran las ciencias médicas.

Es también una idea peligrosa, porque admite que el poder político tiene la capacidad de decidir quiénes son seres humanos y quiénes no lo son. Al admitirse esta posibilidad se fractura todo el sistema de derechos humanos, pues de nada sirve que el Estado los defina, sancione y garantice si es el propio Estado el que decide quiénes son humanos y quiénes no.

En México, todos los códigos penales tipifican el aborto voluntario como un delito, y por lo general, admiten tres casos en que este delito no se castigará: cuando el no nacido es resultado de una violación, cuando tiene malformaciones congénitas graves y cuando está en peligro la vida de la madre. En estos casos, la doctrina jurídica y la misma Suprema Corte entendían que el aborto sigue siendo un delito, aunque las circunstancias en que se comete justifican que no se castigue (sentencia en acción de inconstitucionalidad, 29 de enero de 2002, *SJF* t. XV, marzo de 2002, pp. 793 ss.).

Con esa idea de una “excusa absolutoria” en los casos en que no se castigaba el aborto, se mantenía aparentemente intacto el derecho a la vida que, naturalmente, exige el castigo de quien prive arbitrariamente de la vida a otro.

En 2007 se modificaron los arts. 144 a 147 del Código Penal del Distrito Federal para establecer que la acción de la madre que aborta voluntariamente antes de cumplirse las 12 semanas de gestación no es un delito, sino una “interrupción voluntaria del embarazo”; es decir, una conducta permitida por la ley. También se reformó la Ley de Salud para el Distrito Federal para establecer que los hospitales públicos dieran el servicio de aborto gratuito.

La reforma fue impugnada por una acción de inconstitucionalidad por demandas del presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y del procurador general de la República. La sentencia de la Suprema Corte sobre esa acción fue declarar la constitucionalidad de esas reformas (sentencia en acción de inconstitucionalidad 147/2007, 28 de agosto de 2008). En la sentencia se afirma que el derecho a la vida no es un “derecho absoluto”, que las reformas, al establecer el plazo de dos semanas, consideran que está protegida la vida del feto, pero no la del embrión, y que el legislador no tiene el deber de penalizar el aborto voluntario.

Con la afirmación de que el derecho a la vida no es un “derecho absoluto” se viene a decir que es un derecho que puede entrar en conflicto con otros, y que en tales casos de conflicto se debe ponderar qué derecho debe prevalecer. Por ejemplo, se dice que entre el derecho del no nacido a la vida y

el derecho de la mujer a su proyecto de vida hay un conflicto de derechos que debe resolverse a favor de la madre. Lo que implícitamente se afirma con estos argumentos es que hay casos en que es lícito matar a un ser humano inocente o, en otras palabras, que existe un derecho, en ciertos casos, de matar a un ser humano inocente. Es, por lo tanto, una argumentación que destruye el derecho a la vida como derecho universal.

La sentencia de la Suprema Corte provocó una reacción en varios estados de la República, que modificaron sus Constituciones, para establecer que en sus territorios el derecho a la vida se tiene desde el momento de la concepción. El primero que lo hizo fue Baja California, al que luego se sumaron 17 estados. Se presentó una acción de inconstitucionalidad contra la reforma en Baja California, alegando que violaba derechos fundamentales de las mujeres. El 28 de septiembre de 2011, en sesión pública del pleno, se tomó la votación sobre un proyecto de sentencia que declaraba que esa reforma era inconstitucional. La votación fue de siete a favor de declarar la inconstitucionalidad y tres en contra, votación que no alcanzó la mayoría requerida de ocho votos para declarar la inconstitucionalidad de la reforma, de tal suerte que la cuestión quedó sin decidir. El argumento principal del proyecto para declarar la inconstitucionalidad era que el concebido no nacido no es persona.

Jorge Adame Goddard

DERECHO A LA VIDA PRIVADA

El derecho a la vida privada es la prerrogativa de los gobernados, que consiste en no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público. El bien jurídicamente protegido de este derecho está constituido por la necesidad social de asegurar la tranquilidad y la dignidad necesaria para el libre desarrollo del ser humano, a fin de que cada quien pueda llevar a cabo su proyecto vital. El derecho a la vida privada se materializa en el momento de proteger del conocimiento ajeno el hogar, la oficina o el ámbito laboral, los expedientes médicos, legales y personales, las conversaciones o reuniones privadas, la correspondencia por cualquier medio, la intimidad sexual, la convivencia familiar o afectiva y todas las actividades y conductas que se realizan en lugares no abiertos al público. Al igual que lo que sucede con el derecho de réplica, la doctrina utiliza el vocablo derecho a la vida privada indistintamente como derecho a la privacidad o derecho a la intimidad, no habiendo diferencias en el objeto del derecho. Acaso, se podría señalar que el derecho a la intimidad es el núcleo más personal o interior del derecho a la vida privada, y cuya afectación eventualmente sería digna de una protección legal mayor, pero que forma parte del concepto de derecho a la vida privada, según coincide la doctrina. Y es también el caso de México donde está previsto en la Constitución como límite a la libertad de expresión y a la Ley de Imprenta de 1917, así como la reciente Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho al Honor, a la Vida Privada y a la Propia Imagen para el Distrito Federal de 2006.

Este derecho contiene algunas peculiaridades, que es conveniente puntualizar: a) es un derecho esencial e inherente del individuo, independientemente del sistema jurídico particular o contenido normativo con el que está tutelado por el derecho positivo; b) es un derecho extrapatrimonial, que no puede comerciarse o intercambiarse como los derechos de crédito, pues forma parte de la personalidad jurídica del individuo, razón por la que es intransmisible e irrenunciable; c) es un derecho imprescriptible e inembargable. El derecho a la vida privada ha dejado de ser solo un asunto doctrinal para convertirse en contenido de derecho positivo, en virtud del desarrollo científico y tecnológico que experimenta el mundo moderno con el uso masivo de la informática, que permite el acceso casi ilimitado a información personal por parte de instituciones públicas y privadas.

El derecho a la vida privada es producto, en esencia, del desarrollo de los medios de información, del aumento de datos y hechos noticiosos. Existe consenso en la doctrina de que el derecho a la vida privada, entendido como *right to privacy*, tiene su origen en 1890, a propósito de un amplio artículo publicado por los abogados Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en la *Harvard Law Review*, titulado precisamente “*The right to privacy*”. Este artículo contiene las bases doctrinales a partir de las cuales se ha desarrollado el derecho a la vida privada bajo la primera definición de “ser dejado a solas”. Posteriormente, por la vía jurisprudencial en Estados Unidos de América y a través de normas codificadas en otros países, el derecho a la vida privada se ha convertido hoy en día en uno de los derechos fundamentales reconocidos tanto por instrumentos jurídicos supranacionales como por los órdenes jurídicos nacionales.

Toda persona tiene derecho a vivir su propia vida, a desarrollarse conforme pueda y pretenda, a generar relaciones con otros o a mantenerse ajena y en soledad. Los comportamientos del ser humano serán externos cuando se proyecten hacia otros dando publicidad a esos actos, o serán internos e intransferibles cuando permanezcan en el espacio interior de la persona.

En la doctrina española se afirma que se está en presencia de un derecho de la persona, cuyo contenido parece determinado, inicialmente, por ella misma. Y, en segunda instancia, por las circunstancias concurrentes en cada caso y el valor cultural e histórico, y en definitiva, conforme al interés público del asunto sobre el cual se informa.

En el derecho internacional, la protección de la vida privada fue reconocida como un derecho del hombre en virtud del art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948; el art. 17 del Pacto de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Civiles y Políticos ratificó esos términos. Por su parte, en el sistema interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos ó Pacto de San José, también contiene disposiciones relativas.

En México, el derecho a la vida privada está regulado por el art. 7o. constitucional, que prescribe como límite a la libertad de prensa el respeto a la vida privada. También es aplicable el art. 16 de la Constitución, primer párrafo, que a la letra dice: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Esta garantía de seguridad jurídica es, sin duda, amplia y suficiente para garantizar el derecho a la vida privada de las personas, pues regula con precisión los requisitos que debe reunir el mandamiento escrito mediante el que pueda afectarse o molestar a la persona:

a) *Autoridad competente.* La afectación a la persona debe provenir de una autoridad competente; es decir, de un órgano facultado por la ley, pero en este caso el art. 16 constitucional no hace referencia a una ley secundaria, sino a la propia Constitución, por lo que se exige que la autoridad esté investida de competencia constitucional.

b) *Escrito fundado.* No solo basta que la autoridad esté atribuida de competencia, sino que el mandamiento por escrito que lesiona al particular debe tener fundamento en una norma jurídica general de derecho positivo, conforme a la cual pueda darse origen al mandamiento de referencia.

En la doctrina se advierten posturas distintas. Mientras la mayoría fundamenta la necesidad de proteger el derecho desde la Constitución y con la creación de una garantía específica, algunos sostienen que este derecho solamente trata de problemas vinculados con la denominada “libertad informática”, que pueden resolverse a través de leyes claras y precisas. En todo caso, probablemente la solución sea consagrar el derecho en el texto constitucional —que de cualquier forma está prevista en todos los principales instrumentos internacionales, como el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 1o. constitucional merecen prácticamente protección similar a la prevista en los derechos humanos expresamente previstos en nuestra Constitución— y desarrollar leyes reglamentarias o secundarias que establezcan los elementos procedimentales, las vías de protección y las sanciones derivadas de su afectación. Esta tendencia ha adquirido carta de naturalización en cada vez más sistemas democráticos, particularmente en los regímenes que abrevan del sistema jurídico romano.

Ernesto Villanueva

DERECHO A LOS BENEFICIOS DE LA CULTURA

La humanidad recibe experiencias, conocimientos y enseñanzas de generaciones anteriores. A su vez, procesa y asimila esa información para su transmisión en un compendio denominado *cultura*. Existen dos enfoques comúnmente aceptados para definir este término: *universalista* y *diferencialista*. El primero de ellos declara que la cultura es una sola, que comprende todo lo relacionado con el saber humano más allá de diferencias sociales, geográficas o de cualquier otra categoría. El segundo, y quizá más admitido actualmente, propone la existencia de múltiples culturas dentro de la sociedad. Así, reconoce las infinitas y variadas manifestaciones de esta índole generadas por la humanidad, sin menospreciar ni jerarquizar a ninguna de ellas. No obstante, es importante destacar una percepción del concepto como resultado mutable de la experiencia social, con afinidades y diferenciaciones latentes entre cada manifestación cultural.

Los derechos, formas y reglas de manifestación humana, en su evolución consideraron la necesidad de reconocer, promover y garantizar los derechos a los beneficios de la cultura. Y esta circunstancia fue la que dio lugar a la codificación de los denominados *derechos económicos, sociales y culturales*, que pertenecen a los derechos humanos de segunda generación. Aunque en su faceta compuesta, después dio pie al *derecho al patrimonio artístico y cultural*, que forma parte de los derechos humanos de tercera generación, de los que son titulares los grupos humanos como colectividad. De ahí que el derecho a los beneficios de la cultura no es otra cosa más que un derecho humano inalienable, relacionado con el conjunto de normas, nacionales e internacionales, que permiten el desarrollo de las expresiones culturales, su protección, manifestación y el aprovechamiento, desde cognitivo hasta económico —representado por el reconocimiento internacional de la propiedad intelectual— que se pueda obtener de ellos.

Por supuesto que al entenderse la importancia de proteger las huellas de vida humana, como instrumento de transmisión de experiencias, progresos y descubrimientos, fue que se tornó necesaria la implementación de normas capaces de extenderse por el mundo. Fue así como en 1945 nació la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), con el propósito de generar un espacio propicio para el diálogo intercultural y su consecuente difusión.

En 1948 surge la Declaración Universal de Derechos Humanos, primer instrumento internacional que incorpora un catálogo de derechos culturales. Dentro de éste se estipula la libre participación de las personas en la vida cultural de la comunidad y la protección intelectual, así como el derecho a la realización de los derechos culturales.

Ese mismo año, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) adopta la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en que se estableció el derecho de toda persona a participar, gozar y disfrutar de la vida cultural, además de la importante protección de los intereses morales y materiales que correspondan por sus creaciones (art. XIII). Este rubro ha sido reconocido además en el Convenio de Berna, por la UNESCO en 1952 y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual desde 1967.

En 1969 surge la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José”, cuyo reto cultural es la obligación de los Estados de adoptar providencias en lo interno y a través de la cooperación internacional, para lograr la efectividad de los derechos derivados de normas culturales contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

Para 1976, nace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificado con el carácter de vinculante por buena parte de los países miembros. En este documento los derechos se caracterizan por realizarse a través del Estado, de manera progresiva y mediante acciones positivas. Representa además el reconocimiento de dos nuevas categorías de derechos

culturales: la libertad para la actividad creadora y la libertad para la investigación científica.

De manera trascendente, en su capitulado se amplían los compromisos de los Estados para garantizar el cumplimiento de los derechos. Para ello, establece obligaciones de carácter general, tales como el compromiso de adoptar las medidas internas y de cooperación entre los Estados a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, y la obligación de no discriminación al garantizar el ejercicio de los derechos en él enunciados.

Años después, en 1988, se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador, aunque entra en vigor hasta 1999. En su art. 14 expresamente se prescribe el *Derecho a los beneficios de la cultura*, y destaca en esencia la adopción de los mismos propósitos y obligaciones del PIDESC.

El Protocolo se ha convertido en la herramienta principal sobre materia cultural en el sistema interamericano. Prevé métodos de protección, como la presentación de informes periódicos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los Estados miembros, la facultad de organismos especializados de presentar informes relativos al cumplimiento de las disposiciones protocolarias ante el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Además de la posibilidad, por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de formular observaciones y recomendaciones, dentro del Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial (art. 19).

Por otro lado, los temas culturales en el derecho Europeo se compendian hasta la aparición del Tratado de la Unión Europea. La clave en los temas culturales dentro del derecho comunitario es la subsidiariedad, que implica el respeto por las acciones de cada Estado en materia cultural, sin que sea impedimento para la realización de actividades comunes que fortalezcan el acervo cultural de sus miembros. Otros instrumentos relevantes son la Carta Social Europea (1961), la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural (1985), la Convención Europea sobre la Protección del Patrimonio Arqueológico (1992), la Carta Europea sobre las Lenguas Regionales o Minoritarias (1992) y la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (1994).

Con la instrumentación jurisdiccional y los sistemas legales del derecho de la cultura, auxiliados por la ciencia y tecnología informática, que han propiciado una verdadera revolución de la información cultural al mejorar la difusión del conocimiento humano cuantitativa y cualitativamente de manera vertiginosa y en tiempo real, en el Estado democrático constitucional de derecho de las naciones, hoy debe ser una realidad la tutela y vigencia del derecho fundamental de los beneficios de la cultura.

Jorge Meza Pérez

DERECHO A LOS BENEFICIOS DE LA CULTURA (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

El reconocimiento de los derechos humanos como universales ha llevado a su doble protección, pues están salvaguardados por el derecho constitucional y por el derecho internacional tanto a nivel universal como regional. Dentro de este catálogo de derechos encontramos los culturales que han sido incorporados a las Constituciones políticas de los países para asegurar su ejercicio. Como antecedente de la importancia de esa incorporación se encuentra la Conferencia Intergubernamental sobre las Políticas Culturales en América Latina y el Caribe, primera reunión de ministros de cultura de la región celebrada en Bogotá en enero de 1978, en donde se reconoció la necesidad de una legislación específica y adecuada para su protección.

Dos son las situaciones que han favorecido a la codificación constitucional del derecho a la cultura. Por una parte, la crisis del colonialismo y la exposición de nuevas formas políticas o culturales del mismo, y por otra, la existencia de grupos étnicos. De cualquier manera, la aparición del discurso sobre la diversidad cultural provocó la necesidad de incorporarlo dentro del ámbito jurídico de los países, tanto en sus ordenamientos como en la interpretación que se hace de ellos por los tribunales constitucionales.

Así, diversas categorías de derechos culturales han sido objeto de reconocimiento jurídico nacional, dentro de las cuatro bases centrales que se reconocen, que son: el derecho de autor, derecho del patrimonio cultural, derecho de la creación y producción artística y el derecho de las industrias creativas o culturales, y en tal sentido se ha desarrollado la jurisprudencia constitucional.

Los derechos relativos a la protección y conservación del patrimonio cultural en la mayoría de los países están determinados a nivel constitucional, el derecho a la cultura ha sido proclamado explícitamente por las Constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. Igualmente, en varias Constituciones de América Latina se reconocen los derechos lingüísticos estableciendo como idioma oficial el español, y en el caso de Brasil, el portugués, así como las lenguas y dialectos étnicos existentes, como en el caso de Nicaragua, Perú y Venezuela.

A raíz de ese desarrollo, diversas categorías de derechos culturales han sido objeto de reconocimiento jurídico nacional e internacional; es decir, nuevas categorías de derechos culturales se han incorporado, como los derechos colectivos vinculados con la identidad, personalidad y autonomía cultural de las naciones y de los pueblos, tales como el derecho a la identidad cultural nacional, derecho de todo pueblo a desarrollar su cultura, el respeto de la personalidad cultural de los países, el derecho de cada Estado a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural y el derecho a la cooperación.

Es necesario tomar en cuenta que existen distintas maneras en que las Constituciones prevén mecanismos para la salvaguarda de los derechos culturales, pues se protegen derechos tanto colectivos como individuales. Los Estados, al intentar aplicar la norma sobre derechos culturales a los casos concretos, se inspiran en dos vertientes: por un lado, la diversidad cultural,

que propone reforzar la diferenciación, y por otro, la identidad cultural, que busca incluir la diversidad bajo una óptica de integración.

En Colombia, fue a partir de la creación de las normas constitucionales aprobadas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 cuando se reconoció la diversidad cultural. Con posterioridad, se dio la pauta para el surgimiento de jurisprudencia de su Corte Constitucional, donde destacan tres conceptos jurídicos que complementan su Constitución, al contener implícitamente concepciones sobre la cultura, ámbito territorial, sujeto colectivo y propiedad colectiva.

En el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en jurisprudencias relativamente recientes (2012) acerca del derecho a la cultura como derecho fundamental, inherente a la dignidad de la persona. En sus criterios se plasma que el Estado es el encargado de velar por la libre emisión, recepción y circulación de la cultura, en sus aspectos individual y colectivo, englobando en este último la difusión de valores, como los históricos, las tradiciones, los populares, las obras de artistas, escritores y científicos. Sin embargo, hace el recordatorio de que, como cualquier derecho humano, éste no es irrestricto, ya que encuentra límites externos relacionados con el ejercicio de otros derechos, pues carecería de legitimidad constitucional que bajo el auspicio de una expresión o manifestación cultural se atentara contra otra serie de derechos también protegidos de manera constitucional, en cuyo caso se estará sujeto a valoración o a ponderación en el caso particular de que se trate.

En la tradición anglosajona podemos encontrar precedentes de la protección de derechos culturales, tal es el caso *R. v. Sparrow*, donde la Suprema Corte de Canadá determinó que cuando una medida legislativa limita el ejercicio de un derecho existente indígena se da *prima facie* una violación de la sección 35 de la Constitución de 1982, y para determinar ese derecho hay que identificar las prácticas, tradiciones y costumbres distinguiendo si son parte característica de su cultura.

Ahora, en el contexto del derecho europeo destaca el caso *Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden* (número 23883/06 del 16 de diciembre 2008), que se refiere al desalojo de inquilinos por rehusar remover una antena satelital que les permitía recibir programas de televisión en árabe y farsi de su país de origen (Iraq). La Corte enfatizó la importancia para esa familia de inmigrantes, de mantener contacto con su cultura y lenguaje, y precisó que esa libertad a recibir información no solo se extiende a reportes de eventos públicos, sino también a las expresiones culturales o entretenimiento puro.

De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha producido numerosa jurisprudencia en cuanto a derechos culturales se refiere. Entre algunos casos destacables se encuentran el de *Aloeboetoe vs. Suriname*, donde se tomó en cuenta la estructura familiar del pueblo *maroons*, a la cual pertenecen los *saramacas*, tribu de las siete víctimas de detención, trato cruel, inhumano y degradante y muerte por parte del estado de Suriname; en donde se determinó que, para la reparación de los daños, el derecho local que debía aplicarse no era el derecho surinamés, pues éste no era eficaz en la región en cuanto al derecho de familia, correspondiendo entonces aplicar la costumbre

saramaca, en la medida en que no fuera contraria a la Convención Americana. Situación similar a la del caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, en donde prevaleció la costumbre de la comunidad indígena *Awas Tingni*, en aras de tener una sentencia con efectos útiles para los afectados, y en donde se hizo referencia al concepto de propiedad territorial colectiva en las comunidades indígenas.

Jorge Meza Pérez

DERECHO A RECIBIR UN SALARIO JUSTO

El derecho a un salario justo es una parte fundamental del derecho al trabajo. En ese tenor, y bajo la teoría generacional de los derechos humanos —quizá ya superada— se configura como un derecho de segunda generación, (económicos, sociales y culturales, DESC).

Sin embargo, desde la Declaración y Plataforma de Acción de Viena de 1993 ha quedado claro que los derechos humanos —todos— son indivisibles, interdependientes, y por tanto, existe la obligación estatal de protegerlos y garantizarlos. Así, no hay ninguno por encima ni más importante que otro.

Bajo esta premisa, una afectación a los derechos económicos, sociales y culturales puede vulnerar —en la mayoría de ocasiones— derechos civiles y políticos por la evidente interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Sin desconocer que numerosos derechos económicos, sociales y culturales requieren de prestaciones positivas, también se debe considerar que numerosos derechos civiles y políticos (de primera generación) no pueden ejercerse ni alcanzar su plenitud sin una prestación positiva del Estado (constitución del entramado electoral, formación de policías responsables y dotación de infraestructura o equipo para la seguridad o la impartición de justicia). Por lo que la observancia adecuada de los derechos civiles y políticos en muchas ocasiones también es de realización progresiva, como la que se acredita a los derechos económicos, sociales y culturales. Unos y otros están interrelacionados y se identifican. Lo anterior desacredita el argumento de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, que en ocasiones ha sido empleado por los Estados para desatender o violentar estos derechos.

En la definición del derecho a recibir un salario justo se recurrirá al marco jurídico internacional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 23.3, dispone que “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé, en su art. 7, que “los Estados parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: b) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie”.

En la Observación General núm. 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), aprobada el 24 de noviembre de 2005, se determinó que el trabajo pleno será posible con la conjunción de los siguientes elementos interdependientes y esenciales, que deberán ser proporcionados por los Estados en la medida de las condiciones internas existentes: disponibilidad y accesibilidad, dentro de ésta última se ubica la “aceptabilidad y calidad”, es decir, el derecho del trabajador a condiciones justas y favorables de trabajo.

Por otra parte, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha reconocido que la remuneración es el aspecto de las condiciones de trabajo que más directamente influye en la vida diaria de los trabajadores. Según la Constitución de la OIT (1919) “la garantía de un salario vital adecuado” es uno de los objetivos cuya consecución es más urgente.

Así, en el Convenio 95 sobre la Protección del Salario de la OIT (1949), art. 4, se determina que la legislación nacional, los contratos colectivos o los laudos arbitrales podrán permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie. En los casos en que se autorice el pago parcial del salario con prestaciones en especie se deberán tomar medidas pertinentes para garantizar que: a) las prestaciones en especie sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, y redunden en beneficio de los mismos; b) el valor atribuido a estas prestaciones sea justo y razonable.

La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008) determina que entre las medidas que deben adoptar los Estados se encuentran aquellas en materia de “salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección”.

En el ámbito de los sistemas regionales de protección de derechos humanos también se produce el reconocimiento del derecho a un salario justo.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, numeral 7, “Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo”, dispone que el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.

Sin embargo, la exigibilidad y justiciabilidad de este derecho está limitado en el sistema interamericano ya que, conforme al art. 19.6 del mismo Protocolo de San Salvador, del conjunto de derechos aquí previstos solamente son exigibles y justiciables, a través de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, el derecho a la educación y los derechos sindicales.

Frente a las restricciones que tiene el sistema interamericano para hacer exigibles los derechos económicos, sociales y culturales, lo que ha hecho es pronunciarse sobre la afectación que se produce a derechos civiles y políticos (que son aquellos expresamente contenidos en la Convención Americana so-

bre Derechos Humanos) por la existencia de una omisión o acción estatal que priva de condiciones adecuadas de subsistencia, salud o trabajo.

En los casos *Villagrán Morales y otros, Comunidad indígena Yakye Axa, “Instituto de Reeducación del Menor”, de los Hermanos Gómez Paquiyauri y Myrna Mack Chang*, se consideró que el derecho a la vida comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea prevé en su parte I, numeral 4, que: “todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”. Y en el art. 4 “Derecho a una remuneración equitativa” se sostuvo que para garantizar este derecho, las partes se comprometen a reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso.

Finalmente, en el Sistema Africano de Derechos Humanos, el art. 15 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) reconoce que “todo individuo tendrá derecho a trabajar en condiciones justas y satisfactorias, y recibirá igual paga por igual trabajo”.

Como se ve, conforme al conjunto de normas internacionales, el derecho a un salario justo es relevante para el pleno ejercicio de los demás derechos humanos y se integra como elemento al concepto de trabajo decente de la OIT. Para ahondar en la normativa constitucional, véase “Derecho a un salario justo (jurisprudencia constitucional”.

A pesar de lo antes dicho, hay que reconocer los límites que a este derecho impone la realidad de América Latina y otras latitudes: el subempleo, la informalidad y el trabajo precario, así como sus causas estructurales, afectan y lesionan este derecho.

Julieta Morales Sánchez

DERECHO A RECIBIR UN SALARIO JUSTO (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

Este apartado se centrará en las disposiciones constitucionales y, posteriormente, en la labor interpretativa de los órganos de control constitucional en torno al derecho a recibir un salario justo.

En México, la Constitución refiere, en su art. 123, apartado A, fracción VI, que “los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos”. En este sentido, el mismo art., en su fracción VII, agrega que “para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”.

La Constitución argentina prevé que el derecho al trabajo, conforme al art. 14 bis, gozará de la protección de las leyes, a fin de asegurar al trabajador una retribución justa.

El texto fundamental de Bolivia dispone, en su art. 7o., que “toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que regla-

menten su ejercicio: j. A una remuneración justa por su trabajo que le asegure para sí y su familia una existencia digna del ser humano”.

La Constitución de Brasil, en su capítulo II, denominado “De los Derechos sociales”, art. 7o., fracción IV, afirma que son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tiendan a la mejora de su condición social, “el salario mínimo, fijado en ley y unificado para toda la nación, capaz de atender sus necesidades vitales básicas y las de su familia como vivienda, alimentación, educación, salud, descanso, vestido, higiene, transporte y seguridad social, con reajustes periódicos que preserven el poder adquisitivo, quedando prohibida su afectación a cualquier fin”.

En Chile, la Constitución prevé, en el art. 19, apartado 16, que se asegura a todas las personas “16. La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”.

El texto constitucional colombiano afirma, en su art. 25, que “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Por su parte, la norma fundamental de Costa Rica regula, en su art. 56, que “el trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada”. Igualmente, en el art. 57 de la Constitución costarricense se prevé lo siguiente: “Todo trabajador tendrá derecho a un salario mínimo, de fijación periódica, por jornada normal, que le procure bienestar y existencia digna. El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia”.

La Constitución ecuatoriana dispone, en su art. 33, que “el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”.

La Constitución de República Dominicana determina, en su art. 62, inciso 9, lo siguiente: “Todo trabajador tiene derecho a un salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantiza el pago de igual salario por trabajo de igual valor, sin discriminación de género o de otra índole y en idénticas condiciones de capacidad, eficiencia y antigüedad”.

La Constitución de la República de Venezuela dispone, en su art. 87, que “la ley proveerá los medios conducentes a la obtención de un salario justo; establecerá normas para asegurar a todo trabajador por lo menos un salario mínimo; garantizará igual salario para igual trabajo, sin discriminación alguna”.

En España, la norma fundamental, en su art. 35.1, establece que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

Mientras que en Italia, la norma constitucional determina, en su art. 36, que “el trabajador tendrá derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, cualquier caso, para asegurar a su familia y a él una existencia libre y decorosa”.

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en el apartado de “Empleo y Remuneración”, prevé lo siguiente: “5. Todo empleo debe ser justamente remunerado. A tal fin conviene que, con arreglo a las prácticas nacionales: se garantice a los trabajadores una remuneración equitativa, es decir, que sea suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno”.

Aunque utilizando una terminología diferente, en el ámbito internacional encontramos algunos casos que hacen referencia al salario justo. A manera de ejemplo se mencionarán algunos de ellos.

Un ejemplo es la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (Carreño Quispe, Exp. No. 0029-2001-PA/TC), en el cual el demandante solicita que la municipalidad en la cual laboraba lo restituya en su puesto de trabajo y ordene el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. El alto tribunal, pronunciándose por la pretensión denegada en la instancia inferior, declara que el trabajador que presta sus servicios tiene derecho a un pago equitativo y suficiente que permita su subsistencia y la de su familia; por tanto, estima la demanda del recurrente.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció recientemente sobre el caso Magda Rodríguez Caballero (Auto 134/13, Expediente T-3.418.445, 27 de junio de 2013). En este proceso, la acción de tutela fue promovida por la señora Magda Gutiérrez Caballero, con el fin de que se ampararan sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital. La Corte Constitucional resolvió “tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la vida digna y al mínimo vital”.

Asimismo, la mencionada Corte colombiana, en la sentencia C-019/04, recurre en repetidas ocasiones a la mención del salario justo como parte integrante de las nociones laborales de aquel país, aun cuando no se habla expresamente de este derecho en su Constitución. En la sentencia C-931/04 se examina la constitucionalidad de disposiciones que restringen el derecho de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo real del salario.

Por otro lado, en República Dominicana encontramos la sentencia TC/0117/13, del 4 de junio de 2012, que aunque no versa específicamente sobre el derecho a un salario justo, se basa en la recorte salarial que sufrirá un trabajador por ciertas disposiciones recién instauradas. Al refutar esa medida, el actor cita el art. 62 de su Constitución, la cual dice en parte que todo trabajador tiene derecho a un salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales.

En Argentina se encuentra, por ejemplo, que en el caso Miglierini, Hilda Aurora y otros (Fs. 262/422, 8 de junio de 2004) ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los demandantes sostenían que un fallo emitido por

un tribunal local vulneraba sus derechos a una retribución justa, entre otros. Aunque en ese caso la Corte Suprema falló en contra del demandante, se contempla el respeto a la remuneración justa contenida en el art. 14 bis de la Constitución argentina.

En México se ha determinado que “la Junta está obligada... a determinar cuál es, a su juicio, el salario remunerador, si el indicado por el obrero o el que sugería el patrono; y si ninguno de ellos lo estima justo, debe fijar ella misma el que conceptúe equitativo” (Salario remunerador, facultades de las Juntas de Conciliación para fijarlo).

Julietta Morales Sánchez

DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El derecho a un proceso equitativo, a veces denominado como derecho al debido proceso, queda proclamado por el art. 6o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es uno de los artículos del Convenio que con mayor frecuencia se invocan, ya que consagra una serie de principios básicos propios del mismo Estado de derecho. La garantía de un proceso equitativo tiene como finalidad de proporcionar una protección que no es teórica e ilusoria, sino concreta y efectiva de los derechos humanos, y esto implica tanto utilizar conceptos “funcionales” y “materiales” como nociones “autónomas” que emanan del Convenio, ya que los conceptos jurídicos no pueden ser interpretados únicamente por referencia al derecho interno del Estado demandado, lo que podría tener como consecuencia una grave limitación en el ejercicio del derecho.

La estructura del art. consta de una parte general (el apartado primero), que enuncia el principio según el cual toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de forma equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal que decidirá tanto de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil como del fundamento de cualquier acusación en materia penal que la concierna, y de una parte especial (los apartados segundo y tercero) que afirma un abanico de derechos imprescindibles de los que goza el acusado en el proceso penal.

El art. 6.1 afirma el derecho de acceso a un tribunal independiente, imparcial y establecido por ley para toda persona, entendiéndose por esta tanto a las personas físicas como a las jurídicas, incluidos los extranjeros y apátridas que se encuentren bajo la jurisdicción de cualquiera de los Estados contratantes. El Convenio considera como “tribunal” cada instancia que ejerce una función jurisdiccional aplicando las normas de derecho a través de un procedimiento organizado. Por “litigio”, hay que entenderse una disputa real y seria que puede versar sobre la existencia misma de un derecho y también sobre cuestiones de hecho. Entre el resultado del procedimiento y el derecho debe existir un vínculo directo, de manera que el primero sea determinante para el derecho en cuestión.

Por “derechos y obligaciones” se entienden los que tengan una base legal en el derecho interno, en un modo que permita su ejercicio ante los tribunales. La expresión “de carácter civil” prescinde de las calificaciones de los

distintos Estados miembros y depende de su contenido material, incluyendo sin duda un derecho que tenga una naturaleza patrimonial y de manera muy amplia tanto las diversas ramas del derecho privado como asuntos muy dispares; por ejemplo, la autorización de vender un terreno (*Ringeisen c. Autriche*); la propiedad de un edificio religioso (*Paroisse Greco Catholique Sâmbata Bihor c. Roumanie*); el derecho para ejercer una profesión (*Le Compte, Van Leuven y De Megere c. Belgique*); los litigios relativos a funcionarios públicos (*Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*), y un litigio presentado ante una jurisdicción constitucional si el procedimiento relativo al derecho de carácter civil tiene una incidencia directa sobre el resultado del litigio ante la jurisdicción ordinaria (*Ruiz-Mateos c. Espagne*). Bajo algunas condiciones, el Tribunal ha concluido por la aplicabilidad del principio en las medidas cautelares.

El Convenio utiliza una noción funcional también para calificar el concepto de “acusación en materia penal”, que debe interpretarse a la luz del Convenio prescindiendo de las categorías utilizadas en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados contratantes. Un punto de partida funcional exige que se aprecien tres criterios, dictados en la sentencia *Engel* y otros (*Engel et autres c. Pays-Bas*): en primer lugar, la calificación jurídica que la infracción recibe en el derecho interno, y después, de forma alternativa, los criterios de la naturaleza de la infracción y de la gravedad de la sanción prevista por ley aplicable. Cuando un examen de cada criterio no permita llegar a una conclusión clara en cuanto a la existencia de una acusación en materia penal, se puede adoptar una lógica acumulativa de los criterios (*Benedoun c. France*). La vertiente penal del art. 6o. es aplicable a los procedimientos ante un tribunal militar (*Albert et Le Compte c. Belgique*). Las infracciones del régimen disciplinario penitenciario como tal no quedan incluidas y deben ser analizadas bajo el perfil civil del artículo 6o. (*Enea c. Italie*), al igual que los procedimientos de extradición (*Peñafiel Salgado c. Espagne*) o los de la orden de detención europea, porque se consideran como una manifestación del ejercicio de los poderes disciplinarios (*Ravnsborg c. Suède*). La noción de acusación en materia penal puede aplicarse a los procedimientos administrativos, fiscales (*Mieg de Boofzheim c. France*), aduaneros (*Salabiaku c. France*), en materia de derecho de la competencia (*Société Stenuit c. France*) y en cuestiones financieras (*Guisset c. France*).

Después de la enunciación general del apartado primero, el art. 6.2 sigue añadiendo el principio de la presunción de inocencia de la que goza toda persona acusada de una infracción hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. El Convenio quiere proteger a cada persona acusada de los efectos nocivos que pueden resultar en una violación de este principio (*Allenet de Ribemont c. France*).

En el art. 6.3 se enumeran, pero no de manera exhaustiva, las garantías que consiguen el principio del derecho equitativo en el proceso penal, que tienen como finalidad de asegurar la “legalidad de las armas” entre la parte acusadora y la defensa. Entre estas se colocan: el derecho a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él (*Goddi c. Italie*), y el derecho del acusado a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia. El acusado debe

además disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa y tiene el derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan. Toda persona acusada goza del derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra (*Barberà, Messegué et Jabardo c. España*).

Eloisa Denia Cosimo

DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS)

El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional es afirmado por el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según el cual “Toda persona, cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados, tiene derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. La afirmación de este derecho es la consecuencia de la obligación general de reconocer los derechos humanos protegidos que se impone a los Estados miembros, en virtud del art. 1o. del Convenio.

Desde el punto de vista del derecho comparado, el derecho a un recurso efectivo, que encuentra su antecedente en el art. 8o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es afirmado también en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en otros tratados internacionales en materia de derechos humanos, como el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Aunque el Tribunal Europeo haya declarado que el sistema de protección de los derechos humanos requiere “una limitación máximas de las restricciones implícitas a esta clausula” (*Kudla c. Polonia*), de hecho, la aplicación de la norma se ha visto muy afectada por los problemas de interpretación que ella implica.

El derecho afirmado no es absoluto, ya que subyace a varias condiciones que dependen del tenor literal del art. y de su interpretación judicial. Desde el primer punto de vista, la violación que determina el derecho a un recurso efectivo debe referirse a alguna otra disposición del Convenio que reconozca un derecho o una libertad (*Klass y otros c. Alemania*), pero la apreciación del Tribunal sobre el art. 13 puede efectuarse de manera autónoma respecto a toda otra norma del Convenio. Desde el segundo punto de vista, el Tribunal interpreta el derecho a un recurso efectivo siempre que se trate de “peticiones defendibles” (*arguable complaint*) en los términos del Convenio (*Boyle y Rice c. Reino Unido*), entendiéndose por tal una petición que tenga un fundamento de violación de un derecho protegido, lo que no se puede establecer de forma teórica y que requiere una evaluación específica del caso por el Tribunal (*M. A. c. Cipro*).

La disposición debe considerarse como una norma general, que no se aplica en los casos en que hayan normas específicas, como el art. 5.4, que afirma el derecho al control de la legalidad de la detención, o el art. 6o. del Convenio, según el cual toda persona tiene derecho a un proceso equitativo.

El Tribunal considera que la amplitud de la obligación del Estado de garantizar un recurso efectivo depende de la naturaleza del derecho vulnerado, con el resultado de que la protección debe ser más rígida en el caso de una violación del derecho a la vida reconocida por el art. 2o. del Convenio o de la prohibición de la tortura y otros tratos prohibidos por el art. 3o. del Convenio (*Kaykharova y otros c. Rusia*).

El derecho debe ser garantizado por el Estado en la legislación y en la práctica, en particular en el sentido de que su ejercicio no debe estar injustificablemente obstaculizado por los actos u omisiones de las autoridades del Estado (*Büyükdag c. Turquía*), que puedan condicionar el ejercicio del derecho del demandante (*Sabanchieva y otros c. Rusia*) o que no pueden suficientemente proteger a este mismo contra la arbitrariedad (*Al-Nashif c. Bulgaria*).

El art. 13 no va tan lejos hasta garantizar un recurso que permite impugnar las leyes de un Estado miembro contrarias al Convenio ante una instancia nacional (*Costello-Roberts c. Reino Unido*), pero trata de garantizar que el individuo pueda presentar una queja no frente a la autoridad judicial nacional, sino ante una autoridad no judicial del Estado, que sea lo suficientemente independiente e imparcial para conocer los hechos y los argumentos del denunciante (*Milen Kostov c. Bulgaria*), para juzgar la violación y para otorgar la reparación necesaria a través de una decisión vinculante (*Di Sarno y otros c. Italia*) de la que el demandante pueda aprovechar de manera concreta (*Keenan c. Reino Unido*).

La efectividad del recurso puede implicar que esto tenga un efecto suspensivo, como ha sido afirmado en el caso de la expulsión de un inmigrante (*De Souza Ribeiro c. Francia*), y no depende de la certeza de un resultado favorable por el demandante (*Soering c. Reino Unido*). El carácter efectivo del recurso, aunque no se llegue a exigir hasta que exista un recurso interno contra la legislación (*Young, James y Webster c. Reino Unido*), requiere que el Estado haya establecido recursos contra las normas reglamentarias (*Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*) o, además, un “conjunto de recursos” para satisfacer las condiciones del art. 13 (*Leander c. Suecia*).

Eloisa Denia Cosimo

DERECHO AL HONOR

El derecho al honor puede definirse como la potestad jurídica que tienen las personas físicas o jurídicas para proteger su estima, crédito y/o reconocimiento social frente a intrusiones ilegítimas que las puedan hacer desmerecer en la consideración propia y ajena. El derecho al honor está codificado en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y en casi todos los textos constitucionales de los países reconocidos por la ONU. El objeto del derecho al honor supone la protección de la consideración, estima o valor personal en el ánimo público y en la percepción propia, cuyo valor jurídico debe ser establecido casuísticamente, a la luz de los principios prevalecientes en la

sociedad en un tiempo y espacio determinado. El contenido de este derecho, por ende, habrá de ajustarse también en razón de los procesos de evolución y permanencia de esos mismos valores y principios sociales.

El ámbito de protección del honor se debe determinar tomando en cuenta tres aspectos fundamentales: a) la calidad jurídica de la persona presumiblemente afectada en su honor. El tratamiento habrá de tener diferencias y peculiaridades, según se trate de una persona jurídica, de una persona pública o de un particular, como se puede advertir en el derecho comparado, bien se trate de derecho continental, del derecho anglosajón o de los diversos sistemas híbridos existentes; b) las normas sociales y morales predominantes en una época y tiempo casuísticamente determinados. Las diferencias culturales, religiosas y educativas entre una sociedad y otra son referentes esenciales para determinar el grado de afectación del honor de las personas, y c) el manejo que la persona hace de su propio crédito y consideración en su relación con los demás, en razón de su trabajo, de sus convicciones o, simplemente, de su forma de vida dentro de la sociedad.

La doctrina ha dividido tradicionalmente el honor jurídicamente protegido en dos facetas o ámbitos básicos: el honor objetivo y el honor subjetivo.

El honor objetivo —en realidad objetivable— está constituido de la manera siguiente:

1. El honor de los particulares.
2. El honor de las personas jurídicas.
3. El honor de las personas públicas.
4. La protección penal del honor.

La tensión entre el poder público y los medios de comunicación ha sido el eje sobre el cual ha girado la evolución histórica de los derechos fundamentales en el mundo entero: de un lado, la reivindicación de la prensa por informar y discutir sobre todo asunto de relevancia pública, y de otro, la intención del poder público por acotar los alcances de las libertades de expresión e información con la inserción de derechos con bienes jurídicos protegidos eventualmente antagónicos a esas libertades. La lucha entre el alcance de las libertades de expresión e información y el núcleo protector del derecho al honor ha sido, en particular, uno de los aspectos esenciales del estudio para delimitar dónde inicia uno y dónde terminan las otras. Lo anterior se ha resuelto en los Estados democráticos de derecho a través de la vía jurisprudencial, mediante la cual se han ofrecido los elementos interpretativos obligatorios para aplicar el derecho a casos concretos. La libertad de expresión ampara la libre difusión de ideas, opiniones y juicios de valor; se trata, sin duda, de un derecho fundamental dotado de la más amplia protección jurídica para su libre ejercicio; por ello, sus límites se han reducido a una porción mínima, tanto por lo que hace a las personas públicas como cuando se refiere a las personas privadas. Tan es así que la *exceptio veritatis* no constituye un ingrediente de la licitud de la libertad de expresión, habida cuenta de la imposibilidad material para calificar a las ideas y opiniones de verdaderas o falsas.

Se ha afirmado que la libertad de información protege fundamentalmente la investigación y la difusión de hechos noticiosos. Las tensiones entre la prensa y el gobierno se pueden rastrear hasta la Ley de Sedición de 1798 —promovi-

da por el partido de Alexander Hamilton y John Adams—, que consideraba delito los “escritos falsos, escandalosos y maliciosos” contra el gobierno, el Congreso y el presidente de los Estados Unidos. La ley no pudo resistir, sin embargo, los embates de los electores condenando a la derrota electoral a los federalistas —sus promotores—, dejando sin efecto legal la ley en cuestión en 1800, y declarada inconstitucional en 1801. La tentación gubernamental por acotar los límites de la libertad de información de la prensa no quedó, sin embargo, truncada, pues años más tarde, cuando el *World* de Nueva York y el *News* de Indianápolis aportaron datos sobre la corrupción habida en la edificación del Canal de Panamá en 1908, el presidente Teodoro Roosevelt ordenó al fiscal general que se querellara por libelo. Los tribunales rechazaron los casos antes de que llegaran a juicio, determinando que el gobierno no puede querellarse por libelo; no obstante, sí podían hacerlo los servidores públicos a título personal. Es así que entre 1801 y 1963 las querellas por libelo —es decir, por difamación y calumnia—, en donde estaba involucrada la prensa, se habrían de resolver conforme a las leyes aplicables —sobre todo civiles, por ser reparadora al buscar resarcir el daño sufrido mediante cuantiosas indemnizaciones—, independientemente de que se tratara de personas públicas o privadas, mediante el método de *balancing test* (ponderación entre un bien jurídico y otro afectado). En 1964 se produce un giro radical en el tratamiento judicial de los procesos por libelo al ser analizados desde la perspectiva de la primera enmienda de la Constitución por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el caso *The New York Times vs. Sullivan*, que al valorar la importancia que tiene la prensa como arma del arsenal de la democracia señalaba, por conducto del juez William Brennan, que: “El debate sobre temas públicos debe ser desinhibido, robusto y ampliamente abierto, y bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradables y afilados, contra el Gobierno o los servidores públicos... Algún grado de abuso —afirmaba citando a Madison— es inseparable del propio uso de cada cosa; y en ninguna instancia es más cierto que en la prensa... Hay que tener en cuenta que las declaraciones erróneas son inevitables en un debate libre y deben ser protegidas si las libertades informativas constituyen el espacio para respirar («*breathing space*») que necesitan para sobrevivir... y es que una decisión que obligue al que critica la actuación oficial a garantizar la veracidad de sus decisiones, y que tenga que hacerlo bajo la amenaza de juicio por libelo y que se puedan pedir indemnizaciones prácticamente ilimitadas, conduciría a algo comparable a la *autocensura*”. Después de las consideraciones anteriores, la sentencia fijaba el criterio que habría de seguirse para determinar cuándo los servidores públicos pueden entablar una querella por libelo: “Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a cualquier servidor público reclamar daños por una nota falsa y difamante en relación a su conducta oficial, a menos que pruebe que la declaración fue hecha con malicia real o efectiva («*actual malice*») es decir, con conocimiento de que era falso («*with knowledge of its falsity*») o con descuidada desconsideración acerca de si era falso o no («*or with reckless disregard of whether it was false or not*»”. El criterio definido en el caso *Sullivan* sigue vigente hoy en día. En 1967 a la luz del caso *Butts*, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos amplió el núcleo protector del caso

Sullivan a las figuras públicas que juegan un papel de similar relevancia en la sociedad que los servidores públicos. Además, en 1971 en ocasión del caso *Rosembloom*, la Suprema Corte llevó el criterio del *actual malice* a “toda discusión y comunicación que envuelva materias de relevancia pública o general, sin tener en cuenta si las personas afectadas son famosas o anónimas”. En los años posteriores, otros casos han matizado este principio general, aunque persiste hoy en día como criterio de interpretación judicial en los Estados Unidos y buena parte de América Latina, especialmente en México.

Ernesto Villanueva

DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

Es común que en la doctrina y en la normatividad interna de muchos países el denominado derecho al medio ambiente o derecho al ambiente sea descrito y precisado como un *derecho humano*. Bajo esta tesitura, se ha considerado (aunque no de manera unánime) que el derecho al ambiente pertenece a los derechos de solidaridad o de la tercera generación, tales como el derecho al desarrollo, la paz, o la libre determinación de los pueblos. Esto permite distinguirlos de los derechos civiles y políticos (de la primera generación) y de los derechos económicos, sociales y culturales (de la segunda generación).

Los autores que apoyan el planteamiento de que se trata de un derecho de tercera generación habrían de coincidir en que este tipo de derechos, a diferencia de los de primera y segunda generación, establecen al mismo tiempo deberes estatales positivos (de hacer) y a la vez negativos (de no hacer). Esto significa que el Estado deberá, por ejemplo, mejorar, restaurar o lograr la conservación del ambiente, y evitar su deterioro y contaminación; asegurar que sus titulares puedan ejercer este derecho (legitimación procesal), ya sea como acción ambiental individual, o bien como acción colectiva; establecer normas procesales e instancias jurisdiccionales para garantizar su cumplimiento; delimitar la responsabilidad subjetiva y objetiva por daño ambiental, etcétera.

En toda discusión relativa al reconocimiento de un derecho al ambiente subsisten, entre otras, tres ideas para un análisis jurídico: *i*) el ambiente como objeto de protección; *ii*) la titularidad y la legitimación procesal, y *iii*) las garantías procesales para el cumplimiento efectivo del derecho. Respecto a la primera, como no existe una definición única o universal sobre el concepto de ambiente, es muy complejo delimitar el significado del bien que se pretende tutelar. ¿Están incluidos todos los componentes esenciales de la noción ambiente, es decir, seres humanos, medio natural, medio construido y las relaciones de interdependencia recíproca que hay entre ellos? Aunque en un principio se ha señalado que el bien jurídico tutelado (el ambiente) se refiere a la salud, el bienestar, la calidad de vida, el desarrollo de la personas, entre otros, es claro que tanto la naturaleza como el medio artificial los condicionan, por lo que estos deberán protegerse para que el derecho al ambiente tenga sentido. Precisar o acotar el contenido de lo que es el bienestar o la calidad de vida, así como lo que abarcan los medios natural y construido, es tarea de quienes inciden en la elaboración de la normatividad respectiva. En esta labor debe tomarse en cuenta que existen bienes jurídicos conexos (si bien independien-

tes) a lo ambiental, lo que supone que el derecho al ambiente está vinculado a otros derechos (reconocidos constitucionalmente o no), como el derecho a la salud, el derecho al desarrollo sustentable, el derecho al agua, el derecho a la atmósfera, el derecho al patrimonio cultural, etcétera. Además, se discute si los calificativos frecuentemente asignados al ambiente son los idóneos: sano, saludable, adecuado o equilibrado. Lo anterior, porque se ha criticado que todos ellos son muy ambiguos; sin embargo, hay que señalar que precisamente su inherente flexibilidad permite que este derecho pueda adaptarse o expandirse bajo los principios ambientales de equidad intergeneracional e intrageneracional. El ambiente, cualquiera que sea su adjetivo, beneficia a *todos*, y de aquí su característica colectiva.

En relación con la segunda idea, se debaten dos cuestiones muy puntuales: por un lado, si la titularidad del derecho es individual o colectiva, y por el otro, si la potestad legal para acudir a las instancias jurisdiccionales competentes (legitimación procesal) es exclusiva de la persona física o jurídica que ha sufrido (o podría sufrir) el agravio de manera personal y concreta, por lo que se requiera acreditar un interés directo (derecho subjetivo en sentido clásico), o bien de una persona en donde el agravio no haya sido como el mencionado con antelación y solo tenga un interés legítimo o un interés difuso (afectación a la esfera jurídica de la persona por su especial situación frente al orden jurídico). En la primera cuestión se debe aceptar que la titularidad del derecho al ambiente es individual: se trata de un derecho subjetivo, de un derecho humano, de un derecho de las personas (el bien protegido es individual). Al mismo tiempo debe admitirse que la titularidad es colectiva: se trata de un grupo de personas, de una colectividad, de una clase de individuos (el bien tutelado corresponde a todos, es decir, es un bien colectivo). En la segunda cuestión se acepta que cualquier persona, grupo de personas, comunidades y pueblos está(n) legitimado(s) para presentar acciones ambientales individuales o colectivas (según corresponda) que tengan interés directo o difuso.

En la tercera idea jurídica se plantea que no es suficiente que el derecho al ambiente se mencione en preceptos constitucionales y/o en textos legales sustantivos, sino que existan disposiciones jurídicas procesales que permitan su cumplimiento. Esto supone dos cosas a la vez. En primer lugar, que se elaboren normas en las que se otorgue a la(s) persona(s) agraviada(s), por interés directo o difuso, medidas tanto de prevención para evitar posibles daños ambientales como de reparación o resarcimiento en caso de que se hubiere actualizado el daño o afectación respectivos. Así, la prevención y la reparación vinculadas al bien jurídico tutelado podrán ser individuales o colectivas. En segundo lugar, es imprescindible que existan las instancias jurisdiccionales competentes donde se ventilen las controversias que se pudieran suscitar por la violación de este derecho. El legal y efectivo cumplimiento del derecho al ambiente puede substanciarse ante instituciones u órganos del Poder Ejecutivo (las autoridades que emiten actos de autoridad y tribunales administrativos), o del Poder Judicial (juzgados, tribunales y cortes). Aunque algunos tribunales (administrativos y judiciales) cuentan con salas o jurisdicciones especiales en materia ambiental, debería generalizarse la existencia de tribunales ambientales.

Por último, hay que señalar que la postura claramente antropocéntrica de caracterizar el derecho al ambiente como un derecho humano, ha excluido la posibilidad de que se reconozca que la naturaleza —representada en su conjunto tanto por la comunidad biótica (árboles, plantas, animales, microbios) como por los factores abióticos que la determinan (elementos químicos y físicos como el agua, la temperatura, el suelo) y que configuran los ecosistemas— también puede ser considerada como titular o sujeto de este derecho. Son pocos los ejemplos de juristas que discuten y que eventualmente están a favor de asignar derechos a la naturaleza, y menos aun los casos de textos constitucionales y legales que así lo determinan (excepcionalmente, en América Latina, la Constitución del Ecuador destina todo un capítulo, el séptimo, a desarrollar explícitamente el tema de “los derechos de la naturaleza”). Asimismo, existe resistencia doctrinal y normativa para que se reconozcan derechos al medio construido, representado por las obras realizadas por los humanos (el patrimonio cultural, tangible e intangible) y que forma parte, al igual que la naturaleza, de la noción ambiente. Si existe un desarrollo paralelo y conveniente de un ordenamiento jurídico de protección de los medios natural y construido, no se debe a que se les haya reconocido derechos, sino a que tal protección acarrea beneficios directos e indirectos a los seres humanos y, en última instancia, a que facilita el poder ejercer el derecho al ambiente.

En síntesis, desde el punto de vista jurídico, el derecho al ambiente es simultáneamente un derecho individual y colectivo, que genera deberes de acción y de abstención del Estado. Es un derecho que complementa, pero que a su vez se complementa con otros derechos. Su constitucionalización debe generalizarse en todos los países del mundo.

César Nava Escudero

DERECHO AL MEDIO AMBIENTE (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

I. EL MEDIO AMBIENTE EN EL SISTEMA DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. La evidente interrelación entre la protección del medio ambiente y protección de los derechos humanos tiene una resonancia significativa dentro de los consolidados sistemas de protección supranacional de los derechos humanos.

El texto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), en su formulación original, no contenía previsiones expresamente dedicadas a la protección del medio ambiente y a este vacío normativo se ha tratado en varias ocasiones de poner remedio a través del intento para promover la integración del CEDH con las disposiciones específicas en materia de protección del medio ambiente (véase la Recomendación 1885 —2009— de la Asamblea Parlamentaria).

Sin embargo, tales impulsos no han prosperado y, hasta el momento, si el medio ambiente se ha convertido en una condición imprescindible y funcional para la garantía de la efectividad de la tutela de los derechos humanos, aun no habiéndosele reconocido la naturaleza de derecho autónomo, ello se debe a la jurisprudencia del TEDH.

El Tribunal de Estrasburgo, de hecho, al interpretar las disposiciones del Convenio como un “instrumento vivo” que debe adaptarse según las contingencias, ha realizado una actualización del Convenio que muestra un creciente interés por los requisitos de protección del medio ambiente, que le lleva a caracterizar al medio ambiente como un auténtico valor que puede llegar a afectar al ejercicio de los derechos expresamente garantizados.

No obstante, no es fácil encontrar una línea evolutiva unitaria que describa este proceso, ya que, en concreto, la protección del medio ambiente se ha ido articulando en diferentes modalidades, que han sucedido a lo largo de un periodo de tiempo bastante prolongado y no exento de obstáculos. No es sino a partir de los primeros años ochenta cuando se empezó a percibir que las condiciones ambientales nocivas podían de alguna manera interferir con el goce efectivo de los derechos protegidos por el Convenio y se comenzaron a admitir los primeros recursos sobre la materia; por ejemplo, los casos *Arondelle c. Reino Unido*, núm. 7889/77, del 15 de julio de 1980; *Powell e Rayner c. Reino Unido*, núm. 9310/81, del 16 de julio de 1986 (STEDH del 21 de febrero de 1990); *Zander c. Suecia*, núm. 14282/88, del 14 de octubre de 1992 (STEDH del 25 de noviembre de 1993).

En concreto, el alcance de la protección del medio ambiente en el marco del CEDH se ha producido tanto a través del reconocimiento de la legitimidad de las restricciones al ejercicio de determinados derechos adoptadas, con el fin de preservar el medio ambiente, los recursos naturales o el paisaje, como a través de una elaboración interpretativa de obligaciones positivas de naturaleza material y procesal en materia medioambiental, funcionales al efectivo goce de determinados derechos individuales tutelados de manera expresa por el CEDH.

Con respecto al primer punto, la jurisprudencia del Tribunal europeo se ha orientado prevalentemente hacia el margen de apreciación de los Estados para los supuestos en que la injerencia en el ejercicio de algunos derechos expresamente garantizados se hiciera necesaria y fuera funcional para la satisfacción de las exigencias de protección del medio ambiente.

Exigencias estas definidas como “objetivos principales de la sociedad contemporánea”, ya que “la preservación de la naturaleza y de los bosques y, en general, la del medio ambiente constituye un valor cuya defensa suscita en la opinión pública, y en consecuencia en las autoridades públicas, un interés consolidado y dotado de especial relevancia”; en este sentido, se encuentran los casos *Koktepe c. Turquía*, núm. 35785/03, del 22 de julio de 2008; *Muriel Herrick c. Reino Unido*, núm. 11185/84, del 11 de marzo de 1985; *Gillow c. Reino Unido*, núm. 9063/80, del 23 de octubre de 1986; *Fredin c. Suecia*, núm. 12033/86, del 18 de febrero de 1991; *Pine Valley c. Irlanda*, núm. 12742/87, del 29 de noviembre de 1991; *Photos Photiades Ltd c. Chipre*, núm. 41113/98, del 21 de octubre de 1998; *Cooperativa la Laurentina c. Italia*, núm. 23529/94, del 2 de febrero de 2001; *Depalle c. Francia, Gran Sala*, núm. 34044/02, del 29 de marzo de 2010; *Dées c. Hungría*, núm. 2345/06, del 9 de noviembre de 2010, y *Varfis c. Grecia*, núm. 40409/08, del 19 de julio de 2011).

Con referencia al segundo aspecto mencionado anteriormente, aquel relativo a la aparición de la protección del medio ambiente como parte de los

derechos individuales incluidos en el CEDH, se puede detectar la presencia de una rica jurisprudencia con la que se ha enlazado la protección del medio ambiente, entendido como un derecho a vivir en un ambiente sano y saludable, al tenor del texto de algunos derechos expresamente reconocidos.

En este contexto, sin embargo, conviene precisar que el concepto de protección del medio ambiente viene definido en sus límites teniendo en consideración el papel subsidiario del Tribunal Europeo y el requisito de la cualidad de víctima del sujeto demandante.

De hecho, cuando la violación del derecho al medio ambiente se ha concretado definitivamente en el nivel nacional, es necesario que previamente se busquen todos los posibles remedios internos y la parte recurrente debe probar no solo de estar personal y directamente afectado por los efectos de una acción u omisión de las autoridades estatales y con potencial repercusión en la calidad medioambiental, sino también que los efectos adversos y perjudiciales sufridos alcancen un nivel mínimo de gravedad (*Fadeyeva c. Rusia*, núm. 55723/00, del 9 de junio de 2005).

Una posible catalogación de las modalidades con las que el Tribunal ha permitido una tutela efectiva del medio ambiente puede realizarse también distinguiendo entre las medidas de protección que ponen el punto en derechos expresamente reconocidos de naturaleza sustantiva, o bien mediante la referencia a derechos con un eminente carácter procesal.

A su vez, los *derechos sustantivos* protegidos por el CEDH se pueden articular en *derechos primarios* y *derechos condicionales*. Los primeros son el derecho a la vida del art. 2o. y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes del art. 3o.; sobre la base de estas disposiciones, la jurisprudencia que ha permitido proceder a la tutela medioambiental, aunque no muy abundante, es muy significativa.

En relación con el art. 2o., que no solo cubre los casos de violación del derecho a la vida derivada de un comportamiento directo del Estado, sino que también integra los supuestos en que el Estado no ha tomado las medidas necesarias y razonables para prevenirla, para ello véanse los casos *Oneryildiz c. Turquía*, núm. 48939/99, del 30 de noviembre de 2004, y *L. C. B. c. Reino Unido*, núm. 23413/94, del 9 de junio de 1998; mientras que en relación con el art. 3o., son muy significativas las argumentaciones realizadas en la decisión de *López Ostra c. España, Gran Sala*, núm. 16798/90, del 9 de diciembre de 1994, en la que se determinó que el vivir en un ambiente contaminado y, por tanto, perjudicial para la salud humana podría, en abstracto, cuando se alcanzara un cierto grado de gravedad y se sobrepasara un límite de tolerancia, conllevar la violación de esta disposición.

Los derechos condicionales, en cambio, son aquellos que pueden tutelarse de manera directa (por ejemplo, el art. 8o. en relación con la protección del derecho al respeto de la vida privada y familiar) o subsiguiente (art. 1o. del Protocolo núm. 1).

La disposición del Convenio sobre la base de la cual ha sido acogida la mayor parte de las decisiones en materia medioambiental es sin duda el art. 8o. del CEDH, invocado con frecuencia en casos de contaminación ambiental, al considerarla lesiva del derecho a vivir en un ambiente sano y saludable.

ble, y que vulnera el derecho a que sea respetada la propia esfera privada y el disfrute íntimo de esta (*Powell y Rayner c. Reino Unido*; *López Ostra c. España*; *Guerra et al. c. Italia*, *Gran Sala*, núm. 14967/89, del 12 de febrero de 1998; *C. Hatton et al. c. Reino Unido*, *Gran Sala*, núm. 36022/97, del 8 de julio de 2003; *Moreno Gómez c. España*, núm. 4143/02, del 16 de noviembre de 2004; *Tanskin y c. Turquía*, núm. 46117/99, del 10 de noviembre de 2004; *Giacomelli c. Italia*, núm. 59909/00, del 2 de noviembre de 2006; *Fadeyeva c. Rusia*; *Fagerskiold c. Suecia*, núm. 37664/04, del 26 de febrero de 2008; *Tatar c. Rumanía*, núm. 67021/01, del 27 de enero de 2009; *Dees c. Hungría*, y *Apanasewicz c. Polonia*, núm. 854/07, del 5 de marzo de 2011). Tal disposición viene invocada, o bien porque la contaminación haya sido causada directamente por el Estado, ya sea porque la responsabilidad de este último se derive de la falta de una regulación adecuada del sector privado (en particular *Tatar c. Rumanía*; *Budayeva et al. c. Rusia*, núms. 15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, del 20 de marzo de 2008).

Aunque en menor medida que el art. 8o. del CEDH, también el art. 1o. del Primer Protocolo Adicional al CEDH ha sido utilizado por los jueces de Estrasburgo para decidir una serie de casos en los que fuera evidente la necesidad de proteger el medio ambiente.

Esta disposición, sobre la protección de los bienes y de la propiedad, reconoce a las autoridades públicas el poder de regular el uso de la propiedad privada, justificando en su caso la aplicación de restricciones al ejercicio de los derechos de propiedad en razón a la búsqueda de un interés general superior (*Fredin c. Suecia*; *Zander c. Suecia*; *Taskin c. Turquía*; *Pine Valley c. Irlanda*; *Oneryildiz c. Turquía* y, más recientemente, el caso *Fix c. Grecia*, núm. 1001/09, del 12 de julio de 2011).

Además, de forma residual, también el art. 10 del CEDH, relativo a la libertad de expresión, ha sido un punto de apoyo normativo para obtener otras formas de protección del medio ambiente: el Tribunal sostuvo que existe un interés general para permitir a la comunidad contribuir al debate público sobre temas de interés general y esto, sin duda, se ha reflejado también en materia medioambiental (*Steel et Morris c. Reino Unido*, núm. 68416/01, del 15 de febrero de 2005).

Los derechos que tienen un carácter eminentemente procesal, sin embargo, permiten buscar la tutela medioambiental de manera subordinada: el *valor ambiente* también encuentra protección, aun cuando la parte demandante no haya podido disfrutar de un proceso equitativo en el propio ordenamiento (art. 6o. del CEDH) o haya sido violado su derecho a un recurso efectivo (art. 13 del CEDH). Se trata de hipótesis residuales respecto a las descritas anteriormente, y frecuentemente las normas procesales no representan el único parámetro positivo de que se sirve el Tribunal; sin embargo, es significativa la referencia a tales disposiciones, ya que parece indicativo del proceso de “maduración” de la “conciencia ambiental” que está asumiendo el Tribunal (en relación con el art. 6o., se encuentran los casos de *Fix c. Grecia*; *Apanasewicz c. Polonia*; *Giacomelli c. Italia*; *Okyay et al. c. Turquía*, núm. 36220/97, del 12 de julio de 2005; *Kyrtatos c. Grecia*, núm. 41666/98, del 22 de agosto de 2003; *Unver c. Turquía*, núm. 6209/97, del 26 de septiembre de 2000; *Athanassoglou*

et al. c. Suiza, núm. 27644/95, del 6 de abril de 2000; *Balmer-Shafroth et al. c. Suiza*, núm. 22110/93, del 26 de agosto de 1997; *Zander c. Suecia*; *Taskin et al. c. Turquía*; mientras que en relación con el art. 13, tenemos a los casos de *Dacetylidi c. Grecia*, núm. 52903/99, del 27 de marzo de 2003; *Hatton et al. c. Reino Unido*; *Fix c. Grecia*).

Finalmente, en un caso particular —*Mangouras c. España, Gran Sala*, núm. 12050/04, del 28 de septiembre de 2010— se ha protegido indirectamente el medio ambiente reconociendo también la inaplicabilidad del art. 5o. del CEDH.

De este, aunque breve, análisis jurisprudencial hasta aquí descrito, se evidencia que la protección del medio ambiente, aun no teniendo un papel autónomo en el ordenamiento del Convenio, se ha consolidado como un nuevo valor que puede contribuir a un equilibrio más equitativo entre el ejercicio de los derechos expresamente reconocidos en el Convenio y el principio general de respeto al individuo al que está consagrado todo el sistema de garantías del CEDH.

En cambio, no hay duda de que la protección “indirecta”, y meramente pretoria, del medio ambiente es insuficiente, sobre todo si se compara el sistema del CEDH con el de la UE, donde el medio ambiente está sujeto a protección específica, aunque no en términos absolutos, tanto en los tratados como en el derecho derivado.

II. EL MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA. El desarrollo de la protección del medio ambiente en el contexto de las Comunidades Europeas antes, y de la Unión Europea después, fue el resultado de un proceso gradual, que ha evolucionado a nivel normativo y jurisprudencial en paralelo con el proceso de surgimiento de las necesidades de protección del medio ambiente y de la garantía de un desarrollo sostenible que han tomado auge hace relativamente poco en el debate nacional e internacional.

Hasta el Acta Única Europea de 1987 —que añadió al Tratado de Roma un título concreto dedicado al medio ambiente (los antiguos arts. 130 R, 130 S y 130 T, hoy Título XX del TFUE)— a las Comunidades Europeas no se le habían asignado una competencia específica en materia de medio ambiente.

Así, si bien el medio ambiente carecía de una concreta base jurídica que permitiera su protección directa, comenzó a ser protegido indirectamente a través de una particular lectura abierta de los arts. 115 (*ex* 100 TCE) y 352 (*ex* 235 TCE) del TFUE acerca de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros y de los llamados poderes implícitos. En esa fase de la historia fue esencial la contribución del Tribunal de Justicia en la definición de un derecho ambiental europeo (STJCE del 18 de marzo de 1980, *Comisión c. Italia*, C-92/79; STJCE del 7 de febrero de 1985, *Fiscal de la República c. ADBHU*, C-240/83).

Fue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la que asentó las bases para la disciplina normativa posterior, al afirmar que la protección del medio ambiente debía ser considerada como uno de los objetivos esenciales de la Comunidad, y como tal, con la posibilidad —de manera derogatoria y, por tanto, como excepción— de limitar también algunas libertades previstas en los Tratados (Asunto C-240/83; STJCE del 20 de septiembre de 1988, *Co-*

misión c. Dinamarca, C-302/86; STJUE del 29 de abril de 1999, *The Queen c. Secretary of State for the Environment y Ministry of Agriculture, Fisheries and Food et al.*, C-293/97).

Tras la entrada en vigor del Acta Única Europea, se abrió una nueva etapa en la protección medioambiental en Europa, ya que su protección se convirtió en un objetivo fundamental de la CE para ser valorado en la realización del mercado interior y también reconocido a nivel normativo.

Esta fase se consolidó con la aprobación del Tratado de Maastricht de 1992 y con el posterior Tratado de Ámsterdam en 1997: las acciones en materia medioambiental se convirtieron a todos los efectos en una de las políticas de la Comunidad Europea y se fortaleció la importancia atribuida a los principios fundamentales de la política comunitaria de medio ambiente, ampliando así su catálogo.

En virtud del antiguo art. 130 R del Tratado de la CE (actualmente, art. 191, párrafo 2, del TFUE), la política medioambiental de la Unión, aun teniendo en cuenta las especificidades de los diferentes Estados miembros, apunta hacia un elevado nivel de protección y se basa “en el principio de precaución, acción preventiva, en el principio de corrección, preferentemente en el origen, de los daños causados en el medio ambiente, así como en el principio de «quien contamina paga»”.

De suma importancia es, pues, el principio de subsidiariedad (art. 5o. del TUE): principio inherente al ejercicio de las competencias normativas europeas, destinado inicialmente solo a las cuestiones medioambientales, y luego extendido a todos los sectores de competencia no exclusiva de la UE.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque no prevé el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente sano y saludable, se ocupa de la protección del medio ambiente al invocar explícitamente algunos principios y dedicando al medio ambiente una disposición específica, el art. 37, que establece que “las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”.

La redacción de esta disposición es importante, porque establece claramente lo que ha venido sosteniendo una copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia: confirma la importancia de los principios y confirma que el derecho a la protección del medio ambiente se configura como un derecho cuya garantía completa solo puede lograrse actuando sobre todas las políticas de la UE (incluso —si no sobre todo— las no “ambientales”, art. 11 del TFUE), y adaptándolo a las exigencias del desarrollo económico.

La última etapa decisiva del desarrollo del derecho ambiental europeo es la fase siguiente a la entrada en vigor en 2009 del Tratado de Lisboa, que ha rediseñado la estructura de las fuentes del derecho europeo, dando a la Carta de Derechos la misma fuerza jurídica de los tratados. Esta previsión ha formalizado la centralidad de los derechos fundamentales en el contexto de la UE y ha revelado las profundas conexiones entre la Carta y el CEDH (sobre este punto, tenemos a la STJUE del 19 de enero de 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07).

Este Tratado refuerza además el principio de desarrollo sostenible mediante la ampliación de su ámbito de aplicación (art. 3o., párrafo 3, del TUE), e insiste en la necesidad de adoptar políticas y herramientas funcionales de concertación para preservar y mejorar la calidad del medio ambiente y la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales (art. 21, párrafo 2, del TFUE).

Las disposiciones de los tratados relativas al medio ambiente han dado lugar a una rica producción normativa específica con incidencia en diversos ámbitos y con previsión de una variedad de instrumentos para diferentes modos de intervención. Hoy, por tanto, las políticas medioambientales europeas inciden especialmente: a) en el sector ecológico (disciplina contra la contaminación atmosférica, climática, del agua, acústica y de los residuos y basuras); b) en el paisaje y las zonas protegidas; c) en áreas relacionadas con los procedimientos, tales como la evaluación de impacto ambiental, la evaluación ambiental estratégica y la autorización ambiental integrada; d) en la responsabilidad por daños al medio ambiente, y e) en garantizar el acceso a la información medioambiental.

Como ya se dijo, la evolución del derecho positivo europeo en materia medioambiental se ha movido en paralelo con la acción del Tribunal de Justicia, al que se le debe el mérito de haber desempeñado un papel determinante en el fomento de las instituciones europeas, interpretando en sentido amplio, y tendente a la protección del medio ambiente, las disposiciones normativas y definiendo el alcance de la aplicación de los principios europeos, incluso los no referidos exclusivamente al medio ambiente.

Hay que recordar, en cualquier caso, que en el contexto de la Unión Europea las exigencias para la protección del medio ambiente no se plantean como un valor absoluto idóneo en sí mismo que deba prevalecer sobre los demás principios y libertades garantizados por los tratados. Aquellas exigencias, sin embargo, parecen connotar un valor específico que les confiere un mayor grado de aplicabilidad respecto de otros intereses.

Cuando se trata de equilibrar las necesidades de protección del medio ambiente con la libertad igualmente protegida, el Tribunal de Justicia procede con estricto control: se permite la restricción de ciertas libertades económicas solo si la intervención estatal satisface razones imperiosas de interés público; si no comporta discriminación alguna; si es adecuado para garantizar la realización del objetivo perseguido, y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlo (en este sentido, tenemos a la STJUE del 20 de septiembre de 2007, *Comisión c. Países Bajos*, C-297/05).

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia un claro signo de la progresiva imposición de vínculos medioambientales se encuentra en la interpretación del principio de integración, que ha permitido importantes excepciones a la libre circulación de mercancías, incluso en relación con la interpretación de otros principios, cuya operatividad ha sido aclarada, tales como el principio de precaución, el principio de subsidiariedad, el principio de precaución, el principio de “quien contamina paga” y el principio de corrección en el origen de los daños ambientales. Consideraciones similares pueden llevarse a cabo en relación con la interpretación de las normas sobre ayudas estatales, así

como en relación con el ajuste de los contratos públicos a las necesidades de protección del medio ambiente.

Hay que señalar, por último, que el enfoque de las cuestiones medioambientales que se observa por parte Tribunal de Estrasburgo y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con situaciones medioambientales similares, se presenta a menudo como sustancialmente diferente (emblemática, en este sentido, es la jurisprudencia sobre el derecho a vivir en un medio ambiente sano y saludable, y el tratamiento de basura, de acuerdo a la STEDH del 10 de enero de 2012, *di Sarno et al c. Italia*, núm. 30765/08, y a la STJUE del 20 de marzo de 2010, *Comisión c. Italia*, C-297/08).

Caterina Drigo

DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El art. 8o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra expresamente el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, así como de su domicilio y de su correspondencia. La necesidad de garantizar la autonomía personal tiene como importante consecuencia que la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia no son excluyentes entre sí, ya que una misma medida puede afectar a la vez dos o más ámbitos (*Mentes et autres c. Turquie; López Ostra c. Espagne; Polski c. Pologne*).

El derecho afirmado debe entenderse como protección de un conjunto de manifestaciones inherentes con el principio fundamental que cada uno tiene al pleno y libre desarrollo de su propia personalidad y a su autonomía, lo que va necesariamente más allá del alcance del “derecho a la privacidad” y del “derecho a la intimidad personal” del individuo. Partiendo de esta premisa, hay que adoptar una lógica evolutiva en la interpretación de este derecho, cuyas manifestaciones no se pueden limitar de manera exhaustiva a los cuatro ámbitos considerados por el art. 8o.

La estructura del art. prevé un apartado (el primero) en el cual se afirma el principio de manera general y otro (el segundo) en el que se dictan las injerencias posibles de la autoridad pública en el ejercicio del derecho. El pleno desarrollo de la autonomía personal garantizado por el art. 8o. (*Pretty c. Royaume-Uni*) tiene como consecuencia que todos los conceptos son amplios y los criterios deben ser considerados como materiales y no formales, y además adaptados teniendo en cuenta que las necesidades del individuo cambian siguiendo la evolución de la sociedad.

Por “vida privada” se entiende la integridad física y mental del individuo (*X. et Y. c. Pays-Bas*); la identidad física y social de cada uno (*Mikulic c. Croatie; Odièvre c. France*), incluidas las informaciones relativas a la salud de una persona (*Z. c. Filande*); el nombre y apellido de las personas físicas (*Burghartz c. Suisse; Guillot c. France*); el derecho a la imagen (*Von Hannover c. Allemagne*); la reputación (*Chauvy et autres c. France*) y el honor (*A. c. Norvège*) de toda persona; la orientación sexual (*Dudgeon c. Royaume-Uni*), la identidad sexual (*Christine Goodwin c. Royaume-Uni*) y la vida sexual (*Laskey, Jaggard y Brown c. Royaume-Uni*); la relación que una persona tiene con sus semejantes, se trate de su entorno (*Niemietz c.*

Allemagne), de la relación con personas del mismo sexo (*Mata Estevez c. Espagne*), de cuestiones relativas al enterramiento de miembros de la familia (*Brânduse c. Roumanie*) o de la comunidad a la que el inmigrante pertenece (*Üner c. Pays-Bas*). Bajo el ámbito de la vida privada quedan incluidas la identidad étnica (*S. y Marper c. Royaume-Uni*), las convicciones religiosas y filosóficas (*Folgoro et autres c. Norvège*), así como las actividades profesionales o comerciales (*Halford c. Royaume-Uni*), los registros y los embargos (*McLeod c. Royaume-Uni*). La vida privada no se limita a las medidas que pueden limitar el individuo en su domicilio, como las escuchas telefónicas (*Weber et Saravia c. Allemagne*), llegando hasta proporcionar al individuo un espacio de libertad, incluso cuando esté fuera de su casa, en un contexto social, como en el caso de la interpelación y del cacheo en la vía pública (*Gillan et Quinton c. Royaume-Uni*), y de la video vigilancia de lugares públicos objeto de divulgación (*Peck c. Royaume-Uni*).

El ámbito de la “vida familiar” depende de un análisis sobre la existencia de estrechos vínculos personales entre las personas, sean estos de derecho o de facto (*Johnston et autres c. Irlande*), y llega hasta incluir el derecho a ser padre genético (*Dickson c. Royaume-Uni*), a recurrir a la procreación medicamente asistida (*S. H. et autres c. Autriche*) y a adoptar (*E. B. c. France*). En relación con los niños, se considera existente un vínculo afectivo en consecuencia de una unión marital —aunque sea entre personas del mismo sexo (*Schalk Kopf c. Autriche*)— o de una unión de facto, de adopción (*Pini et autres c. Roumanie*) y de la acogida (*Moretti et Benedetti c. Italie*); mientras que la cohabitación es sin duda un elemento constitutivo de la vida familiar (*Lebbink c. Pays-Bas*), no es una condición necesaria para considerarla existente entre un padre e un hijo (*Berrehab c. Pays-Bas*) ni para calificar los vínculos afectivos (*Kroon et autres c. Pays-Bas*). La relación afectiva se considera también entre hermanos y hermanas (*Moustaquim c. Belgique*), entre tíos y sobrinos (*Boyle c. Royaume-Uni*), así como entre un niño y sus abuelos (*Price c. Royaume-Uni*), y no termina en caso de divorcio (*Mustafa y Armagan c. Turquie*) ni en caso de muerte, ya que forma parte del derecho a la vida familiar también el traslado de las cenizas del difunto marido de un cementerio a otro (*Ellis Poluhas Dösdo c. Suède*). El derecho a la vida familiar llega hasta tener en cuenta los internos penitenciarios (*Dickson c. Royaume-Uni*) y el derecho del recurrente al cuidado del medio ambiente (*Giacomelli c. Italie*).

Tal y como la noción de “vida familiar”, también el concepto de “domicilio” es autónomo y depende de circunstancias de hecho, capaces de vincular y conectar de manera directa a toda persona con un lugar determinado (*Prokopovitch c. Russie*). El domicilio es tanto de la persona física como de la persona jurídica (*Société Colas Est et autres c. France*). Esto prescinde de la propiedad del lugar y no se limita a las residencias establecidas legalmente (*Buckley c. Royaume-Uni*), pudiéndose considerar como tal las residencias secundarias y las casas de vacaciones (*Demandes c. Turquie*), las caravanas y otros domicilios no fijos (*Chapman c. Royaume-Uni*), así como los locales profesionales si coincide con la residencia privada (*Niemietz c. Allemagne*).

La noción de “correspondencia” incluye los correos entre individuos (*Silver et autres c. Royaume-Uni*); también las enviadas en el marco de actividades profesionales (*Kopp c. Suisse*), las conversaciones telefónicas (*Klass et autres c.*

Allemagne), los e-mails (*Copland c. Royaume-Uni*), los datos electrónicos, los télex, los mensajes por bípér y una radio privada.

La protección del derecho tiene como consecuencia que la injerencia de la autoridad pública en su ejercicio sea admisible en cuanto satisfagan dos condiciones: debe ser necesariamente prevista por ley, y constituir una medida para asegurar algunos objetivos cuya tutela es considerada como prioritaria en una sociedad democrática: la necesidad para la seguridad nacional; la seguridad pública; el bienestar económico del país; la defensa del orden y la prevención del delito; la protección de la salud o de la moral, y la protección de los derechos y libertades de los demás.

Eloisa Denia Cosimo

DERECHO AL TRABAJO

Conviene hacer una primera distinción entre derecho al trabajo y el derecho al empleo. Ambos derechos se encuentran estrechamente vinculados en virtud de que el primero es indispensable para el segundo; sin embargo, el segundo requiere para su realización que se establezca una relación laboral con un empleador. La etimología de la palabra “trabajo” deriva del latín, y se refiere a un instrumento de labranza y de tortura; referida también a aquello que ocasiona molestia o un esfuerzo, como la doctrina social católica lo expresa con la frase bíblica “Ganarás el pan con el sudor de tu frente”. El ser humano debe trabajar para cubrir sus necesidades vitales, lo puede hacer por sí y para sí mismo como ocurría al inicio de la civilización. En la medida en que las relaciones sociales evolucionaron cambiaron las formas de organización del trabajo y este tomó un sentido económico como actividad para generar riqueza. El trabajo hace factible que el ser humano utilice sus recursos mentales y físicos para atender su subsistencia y crear su bienestar y el de su familia; representa una fuerza personal inherente e intransferible que no puede ser utilizada o aprovechada por otros, excepto cuando voluntariamente la persona la somete al servicio de un tercero a cambio de una remuneración y otras prestaciones que deben garantizarse. El derecho al empleo significa precisamente el derecho al trabajo mediante la subordinación de los servicios de una persona a otra, a cambio de una remuneración; se trata de un trabajo ajeno, subordinado a los intereses del empleador con quien se establece una relación laboral que genera otros derechos, como son básicamente el salario remunerador, la jornada humanitaria, la salud y protección social, y otros derechos colectivos, como el de sindicalización. El derecho a recibir el producto de trabajo, la utilidad o la riqueza, es inherente al derecho al trabajo. Desde el punto de vista filosófico, el trabajo dignifica al ser humano; desde el punto de vista sociológico, el trabajo es un hecho social que permite al ser humano superar sus niveles de vida. Jurídicamente, el trabajo es un bien que debe tutelarse y regularse para mantener el equilibrio y la justicia social. El derecho al trabajo es un derecho humano y como tal es un derecho público subjetivo caracterizado por la universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. Asimismo, el derecho al trabajo se le considera un derecho económico y social, por lo que corresponde al Estado ofrecer las condiciones necesarias para su

respeto y cumplimiento; en razón de ello, debe crear la estructura económica, social y jurídica, y establecer las políticas públicas necesarias para promover el pleno empleo y permitir a la persona acceder a un trabajo que le permita satisfacer sus necesidades con dignidad y garantizarle lo que se conoce como “trabajo decente”, incluida la protección por desempleo. En virtud de lo anterior, el derecho humano al trabajo se considera un derecho prestacional. La libertad para trabajar, igualmente, es el derecho de la persona para elegir y realizar las actividades, comercio, industria o profesión que sean de su interés o que más le acomoden, siempre que sean lícitas y no ofendan los derechos de la sociedad. El Estado puede regular el ejercicio de las profesiones que requieran título. La persona, además, tiene el derecho a no trabajar; se prohíbe el trabajo forzoso, ninguna persona puede ser obligada a trabajar, salvo cuando la ley lo determine —como ocurre en el caso de las actividades cívicas obligatorias que precisen las leyes—, cuando se imponga como sanción por autoridad judicial competente, o cuando se estipula como obligación en caso de privación de la libertad. El derecho al trabajo también incluye el derecho a la capacitación y a la formación. En México, el art. 123, además de establecer para toda persona el derecho al trabajo digno y socialmente útil, señala que se promoverá la creación de empleos y la organización social del trabajo, y el art. 25 marca las directrices para el fomento del crecimiento económico y el empleo. La mayoría de los países reconocen el derecho al trabajo; en los países latinoamericanos se consagra en sus Constituciones, entre ellos México (arts. 5o. y 123), Argentina (art. 14), Bolivia (art. 7o., d), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Cuba (art. 45), Ecuador (art. 35), Nicaragua (art. 57), Panamá (art. 60), Paraguay (art. 86), Perú (art. 22), Venezuela (art. 87). Igualmente, este derecho se reconoce explícitamente en las Constituciones de otros países, como España (art. 35) e Italia (art. 6o.). Otras legislaciones regulan la libertad de trabajo, lo cual lleva implícito el derecho al trabajo. A nivel internacional, los principales instrumentos de derechos humanos reconocen ampliamente el derecho al trabajo: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 23); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (arts. 6o., 7o., 8o. y 17, inciso b, y 18, inciso b); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6o., 7o., 8o. y 10.3); la Carta Social Europea (arts. 1o.-10, 18 y 19), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos (art. 15), y otros como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, entre ellos el 29, 105, 111 (art. 1o.) y 122 (art. 2o.), y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de las Mujeres (art. 11, inciso a), que reconoce el derecho al trabajo de la mujeres sin discriminación alguna, especialmente por la maternidad.

Patricia Kurczyn Villalobos

DERECHO AL VOTO (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La democracia es un elemento indispensable del Estado de derecho, sin el cual sería imposible el desarrollo de los derechos humanos y de los derechos

político-electoral, en virtud de ser un sistema por el cual se garantiza la equidad, la transparencia y la distribución del poder de una manera justa y apegada al derecho; en este sentido, durante mucho tiempo han jugado un papel determinante en la construcción del desarrollo humano y de la dignidad de las personas, pues es a través del sistema de participación que los seres humanos pueden lograr una convivencia adecuada en una organización jurídico-colectiva, como una forma que garantiza la participación libre, ordenada y la manifestación en la vida social de los ciudadanos de manera natural.

Los derechos humanos han sido durante años el objeto de estudio de diversos tratadistas, y una preocupación constante por parte de los Estados; la manera de entenderlos y la forma de protegerlos ha dado lugar a numerosas reformas, la inclusión de leyes, sus alcances, el análisis de sus garantías y de su interpretación, con la cual prevalezca la mayor cobertura de protección individuo como persona. Por lo anterior, el derecho al voto, al igual que cualquier otro derecho humano, requiere de un proceso interpretativo y de armonización, en donde los Estados y sus autoridades (judiciales y con competencias jurisdiccionales) están sometidos a los instrumentos que son parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a las interpretaciones que del mismo haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del marco de sus respectivas competencias y de conformidad con sus regulaciones procesales propias, por lo que la construcción del contenido de los derechos guarda una estrecha relación con el ámbito internacional.

En la Carta Democrática Interamericana se indica la importancia de la participación ciudadana como un proceso permanente que contribuye a la consolidación de la “democracia” como parte del Estado, por lo que los sistemas a través de este modelo consiguen que la toma de decisiones sea basada en las mayorías. Así, la Carta indica que “La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía, en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional” (art. 2o.). Asimismo, son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos.

Por lo anterior, el derecho al voto puede entenderse como un derecho humano a través del cual los ciudadanos tengan la posibilidad de manifestar de manera individual, voluntaria, secreta y libre su opinión, respecto a los asuntos colectivos y de la vida política, en el que se garantice la libre expresión de las ideas y se respeten las normas que los contengan. Desde una perspectiva jurídica, no solo la participación efectiva es lo que importa, sino la garantía de esta, que se construye a partir de normas que aseguran a decidir, así como la libertad y la igualdad de esa decisión. Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político, y aunque un sistema regional no puede determinar un modelo único de sistema

político para toda la región, si existen parámetros o “estándares mínimos” que garantizan la existencia de la democracia como un modelo de vida social.

El voto es, pues, un derecho y un poder reconocido por las normas jurídicas, que dota a los individuos de voluntad y decisión en los asuntos que le competen en un Estado. En este sentido, el voto debe tener las características de la democracia, tales como la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa; asimismo, la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil, legalmente constituida, y el respeto al Estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad que son igualmente fundamentales para la democracia.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula, en su art. 23, una serie de obligaciones de los Estados parte en materia de derechos políticos, que se agrupan en diversos componentes de derechos y que tienen a su vez obligaciones a cargo de los Estados: 1) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos (art. 23.1, inciso a); 2) votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (art. 23.1, inciso b), y 3) acceder, en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas de su país (art. 23.1, inciso c). La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Por lo anterior, resulta indispensable que en el marco de la democracia y los derechos humanos exista igualdad de oportunidades en las mismas condiciones para una contienda electoral, pero además que su respaldo sea a partir de los principios de libertad de expresión, respeto al sistema jurídico, tal y como señala la propia Carta cuando indica que “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos” (art. 3o.). Por lo que la legitimidad y representatividad del poder se colma no solo en el ejercicio de la voluntad, sino en todo el desarrollo de su respeto y cumplimiento; por ello, no se anula o extingue con la manifestación, sino que su cumplimiento depende en gran medida del ejercicio que de este haga el representante público.

Las disposiciones contenidas en el art. 23 de la Convención, acerca de los derechos políticos, incluyen una gama abierta de posibilidades de parte del Estado; es decir, que para su cumplimiento no basta con su reconocimiento, sino que es indispensable un amplio proceso normativo y de afirmación conceptual acerca de los derechos políticos, el cual no se agota en la letra de las disposiciones allí contenidas, sino que requiere de la interpretación que puede otorgarle una mayor posibilidad de alcance y contenido. Para lograr la con-

solidación del Estado constitucional de derecho que esperamos se requiere, principalmente, de lograr que los derechos humanos sean una realidad y, por lo tanto, efectivos, para ello es necesario contar con garantías constitucionales en materia electoral que nos permitan una adecuada defensa.

Los derechos político-electorales se integran dentro del catálogo de los derechos humanos; por lo tanto, su respeto, su protección y su garantía son de suma importancia, ya que estos reúnen las características de la generalidad, al ser universales, indivisibles, imprescriptibles, inherentes, irrenunciables y sobre todo progresivos, donde el Estado deberá procurar que su aplicación, integración e interpretación sea extensiva. En este sentido, la protección de estos derechos igualmente debe alcanzar plena efectividad, no solo a la luz de las fuentes internas de derecho, sino también a la luz de los tratados internacionales en la materia, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y, especialmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), así como la jurisprudencia que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos como estándar mínimo de interpretación.

El derecho al voto y la libre participación en el gobierno comprenden también la posibilidad de integrar partidos y asociaciones políticas que, a través del debate libre de ideas, excluya el monopolio del poder y garantice que las decisiones sean plurales y no corresponda a un solo grupo o persona. La participación efectiva de personas, grupos, organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados mediante normas que permitan el acceso real y efectivo.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha señalado que el derecho al voto deberá contener:

a) Reconocimiento expreso a los ciudadanos, por parte del Estado, en la norma y con instrumentos que garanticen su ejercicio (Corte IDH, Castañeda Gutman).

b) Se encuentran en constante relación con otros, tales como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación, y que ligados a la libertad de oportunidades la eliminación de toda forma de discriminación —especialmente la discriminación de género, étnica y racial— y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes, y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana en conjunto, con respeto y libertad (Corte IDH, Castañeda Gutman, Carta Democrática Interamericana).

c) Un doble aspecto, el derecho al ejercicio directo del poder (derecho a ser votado) y el derecho a elegir a quienes deben ejercerlo (derecho a votar). Ello supone una dualidad de obligaciones y derechos, que son consecuentes a los ciudadanos y al Estado.

d) La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente, y que una vez organizadas, permi-

ten la intervención en la designación de las autoridades (Corte IDH, Castañeda Gutman).

e) El pluralismo político refuerza la democracia, pues impide que el poder no se ejerza siempre por los mismos sujetos (Corte IDH, Yatama y Castañeda Gutman).

El derecho al voto, además, deberá apoyarse en la educación, como una pieza clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano y el alivio de la pobreza, y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos. Para lograr estas metas es esencial que una educación de calidad esté al alcance de todos, incluyendo a las niñas y las mujeres, los habitantes de las zonas rurales y las personas que pertenecen a las minorías (Carta Democrática Interamericana).

Jaime Arturo Verdín Pérez

DERECHO COMPARADO (*TERTIUM GENUS*)

Con l'espressione *tertium genus* la dottrina classica suole indicare un modello di giustizia costituzionale che storicamente si sviluppa nell'immediato secondo dopoguerra con le Costituzioni democratiche di Italia e Germania; successivamente viene recepito dal costituente spagnolo de 1978 e si diffonde poi ampiamente in molti ordinamenti dell'Europa centro-orientale, con il ciclo delle transizioni democratiche dopo la caduta del muro di Berlino, e in alcuni altri Paesi del resto del mondo (Guatemala, Honduras, Panama, Cile, Senegal, ecc.); per finire addirittura con l'essere parzialmente recepito, nel 2008, dall'ordinamento francese, Paese che per antonomasia aveva rappresentato, fino ad allora, un modello a sé nel panorama dei sistemi di giustizia costituzionale (Favoreu, Tusseau).

L'aggettivo *tertium* (cui è seguito un *quartum*, Pegoraro, e molte altre proposte di classificazione delle innumerevoli forme di reciproca contaminazione fra i modelli, soprattutto nell'America Latina, García Belaunde) deriva dal fatto che tale forma di controllo di costituzionalità nasce dall'ibridazione tra i due sistemi considerati archetipi nel diritto processuale costituzionale, quello accentrato-kelseniano e quello diffuso di *judicial review* statunitense (Calamandrei, Cappelletti). Dal primo sistema, il *tertium genus* eredita l'accentramento del controllo, per cui parliamo di ordinamenti che prevedono tutti una Corte o Tribunale costituzionale *ad hoc*, con la funzione principale, anche se mai esclusiva, di garantire la conformità alla Costituzione degli atti normativi subordinati; dal secondo modello, invece, recepisce in maniera peculiare la diffusione, non del controllo, bensì dell'iniziativa, in quanto spetta a tutti i giudici, nel corso di un processo, d'ufficio o su iniziativa di parte, sollevare una questione di incostituzionalità alla Corte, qualora siano convinti (Germania, Spagna) o abbiano un dubbio non manifestamente infondato (Italia) che la norma applicabile per la risoluzione del caso sia contraria alla Costituzione. Si tratta dunque di un controllo di costituzionalità in via incidentale, come viene comunemente definito dalla dottrina italiana, o concreto, come invece viene descritto in Germania, poiché, come negli Stati Uniti, la questione sorge attraverso un incidente processuale (anche se nel modello accentrato si

dovrebbe parlare, in modo più rigoroso, di pregiudizialità, in quanto il giudice che decide la questione non è lo stesso giudice del processo principale) e deriva dalla necessità di risolvere una concreta controversia tra le parti. Essa non può essere fittiziamente creata al solo scopo di sollevare la questione, bensì deve riguardare interessi reali e situazioni giuridiche soggettive aventi un oggetto autonomo rispetto alla questione di costituzionalità.

Ai due requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza, se ne è aggiunto quantomeno un altro, per via giurisprudenziale, in molti degli ordinamenti che fin dall'inizio optarono per questo modello. Il giudice *a quo*, ossia quello della causa principale di merito, deve infatti previamente svolgere un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione della disposizione applicabile. Questo perché, come la Corte costituzionale italiana più volte ha affermato, una disposizione non si dichiara incostituzionale in quanto è possibile una sua interpretazione non conforme a Costituzione, bensì perché quella incostituzionale è l'unica interpretazione possibile. Tale argomento fa appello, da una parte, alla teoria della diretta applicabilità della Costituzione da parte di tutti i giudici; dall'altra, al principio di economia processuale, per il quale la Corte è chiamata a pronunciarsi solo quando non sia possibile risolvere il problema in via interpretativa. A sua volta, un limite applicativo a questo requisito è la teoria del diritto vivente: il giudice, nel cercare di risolvere interpretativamente la questione, deve attribuire alla disposizione il significato comunemente utilizzato dalla giurisprudenza maggioritaria, al fine di non legittimare interpretazioni fantasiose e stravaganti al solo scopo di escludere il controllo di costituzionalità della Corte.

Da quanto detto, si può evincere come, nella prassi applicativa, le caratteristiche del modello lo avvicinino sempre più a quello diffuso, piuttosto che a quello accentrato e diretto di origine kelseniana. Il giudice ordinario, infatti, è chiamato a essere non soltanto portinaio della Corte, ma diretto interprete della Costituzione. Questo significa che il giudice ordinario, nella fase preliminare, svolge una vera e propria funzione di controllo di costituzionalità. Per questo, il monopolio della Corte costituzionale in tali sistemi è soltanto di accoglimento delle questioni, in quanto il giudice *a quo*, attraverso la valutazione dei requisiti della rilevanza, della fondatezza (Germania e Spagna) o non manifesta infondatezza (Italia), e attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme, può direttamente rigettare la questione, applicando nel processo la norma ritenuta costituzionale (senza contare poi che, in alcuni ordinamenti, la diffusione del controllo sussiste di diritto rispetto ad atti normativi secondari, come i regolamenti).

Ulteriore aspetto riguarda l'effettiva opportunità di considerare il *tertium genus* come un vero e proprio "modello" di giustizia costituzionale, oppure semplicemente come una differente modalità di accesso alle Corti specializzate. In caso di risposta affermativa alla prima opzione, quali siano gli ordinamenti che possono essere classificati all'interno di tale categoria.

Il termine "modello" viene utilizzato nel linguaggio giuridico essenzialmente in due accezioni (di Robilant): come sinonimo di "esempio" o "archetipo"; oppure come struttura semplificata di una particolare realtà, utilizzata in funzione prescrittiva e predittiva rispetto al funzionamento della medesima

estructura reproducida en diversos contextos. È evidente que se nella prima accezione non sorgono particolari problematiche quanto all'utilizzo del termine, nella seconda è necessario verificare se il "modello" di controllo di costituzionalità in via incidentale presenti caratteristiche peculiari tali da differenziarne la struttura e il funzionamento rispetto a quelli originali ibridati. Da un punto di vista meramente strutturale, la via incidentale è una delle possibili modalità di accesso alla Corte, che in tutti gli ordinamenti viene affiancata da altri meccanismi, quali, ad es., il ricorso in via d'azione da parte di organi pubblici, l'azione popolare o il ricorso individuale a tutela di diritti fondamentali. Da un punto di vista funzionale, il *tertium genus* viene definito come controllo concreto (Ruggeri e Spadaro). La concretezza inciderebbe sul modo in cui la Corte struttura il giudizio di compatibilità della norma alla Costituzione, dando rilievo ai fatti o al caso da cui il giudizio è sorto. A tal proposito, in altra sede, si è avanzata l'ipotesi che la previsione o meno, da parte dell'ordinamento, del ricorso individuale per la tutela dei diritti costituzionali fra gli strumenti di garanzia della Costituzione, incida sulla classificazione del modello. Si è sostenuto che fra gli ordinamenti inclusi *tertium genus*, in *primis* Italia, Germania e Spagna, si possa tracciare una linea di differenziazione tra gli ultimi due e in generale la stragrande maggioranza dei Paesi che hanno successivamente recepito questo modello, dove il giudizio in via incidentale ha un'occorrenza quantitativamente limitata e qualitativamente si svolge in modo tendenzialmente più simile a quello in via diretta; e l'Italia, dove in assenza di strumenti di ricorso individuale diretto e all'interno di un sistema di accesso alla Corte tra i più ristretti fra quelli a sistema accentrato, l'incidentalità (*rectius* pregiudizialità) non si limita a rappresentare soltanto una, tra le vie d'accesso alla Corte, ma attribuisce una particolare forma al giudizio costituzionale, giustificando allora la classificazione del sistema come "modello", pur con una portata molto più ristretta quanto al numero di ordinamenti inclusi.

Silvia Bagni

DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

El derecho constitucional procesal, cuyo análisis comenzó con los planteamientos del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, se ocupa del estudio de las instituciones o de las categorías procesales establecidas por la Constitución.

La regulación constitucional de estos instrumentos se ha desarrollado de manera excepcional en los últimos años, ya que las cartas fundamentales más recientes dedican de manera progresiva disposiciones sobre la regulación de los principios básicos del derecho procesal, que ya no se concentran, como ocurría tradicionalmente, en la organización judicial y en el debido proceso legal, sino que también comprenden, entre otros aspectos, los derechos esenciales de las partes y en general de los justiciables, y algunos de estos lineamientos se sitúan dentro de los capítulos sobre derechos fundamentales.

Esta nueva rama del derecho constitucional es una disciplina estrechamente vinculada al procesalismo científico, y el enfoque que presentamos debe ser forzosamente provisional, puesto que no se han desarrollado de ma-

nera suficiente los estudios sobre este sector. Con esta aclaración, es posible establecer tres aspectos esenciales del derecho constitucional procesal:

I. JURISDICCIÓN. Solo para tener un apoyo en cuanto a la naturaleza de la institución partimos de una noción aproximada, de acuerdo con la cual la *jurisdicción* es la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide esas controversias de manera imperativa y desde una posición imparcial.

Cabe destacar que esta actividad pública se ha transformado de manera paulatina, de un procedimiento mecánico de aplicación de las normas legislativas, en una actividad de creación jurídica que otorga contenido a esas normas por medio de su interpretación e integración en los casos concretos de los que conocen los tribunales.

II. GARANTÍAS JUDICIALES. Debemos entender por ellas el conjunto de instrumentos establecidos en las normas constitucionales con el objetivo de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador, y que poseen además un doble enfoque, pues al mismo tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la judicatura, también favorecen la situación de los justiciables, ya que la función jurisdiccional se ha establecido en su beneficio. En este sentido, puede invocarse lo establecido por los arts. 14, primer párrafo, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el 6o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; instrumentos en los que se establece, en esencia, el derecho fundamental de todo gobernado de ser escuchado públicamente y con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial, y establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en contra de ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones.

Entre esas garantías judiciales se pueden señalar varios instrumentos que se aplican a los miembros de la judicatura, relativos a la estabilidad, remuneración, responsabilidad y autoridad de los juzgadores.

1. *Estabilidad*. Debe entenderse como el conjunto de medios que se traducen en la permanencia de los jueces y los magistrados, ya sea por un periodo determinado o de manera indefinida, hasta la finalización de su cargo, fallecimiento o edad de retiro, a no ser que incurran en motivo de responsabilidad que implique su remoción por medio de un proceso o de un juicio político. La forma más perfeccionada radica en la *inamovilidad*, la que significa que el juez o magistrado una vez designado permanece indefinidamente en sus funciones hasta su retiro forzoso a una edad determinada, e inclusive en algunos ordenamientos el cargo es vitalicio.

2. *Remuneración*. Este ha sido uno de los aspectos más débiles en la mayoría de los sistemas jurídicos de organización judicial y con mayor razón en Latinoamérica, pues en general los jueces y los magistrados perciben sueldos proporcionalmente inferiores a los que se otorgan a los funcionarios administrativos o legislativos. La Corte Suprema argentina, en una sentencia pronunciada el 18 de noviembre de 1985, señaló que la intangibilidad de los sueldos de los

jueces era garantía de independencia del Poder Judicial, de modo que cabía considerarla, junto con la inamovilidad, como garantía del funcionamiento de un poder del Estado, y esa intangibilidad comprendía la conservación del poder adquisitivo de esta, y no solamente su valor monetario formal.

3. *Responsabilidad*. Esta se puede entender desde varios enfoques. En sentido estricto, como el procedimiento establecido para imponer sanciones a los jueces que cometan errores inexcusables, faltas o delitos en el ejercicio de sus funciones; en una dimensión más amplia, también puede incluir la responsabilidad procesal, en la medida que los miembros de la judicatura gozan de atribuciones para la dirección del proceso, y finalmente, la responsabilidad de carácter político, cuando esos juzgadores intervienen en los instrumentos de justicia constitucional. La responsabilidad en sentido propio abarca varios aspectos: patrimonial, administrativo o disciplinario y penal.

4. *Autoridad*. Implica que los jueces y magistrados deben contar con instrumentos jurídicos para hacer respetar sus resoluciones, así como con el auxilio de la fuerza pública para la ejecución de estas. Los códigos procesales otorgan al juzgador medios de apremio y correcciones disciplinarias, que pueden llegar a la multa y al arresto en los casos extremos, para imponer sus decisiones a las partes o a terceros.

III. *Garantías de las partes*. Son las que poseen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional. Los lineamientos esenciales de estas garantías se han consagrado en las cartas constitucionales (inclusive, así sea de manera limitada, por los ordenamientos clásicos), ya que los derechos subjetivos públicos relativos a la *acción procesal* y a la *defensa o debido proceso* se han consagrado tradicionalmente como derechos fundamentales de la persona y han sido reglamentados por los mismos textos constitucionales, con mayor amplitud por lo que respecta a la materia penal, que ha sido el aspecto más sensible del derecho constitucional procesal. Las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos los han consagrado en todos los campos.

1. *Acción procesal*. El derecho de acción se consideró tradicionalmente, a partir del derecho romano y hasta la primera mitad del siglo XIX, como el mismo derecho subjetivo llevado al proceso; sin embargo, gracias a las aportaciones de los juristas alemanes de la segunda mitad del siglo pasado, se reconoció a la acción la naturaleza de un derecho autónomo, diverso del derecho sustantivo público que corresponde a todo gobernado de solicitar al Estado la prestación jurisdiccional. Cabe destacar que este derecho autónomo ha experimentado una transformación sustancial debido al fenómeno de la socialización del derecho, en el cual se reconocen y se tratan de evitar los obstáculos del orden económico, social, político y cultural que en el campo del derecho procesal entorpecen la real participación de los justiciables, e impiden la eficacia del proceso.

2. *Derecho de defensa o debido proceso legal*. Abarca numerosos aspectos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de muy diversas maneras en los distintos ordenamientos que la consagran, pues comprende instrumentos procesales, como la publicidad del proceso; el derecho a un juez natural (o sea, que nadie puede ser juzgado por tribunales de excepción o sometido a la justicia militar si no pertenece a las fuerzas armadas); la oportunidad

probatoria, etcétera. Pero también este derecho de defensa abarca aspectos sustantivos, pues la solución que se dicte en el proceso debe ser razonable, es decir, adecuada a la controversia planteada. Uno de los aspectos esenciales del debido proceso es el relativo a la *igualdad efectiva de las partes*, la cual surgió con el derecho procesal laboral, precisamente debido a la comprobación de que en los conflictos obrero patronales existe una parte débil: el trabajador; al respecto destacan las profundas reflexiones del procesalista uruguayo Eduardo J. Couture sobre la “igualdad por compensación”, para lograr el equilibrio de las partes.

Héctor Fix-Zamudio

DERECHO DE ASILO

El derecho de asilo consiste en la protección que otorga facultativamente el Estado soberano en su territorio a toda persona no nacional que sufre persecución en su país de origen, o en aquel donde antes tuviera su residencia habitual, por razones políticas, ideológicas o conexas a estas, que conciernan ciertos principios y valores democráticos; la regulación de este derecho tiene lugar en los distintos sistemas jurídicos nacionales.

El asilo en su génesis surge como una institución con un matiz netamente religioso, cuyo objetivo era ayudar y proteger a personas perseguidas por las fuerzas civiles. Por ello, en la doctrina al referirse a los orígenes del asilo se hace alusión a pasajes bíblicos e interpretaciones teológicas, más que antropológicas.

En la Grecia clásica, el asilo alcanzó un alto grado de desarrollo y fue conocido como *asylon*, que significa inviolable. Esta figura fue transmitida por la piedad popular y por tradición apostólica y patristica, en un primer momento de forma de costumbre social, que más tarde iba a adquirir naturaleza jurídica con las leyes a partir de los siglos IV y V en el ámbito eclesial y secular, manteniéndose en la cristiandad hasta en nuestros tiempos, en los que sus valores esenciales se encuentran transmutados en distintos marcos legales, tanto nacionales como internacionales.

La institución del asilo político ha tenido un desarrollo disímil en distintas regiones del mundo, por lo que actualmente conocemos dos clases de asilo de gran importancia (el territorial y el diplomático) que se identifican en las prácticas nacionales de los Estados, en especial nos referimos a los continentes europeo y americano.

La referencia más relevante sobre el asilo territorial se encuentra en la Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de la ONU del 14 de diciembre de 1967, adoptada en forma de “Declaración sobre Asilo Territorial”. Ahí se hace referencia a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece el derecho humano a buscar asilo y disfrutar de él en cualquier país (art. 14), manteniendo como base axiológica de la institución del asilo a los principios fundamentales de la organización, tales como la paz, la seguridad y la cooperación internacional, así como el fomento de las relaciones de amistad entre las naciones, con el fin de garantizar los derechos humanos.

La citada Declaración señala que el asilo territorial no debe ser considerado como un acto inamistoso entre los pueblos, que deberá otorgarse a las personas con fundamento en el ejercicio de la soberanía (art. 1o.) y no podrán invocar este derecho las personas que hayan cometido un delito contra la paz, de guerra o contra la humanidad (art. 1.2). De tal forma que el derecho a buscar asilo se encuentra condicionado y podrá no ser concedido; sin embargo, cada país es libre de dispensar o no la protección.

Cabe señalar la relativa ineficacia de la comentada Declaración, en consideración a su naturaleza que carece de vínculo jurídico coercitivo, según las reglas, en estricto sentido, del derecho internacional público. Por esta razón, la ONU convocó a una conferencia en Ginebra, Suiza, del 10 de enero al 4 de febrero de 1977, de acuerdo con la Resolución 3456 (XXX) de la Asamblea General, con el propósito de adoptar una Convención sobre el asilo territorial que sí garantizara un marco mínimo de derechos de manera vinculante. No obstante, el esfuerzo fue en vano, puesto que no se pudo llegar a ningún acuerdo formal y las expectativas sobre una nueva conferencia o adopción de un marco legal internacional sobre asilo territorial son escasas.

El asilo diplomático, por su parte, se concibe como una institución típica de América Latina, que consiste en la protección dispensada en las misiones o legaciones diplomáticas del Estado. Al igual que el asilo territorial, este tipo de asilo se concede a personas objeto de persecución política o ideológica, con la singularidad de que esa protección se otorga en las instalaciones de las embajadas o consulados de un Estado dentro del territorio de otro.

El objeto de esta institución consiste en conseguir las suficientes garantías diplomáticas por parte del Estado persecutor, a través de una especie de salvoconducto, que permita a la persona perseguida salir de su territorio sin que peligre su vida o su integridad, lo que algunos conciben como una etapa previa al derecho de asilo territorial. El asilo diplomático es también comprendido en su regulación latinoamericana como asilo político (Convenio de La Habana sobre Asilo, del 20 de febrero de 1928; modificado por el Convenio de Montevideo sobre Asilo Político, del 26 de diciembre de 1933), a diferencia de la concepción europea, en donde el asilo territorial es entendido como sinónimo del asilo político.

En Europa se considera que la protección brindada en las legaciones diplomáticas a personas que sufren persecución es una especie de “refugio temporal por razones humanitarias”, que se otorga con fundamento en el principio de “inviolabilidad en los recintos diplomáticos”, establecido en el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, en su art. 22.1, y en virtud de los principios de derecho internacional consuetudinario de proteger la vida, evitar la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, pero bajo ningún concepto por vinculación jurídica al asilo diplomático, institución que carece de validez en ese continente.

De tal forma, la modalidad de asilo diplomático es entendida como una costumbre de ámbito regional latinoamericano y su marco internacional se encuentra en la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático del 28 de marzo de 1954, celebrada en el seno de la Décima Conferencia Interamericana.

La Convención de Caracas nace bajo el antiguo concepto de “extraterritorialidad”, por el cual los Estados pueden conceder el asilo diplomático en sus “territorios ficticios”. En ella se incluyen, además del recinto de la misión y la vivienda del jefe diplomático, los navíos de guerra, campamentos y aeronaves militares (art. 1o.); sin embargo, parece que en la actualidad la “extraterritorialidad” pierde sustento jurídico, en tanto que cobra mayor importancia el principio de “la inviolabilidad de la misión diplomática”. Esto significa que, bajo la concepción de “extraterritorialidad”, los recintos diplomáticos se consideran “islas absolutas de la soberanía del Estado en misión”, en el territorio de un Estado anfitrión; mientras que el principio de “inviolabilidad de la misión diplomática” sustenta que los edificios o recintos donde se encuentren las embajadas o consulados dependen parcialmente del Estado receptor. Así, mediante la adopción de leyes nacionales sobre recintos diplomáticos y consulares (caso del Reino Unido, Ley de 1987) es posible revocar el estatus diplomático de una embajada o consulado en determinadas situaciones de crisis, tales como las rupturas de las relaciones diplomáticas, en virtud de conflictos ideológicos, políticos o bélicos.

Carlos Alberto Prieto Godoy

DERECHO DE ASOCIACIÓN

El derecho de asociación consiste en la libertad que tiene todo individuo para constituir con otras personas una entidad con personalidad jurídica propia, con efectos temporales estables para el cumplimiento de fines lícitos previamente establecidos y con reglas internas otorgadas en atención a los principios de autoorganización y autodeterminación asociativa. Este derecho adquiere particular relevancia en los Estados democráticos, porque las asociaciones constituyen una manifestación del pluralismo, según Häberle en *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, y tienen una función mediadora entre los gobernados y el poder público, de acuerdo con Tocqueville y su obra *La democracia en América*.

I. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL. El derecho de asociación tiene un reconocimiento tardío en el constitucionalismo —salvo en Estados Unidos e Inglaterra, donde se apreció una relación estrecha entre este derecho y las libertades de expresión y reunión—, ya que el liberalismo político decimonónico concibió al Estado, bajo la influencia de Rousseau, como una asociación política derivada de un pacto social, sin admitir estructuras o entidades intermedias entre la libertad individual y la representación política, de acuerdo con Coello Garcés en libro *El Estado democrático postnacional. Dimensiones actuales del principio de soberanía y ciudadanía*, pues, según Lucas Murillo de la Cueva y su obra *El derecho de asociación*, “se temía que pudieran fraccionar la visión directa del interés colectivo y crear una barrera innecesaria entre cada uno de los individuos y el Estado”. De ahí que este derecho no se encuentre expresamente establecido en las primeras declaraciones de derechos humanos ni en la Constitución francesa de 1791.

Con posterioridad se genera una evolución significativa del pluralismo político y de la libertad individual para el reconocimiento constitucional del

derecho de asociación, como es el caso de las Constituciones de México de 1857 y 1917, de Weimar de 1919, de Austria de 1920 y de España de 1931 (con algún antecedente en los textos constitucionales españoles de 1869 y 1876), entre otras.

En el caso mexicano, este derecho se estableció de manera conjunta con el derecho de reunión en el primer párrafo del art. 9o. constitucional, que permanece incólume desde 1917, en los siguientes términos: “No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar”.

II. RECONOCIMIENTO CONVENCIONAL. En cuanto al ámbito internacional de los derechos humanos, el derecho de asociación cuenta con un reconocimiento preponderante, como puede advertirse de lo previsto en los arts. 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; en los que se establece, en esencia, que todas las personas tienen derecho a asociarse libremente. De manera que, el derecho de asociación cuenta con una configuración constitucional y convencional de amplio contenido, porque comprende de manera genérica tanto el ejercicio de esta libertad, sin interferencias indebidas de la autoridad, como las diversas manifestaciones asociativas previsibles en un Estado democrático, ya sean con fines políticos, ideológicos, religiosos, laborales, sociales, económicos, profesionales, culturales, deportivos, o bien de cualquier otra naturaleza.

III. LAS VERTIENTES DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN. La libertad asociativa se caracteriza, según Lucas Murillo de la Cueva, por su pluripersonalidad, que trasciende más allá del ámbito de la individualidad de los derechos. Asimismo, esta libertad se distingue por su carácter instrumental para el cumplimiento de otros fines, ya que a partir de este derecho se concretan, por ejemplo, la participación política de los ciudadanos a través de agrupaciones o partidos políticos; la defensa de derechos laborales en los sindicatos; el ejercicio de la libertad religiosa y el libre desarrollo de las expresiones culturales en asociaciones de esta índole; entre otros.

Debido a estas particularidades, es posible identificar diversas vertientes del derecho de asociación, tales como: a) el derecho a constituir asociaciones o la libertad fundacional de una asociación, como dimensión básica de este derecho; b) el derecho a incorporarse a asociaciones previamente constituidas, que consiste en la libertad positiva o activa que tiene todo individuo para asociarse a determinada entidad con fines lícitos; c) el derecho a no asociarse; es decir, la libertad negativa o de la no pertenencia a una asociación, lo que implica una prohibición a la afiliación o sindicación obligatoria; d) el derecho a abandonar una asociación, que significa la libre manifestación de la voluntad de separarse de una entidad o agrupación específica; e) la libertad de autoorganización y autodeterminación para definir el funcionamiento interno de la asociación, con la posibilidad de dotarse de sus propias normas estatutarias, sin injerencias externas o gubernamentales, y f) el derecho de los

asociados frente a la asociación, que genera la posibilidad de disentir respecto a las decisiones de los órganos de dirección o estar en aptitud de controvertir sus actos, así como el reconocimiento de medios idóneos para la salvaguarda de los derechos de los asociados, y de su garantía de audiencia y legítima defensa, de acuerdo con Sauca Cano y su escrito “Artículo 22 de la Constitución española: el derecho de asociación”, como ocurre con el derecho de los afiliados en los partidos políticos.

IV. LÍMITES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES. De lo previsto en el art. 9o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de los referidos textos internacionales se advierte que el ejercicio de este derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas en la Constitución y en la ley, siempre y cuando sean necesarias en una sociedad democrática, como es el caso de la prohibición de la ilicitud de sus fines, o por razones de orden público, para proteger la salud, la moral o los derechos de terceros, y en materia política, únicamente pueden ejercer el derecho de asociación quienes tengan el estatus de ciudadano.

V. DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y DE REUNIÓN. La nota esencial que distingue a estos derechos, conforme a lo estipulado por Carbone en el libro *Los derechos fundamentales de México*, es que la libertad asociativa tiene efectos temporales extendidos, y no se agota mientras físicamente se encuentran reunidas determinadas personas, porque en la asociación se crea una entidad con personalidad jurídica distinta a la de sus asociados, lo que le otorga una mayor temporalidad y permanencia.

Clicerio Coello Garcés

DERECHO DE ASOCIACIÓN (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

La jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México considera que la libertad de asociación es un derecho fundamental indispensable en todo régimen democrático, porque propicia el pluralismo político y la participación de la ciudadanía en la formación y control del gobierno (Jurisprudencia P./J.54/2009). También estima que se trata de un derecho complejo compuesto por “libertades de índole positiva y negativa que implica, entre varias cuestiones, la posibilidad de que cualquier individuo pueda establecer, por sí mismo y junto con otras personas, una entidad con personalidad jurídica”, cuya finalidad lícita sea de la libre elección de los asociados (Tesis 1a. LIV/2010).

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que el derecho de asociación previsto en el art. 9o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos opera en tres posibles direcciones: a) como derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; b) como derecho a permanecer en la asociación o renunciar a ésta, y c) como derecho a no asociarse. Por lo que concluye la Suprema Corte de Justicia de la Nación que imponer en la ley una obligación a los comerciantes e industriales a que se afilien a una cámara en específico vulnera este derecho fundamental (Jurisprudencia P./J.28/1995).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español considera que el derecho de asociación constituye la facultad de unirse con otros libremente para estructurar una agrupación sin injerencia estatal (STC 67/1985), para lo cual cuenta con la potestad de autoorganización, que comprende desde la aprobación de sus estatutos hasta la expulsión de los asociados, de manera que “quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidos” (STC 218/1988).

I. **RESTRICCIONES AL DERECHO DE ASOCIACIÓN.** Con relación a las limitaciones de este derecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que no se vulnera la libertad de asociación cuando se precisan en la ley requisitos razonables para su registro; por tanto, pueden preverse requerimientos legales a efecto de “salvaguardar los intereses colectivos que se persiguen con su establecimiento” (Tesis P. CXXV/2000). Sin embargo, estima que son contrarias a la Constitución Política las restricciones injustificadas e indebidas a la libertad de asociación; por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se limite a un individuo a pertenecer únicamente a una asociación, como puede advertirse de la tesis aislada de rubro: “LIBERTAD DE ASOCIACIÓN Y PRINCIPIO DE IGUALDAD. LA IMPOSIBILIDAD DE QUE UN INDIVIDUO PERTENEZCA A MÁS DE UN COLEGIO DE PROFESIONISTAS ES INCONSTITUCIONAL” (Tesis 1a. LIII/2010); o en los casos en los que se restrinja la existencia de un número determinado de asociaciones, como lo prevé la tesis aislada de rubro: “COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. EL ARTÍCULO 44 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 50. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL LIMITAR A CINCO EL NÚMERO MÁXIMO DE COLEGIOS SUSCEPTIBLES DE CONSTITUIRSE POR CADA RAMA, VULNERA LA GARANTÍA DE IGUALDAD, EN RELACIÓN CON LAS DE LIBERTAD DE TRABAJO Y ASOCIACIÓN” (Tesis 1a. CCXXXVII/2007).

II. **RELACIÓN Y DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN Y DE REUNIÓN.** El derecho de reunión mantiene una estrecha relación con el de asociación, porque estos derechos tienen un carácter instrumental para lograr determinados fines, y convergen en la concreción de otros derechos fundamentales, como los de participación política, libertad sindical, libertad religiosa o libertad de expresión. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional establece que “la diferencia sustancial entre ambos derechos es que la libertad de asociación implica la formación de una nueva persona jurídica, con efectos jurídicos continuos y permanentes, mientras que una simple congregación de personas se caracteriza por una existencia transitoria cuyos efectos se despliegan al momento de la reunión física de los individuos” (Tesis 1a. LIV/2010).

III. **DERECHO DE ASOCIACIÓN EN MATERIA POLÍTICA.** En el ámbito político, únicamente los ciudadanos tienen derecho de asociarse para participar o formar parte en los asuntos públicos, en atención al carácter restrictivo del estatus de ciudadanía, concebido bajo la perspectiva tradicional del Estado nacional (Coello Garcés: 2013, 185). Al respecto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación prevé en su Jurisprudencia 25/2002, que el ejercicio del derecho de asociación en materia político-electoral consiste en que los ciudadanos pueden formar partidos y agrupaciones políticas, cumpliendo con los requisitos que se establecen en la ley; por lo que el ejercicio de esta libertad en materia política “está sujeta a varias limitaciones y una condicionante: las

primeras están dadas por el hecho de que su ejercicio sea pacífico y con un objeto lícito, mientras que la última circunscribe su realización a los sujetos que tengan la calidad de ciudadanos mexicanos”.

En esta materia, el derecho de asociación tiene una vertiente de gran trascendencia para la participación política de los ciudadanos, como es el caso del derecho de afiliación partidista, que comprende no solo la potestad de formar parte de un partido político o de una agrupación política, sino también la de conservar su afiliación, incluso la de no afiliarse a éstos o desafiarse libremente (Jurisprudencia electoral 24/2002). En ese sentido, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación considera que en el control de la constitucionalidad y legalidad de los estatutos de los partidos políticos deben armonizarse dos principios que se encuentran inmersos en el derecho de asociación; por una parte, la libre afiliación partidista de los ciudadanos y, por otra, la libre autoorganización del partido político como entidad de interés público (Tesis electoral VIII/2005).

IV. MEDIDAS COMPENSATORIAS EN LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN. A efecto de privilegiar el ejercicio del derecho de asociación, el órgano jurisdiccional en materia electoral considera que cuando los integrantes de comunidades indígenas soliciten el registro de un partido político, las autoridades electorales deben adoptar las medidas compensatorias y adecuadas para maximizar su derecho de asociación y participación política, como puede advertirse del criterio interpretativo que integra la tesis de rubro: “COMUNIDADES INDÍGENAS. DEBE MAXIMIZARSE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE REGISTRO DE PARTIDOS POLÍTICOS” (Tesis electoral XXXI/2012).

Clicerio Coello Garcés

DERECHO DE ASOCIACIÓN (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que el aspecto más importante del derecho de asociación es que los ciudadanos son capaces de crear una entidad legal para actuar colectivamente en un ámbito de interés mutuo, lo que le otorga a este derecho un sentido práctico (sentencia Gorzelik y otros *vs.* Polonia, 2001, §55), y no obstante que es una libertad autónoma con una esfera específica de aplicación, también constituye un medio adecuado para el ejercicio de las libertades de pensamiento, de conciencia, de religión y de expresión de las ideas (Sentencias Ahmed *vs.* Austria, 1998, §70 y Chassagnou y otros *vs.* Francia, 1999, §57).

I. RECONOCIMIENTO EN EL CONVENIO EUROPEO. Este Tribunal considera que el derecho de asociación es inherente al art. 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, aunque este precepto haga referencia expresa a los sindicatos, ya que reconoce de manera genérica a la libertad asociativa, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”.

II. INTERPRETACIÓN DE LOS LÍMITES AL DERECHO DE ASOCIACIÓN. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que si bien los Estados tienen la potes-

tad de valorar si los objetivos y actividades de una asociación son conformes a sus leyes nacionales, también lo es que “deben hacerlo de una manera que sea compatible con sus obligaciones dimanantes del Convenio y que están sujetos a la fiscalización de este Tribunal” (sentencia Sidiropoulos y otros *vs.* Grecia, 1998, §40). De manera que la libertad de asociación no es absoluta y en determinados supuestos se acepta la imposición de límites, siempre y cuando estas restricciones tengan por objeto proteger otros derechos reconocidos en el referido Convenio y se acredite la “necesidad social apremiante” para justificar la intervención a este derecho (sentencia Otto-Preminger Institut *vs.* Austria, 1994 §§47 y 50). En ese tenor, este órgano jurisdiccional europeo precisa que el único motivo suficiente para justificar una restricción es aquella que tiene su origen en una sociedad democrática; por tanto, el término “necesidad social apremiante” no tiene la flexibilidad de las expresiones útil o deseable, pues “la democracia no significa simplemente que el punto de vista de la mayoría siempre tenga que prevalecer. Debe conseguirse un equilibrio que asegure el trato justo de las minorías y que evite cualquier abuso de una posición dominante” (sentencia Young, James y Webster *vs.* Reino Unido, 1981, §63).

III. LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA EN EUROPA Y EL DERECHO DE ASOCIACIÓN. Los fundamentos de la defensa de la democracia y del Estado constitucional han generado que en diversos países europeos se hayan disuelto asociaciones o declarado inconstitucionales partidos políticos bajo el argumento de que éstos sostienen una doctrina contraria al sistema democrático, ya sea por promover el nacionalismo racista o xenófobo, tener vínculos con el terrorismo o pretender el establecimiento del islamismo extremista a través del *djihad* o guerra santa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha conocido diversos casos vinculados con la ilegalización de partidos políticos, entre los que destacan particularmente los promovidos contra Turquía, como son los siguientes:

1. *Sentencia del Partido Comunista Unificado contra Turquía, del 30 de enero de 1998.* En este caso, el Tribunal observó que el partido político fue disuelto antes de haber iniciado sus actividades, y, por ende, tal medida fue adoptada solo sobre la base de sus estatutos, con lo cual la disolución fue una medida desproporcionada que no resultaba necesaria en una sociedad democrática, ya que el sólo hecho de utilizar en su denominación el término “comunista” no es suficiente para declarar inconstitucional una asociación política.

2. *Sentencia del Partido de la Libertad y de la Democracia contra Turquía, del 8 de diciembre de 1999.* En este asunto, el partido reivindicaba el reconocimiento del derecho a la autodeterminación del pueblo kurdo y denunciaba la opresión de esta minoría, cuestión que instó a su disolución, por considerar que su programa atentaba contra la integridad territorial y la unidad de la nación. El Tribunal Europeo estimó que el partido político no proponía un llamamiento a la violencia o alguna forma de rechazo a los principios democráticos, sino que insistía en la necesidad de realizar su proyecto político respetando las reglas democráticas, con una solución pacífica al conflicto histórico de esa minoría nacional (Rollnert: 2000, 153).

3. *Sentencia del Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía, del 31 de julio de 2001.* Este asunto marca un punto de inflexión en la jurisprudencia

cia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la disolución de partidos políticos. Esta organización política fue declarada ilegal en ese país, bajo la acusación de haberse convertido en un centro de actividades contrario a los principios constitucionales y al laicismo, por promover la doctrina del islam extremista y por pugnar por la instauración de un régimen jurídico religioso conocido como *Sharia*.

El Tribunal Europeo sentenció que la disolución de este partido político no vulneró el art. 11 de la Convención, porque las posiciones del *Refah Partisi* formaban una imagen clara del modelo de Estado que este partido concebía de acuerdo con reglas religiosas, por lo que su proyecto político no era teórico ni ilusorio, sino realizable. Por lo anterior, estimó que el Estado de Turquía sí podía razonablemente evitar la ejecución de un proyecto político incompatible con las normas de la Convención. Por tanto, consideró que la disolución de este partido no fue desproporcional a los fines legítimos perseguidos, porque respondía a la “necesidad social apremiante” de preservar el Estado laico y democrático (sentencia *Refah Partisi* y otros vs. Turquía, 2001, §§80 y 82).

Clicerio Coello Garcés

DERECHO DE ASOCIACIÓN (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La Corte Interamericana ha considerado que todos los individuos que estén bajo la jurisdicción de los Estados miembros tienen derecho a agruparse con otras personas para la realización de un fin lícito, sin la intervención indebida de las autoridades que limiten este derecho o desnaturalicen el ejercicio de la libertad asociativa (caso *Escher* y otros vs. Brasil, 2009). Ello, en atención a lo previsto en el art. 16.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole”.

I. DIMENSIÓN POSITIVA Y NEGATIVA DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso *Baena Ricardo* y otros vs. Panamá, sostuvo que la libertad de asociación tiene una dimensión positiva y una vertiente negativa, ya que por una parte reconoce el derecho de formar asociaciones, y por otra, la libertad de todas las personas a no agruparse a una organización específica, de manera que ningún individuo puede ser obligado a asociarse a una corporación.

II. DERECHO DE ASOCIACIÓN POLÍTICA. El art. 16.1 de la Convención prevé el ejercicio legítimo del derecho de asociación en materia política, bajo la premisa de que en un sistema democrático debe protegerse la libertad asociativa de todos los ciudadanos, inclusive de los que integran las agrupaciones de oposición, ya que sin éstas no es posible el logro de acuerdos que atiendan las diferentes visiones que prevalecen en el contexto social (Silva: 2012, 372).

Por lo que en una sociedad democrática la participación efectiva de personas, grupos, organizaciones y partidos políticos debe ser garantizada por los Estados miembros, mediante normas y prácticas que permitan el acceso a los espacios deliberativos en condiciones de igualdad, así como a través de

medidas que promuevan su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales (caso Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, 2010).

III. LIBERTAD SINDICAL. El derecho de asociación en materia laboral consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna y programa de acción sin la intervención indebida de las autoridades, para lo cual cada trabajador está en libertad de determinar, sin coacción alguna, si desea o no formar parte del sindicato. En ese sentido, la Corte Interamericana estima que la libertad sindical reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores, y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos; de ahí que la protección a este derecho trascienda a la inviolabilidad de los espacios físicos o locales en los que desempeñan sus actividades. Por esta razón, las autoridades únicamente pueden acceder a las instalaciones sindicales mediante autorización judicial (caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, 2001); de lo contrario se disminuiría la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la defensa de sus intereses (caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz *vs.* Perú, 2007).

IV. RESTRICCIONES AL DERECHO DE ASOCIACIÓN. El art. 16.2 de la Convención establece que el ejercicio de este derecho “sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”. Al respecto, la Corte Interamericana ha precisado que la expresión “ley” no debe ser utilizada como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a considerar que una disposición emitida por el poder público, con carácter general, puede restringir derechos fundamentales. De manera que este vocablo recobra un “sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia de los poderes en la esfera de los derechos y libertades de las personas” (caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, 2001).

Es decir, las restricciones al derecho de asociación deben estar previstas en los ordenamientos constitucionales, o a través de la delegación expresa en la Constitución, para que el órgano Legislativo lleve a cabo la regulación de este derecho, siempre y cuando las limitantes sean necesarias en una sociedad democrática y se establezcan en aras de la seguridad nacional o el orden público.

Clicerio Coello Garcés

DERECHO DE EXCEPCIÓN

I. CONCEPTO. La excepción es un derecho procesal, que sirve como medio de defensa y que pueden invocar las partes, para enervar la demanda sin entrar al fondo del asunto. Esta categoría procesal en el derecho civil, frecuentemente ha servido para alargar los procesos. En cambio, en las acciones de garantía (acción de amparo y acción de cumplimiento en el Perú), es para proteger tales procesos, pero evitando su larga duración, teniendo en cuenta el carácter sumario de los mismos.

II. LA EXCEPCIÓN EN MATERIA CONSTITUCIONAL. Creemos que las excepciones que pueden funcionar son las siguientes:

1. *Por la naturaleza de la acción.* Sería el caso que se demanda para proteger un derecho informático, empleando la acción de amparo o la acción de cumplimiento para proteger un derecho constitucional, que corresponde a una acción de amparo. En la práctica resultará más efectivo, declarar improcedente la demanda.

2. *Excepción de cosa juzgada.* El art. 6o del Código Procesal Constitucional señala que “En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncia sobre el fondo”.

Esta excepción procede cuando sobre la misma materia y seguida entre las mismas personas, la sentencia definitiva ha quedado firme, por lo que no procede que se vuelva a iniciar por la parte perdedora la acción; sin embargo, se viene discutiendo y tratando de poner en práctica una acción de amparo contra amparo.

3. *Excepción de prescripción.* Sería el caso de que alguien formule una demanda de acción de amparo. Ahora, de acuerdo al Código Procesal peruano, simplemente se le denomina “plazo de interposición de la demanda”. Dicho plazo concluye a los treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena que se cumpla lo decidido. Y cuando los actos son continuos, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.

III. EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS. Es importante hacer referencia al trámite de este medio de defensa procesal.

En principio, las excepciones en materia de procesos comunes (civil, penal, laboral), en la mayor parte de casos se emplean como medios dilatorios por parte de los demandados. En cambio, en materia constitucional, tanto por la materia que se discute —derechos constitucionales— y por tratarse de procedimientos sumarios, no se permite que el trámite de las excepciones recorra todas las instancias. Por eso el art. 10 del Código mencionado establece: “Las excepciones y defensas previas se resuelven, previo traslado, en el auto de saneamiento procesal. No procede en el proceso de Hábeas Corpus”.

IV. LAS COMPETENCIAS Y LAS EXCEPCIONES. Es un tema que en la práctica cabe tenerlo en cuenta. En efecto, cuando se trata de una demanda de hábeas corpus, es competente un juez penal de la provincia donde se ha cometido el agravio. Y cuando se trata de las acciones de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, hay tres alternativas de competencia: el juez civil de turno de la provincia donde se encuentra el domicilio del demandado, o el juez civil de turno de la provincia donde tiene su domicilio el demandado, o el juez civil de la provincia donde se ha producido el agravio.

Por consiguiente, si cualquiera de estas acciones se presentaran ante un juez no competente, lógicamente el demandado podría deducir una excepción en relación con la competencia.

Victor Julio Ortecho Villena

DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

El derecho humano de la “igualdad ante la ley” puede ser un *principio* o un *valor*, con el carácter de una condición general de validez. Su construcción se basa en la interpretación de los tribunales constitucionales, contenido en la jurisprudencia donde la norma se contrasta con la realidad para llegar a la *igualdad material*, de acuerdo con las necesidades del contexto y de los casos que se tiene que decidir, para lo cual se emplean los conceptos de necesidad, racionalidad y proporcionalidad en medios y fines.

El Tribunal Constitucional Español, en jurisprudencia 8/1983, del 18 de febrero, pronunció: “Si a tal conclusión se llegara, se estaría desconociendo el *valor superior* que en el régimen democrático tiene el *principio de igualdad* básica de todos los ciudadanos y de lo que esto supone en orden a la supresión de toda desigualdad de trato. La *igualdad* se configura como *valor superior* que, con una eficacia trascendente de modo que tal situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con los valores que la constitución como norma superior proclama”. La igualdad, como valor, es un regulador, y no una forma concreta de vida; más bien es una medida abstracta. Y en la óptica normativa, la igualdad como principio, no es una descripción universal de la realidad; es una directriz genérica referida al tratamiento de la identidad entre sí de la realidad humana.

Los parámetros de enjuiciamiento en la vulneración del “principio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley”, el TC español, en resolución, 49/1982, del 14 de julio, señaló: “La regla general de la igualdad contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad de trato dado por la Ley o igualdad ante la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio Poder Legislativo, pero es, asimismo, igualdad en la aplicación de la ley, lo que implica que un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, debe de ofrecer para ello una fuente suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley, cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la cual se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que coheretarse con el principio de coherencia de los órganos encargados de la aplicación cuando éstos son órganos jurisdiccionales”. Se infiere que el respeto y no vulneración del principio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley implica que un mismo órgano judicial no puede modificar arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales; sin embargo, la misma sentencia otorga un parámetro permisivo para apartarse del precedente, pero tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Además, en sentencia del TC español 66/1987, del 21 de mayo, se establece la visión donde se exige el juicio de igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley, así: 1. Reitera el carácter vinculante del principio de igualdad

respeto de los jueces y tribunales de justicia, los cuales; 2. No pueden apartarse arbitrariamente del sentido de sus decisiones, en caso de que lo hagan, y 3. Deberán aportar una fundamentación suficiente y razonable.

El Tribunal Constitucional chileno, en sentencia del 8 de abril de 1985, Rol No 28, establece que “La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser igual para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficiaren o graven a otros que se hallan en condiciones similares. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo”.

Es este orden, encontramos la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, caso “Empresa Singer”, noviembre de 1995: “El hecho de pertenecer a un sindicato no puede dar origen a la discriminación en materia de sueldos y prestaciones sociales. No resulta justificado ni legitimado el trato diferenciado que se da a una u otra clase de trabajadores. Es más, podría pensarse que el origen de la discriminación se centra en la pertenencia de algunos trabajadores al sindicato”.

Por su parte, el criterio sostenido por la Corte Suprema chilena, en sentencia del 15 de junio de 1988, donde establece “la igualdad ante la ley es el sometimiento de todas las personas de similares condiciones a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible discriminar entre ellas, por lo que es natural que, en una serie de ámbitos, la ley pueda hacer diferencias entre grupos, siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que tenga una justificación racional”.

El Tribunal Constitucional español, en la sentencia 144, de 1988, establece lo siguiente: “El principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentren en la misma situación, o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurra en arbitrariedad y es por eso discriminatoria.

En otro plano, en el de aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas”.

Las ideas construidas en la doctrina jurisprudencial, donde se crearon los principios como la razonabilidad y la proporcionalidad entre medios y fines. El *principio de proporcionalidad* es el criterio para determinar el principio de igualdad, lo que implica que un privilegio a favor solo sería admisible constitucionalmente, de existir una “razón suficiente” que lo justificara. Además, el “concepto de proporcionalidad” comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectado por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin; es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. Los principios logran la “igualdad ante la ley”, lo que a su vez permite aproximarse a la “igualdad material”, derivado de la interpretación de la realidad humana.

Isidro Mendoza García

DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

El derecho fundamental a la igualdad ante la ley debe ser estudiado en su relación con otros derechos humanos contenidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, lo que hace necesario enunciar los derechos que contempla el Convenio, y se hace a la luz de la jurisprudencia que ha generado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Convenio garantiza el derecho a la vida (art. 2o); prohíbe la tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 3o); la esclavitud o servidumbre, así como los trabajos forzados (art. 4o); reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad y los derechos del detenido (art. 5o), y el derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia (art. 6o); prohíbe la retroactividad de la ley penal (art. 7o); protege la vida privada y familiar (art. 8o); las libertades de pensamiento, conciencia y religión (art. 9o); de expresiones e información (art. 10); de reunión pacífica, de asociación y de sindicalización (art. 11); reconoce el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (art. 12); garantiza el derecho de toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados, a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales (art. 13); finalmente, el derecho al disfrute de tales derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas y otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento, o cualquier otra situación (art. 14).

En el sistema del Convenio, el derecho a la no discriminación no es por tanto un *derecho autónomo*, ya que el art. 14 protege el derecho a no ser discriminado *en el goce de alguno de los derechos reconocidos en el convenio*, los cuales previamente fueron enunciados. La igualdad, como principio fundamental, solo se

puede entender a través de la jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo en relación con la configuración del principio de la igualdad de género, referida a la prohibición de discriminación por diversas circunstancias, entre las que se incluye el sexo, que refleja una porción de la realidad interpretada en materia de igualdad, por el Tribunal.

Dos casos paradigmáticos de la discriminación por razón de sexo son el *Siliadin vs. Francia* (Demanda 7331/01), del 26 de julio de 2005, y el *Rantsev vs. Chipre y Rusia* (demanda 25965/04), del 7 del enero de 2010. Los dos casos señalados se referían a situaciones de explotación en las que las víctimas prioritarias eran mujeres y niñas, mostrándose en los hechos presentados unos fenómenos ampliamente feminizados.

En el primer caso la demandante ante el TEDH, procedente de Togo, tenía la edad de 20 años y desde los 15 había realizado trabajo doméstico en Francia. El Comité contra la Esclavitud Moderna, en el proceso judicial se reclamó, que había sido sometida a las prácticas prohibidas por el art. 4o. del CEDH. En segundo caso, quien presentó la demanda ante el TEDH fue el padre de la señora Oxana Raanseva, porque había fallecido en circunstancias extrañas en Chipre. La joven rusa llegó a Chipre para trabajar como artista en un cabaret el 5 de marzo de 2001. Las circunstancias estaban relacionadas con las redes de prostitución. En la demanda se solicitó que se considerara vulnerado el art. 4o. del CEDH. En ambos casos el TEDH determinó que se enfrentaba a nuevas formas de esclavitud, que tienen como objeto prioritario la explotación de mujeres y niñas, y que incluyen necesariamente un sistema de tráfico internacional de seres humanos. Los datos del Tribunal señalaron que tanto el tráfico con fines de esclavitud doméstica como el destinado a explotación sexual suponen un fenómeno claramente feminizado, aunque los Estados habituales de procedencia de las mujeres variaban en una tipología y en otra, ambas son violaciones al art. 4o. del Convenio.

La discriminación por razón de sexo, en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandalí vs. Reyno Unido* (demanda 9214/80; 9473/81; 9474/81), del 28 de mayo de 1985. Las demandantes eran titulares de un permiso de residencia en Reino Unido, y pretendían la reunificación familiar con sus cónyuges y prometido a través de la solicitud de un permiso de residencia para ellos. La legislación británica no aceptaba la reunificación en el caso de mujeres residentes, aunque sí lo hacían cuando el residente legal era varón. El Tribunal señaló violación al art. 8, puesto que el Estado no estaba obligado a reconocer la agrupación familiar, pero sí del art. 14 debido a que la forma en la que se producía la regulación nacional en este ámbito suponía una discriminación por razón de sexo, en el disfrute del derecho a la vida familiar de las demandantes.

El Tribunal ha declarado que la aplicación del art. 14 resultaba subsidiaria con relación a la aplicación de los artículos sustantivos, de forma que si se señalaba la vulneración de estos últimos no era necesario examinar si existía una causa de discriminación. El caso *Airey vs. Irlanda* (demanda 6289/73), del 9 de octubre de 1979. A la demandante, de nacionalidad irlandesa y sin recursos, se le negó la ayuda judicial en la interposición de una demanda contra su marido, del que recibía maltratos. El Tribunal consideró que había violación del derecho a un proceso, recogido en el art. 6, y del derecho al respeto a la

vida familiar, recogido en el numeral 8, pero rechazó considerar la alegación de discriminación conforme al art. 14, por entender que el caso quedaba concluido con estas consideraciones.

El caso *Rasmussen vs. Dinamarca*, del 28 de diciembre de 1984. El demandante objetaba la legislación danesa que limitaba los plazos del padre para ejercer una acción de determinación de paternidad, mientras que no se limitaba este derecho de la madre. El Tribunal estimó en este caso que el fin pretendido era legítimo, ya que se hacía en beneficio del interés del hijo, de forma que no se había transgredido el principio de proporcionalidad en el margen de apreciación del Estado.

El caso *D.H. y otros vs. la República Checa* (demanda 57325), del 13 del noviembre de 2007, el cual, aunque no referido a la discriminación por razón de sexo, resulta especialmente de utilidad en este ámbito. El asunto al que venía referido mostraba cómo se escolarizaba a alumnado gitano en centros para alumnos con dificultades de aprendizaje, sin que se les hubiera hecho pruebas de capacidad intelectual. El Tribunal señaló que debía considerarse la vulneración del art. 14 podría probarse indiciariamente por parte de quien alega la discriminación, utilizando, incluso, datos estadísticos.

El caso *Thlimmenos vs. Grecia* (demanda 344369/97), del 6 de abril de 2000. El demandante no podía acceder a un puesto de contable por tener antecedentes penales que provenían de su negativa a cursar el servicio militar por razones religiosas. El Tribunal consideró la vulneración del art. 14 en relación con el 9o., sobre libertad religiosa, por entender que debía distinguirse entre las causas de los antecedentes penales. Lo más trascendente de este pronunciamiento es que el órgano judicial añadió que debía considerarse vulnerado el art. 14 cuando los Estados, sin justificación razonable, no aplican un trato diferente a situaciones diferentes.

El análisis del derecho humano. Del derecho a la igualdad ante la ley, al tenor de los pronunciamientos contenidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, se ha establecido la necesidad de estudiar el principio, relacionándolo con los derechos fundamentales contenidos en el Convenio Europeo, en razón de no tener autonomía propia el art. 14 del Convenio, donde se contiene el derecho fundamental a la no discriminación y proscribida la prohibición de la desigualdad.

Isidro Mendoza García

DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

La idea del principio de igualdad es analizada bajo la óptica de derecho humano, que se ha ido construyendo a través de las interpretaciones contenidas en la jurisprudencia y en opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; esencialmente el principio de igualdad ante la ley, contenido en el art. 24 de la Convención Americana, relacionando principios como igualdad y no discriminación, y el principio de protección igualitaria.

El principio de *igualdad ante la ley*, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. La obligación de los Estados de garantizar, en condiciones de

igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Los derechos se garantizan, al interpretar y aplicar su norma interna. Los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.

El caso *Yatama vs. Nicaragua*, bajo el *principio de protección igualitaria y efectiva de la ley de la no discriminación*, ha consagrado la evolución del derecho internacional. El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. El principio adquiere un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el derecho interno; se trata de un principio imperativo. Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias; además, establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable. El Estado debe generar condiciones y mecanismos óptimos para esos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

La Corte, en la opinión consultiva 18, de 2003. Los Estados partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos en ella consagrados. Los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias. Los graves males de nuestros tiempos —el narcotráfico, el terrorismo, el crimen organizado— nada justifica tratar a ciertas personas con menoscabo del principio fundamental de la igualdad y no discriminación, que además informa y conforma el derecho a la igualdad ante la ley.

El caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. En consideración del deber del Estado de otorgar la nacionalidad a quienes nacieron en su territorio, como niñas dominicanas de ascendencia haitiana, pudieran acudir al procedimiento de inspección tardía en condiciones de igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad dominicana.

El caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. En relación con esa situación de desigualdad, es pertinente recordar que existe un vínculo indisoluble entre las obligaciones *erga omnes* de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación, el cual posee carácter de *jus cogens* y es fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno e impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones.

El caso *López Álvarez vs. Honduras*. La Corte ha reiterado que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no

discriminación determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir prácticas discriminatorias y adoptar las medidas necesarias para asegurar una efectiva igualdad de todas las personas ante la ley.

El caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay. Es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicos en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginación y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley.

El caso Penal Miguel Castro Castro *vs.* Perú. En pronunciamiento acerca de la igualdad ante la ley, la Corte ha dejado claramente establecido que el principio de igualdad y no discriminación no sufre lesión o merma cuando se brinda trato diferente a personas cuya situación lo justifica, precisamente para colocarse en posición de ejercer verdaderamente los derechos y aprovechar auténticamente las garantías que la ley reconoce a todas las personas. La desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad, deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes, que generen o auspicien, en la mayor medida posible, condiciones de igualdad y ahuyenten la discriminación.

El caso Pueblo Saramaka *vs.* Suriname. El Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley. En conclusión, el pueblo Saramaka es una entidad tribal distinta que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, tanto respecto del Estado así como de terceras partes privadas, en tanto que carecen de capacidad jurídica para gozar, colectivamente, del derecho a la propiedad y para reclamar la presunta violación de dicho derecho ante los tribunales internos. La Corte considera que el Estado debe reconocer a los integrantes del pueblo Saramaka dicha capacidad para ejercer plenamente estos derechos de manera colectiva. El pueblo Saramaka, con pleno respeto a sus costumbres y tradiciones, y con objeto de asegurar el uso y goce de su territorio de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como del derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley.

En general, se puede inferir que el derecho fundamental de la igualdad, que ha ido construyendo la Corte en sus precedentes, ha protegido la igualdad ante la ley, el principio de protección igualitaria y efectiva de la ley de la no discriminación, el principio de derecho imperativo de protección igualitaria. Todos ellos han implicado que los Estados sometidos a la jurisdicción de la Corte se obliguen a no tener normas de desigualdad y, en consecuencia, de discriminación; a grupos, individuos por cuestión de lengua, raza o género, y de realizar todas las medidas necesarias para construir la igualdad, no solo formal, sino material, de la igualdad ante la ley.

Isidro Mendoza García

DERECHO DE LA EDUCACIÓN

La educación es un derecho humano fundamental del que nadie puede ser excluido, y que conduce a la realización de otros derechos. El derecho a la educación se puede entender como la función pública ineludible del Estado, de otorgar enseñanza accesible, obligatoria, general y gratuita, al menos en las etapas elementales o fundamentales, a toda persona (menor o adulta) que le permita adquirir conocimientos y alcanzar el pleno desarrollo de su persona, así como el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Al respecto, se debe señalar que la desigualdad en la educación es extrema, ya que dos tercios de los 781 millones de adultos analfabetos del mundo son mujeres. El derecho de la educación se puede entender como el conjunto de normas que regulan la formación de toda persona.

Del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pueden desprender algunos elementos que deben caracterizar el derecho de toda persona a la educación, la cual debe ser gratuita y obligatoria, al menos en la enseñanza primaria; por su parte, la educación secundaria, media superior y profesional debe ser generalizada y accesible a todos, y procurarse la gratuidad de la misma; fomentar la libertad de enseñanza; orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su obra hacia la dignidad, y fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre; favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, así como promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz, y finalmente, procurar la educación para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.

En materia internacional, los primeros antecedentes del derecho a la educación se encuentran en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, pero fue en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), donde se estableció que toda persona tiene derecho a la educación. Otros instrumentos, declaraciones y proyectos internacionales y regionales que se refieren al derecho a la educación son: 1960. Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (en donde se señala la igualdad de oportunidades y trato en la educación, así como interrumpir cualquier práctica que implique discriminación en la educación). 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1979. Declaración de México en el marco de la Conferencia Regional de Ministros de Educación y de Ministros encargados de la Planificación Económica de los Estados miembros de América Latina y El Caribe convocada por la UNESCO (cuyo propósito es ofrecer una educación general mínima de ocho a 10 años y tener como meta incorporar a todos los niños en edad escolar antes del fin del siglo y ampliar los servicios educativos para los adultos; dedicar presupuestos gradualmente mayores a la educación, hasta destinar no menos del 7 u 8% de su producto nacional bruto a la educación, con objeto de

superar el rezago existente y permitir que la educación contribuya plenamente al desarrollo y se convierta en su motor principal). 1989. Convención sobre los Derechos del Niño (disponibilidad y accesibilidad de la educación para todos los niños). 1990. Declaración Mundial de Educación para Todos (necesidades básicas de aprendizaje, calidad y equidad). 2000. Informe Mundial de la Educación de UNESCO: El derecho a la educación: hacia una educación para todos a lo largo de la vida (empleabilidad; es decir, educación para todos a lo largo de la vida). 2000. Marco de Acción de Dakar (la educación es elemento clave del desarrollo sostenible y de la paz, así como un medio de participación en los sistemas sociales y económicos). 2007. Proyecto Regional de Educación para América Latina y El Caribe: Educación de Calidad para Todos: un asunto de derechos humanos (empleabilidad). 2007: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (derechos colectivos, culturales e identidad; derecho a la salud, la educación y el empleo; combatir la discriminación y el racismo, así como oportunidades de aprendizaje en sus propias lenguas).

En la historia constitucional mexicana se ha considerado a la educación como una de las funciones públicas esenciales del Estado contemporáneo, y en consecuencia una obligación inexcusable del Estado. Desde la apertura del Congreso de Chilpancingo del 14 de septiembre de 1813, José María Morelos en su documento denominado *Sentimientos de la Nación*, en el punto 12, decía “Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia e indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, *aleje la ignorancia*, la rapiña y el hurto”. Los *Sentimientos de la Nación* consideraron a la educación como un instrumento indispensable del naciente Estado mexicano. Posteriormente, el art. 39 de la Constitución de Apatzingán señaló: “La instrucción, como necesaria a todos los ciudadanos, debe ser favorecida por la sociedad con todo su poder”.

Por su parte, el art. 50 de la Constitución de 1824 otorgó facultades exclusivas al Congreso General para promover la educación creando “...establecimientos en que se enseñen las ciencias naturales y exactas, políticas y morales, nobles artes y lenguas”. Lo anterior, sin perjuicio de la libertad de las legislaturas de los estados para la regulación de la educación en sus territorios. A su vez, la Constitución de 1857, en su artículo 3o. señaló que “La enseñanza es libre”. Durante las discusiones en el Congreso Constituyente de 1857, Ignacio Ramírez comentó que lo anterior era un corolario de la libertad de pensamiento, y Ponciano Arriaga sostuvo que también lo era de la libertad de cultos.

En el Congreso Constituyente de 1917 la discusión del art. 3o. produjo una intensa polémica. Al respecto, Francisco Múgica expresó: “estamos en el momento más solemne de la Revolución”. El resultado fue que el artículo 3o. de la Constitución de 1917 condensó una nueva idea del Estado en México: la secularidad. Aunque en 1857 se logró vencer la inercia religiosa de siglos, el art. tercero solo señaló que “La enseñanza es libre”; sesenta años más tarde, se agregó que la educación impartida en los establecimientos oficiales y la ofrecida por particulares en sus diferentes niveles sería laica. Además, se prohibía

que las corporaciones religiosas establecieran o dirigieran escuelas primarias, y se introdujo el derecho del Estado a supervisar el funcionamiento de todos los centros educativos.

En 1934, ese precepto fue reformado para introducir el principio de la educación socialista, medida adoptada un lustro después de haber concluido el conflicto *cristero*. Muchas fueron las tensiones generadas, porque planteaba una contradicción dentro del sistema constitucional, e implicaba una cuestión que dividía a la sociedad. En 1946 el precepto fue reformado una vez más. El principio socialista cedió su lugar al principio democrático. La democracia fue considerada como una estructura jurídica, como un régimen político y como “un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

La reforma de 1946 también introdujo un gran cambio en materia de enseñanza gratuita. El texto de 1917 establecía la gratuidad de la enseñanza primaria. La reforma de 1934 adicionó su obligatoriedad, y a partir de 1946 el derecho a la educación gratuita se extendió a todos los niveles de la educación impartida por el Estado. Recientemente, la reforma constitucional del 9 de febrero del 2012 extiende la obligatoriedad de la educación hasta la enseñanza media superior: “Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado —Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios—, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias”. Del art. tercero constitucional se desprende que la educación debe ser obligatoria, gratuita, laica y de calidad. Además, se señala que “La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia”. En la Constitución, además del art. 3o, se alude a la educación en los arts. 2o., 4o., 18, 31, frac. I, 41, y 73, frac. XXV y 123 constitucionales.

En el art. 2o. constitucional se señala que las autoridades federales, estatales y municipales tienen la obligación de garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior para los pueblos y comunidades indígenas.

El art. 4o constitucional otorga a la niñez el derecho a satisfacer sus necesidades de educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. En materia de readaptación social, el art. 18 constitucional establece que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley.

Por su parte, el art. 31 constitucional, frac. I, establece la obligación de los mexicanos de hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar. En materia política, el art. 41 constitucional se refiere a la educación cívica. En el art. 73 constitucional, frac. XXV, faculta al Congreso

para establecer, organizar y sostener en toda la República escuelas rurales, elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica, escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes y oficios; también para erigir museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la nación, y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones. El Congreso puede asimismo dictar leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los estados y los municipios el ejercicio de la función educativa, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República, de donde ha resultado la Ley General de Educación.

Las fracciones XII y XXXI del apartado A del art. 123 constitucional establecen las bases para la capacitación y adiestramiento. Al respecto, debe destacarse la reforma constitucional y legal de 1978, en materia de capacitación y adiestramiento en el trabajo (formación profesional) caracterizada por su originalidad, al señalar el vínculo necesario entre la escuela y el trabajo. Desde entonces la formación profesional es vista como una de las formas en que se actualiza el derecho a la educación.

Destacan también las recientes reformas constitucionales, del 26 de febrero de 2013, a los art. 3o., en sus fracs. III, VII y VIII; y 73, frac. XXV y la adición de un párrafo tercero, un inciso d) al párrafo segundo de la frac. II y una frac. IX al art. 3o. de la Constitución. Reformas que buscan garantizar la calidad en la educación obligatoria; que el ingreso al servicio docente y la promoción a cargos en la educación básica y media superior que imparta el Estado se llevará a cabo mediante concursos de oposición; garantizar la prestación de la calidad educativa a través de la creación de un Sistema Nacional y un Instituto para la Evaluación Educativa, y facultan al Congreso de la Unión para establecer el Servicio Profesional Docente. Reformas constitucionales que se han manifestado en el mismo 2013, en reformas a la Ley General de Educación (para crear el Sistema de Información y Gestión Educativa, además de impulsar las escuelas de tiempo completo y facultar a la Secretaría de Educación Pública para que en las escuelas haya alimentos nutritivos); la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación Educativa (que implica la creación del organismo público autónomo que emitirá lineamientos para las autoridades educativas para realizar las funciones de evaluación) y la creación de la Ley General del Servicio Profesional Docente (que contempla la existencia y concursos y evaluaciones periódicas para el ingreso, permanencia y promoción de los docentes).

Las anteriores leyes tienen por objeto la mejora de la calidad de la educación, concursos para ingresar como docente y evaluar su labor. Sin embargo, existen algunas dudas; si se está confundiendo en la legislación la evaluación educativa con el establecimiento de nuevas condiciones de trabajo (se incluyen por ejemplo nuevas causales de separación para el docente). Asimismo, existen algunas regulaciones que ya no dejan ver a los trabajadores docentes como tales, sino como colaboradores del Estado o sujetos administrativos para los cuales la estabilidad en el empleo no tiene lugar en la nueva legislación.

Alfredo Sánchez-Castañeda

DERECHO DE LOS NIÑOS A LA PARTICIPACIÓN

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a la participación encuentra su fundamento en el derecho de acceso a la justicia y en el principio de no discriminación. Este derecho está explícitamente reconocido en las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (2005/20), aprobadas por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. Se ha desarrollado a partir del derecho de todos los niños a ser escuchados, consagrado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, “la Convención”).

Esta prerrogativa consiste en el derecho de todo niño, niña o adolescente a expresar sus opiniones libremente y en sus propias palabras, además de contribuir en las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas dentro de cualquier procedimiento judicial. Subsecuentemente, sus puntos de vista deberán ser tomados en consideración según su edad, madurez y la evaluación de sus capacidades.

El Comité sobre los Derechos del Niño (órgano facultado para la interpretación de la Convención) señaló, en la Observación general 12 (2009), que el art. 12, párrafo primero de dicho instrumento, refleja la condición jurídica y social de la persona menor de edad, quien por un lado carece de la plena autonomía del adulto, pero por el otro es sujeto de derechos. Según el Comité, el derecho de todos los niños a ser escuchados es uno de los cuatro principios de la Convención, y que el mismo debe tomarse en cuenta para la interpretación y respeto de todos los demás derechos. El mismo numeral pone en manifiesto que el niño tiene derechos que no están únicamente basados en su vulnerabilidad o dependencia de los adultos. De esto se deriva la expresión “tres pes” en relación con la Convención: provisión, protección y participación.

Asimismo, en esta observación general, el Comité distinguió entre la esfera individual y colectiva del derecho a ser escuchado. La esfera individual comprende el derecho de cada niño, y la social es aplicable a un grupo de niños; por ejemplo, niños migrantes, niños de un país o niños con discapacidades.

El art. 12 de la Convención establece que se deberá garantizar el derecho a la participación del niño “que esté en condiciones de formarse un juicio propio”; este criterio no debe verse como una limitación, sino como una obligación del Estado de evaluar las capacidades de la persona menor de edad para formarse su propia opinión. La Convención no establece una edad para el ejercicio de este derecho, sino que se debe atender a las características propias de la infancia. Esta aseveración se basa en los resultados de estudios que han demostrado que los niños pueden formarse una opinión aun cuando no la puedan expresar verbalmente, por lo que otros medios de expresión toman importancia, como el juego, la expresión corporal, el dibujo, etc.

Respecto a las cuestiones sobre las que se deben tomar en cuenta las opiniones del niño, niña y adolescente, la Convención establece de manera amplia “en todos los asuntos que afecten al niño”. Ello también implica los asuntos sociales y comunitarios.

Además, las opiniones del niño se deben tomar en cuenta; no es suficiente únicamente escucharlas, sino también considerarlas seriamente con base en la

capacidad del menor de edad. La edad no es criterio para determinar la trascendencia de las opiniones del niño. El desarrollo personal de los niños, niñas y adolescentes se ve marcado por sus experiencias, entorno social y cultural. Por ello, sus opiniones tienen que evaluarse por medio del examen caso por caso. Asimismo, las facultades de la persona menor de edad pueden variar dependiendo del derecho a ejercerse, por lo que el nivel de protección, participación y oportunidades variará en la toma de decisiones. Todos los niños son capaces de expresar su opinión, sin importar su edad o sus capacidades cognitivas; sin embargo, cuando se tomen en cuenta sus opiniones se deberá “aplicar un umbral de competencia más elevado”. En cuanto más mayor de edad y de capacidad es el niño, más se debe tomar en cuenta su opinión. Para ello se han identificado cuatro niveles de participación en el proceso decisivo: 1) ser informado; 2) expresar una opinión informada; 3) lograr que dicha opinión sea tomada en cuenta; 4) ser el principal responsable o corresponsable de la toma de decisiones. Consecuentemente, los adultos son quienes toman la decisión, pero con influencia de las opiniones del niño.

El derecho a la participación del niño consagrado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños establece que el niño debe ser escuchado dentro de los procedimientos judiciales o administrativos que lo afecten. Por ejemplo, en procedimientos de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica. El entorno para garantizar la participación del niño no debe ser hostil, intimidatorio, insensible o inadecuado para su edad. Según el Comité, se debe prestar especial atención al suministro y transmisión de información adaptada a los niños, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.

En conclusión, el derecho a la participación de los niños, niñas y adolescentes es un derecho absoluto, ya que parte del supuesto de autonomía de todos los individuos, independientemente de su madurez física o biológica, que si bien se debe evaluar caso por caso la capacidad del sujeto para expresar su opinión. Todos los derechos incluidos en la Convención son válidos para cualquier niño, independientemente de sus facultades.

Carlos Pérez Vázquez

DERECHO DE PROTECCIÓN SUBSIDIARIA O COMPLEMENTARIA

Es el derecho de toda persona a obtener protección internacional, de forma complementaria o subsidiaria al derecho de asilo y de refugio. Se refiere a ciertos mecanismos legales de configuración nacional, alentados y fundamentados por el desarrollo de los derechos humanos de fuente nacional e internacional, para proteger a las personas que no son reconocidas como refugiadas, en virtud de la interpretación que hacen los Estados sobre la definición de “refugiado”, de la Convención de Ginebra de 1951, y tampoco son acreedoras del derecho de asilo según los criterios nacionales; sin embargo, en forma pragmática se encuentran amenazadas en razón de la violencia indiscrimina-

da, de la violación sistemática de los derechos humanos, de catástrofes naturales o ecológicas —causadas o no por el hombre—, entre otras razones, que pongan en situación de riesgo la vida o de sufrir tratos crueles inhumanos y degradantes.

Consiste esencialmente en la no devolución o expulsión al país de origen, del territorio del lugar donde antes se tuviera la residencia habitual, en el cual persista una situación de riesgo que provoque temores fundados de sufrir persecución (entendida ésta como el temor a sufrir daños graves y personales, físicos o psicológicos), en forma consecuente con los principios de derecho internacional consuetudinario de (*non refoulement*) y de proteger la vida.

Los beneficiarios de la protección complementaria o subsidiaria, por lo general tienen acceso a los derechos humanos considerados fundamentales por los Estados en su sistema jurídico interno, así como a un permiso de residencia, que suele ser inferior en tiempo al permiso de residencia que se otorga en virtud del estatuto de refugiado o del estatuto de asilado (incluso este último en algunos países prevé vías muy accesibles para adquisición de la nacionalidad); por tanto, debe distinguirse claramente de otras formas de protección internacional que puedan otorgar una condición de asentamiento definitiva.

El estatuto de protección subsidiaria o complementaria viene a suplir en cierta forma las carencias de los distintos sistemas de asilo y refugio; sin embargo no debe entenderse en detrimento de dichos estatutos, ya que no los sustituye, sino que tal y como recomendó el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (*vid.* las conclusiones sobre “protección internacional mediante formas complementarias de protección”, del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado. EC/55/SC/CRP.16, 2 de junio 2005), debe quedar abierta la posibilidad de que toda persona en situación de protección subsidiaria o complementaria pueda ser reconocida posteriormente como un refugiado o asilado.

El comentado estatuto carece de un marco internacionalista especializado que establezca criterios mínimos de aplicación, por lo que en algunos Estados es regulado análogamente con el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado a asilado (*vid.* la ley mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria, *DOF*, 27/01/2011; la Ley española 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, *BOE* 263 31/10/2009).

Cabe comentar que en gran medida los desplazamientos masivos de personas ocurridos en la primera década del siglo XXI han encontrado un primer cobijo en la figura de la protección subsidiaria o complementaria, cuando escapan del ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados; sin embargo, esto debe entenderse como una solución temporal, que sin voluntad política de regulación internacional provocará un desarrollo normativo de carácter nacional desemejante, desequilibrado y perjudicial para los Estados receptores más recurridos (que suelen ser aquellos en vías de desarrollo), tanto para los propios destinatarios de la protección complementaria o subsidiaria.

Carlos Alberto Prieto Godoy

DERECHO DE RÉPLICA

El derecho de réplica es la prerrogativa de toda persona para que se inserte su declaración cuando haya sido mencionada en una nota periodística, siempre que esa información sea inexacta en su perjuicio o afecte su derecho al honor, a la vida privada o a la propia imagen. Esta institución jurídica es de vieja data en el derecho comparado. Distintos autores coinciden en que el origen de esta figura se ubica en una iniciativa de ley presentada por el diputado francés J. A. Dulaure, en 1795, que finalmente no prosperó, para el “establecimiento de la libertad de prensa y la represión de los abusos”.

Más tarde, en Francia se establecería el derecho de réplica en la Ley del 29 de julio de 1881 (arts. 13 y 13-1), y de ahí en buena parte de las democracias se ha legislado con mayor o menor profundidad. El derecho de réplica fue combatido severamente en sus inicios en el hemisferio por las asociaciones de propietarios de medios, quienes consideraban que esta prerrogativa restringía el ejercicio de la libertad de expresión. Esta postura, sin embargo, ha sido matizada hoy en día por el replanteamiento del papel de los medios, habida cuenta que al igual que muchas instituciones sociales pasan por un periodo de reconstrucción de su credibilidad social. El derecho de réplica juega un papel de importancia capital entre los medios y el público, toda vez que su propia naturaleza hace que tenga un papel preventivo y eficaz para reparar inicialmente el honor lesionado con motivo de imputaciones formuladas a través de un medio de comunicación

El derecho de réplica se conoce en otros sistemas normativos como derecho de respuesta o derecho de rectificación. En México, el Poder reformador de la Constitución introdujo una adición al art. 6o., creando la figura del derecho de réplica en 2007. Es adecuada la terminología utilizada como “derecho de réplica” y “no rectificación” o “respuesta”, como se ha reconocido en distintos ordenamientos. Existen, por supuesto, razones para que explican el porqué es correcto el vocablo utilizado. En efecto, si se analizan los vocablos “respuesta”, “rectificación” o “réplica”, conforme al *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia, se puede observar que rectificación incluye la posibilidad de “contradecir a alguien en lo que ha dicho, por considerarlo erróneo”, pero también de que el periodista o comunicador modifique “la propia opinión que se ha expuesto antes”. Por su parte, el vocablo “respuesta” admite varias definiciones, entre ellas la “satisfacción a una pregunta, duda o dificultad”, o bien la “réplica, refutación o contradicción de lo que alguien dice”. La noción de “réplica” es más precisa para delimitar esta figura jurídica, pues se define como “expresión, argumento o discurso con que se replica”. En el ámbito jurídico, sostiene el mismo *Diccionario de la Lengua Española*, significa el “segundo escrito del actor en el juicio de mayor cuantía para impugnar la contestación y la reconvencción, si la hubo, y fijar los puntos litigiosos”.

Este derecho representa el primer instrumento con que cuenta el gobernado para acceder a los medios de comunicación a fin de hacer valer sus puntos de vista sobre hechos que lesionen sus garantías públicas. Este derecho tiene como características las siguientes: a) constituye una vía inmediata, de carácter extrajudicial, que habilita al particular para defender su honor o imagen afectadas por información inexacta, equivocada o injuriosa, mediante

la difusión de las precisiones o correcciones pertinentes, en el medio en que se originó la controversia; b) Representa un vehículo de comunicación entre emisores y receptores, que fomenta la veracidad en la información que transmiten los medios de comunicación a la opinión pública; c) Ofrece a la sociedad civil distintas posturas y puntos de vista sobre hechos controvertidos, lo que le brinda mayores elementos de juicio sobre temáticas de interés general.

La regulación del derecho de réplica debe contener al menos los siguientes elementos:

I. TITULAR DEL DERECHO. El derecho debe incluir sin distinción a toda persona, sin importar si se trata de una persona física o jurídica. Así lo establecen las distintas convenciones al referirse a la palabra “persona”. A mayor abundamiento, esta postura ha sido interpretada por la clásica resolución (74) 26 sobre derecho de réplica adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de julio de 1974, de cuyas posturas abrevó tiempo después la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. INFORMACIONES Y OPINIONES. El derecho de réplica debe proceder como regla general en el caso de informaciones difundidas en perjuicio de quien puede ejercer el derecho de réplica, como dispone el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986. De manera complementaria, tratándose de opiniones basadas en hechos o datos incorrectos, debe proceder también el derecho de réplica. De la misma forma, hay que considerar que la fotografía o la imagen constituyen una referencia a la persona, aunque a simple vista pareciera no replicable (pese a que aquélla pudiera afectar la intimidad o se haya obtenido contra la voluntad del implicado, en este caso operaría la acción judicial para resarcir el daño moral provocado); pero si la fotografía se edita y refleja una escena que nunca existió, es posible ejercer el derecho de réplica. La réplica no debería proceder en el caso de opiniones injuriosas por sí mismas, pues si bien es verdad que lastiman el derecho al honor, a la vida privada o a la propia imagen, la reparación debe buscarse a través de las herramientas legales que protegen la lesión de estos derechos.

III. EXTENSIÓN DE LA RÉPLICA. En la experiencia comparada no hay una respuesta unívoca sobre la extensión máxima de la información replicada. En algunos casos se establecen máximos de dos o tres veces el texto impugnado. Quizá sea posible mantener esa regla, pero dejando abierta la posibilidad para que la extensión pueda ampliarse de manera razonable cuando por la naturaleza de la información replicada no pueda ajustarse a la extensión habitual.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LA RÉPLICA. La réplica no debe limitarse a determinados medios, sino debe permitirse su ejercicio ante cualquier medio existente o por existir. Debe limitarse solo a aclarar o responder los datos incompletos o falsos. De no ser así, habría una serie de intercambios de puntos de vista que desnaturalizaría la naturaleza de este derecho, y podría menoscabar el ejercicio de la libertad de expresión. Debe hacerse sin frases injuriosas contra quien se replica o contra un tercero. El principio es claro: no puede ejercerse un derecho humano mediante la lesión de los derechos de

los demás. Debe ser difundida con características similares a la información controvertida. Es entendible que debe primar el principio de proporcionalidad para generar un equilibrio entre la nota replicada y la réplica en la percepción del público y en la satisfacción del propósito del derecho. Y, por supuesto, debe hacerse solo por quien tiene interés jurídico para invocar y ejercer este derecho.

V. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO. En la experiencia comparada no hay un plazo universal para que prescriba este derecho. Es lógico que por la propia naturaleza de esta figura jurídica, que tiene en el sentido de oportunidad su eficacia y razón de ser, debe ejercerse en el menor tiempo que sea razonablemente posible. En todo caso, debe realizarse un adecuado estudio para establecer una regla general y admitir excepciones razonables, tratándose de un derecho humano fundamental, y tomando en cuenta que la persona perjudicada será la primera interesada en que su réplica sea difundida.

VI. SANCIONES. El rechazo injustificado de un medio para que una persona ejerza su derecho de réplica debe dar lugar a un juicio sumarísimo ante la autoridad competente que pueda aplicar sanciones y ordenar simultáneamente medidas cautelares para que este derecho sea eficaz. Hay que tener en claro que la réplica del afectado no sustituye ni exime de las responsabilidades legales a que hubiera lugar en materia civil o penal, aunque sí pueden constituir atenuantes de responsabilidad a juicio del juzgador.

Ernesto Villanueva

DERECHO DEL REFUGIADO

Es el derecho a obtener refugio y protección, configurado en el orden internacional por instrumentos jurídicos y normas consuetudinarias. Es reconocido y regulado por los Estados en su derecho interno, a toda persona objeto de persecución por razón de la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. No obstante, en amplio sentido suele ser admitido en distintas regiones o por organismos internacionales, por violencia indiscriminada, violación sistemática de los derechos humanos, cuestiones climáticas o por causa del hambre, entre otras circunstancias que de facto puedan dar lugar a una situación menesterosa en el país de origen o donde antes tuviera su residencia habitual; que tales circunstancias le generen un temor fundado por el cual no pueda o no quiera regresar a dicho lugar. El derecho del refugiado consiste fundamentalmente en la no devolución al país de origen u otro Estado donde su vida o su integridad se pongan en peligro, además del disfrute de diversos derechos en el país receptor, lo que suele ser más o menos generoso en cada país.

Es oportuno aclarar la estrecha relación que existe entre el asilo y el refugio, ya que en la dialéctica construida en el derecho internacional respecto de estos conceptos es común encontrar dificultades de comprensión.

De tal manera que el derecho de asilo consiste en la protección que otorga facultativamente el Estado soberano en su territorio, y es de configuración nacional, situación que para un sector doctrinal importante, en voz del profesor Diego López Garrido (*El derecho de asilo*), se hace muy discutible la concepción

del asilo como un verdadero derecho subjetivo. Mientras que la figura del *refugio* es una institución regulada y definida en un marco jurídico internacional, el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo adicional, firmado en Nueva York en 1967, del que se derivan diversas obligaciones para los Estados signatarios, otorga un estatus similar al asilo, que por lo general es más limitado en tiempo y en contenido de derechos una vez dentro del país anfitrión.

En distintos instrumentos legales de la región de América Latina, el asilo y el refugio se han entendido en cierta medida como sinónimos. De esta forma, se puede ver en los tratados de Montevideo de 1889 (art. 16) y de 1939 (del art. 11-14) sobre Asilo y Refugio Políticos; en el Convenio de La Habana de 1928 (art. 1), y en el Convenio de Caracas de 1954, en que se entiende como una misma cosa el asilo y el refugio (art. 9).

La Convención de Ginebra 1951 no regula el derecho de asilo territorial, y únicamente menciona al asilo en el preámbulo, en lo conducente al “principio de la solidaridad internacional”, respecto de la situación de sobrecarga de solicitudes de asilo o refugio en un Estado miembro. Así, en el sistema de Naciones Unidas vemos que el asilo ha tenido su regulación específica como una institución distinta al refugio en la Declaración sobre Asilo Territorial, del 14 de diciembre de 1967.

Por su parte, en Europa no existe un marco jurídico regional *ad hoc* sobre refugio o asilo; sin embargo, la normativa de la Unión Europea ha ejercido notable influencia en el derecho interno de los Estados hacia la concepción del asilo como sinónimo del refugio, obligando a modificar o crear nuevas leyes de asilo nacionales.

Por ejemplo, el caso español, en la Ley 5/198, establecía dos títulos: uno relativo al derecho de asilo, y otro a la condición de refugiado, en donde se regulaban por separado las condiciones específicas de ambos estatutos, escenario que se modificó con la ley 9/1994, del 19 de mayo, con marcada influencia comunitaria, en la que se suprimió el título segundo, relativo a la condición de refugiado, unificando dichos conceptos, a fin, según su exposición de motivos, de evitar confusiones y abusos. Dicha norma define al asilo como “la protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado y que consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951” (art. 2.1).

En este caso, el reconocimiento de la condición de refugiado es condicional del otorgamiento del derecho de asilo, consolidando un sinónimo de facto. Sin perjuicio de lo anterior, algunos Estados comunitarios han otorgado protección a personas que escapaban de la definición de la Convención Ginebrina, y que por tanto no son refugiadas en sentido estricto; sin embargo, son consideradas “refugiadas de facto”; es decir, acogidas en el ejercicio de la soberanía, tal y como sucede con el derecho de asilo territorial.

Cabe señalar que el derecho del refugiado ha tenido un desarrollo heterogéneo en algunas regiones, como la africana y la latinoamericana, donde se han adoptado textos jurídicos con definiciones más amplias, que destacan

en ese sentido por contemplar nuevos motivos que dan lugar a una persecución, lo que en opinión de un sector doctrinal importante debería hacer el Convenio de 1951 y su Protocolo de 1967. Sin embargo, se entiende incluso por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, que las comentadas definiciones son de índole peculiar, en tanto que atienden cuestiones sobre refugiados a la luz de las circunstancias de cada zona geográfica específica.

En este sentido, la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969, en su definición de refugiado, reproduce el art. 1, párrafo 1, de la Convención de Ginebra de 1951, que únicamente reconoce la condición de refugiado por sufrir persecución en razón de la raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas y pertenencia a determinado grupo social. Sin embargo, en su segundo párrafo reconoce también como refugiado a toda persona que a causa de una agresión exterior, una ocupación o dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben el orden público, en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, se vean obligados a huir; lo cual constituye una definición más amplia, en la que no se requiere del elemento de la persecución discriminada.

En Latinoamérica, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, de noviembre de 1984, también contiene una definición más generosa respecto del Convenio de Ginebra de 1951. De tal modo, se considera refugiada a toda persona que ha huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

En la actualidad, el desarrollo disímil y más realista sobre la regulación del derecho del refugiado en los sistemas regionales de protección de derechos humanos, e incluso en algunos sistemas jurídicos nacionales, sugiere cierta obsolescencia del marco internacionalista clásico de Naciones Unidas en dos sentidos, a saber: primero, por dejar fuera de su definición a distintos colectivos de personas que requieren de protección internacional; segundo, por permitir que los Estados miembros realicen exámenes de reconocimiento de la condición de refugiado en extremo rigurosos, exigiendo estrictamente experiencias personales de persecución e imponiendo una excesiva carga de la prueba al solicitante.

Carlos Alberto Prieto Godoy

DERECHO HISPANOINDIANO

Cuando escuchamos hablar del término “derecho hispanoindiano” puede resultarnos algo simple, pero entender y comprender el abismo que representaba para los naturales de las indias españolas —América, Asia y Oceanía—, el derecho impuesto por la monarquía a principios del siglo XVI, nos resulta impensable. A lo que en realidad nos referimos los historiadores del derecho al acuñar este término no es más que a la herencia jurídica con diversas implicaciones sociales, económicas, políticas y religiosas que representó, en el caso específico de América, la fusión e implementación de las disposiciones

normativas que serían piedra angular y primera para la organización y funcionamiento de esos territorios, y que con el paso del tiempo se fue perfeccionando a manera de hacer más práctica y segura la protección de los actores principales: la Corona y los indios.

Las disposiciones jurídicas adoptadas expresamente para su aplicación en el territorio de la América española son primordialmente de tradición castellana a falta de disposiciones especiales; y muy a pesar de que la Corona española tenía la influencia tanto de Aragón por el rey Fernando II como de Castilla por la reina Isabel I, esta última aportó la mayor tradición jurídica que conservamos hasta nuestros días.

De esta forma, el derecho hispanoindiano se encuentra compuesto por las instituciones del derecho castellano y por diversas costumbres indígenas. Bajo este tenor, es importante destacar que esta tradición jurídica aplicada en el territorio de las indias se trató de adaptar lo mejor posible al derecho peninsular, y era primordialmente de tradición casuística, a fin de procurar una solución justa para cada situación concreta, y preferentemente aplicable, dependiendo de la región de la que se tratara, y, por supuesto, dotadas de un amplio sentido religioso, ya que a través de la evangelización de los indios se lograban mejores resultados al momento de aplicar las disposiciones legales; claro ejemplo de ello son las congregaciones o reducciones de pueblos en la Nueva España, con las que se logró —como su nombre lo indica— congrega a los indios en territorios menos accidentados y más llanos, que les permitiera a los funcionarios indios y evangelizadores tener acceso y control para la recaudación de impuestos y la introducción a la vida católica de los nativos.

Diversas fueron las fuentes jurídicas de las que se nutrió el derechos hispanoindiano; entre ellas se encuentran: 1) las capitulaciones, que eran los acuerdos de derecho público celebrados entre la Corona y un particular, por el cual la primera concedía su permiso para llevar a cabo la realización de un fin determinado a cargo del segundo, en las cuales la Corona otorgaba mercedes específicas condicionadas al buen éxito de la empresa; 2) las instrucciones, que eran disposiciones expedidas por el Consejo de Indias, y que establecían jurídicamente mandatos; 3) la compilación de disposiciones dictadas por las audiencias; 4) el fallo de los tribunales constituido como jurisprudencia; 5) las costumbres de derecho indígena que no contravinieran lo antes establecido por el derecho español, así como 6) la literatura jurídica elaborada por los expertos en derecho.

De ahí que la importancia que representa para el estudio del derecho procesal constitucional la tradición jurídica de nuestro sistema vigente se encuentra comprendida dentro de la realidad del fenómeno histórico-social de las instituciones del derecho hispano-indiano. Solo por mencionar algún caso a manera de ejemplo, se encuentra el antecedente del juicio de amparo en los recursos interpuestos ante la Gran Audiencia de México y el recurso de nulidad por injusticia notoria, de la que varios iushistoriadores han abordado en diversas obras.

Mariana Durán Márquez

DERECHO INDÍGENA

El derecho indígena es el conjunto de normas reconocidas por los pueblos originarios de México para regular las relaciones entre sus miembros y su entorno natural, cuya observancia es coactiva. Estas normas se caracterizan por ser, preponderantemente, orales y consuetudinarias. El derecho escrito deriva de la ley; el derecho consuetudinario indígena deriva de la costumbre.

Se suele nombrar también como “derecho indígena” al conjunto de normas que el Estado (a nivel nacional o internacional) reconoce en relación con los pueblos indígenas que habitan en su territorio, donde se incluye la regulación a los sistemas normativos internos de los indígenas.

Los sistemas normativos de los pueblos indígenas han vivido, históricamente, en un contexto de colonialismo jurídico. El imperio azteca, el imperio español y el sistema republicano mexicano decidieron respetarlos siempre y cuando no violaran las normas establecidas por ellos.

Los aztecas respetaron los sistemas normativos indígenas cuando no pusieran en riesgo su control; los españoles respetaron los “usos y costumbres” indígenas siempre que no fueran en contra de las normas de Castilla ni en contra de la moral cristiana (los llamaron *fueros*), y el sistema jurídico mexicano reconoce la existencia en su seno del derecho indígena si respeta los derechos humanos vigentes. Este último caso, si bien sigue el esquema de un integracionismo jurídico estatal, ha sido no ya el producto de una imposición, sino de la aceptación voluntaria (producto de una negociación) entre los indígenas (catalizados por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional) y el Estado mexicano (reforma constitucional al art. segundo, de 2001).

La doctrina no se ha puesto de acuerdo en nombrar al derecho indígena: se le suele llamar *usos y costumbres*, *costumbre jurídica*, *derecho consuetudinario* o *sistemas normativos*. A pesar de esta falta de consenso, lo que sí se ha logrado es que haya un acuerdo en considerar que la concepción y práctica del orden interno de los pueblos indígenas es necesario respetarlo y desarrollarlo ya que forma parte de su cultura. La Constitución utiliza indistintamente los términos “usos y costumbres” y “sistemas normativos”, en su art. segundo (2001). El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos Indígenas (1989) utiliza el término “derecho consuetudinario”, y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) emplea el término “costumbres o sistemas jurídicos” (art. 34).

La cultura jurídica indígena actual caracteriza, principalmente, a sus normas como orales y consuetudinarias. En la comunidad indígena la palabra vale todavía, sobre todo la de los ancianos reunidos en concejo o en asamblea comunitaria (órgano legislativo). Los hábitos sociales o costumbres adquieren la categoría de obligatoriedad, por lo que su desacato acarrea una sanción. Los valores que la norma indígena reproduce están relacionados con la preservación del equilibrio inestable entre los elementos humanos y naturales, son valores ecológicos. Esta relación está regulada por la fraternidad; el hombre no está por encima de los demás elementos de la naturaleza: el hombre es el hermano hombre; el agua, la hermana agua; el fuego, el hermano fuego... La norma indígena no es el producto único del egoleislador humano (derecho

antropocéntrico), sino que el hombre debe tomar en cuenta las razones de la naturaleza para legislar con ella y no en su contra (derecho antropoecológico).

La jurisprudencia mexicana ha impulsado la aplicación obligatoria del derecho indígena estableciendo un “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas” (2013). La jurisprudencia interamericana ha tenido también una postura activa en la materia, como lo destaca Alma Liliana Mata Noguez en “Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos” (2011).

El derecho constitucional mexicano tiene una doble tarea al reconocer el *principio del pluralismo jurídico* como decisión jurídico-político fundamental. Por una parte, debe establecer las normas de coordinación entre las jurisdicciones estatales (federal y locales) e indígenas, para garantizar el respeto y desarrollo del derecho indígena; y por otra, debe brindar a sus operadores judiciales los conocimientos suficientes para que en el desempeño de su labor apliquen el derecho indígena, y así garantizar el derecho de los indígenas a acceder a la justicia del Estado, no solo a nivel federal, sino también local.

Para que el cumplimiento de la primera tarea se inscriba en el espíritu del respeto y desarrollo del derecho indígena, su *validación* por parte del Estado deberá reglamentarse reconociendo (además de su plena jurisdicción), que sus procedimientos y resoluciones tienen efecto de pleno derecho, y que solo serán apeladas a petición de parte cuando se considere que se violaron sus derechos en un tribunal integrado por miembros nombrados por los propios pueblos indígenas, que conocen el idioma y la cultura de ellos (como es el caso a nivel local, de la Magistratura en Asuntos Indígenas, del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Quintana Roo).

Jorge Alberto González Galván

DERECHO INDÍGENA (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

Quien reconoce una acción como exigible o permitida es el Estado. En el desarrollo histórico del Estado mexicano hay que distinguir las acciones que fueron exigibles o permitidas a los pueblos indígenas y sus comunidades en el periodo colonial (el Estado monárquico) y en el periodo independiente (el Estado republicano).

El Estado monárquico castellano reconoció como principal derecho (*lo que está permitido*) de las poblaciones sometidas el de ser evangelizadas. Por ello, nombró a fray Bartolomé de las Casas, promotor de este derecho, como Protector Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas. La monarquía *permitió* también a los indígenas (entiéndase, les concedió el derecho a ejercer sus normas internas propias siempre que no contravinieran las normas de Castilla ni los principios de la moral cristiana. Reconoció igualmente a los indígenas como *vasallos libres de la Corona*.

Los pueblos indígenas pudieron acceder a la justicia real para que pudieran hacer *exigibles* aquello que les fue permitido a través del Juzgado General para Indios. El contexto de colonialismo jurídico que padecieron los pueblos

indígenas en este periodo nos permite aclarar que los derechos fueron gracias *concesiones* del poder hegemónico, cuya exigibilidad siempre estuvo condicionada a la no afectación de los intereses de la Corona (éste es el sentido sociológico de la consigna que acompañaba la legislación: “Obedézcase, pero no se cumpla”).

El Estado republicano mexicano del siglo XIX no consideró a los pueblos indígenas y a sus comunidades como sujetos de derechos. Bajo el lema de “Supresión de Fueros y Privilegios”, los sistemas normativos internos indígenas pasaron a la clandestinidad. El principio de igualdad jurídica provocó que los derechos que el Estado les concediera y fueran exigibles serían solo a título individual (como cualquier mexicano). El proceso de privatización de la tierra colectiva indígena hizo igualmente que la cultura indígena se debilitara al perder la propiedad territorial, puesto que la tierra, la madre tierra, es la matriz y el motor de sus creencias y prácticas sociales, jurídicas y políticas.

Los pueblos indígenas y sus comunidades recuperaron, en el siglo XX, parte de sus tierras (derechos comunales y ejidales); sin embargo, el Estado desarrolló, de manera unilateral, una política de “mexicanización” de los indígenas para *permitirles* acceder a los beneficios culturales de la sociedad que habla castellano y reproduce los valores de la modernidad. Esta política etnocentrista fue criticada por la antropología crítica y desterrada en la revisión del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas, de la Organización Internacional del Trabajo (1989). La revuelta indígena encabezada por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, en 1994, vino a consolidar un proceso de cambio en la política estatal: los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades ya no serían concesiones del poder público dominante, sino *reconocimientos* de su existencia y desarrollo. Se pasa de un largo e indigno proceso de imposición de lo que deberían ser los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades, a un proceso de participación, corresponsabilidad y solidaridad.

Admitir que los pueblos indígenas tienen derechos por ser culturalmente diferentes no ha sido una tarea fácil. El fin de siglo pasado renovó el debate por el reconocimiento constitucional de los derechos sociales. Los derechos de los trabajadores y de los campesinos en la Constitución de 1917 nos ubicó como el primer Estado *social* de derecho, ampliando la protección estatal a los derechos, no solo individuales, sino también colectivos. La reforma constitucional de 2001 en materia indígena nos coloca igualmente entre los países que han incorporado el *principio del pluriculturalismo* como decisión político-jurídico fundamental. Con el reconocimiento de la composición pluricultural de la nación mexicana, México se incorpora, así, a los países que se encuentran en proceso de consolidar el *Estado pluricultural de derecho* también como decisión jurídico-político fundamental al extender la protección de derechos de los individuos a los grupos que son social, económicamente desfavorecidos, y ahora, *culturalmente diferentes*.

El derecho matriz de un pueblo es su libre determinación. La libre determinación es para un pueblo lo que la libertad es para un individuo: su razón de ser y estar sobre la Tierra. Así como el Estado se compromete a garantizar la libertad del individuo para que pueda elegir lo que ha de ser su desarrollo

sentimental, familiar y profesional, el Estado se obliga también constitucionalmente a garantizar a los pueblos indígenas su libre determinación para que puedan elegir lo que ha de ser su desarrollo social, político y económico. El *principio de la libre determinación indígena* puede considerarse otra decisión jurídico-político fundamental que la reforma constitucional indígena reconoce en nuestro máximo ordenamiento (art. 2).

Los derechos que se decantan del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, como *entidades de derecho público*, son: los derechos políticos (elegir a sus autoridades y ejercer sus propias formas de gobierno con base en su derecho interno, así como participar fuera de sus comunidades en los Congresos locales y federal con representantes electos por ellos mismos sin la participación de los partidos políticos); los derechos jurisdiccionales (aprobar y aplicar sus normas propias respetando los derechos humanos, en particular los de las mujeres, así como participar en la creación e integración fuera de sus comunidades de los tribunales especializados en materia indígena a nivel local y federal), los derechos territoriales con procesos de remunicipalización (art. 2, apartado "A"). La lógica jurídica sugiere la existencia de una ley reglamentaria de este apartado; es decir, de autonomía indígena, que está por hacerse.

El derecho matriz que se reconoce a los pueblos indígenas y sus comunidades como *entidades de interés público*, por ser poblaciones social y económicamente desfavorecidas, está sustentado en el *principio de participación indígena* como otra novedosa decisión jurídico-político fundamental de nuestra Constitución, que consiste en el derecho a participar en el diseño y operación de las instituciones y políticas públicas tendientes a garantizar la vigencia de sus derechos y su desarrollo integral (art. 2, apartado "B").

Los derechos que se decantan del derecho de participación son: los derechos lingüísticos (oficializarlos en sus territorios, educación bilingüe); los derechos religiosos (concebir y practicar sus creencias religiosas); los derechos de seguridad social (ampliación de cobertura en las clínicas de salud y no ser discriminados en éstas); los derechos sociales (derecho a la vivienda, derecho al empleo); los derechos laborales (protección al trabajo migratorio en el país y en el extranjero); los derechos de las mujeres indígenas (participación política, apoyo productivo); los derechos económicos (participación en la elaboración de los planes económicos). Para el cabal cumplimiento de estos derechos es necesario considerar la importancia del funcionamiento eficiente del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (13 de marzo de 2003), de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (21 de mayo de 2003) y del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (11 de junio de 2003).

En materia de reconocimiento de los derechos indígenas y su aplicación destacan la siguiente normatividad y estudios en México: Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (vigente desde 1992); Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobado en 2007); el *Estado, los indígenas y el derecho* (del autor, 2010); *Los derechos humanos de los miembros de comunidades indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos* (de Alma Lilia

Mata Noguez, 2011), y el “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas” (de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013).

Jorge Alberto González Galván

DERECHO NATURAL

I. DEFINICIÓN DE DERECHO NATURAL. Es el derecho contenido en la ley natural. Se entiende aquí la palabra derecho en el sentido del conjunto de preceptos de la ley natural, así como en el sentido de la doctrina racional, o ciencia, elaborada para identificar, explicar y sistematizar el contenido de la ley natural.

II. HISTORIA DE LA NOCIÓN DE LEY NATURAL. La noción de ley natural es muy antigua. En la filosofía griega se reconoce que hay una ley de la naturaleza, superior a las leyes civiles, que los hombres han de obedecer (*Antígona*, versos 449-460). Dicha noción fue recibida por el pensamiento jurídico romano, cuyos juristas reconocen un *ius naturale* (Ulpiano, 1 *Institutiones* D 1,1,3). Después fue asumida por la filosofía cristiana (ver Sto. Tomás de Aquino, *Suma de Teología II*, primera parte, cuestión 94), y en el siglo XVIII por el racionalismo (Grocio, Puffendorf), y se mantiene hasta nuestros días. Es una constante en la historia del pensamiento filosófico, ético y jurídico, pues los hombres siempre han pensado que existe un criterio superior al orden social establecido conforme al cual se puede juzgar la propia conducta y el mismo orden social. La negación de la existencia de la ley natural llevaría a establecer que el único criterio para distinguir entre el bien y el mal es el orden socialmente establecido, por lo que se impediría el cambio y el progreso.

III. LEYES DE LA NATURALEZA Y LEY NATURAL. La ley natural es distinta de las leyes de la naturaleza (o leyes naturales) que rigen el comportamiento de las cosas y de los seres vivos irracionales. Las leyes físicas, químicas, astronómicas o biológicas no son leyes en sentido propio de un mandato imperativo que ha de ser obedecido libremente, sino la constatación de comportamientos de las cosas que necesariamente se producen en determinadas condiciones, como la ley de la gravedad, que constata que todas las cosas tienden hacia el centro de la tierra.

La ley natural, en cambio, es un precepto que ordena a todas las personas practicar determinadas conductas en tanto que son necesarias o útiles para el perfeccionamiento o bien de la persona y de la comunidad. El ser humano, por su propia racionalidad, puede cumplir o no cumplir la ley natural. Pero ésta no deja de ser ley o precepto imperativo por el hecho de que no se cumpla o se ignore incluso por amplios sectores de la población. Su fuerza imperativa no proviene del hecho de que efectivamente se cumpla, sino de la relación que tiene la conducta imperada con el bien personal y de la comunidad.

IV. DEFINICIÓN DE LEY NATURAL. Se puede definir la ley natural como el precepto, o conjunto de preceptos, que ordena la conducta humana hacia la perfección o bien de la persona y de la comunidad. Toda persona, por la mera observación de sí misma y de la vida en común, puede reconocer que hay acciones que por sí mismas la perfeccionan, como la compasión, la colaboración

o la solidaridad, y otras que la degradan, como el asesinato, la mentira o el fraude. Desde esta perspectiva, se dice que es una ley “natural” en el sentido de que prescribe las acciones que son conformes con la naturaleza humana.

Por otra parte, también se puede decir que es una ley natural, en el sentido de que es accesible al conocimiento de cualquier persona, independientemente de las creencias religiosas o filosóficas que tenga, porque los preceptos que contienen son evidentes; esto es, que se entienden por sí mismos, y no hace falta demostrarlos, o de sentido común, esto es, verdades conforme a las cuales juzga cualquier hombre sensato.

V. CONTENIDO DE LA LEY NATURAL. El primer precepto de la ley natural, y al que se reducen todos los demás, es el que dice “obra el bien y evita el mal”. Es un precepto que establece la distinción entre acciones que han de practicarse y acciones que han de evitarse, con lo cual establece una limitación al poder humano: no todo lo que es posible es lícito o conforme con la ley natural. Es un precepto de verdad evidente.

Además de este primer principio, contiene otros, que se clasifican en preceptos primarios, que son los más universales y fáciles de conocer, y preceptos secundarios, que son derivados, por deducción de los primeros.

Aunque hay discusión sobre cuáles son en concreto todos los preceptos primarios, se puede considerar que en general se reconocen tres preceptos primarios positivos y cuatro negativos o prohibiciones.

Los preceptos primarios positivos son los que prescriben el deber: *i)* de amor a uno mismo; *ii)* de amor al prójimo como a uno mismo, y *iii)* de amor a Dios sobre todas las cosas. Se advierte que estos preceptos son generales, pues no indican acciones concretas que deben practicarse, sino una dirección o finalidad de la conducta (el bien propio, el bien del prójimo y el bien o gloria de Dios), que puede materializarse en muchas conductas concretas, como cuidar la salud, estudiar, adquirir virtudes, conseguir bienes, ayudar al necesitado, colaborar con la comunidad, dar culto a Dios, etcétera. No obstante su generalidad, son preceptos que iluminan el sentido de la vida y de las decisiones que cada quien van tomando cada día.

Los preceptos primarios negativos o prohibiciones son los que prohíben: *i)* el homicidio; *ii)* el adulterio, entendido en el sentido de relación sexual con persona ajena, es decir, con persona con quien no se tiene un compromiso recíproco de entrega por toda la vida; *iii)* el robo, en cualquier modalidad, y *iv)* la mentira. Se dice que estos preceptos son negativos porque señalan un deber de no practicar conductas que son opuestas al bien personal y de la comunidad, pero tienen en realidad un sentido positivo en tanto que, por una parte, impiden que se practiquen conductas negativas, y por la otra, afirman implícitamente las conductas opuestas: el respeto de la vida y la integridad corporal, la integridad del amor conyugal, el respeto a la propiedad ajena y el deber de veracidad.

Como preceptos secundarios de la ley natural se pueden citar estos: el deber de cumplir las promesas (derivado de la prohibición de la mentira y del deber de veracidad), de devolver los préstamos (derivado de la prohibición del robo y del deber de respetar la propiedad ajena), de colaborar con el bien

y progreso de la comunidad en que uno vive (del deber de amor al prójimo), de compartir los bienes especialmente con el necesitado (del deber de amor al prójimo), de cuidar la propia salud (del deber de amor propio), de fidelidad conyugal (de la prohibición del adulterio). Podrían citarse otros más, pero los ya citados muestran que son preceptos de fácil comprensión y de verdad cuasi evidente.

VI. UNIVERSALIDAD DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY NATURAL. La universalidad de los preceptos significa que se destinan a todos los hombres. Esto mismo se expresa cuando se dice que la ley natural es la misma para todos los hombres.

Los primeros principios de la ley natural es claro que se dirigen a todos los hombres sin excepción. El precepto de obrar el bien y evitar el mal se refiere necesariamente a todos, igual que el de amar al prójimo como a uno mismo, o el de no matar a un ser humano inocente.

Los preceptos secundarios, al referirse a situaciones cada vez más concretas, tienen un número de destinatarios más reducido. Por ejemplo, el principio de cumplir las promesas se dirige potencialmente a todos aquellos que hacen una promesa, aunque puede haber personas que nunca prometan formalmente algo; o el de devolver los préstamos, se refiere a quienes han recibido algo en préstamo, o más específicamente el principio de que el juez no puede ser parte en el mismo juicio se aplica expresamente a los jueces, etc.

Se puede concluir que la ley natural es universal, la misma para todos los hombres en sus primeros preceptos, mientras que no tiene esa característica en sus preceptos secundarios.

VII. INMUTABILIDAD DE LA LEY NATURAL. La cuestión acerca de si la ley natural es inmutable o puede cambiar se soluciona considerando de nuevo la distinción entre los preceptos primarios y los secundarios. Los primarios son inmutables, porque expresan juicios imperativos de conducta que son evidentemente conformes con la naturaleza humana, y en ese sentido son verdaderos.

En cambio, los preceptos secundarios pueden variar, no en el sentido de que declaren justo, lo que antes era injusto o viceversa, pero sí en el sentido de que se les puede añadir algo para precisar la conducta imperada. Por ejemplo, el precepto de devolver los préstamos no cambia en el sentido de que pueda enunciar que los préstamos no deben ser devueltos, pero sí se puede precisar que en ciertos casos es mejor retener temporalmente un préstamo que devolverlo, o se precisa cómo ha de hacerse la devolución, en qué condiciones, en qué estado, con o sin accesorios y frutos, etcétera. Esta labor de concreción y determinación de los preceptos secundarios de la ley natural es necesaria dada la generalidad de tales preceptos

VIII. LEY NATURAL Y LEY HUMANA POSITIVA. La existencia y el reconocimiento de la ley natural no está reñida con la existencia de leyes promulgadas por los legisladores de cada pueblo, cuyo contenido son preceptos también imperativos y sancionados por el poder político. La propia ley natural tiene, como precepto secundario, derivado del precepto de amor al prójimo, el que ordena que todas las personas cumplan las leyes promulgadas por la potestad legítima. Estas leyes son necesarias porque la mayoría de los diversos aspectos

de las relaciones sociales y comunitarias no tienen una regulación precisa en los preceptos de la ley natural, que son, aun los secundarios, de contenido muy general.

La ley natural tiene dos funciones respecto de la ley positiva. Una, de carácter indicativo, en tanto que señala campos o ámbitos que la ley humana debe desarrollar; por ejemplo, el principio de que los contratos deben ser cumplidos indica que la ley humana debe precisar el contenido de las obligaciones contractuales; o el principio de reparar el daño injustamente causado hace necesario determinar qué tipo de daños y cómo ha de repararse cada uno de ellos, etcétera.

La otra función es de carácter restrictivo, la de señalar los límites que no han de ser traspasados por la potestad política. Esta es la función primordial de los preceptos negativos o prohibiciones: ni las leyes humanas ni la comunidad política tienen poder para declarar justa la muerte de un inocente, el robo, la mentira o el adulterio.

Si las leyes positivas contradicen en puntos graves la ley natural, los ciudadanos que quieren gobernarse conforme a la razón y no por miedo al poder pueden, haciendo referencia a la ley natural, negarse a cumplirlas. Ese es precisamente el caso que da pie a la primera referencia expresa a la ley natural en la cultura griega: en la tragedia *Antígona*, de Sófocles, el rey Creonte prohíbe que se dé sepultura a Polinices, hermano de Antígona; ella, desobedeciendo el decreto real, da sepultura a su hermano, y cuando Creonte le pide cuentas, ella dice que el decreto del rey no es superior a las leyes no escritas e inmutables de los dioses. El rey, no obstante la razón de Antígona, decide darle muerte. Ella, entonces, dice: “¿Qué esperas, pues? A mí, tus palabras ni me placen ni podrían nunca llegar a complacerme; y las mías también a ti te son desagradables. De todos modos, ¿cómo podía alcanzar más gloriosa gloria que enterrando a mi hermano? Todos éstos, te dirían que mi acción les agrada, si el miedo no les tuviera cerrada la boca; pero la tiranía tiene, entre otras muchas ventajas, la de poder hacer y decir lo que le venga en gana”. Finalmente, Antígona es ejecutada.

La ley natural es el criterio primordial para juzgar la conducta humana de todos los hombres, débiles o poderosos. Mientras se tenga conciencia de la ley natural, el poder político no avasallará impunemente, pues el abuso se denunciara como injusto.

Jorge Adame Goddard

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

La expresión “derecho procesal constitucional” tiene tres significaciones. Por una parte se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico (normas procesales de origen constitucional o derivadas de ellas). Así, se habla, por ejemplo, de leyes de jurisdicción constitucional, leyes orgánicas de tribunales constitucionales, o recientemente, de códigos procesales constitucionales. También se utiliza para significar las actuaciones procedimentales que realizan los órganos de justicia constitucional, particularmente las realizadas por las jurisdicciones especializadas (tribunales, cortes

o salas constitucionales), pero también las actuaciones o técnicas procesales de jueces ordinarios que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes en sus variadas formas y matices. Una tercera connotación refiere a su carácter científico; es decir, a la disciplina que estudia de manera sistemática la jurisdicción, magistratura, órganos, garantías, procesos, principios y demás instituciones para la protección de la Constitución desde la ciencia del derecho.

Bajo esta última significación se advierten diversidad de posturas y enfoques contemporáneos, esencialmente focalizados con su denominación, su naturaleza jurídica y el contenido de la disciplina. Un primer problema deriva en el *nomen iuris* que debe atribuirse a la disciplina jurídica encargada del estudio del control de constitucionalidad de las leyes, y en general de la supremacía constitucional. Así, se suele referir al “derecho procesal constitucional” como sinónimo de “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”.

Con independencia de las diferencias que pudieran derivarse de estas expresiones, las dos últimas anteceden a la primera. En el trabajo fundacional de Kelsen sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (París, 1928), hace referencia en múltiples ocasiones a los vocablos “justicia constitucional” (incluso en el subtítulo) o “jurisdicción constitucional”, sin diferencias aparentes, para referirse al sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas expresiones entraron al lenguaje habitual de los juristas desde los primeros estudios que analizan las tiernas experiencias de la jurisdicción constitucional concentrada (Austria, Checoslovaquia y España). Particularmente la terminología encontró eco a partir de la segunda posguerra, conforme se fueron afianzando los tribunales constitucionales en las nuevas democracias europeas y fueron apareciendo los estudios especializados. Desde entonces, la mayoría de los autores utilizan ambos términos sin distinguos, y son pocos los que justifican su preferencia a favor de uno u otro. Algunos prefieren la expresión “justicia constitucional”, por ser más amplia en su contenido (si se considera la diversidad de funciones “no jurisdiccionales” que hoy tienen los tribunales constitucionales), mientras que la “jurisdicción constitucional” la entienden limitativa, al centrarse en el órgano concentrado de control de constitucionalidad de las leyes. En cambio, otros consideran demasiado amplio aquel concepto (pues el término “justicia” entra al campo filosófico), y prefieren el de “jurisdicción constitucional”, al centrarse en el aspecto propiamente “judicial” del control constitucionalidad de las leyes, de tal manera que con la expresión “jurisdicción constitucional” estiman que abarca tanto al órgano “concentrado” como aquellos sistemas con control judicial “difuso” y también los “mixtos” y “paralelos”.

En cambio, la expresión “derecho procesal constitucional” surge con posterioridad, siendo utilizada por vez primera por el jurista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, como naciente “rama procesal”, tal y como lo demuestran sus pioneros trabajos en su exilio en Argentina (1944-1945) y en México (1947). Precisamente en este último país surgen los trabajos sistemáticos de su discípulo Fix-Zamudio (1955-1956), bajo el calor del procesalismo científico de la época, quedando desde entonces reflejada esta corriente. A partir de los años ochenta se divulga especialmente en Latinoamérica, donde se ha desarrollado una doctrina especializada, se han formado institutos (por

ejemplo, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional), y se han creado cursos universitarios con esa precisa denominación. Así, con el ánimo de aclarar conceptos, un sector de la doctrina estima que en el fondo las expresiones “justicia constitucional” y “derecho procesal constitucional” no son incompatibles, y más bien resultan complementarias en la medida en que la primera se refiere al conjunto de instrumentos tutelares de la constitución que conforman el contenido del “derecho procesal constitucional”, siendo esta última la disciplina científica que los estudia.

En realidad, el problema de la denominación se encuentra íntimamente vinculado a otro problema relevante, el de la *naturaleza jurídica* del derecho procesal constitucional. En general, existen en la actualidad dos posturas divergentes. La europea, que la considera como una parcela de estudio del derecho constitucional, bajo la denominación mayoritaria de “justicia constitucional”. Esta óptica ha tenido una significación sobresaliente desde la dogmática constitucional, y particularmente derivado del análisis científico de las sentencias constitucionales. La segunda postura, en plena formación, y que podríamos denominar “corriente latinoamericana”, se viene desarrollando paulatinamente con una perspectiva distinta y como consecuencia natural del desenvolvimiento de las distintas ramas procesales. Esta vertiente defiende la “autonomía científica” del derecho procesal constitucional como una nueva manifestación del derecho público con dos variantes: la que predica la “autonomía mixta”, considerando que deben emplearse en su estudio los principios, instituciones, metodología y técnicas del derecho constitucional y del derecho procesal; y la que postula su “autonomía procesal”, que partiendo de la teoría general del proceso se considera que deben construirse sus propias categorías, principios e instituciones, como lo han realizado las distintas ramas procesales, si bien con un acercamiento importante al derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada entre los juristas latinoamericanos y la que se ha ido paulatinamente consolidando. Bajo esta perspectiva, si bien se fundamenta en su aceptación como una disciplina procesal autónoma, los vasos comunicantes con el derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias sustantivas (procesal civil o procesal penal, respecto al derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que sus categorías esenciales suelen encontrarse en la propia ley fundamental.

Un tercer problema se dirige al *contenido o superficie* del derecho procesal constitucional. Existe una corriente elaborada en los años setenta, que ha tratado de ahondar en las delimitaciones entre lo “procesal” y lo “constitucional” (Fix-Zamudio). Esta postura parte de las ideas de Couture sobre las garantías constitucionales del proceso civil (1946-48), para proponer la distinción entre dos disciplinas limítrofes y estrechamente vinculadas: el “derecho procesal constitucional” (como rama procesal) y el “derecho constitucional procesal” (como sector del derecho constitucional). La primera, al estudiar los órganos, garantías e instrumentos procesales para la salvaguardia de la constitución. La segunda comprende las categorías procesales elevadas a rango constitucional, como la jurisdicción, las garantías judiciales (estabilidad, inamovilidad, remuneración, responsabilidad, etc.), y las garantías de las partes (acción procesal,

debido proceso, etc.). Cuestión no pacífica en la doctrina contemporánea, al existir también posturas “amplias”, que ubican las anteriores categorías en una sola.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (ALEMANIA)

Se trata de la rama del derecho objetivo de la República Federal de Alemania que disciplina el proceso constitucional de aquel país. En el ámbito académico del rango corresponde a una disciplina jurídica en general estudiada junto al derecho público. Este se fundamenta en normas constitucionales de la llamada Ley Fundamental, como fue nombrada por razones históricas la Constitución alemana, promulgada el 23 de mayo de 1949. Tales normas constitucionales son conformadas, en el nivel infraconstitucional, por el legislador ordinario, específicamente en las norma de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (en adelante: TCF). Conjuntamente, las normas de la Constitución y de la mencionada ley orgánica del TCF listan taxativamente los procedimientos a ser propuestos ante aquel tribunal. Esa limitación es informada por el llamado “principio de la enumeración” (*Enumerationsprinzip*), que implica la exclusión de la clausula general de acceso a la jurisdicción constitucional y, con eso, de acciones innombradas, tales cuales previstas por muchos órdenes jurídico-procesales civiles.

Las normas configuradoras del proceso constitucional alemán de la Constitución y de la mencionada ley ordinaria instituyen, por un lado, un proceso objetivo, entendido como un proceso judicial que, a pesar de depender de un impulso oficial por personas y órganos constitucionales legítimados por aquellos dos estatutos normativos, no tienen la principal característica de la actividad jurisdiccional ordinaria de decidir sobre lites, pero persiguen el objetivo de defensa de la Constitución y del orden constitucional en ella fundado. Por otro lado, también los procedimientos listados por la Ley Fundamental y por la referida Ley Orgánica del TCF que pueden ser subsumidos bajo el concepto de proceso intersubjetivo (litigioso) también son peculiares cuando son comparados al proceso intersubjetivo ordinario, porque se trata de litigios entre órganos estatales constitucionales (lites interorgánicas) y entre entes de la federación (lites federativas) sobre el alcance de competencias.

En todos los casos y frente a todas las competencias, el TCF es el único juez natural o legal para dirigir el proceso constitucional, y decidir, igualmente con efectos, que extrapolan la competencia general de la función jurisdiccional estatal, como única instancia. Como consecuencia, lógicamente, solo dirige los procedimientos originariamente, siendo todas sus decisiones irrecurribles, al mismo tiempo que no tienen ninguna competencia para juzgar recursos, a pesar de la admisión de la admisión de la queja constitucional, como instrumento procesal constitucional a ser utilizado directamente por un titular de derecho fundamental violado, estar sometida a la condición del previo agotamiento de las instancias ordinarias.

El sentido amplio que se viene imponiendo el uso terminológico por la literatura especializada, sin embargo, el derecho procesal constitucional ha

sido entendido (se entiende) como sinónimo de la jurisdicción constitucional. La jurisdicción constitucional alemana se desarrolló a partir de varias tradiciones, pero solo vendría a afirmarse conceptualmente con los fundamentales ensayos de Kelsen y de Triepel, al final de la década de 1920, presentados en el Encuentro Anual de Profesores de Derecho Público alemanes. Así, el concepto fue marcado teóricamente por la construcción terminológica de Kelsen. Hoy puede ser definida como “jurisdicción autónoma acerca de las cuestiones constitucionales” (*Friesenhahn*).

Del derecho procesal constitucional objetivo derivan las siguientes principales categorías de competencias:

a) Para control normativo de constitucionalidad. Coherentemente al sistema concentrado de control normativo, el TCF es exclusivamente competente para decidir sobre demandas de control normativo de constitucionalidad en las modalidades abstracta y concreta, además de la mencionada queja constitucional, que puede ser ajuiciada por cualquier persona física o —con reservas— jurídica, que afirma fundadamente haber tenido un derecho fundamental de su titularidad violado por un órgano estatal. Como parámetro constitucional material de juzgamiento puede servir, en el caso de los controles abstracto y concreto, cualquier norma de la Ley Fundamental. En el caso de la queja constitucional, solo sirven los parámetros de las normas definidoras de derechos fundamentales, que representan el principal foco de la jurisprudencia constitucional alemana, una vez que más de 90% de todos los procedimientos juzgados, con decisión de mérito, son quejas constitucionales. Como sus posibles objetos, se tienen tan solamente los actos normativos legales e infralegales, cuestionados: i) por las proposiciones de controles abstractos, confiadas a los siguientes órganos o parte de órganos constitucionales: gobierno federal, un gobierno estatal o 1/4 de la Cámara Federal (*Bundestag*); ii) por cualquier juez o tribunal que tiene la competencia y el deber *ex officio* de evaluar la compatibilidad de la norma que fundamenta el pedido de la causa de una de las partes y el dispositivo de la sentencia a ser dictada, pero no la competencia para su descarte incidental, tal cual ocurre en los países que adoptan el sistema difuso de marca estadounidense; o iii) por la queja constitucional contra una decisión judicial en la cual se tendría aplicada en la norma inconstitucional o hasta, presentes algunas condiciones muy específicas, directamente contra un acto normativo. Un posible objeto de la queja constitucional puede ser, por otro lado, exclusivamente la interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales que abstractamente sean compatibles con la respectiva norma —parámetro— constitucional. Se trata, en este caso, de la consecuencia procesal de la dogmática jurídico-constitucional de la llamada “eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales” (*Drittwirkung*) lanzada en el conocido *leading case* Lüth, por el TCF alemán, en 1958. Por ella, el TCF declara incompatible con la Constitución tan solamente la decisión judicial, anulándola y, e por regla, los autos vuelven al tribunal que cometió la violación, que estará entonces, en razón de la interpretación sistemática entre el dispositivo de la decisión del TCF y sus fundamentos determinantes, vinculado a estos, continuando a ser, sin embargo, el juez natural del hecho, una vez que la jurisdicción constitucional en sentido estricto no puede implicar la reforma de una decisión de

un tribunal inferior, justamente por no ser instancia competente para juzgar recursos. Pero como puede reconocer la inconstitucionalidad en abstracto de la norma aplicada por el tribunal de la jurisdicción ordinaria, la queja también puede funcionar como control normativo.

La jurisdicción constitucional, en sentido estricto, tal cual fue ejercida exclusivamente por el tribunal y órgano constitucional, que es el TCF autoriza la conclusión de que se está delante de una verdadera justicia especial (tal cual la laboral o administrativa en los países que establecen un proceso judicial administrativo). Muchos autores destacan la queja constitucional como una categoría aparte del control normativo en razón de sus específicas condiciones procesales, sobre todo que la alegada violación de derecho fundamental (por una decisión judicial o directamente por un acto normativo) haya de ser propia (no teniendo carácter de acción popular), directa y actual. Sin embargo, aquí se firma el entendimiento de que por intermedio de ella, además de la defensa individual de un derecho fundamental, se controla también la compatibilidad de normas con la Constitución, mismo que tal norma sea la norma concreta del dispositivo de una decisión judicial.

b) Lites constitucionales en el sentido horizontal (lites interorgánicas o lite constitucional *stricto sensu*) y vertical (lites federativas).

c) Los otros procedimientos específicos de protección de la Constitución como procedimiento de prohibición de partido político, destitución de derecho fundamental y denuncia criminal contra el presidente federal o juez de derecho frente a sus eventuales tentativas de grave violación al orden constitucional vigente.

Como las mencionadas estadísticas demuestran, la guardia de la Constitución en el sentido de C. Schmitt nunca prescindió de la protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, el papel más preponderante lo ocupó el Tribunal constitucional federal al consolidar el proceso constitucional como proceso objetivo, frisando su función como instrumento de la concretización de los parámetros materiales con destaque para las normas definidoras de los derechos fundamentales. La decidida separación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional con grande preocupación jurídico-dogmática corresponde, jurídico-materialmente hablando, a la estricta separación entre el derecho constitucional específico y el llamado derecho ordinario, a despecho del fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, que tuvo por consecuencia la concretización del vínculo específico del Poder Judicial a los derechos fundamentales. Aquel en ocurrence esmero del TCF en la fundamentación dogmática de sus decisiones contribuyó para dejar la politización del derecho constitucional y la judicialización de la política en niveles aceptables.

Leonardo Martins

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (AUSTRIA)

El concepto de “derecho procesal constitucional” no existe en el sentido estricto en Austria. Por eso, en esa contribución definimos al “derecho procesal constitucional” como una rama procesal, que se refiere a “los órganos,

garantías e instrumentos procesales para la salvaguardia de la constitución”. Así que el término se utiliza como sinónimo de “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional” (E. Ferrer Mac-Gregor, *Derecho procesal constitucional*).

En Austria hay un sistema de jurisdicción constitucional esencialmente concentrado en el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional de Austria es, así, el último guardián de la Constitución (véase “Tribunal Constitucional (Austria)”). La base normativo-constitucional del sistema de jurisdicción constitucional se encuentra en los arts. 137-148, Bundesverfassung, B-VG. Los detalles de su funcionamiento están reglamentados en el *Verfassungsgerichtshofgesetz* 1953 y en la *Geschäftsordnung*, que fue adoptada por el propio Tribunal Constitucional.

El mecanismo más importante para asegurar la prevalencia de la Constitución es la posible eliminación de leyes inconstitucionales por parte del Tribunal Constitucional (art. 140, B-VG). Al lado de la posible eliminación de ordenanzas ilegales (art. 139, B-VG), el control de constitucionalidad de la ley asegura la pirámide jurídica o “*Stufenbau*” del sistema jurídico (*der Rechtsordnung*), la cual tiene en su cúspide a la Constitución. También el posible control de resoluciones administrativas de última instancia (desde el 1 de enero de 2014: decisiones de tribunales administrativos de primera instancia) por vía de amparo (*Beschreibbeschwerde*; art. 144, B-VG) contribuye a ese fin.

Cuando excluye leyes federales o leyes de los *Länder* por inconstitucionalidad (art. 140, B-VG), el Tribunal Constitucional funciona como “legislador negativo”. En este caso anula la norma o ley (*Gesetz (esbestimmung)*) afectada de inconstitucional. Esa anulación tiene, en principio, efectos *ex nunc/pro futuro*.

De manera general, uno puede distinguir en Austria entre control 1) abstracto, y 2) concreto.

1. En el sistema de control abstracto no existe una situación particular o específica que dé origen a la demanda de inconstitucionalidad (*Anlassfall*). Según el objetivo perseguido, distintas instituciones u órganos estatales tienen derecho a interponer la demanda con el fin de hacer prevalecer la supremacía de la Constitución sobre normas contrarias a ella. El gobierno federal puede elevar la demanda si encuentra que hay una supuesta inconstitucionalidad de leyes de los *Länder*; lo mismo puede hacer el *Landtag* si la supuesta inconstitucionalidad concierne leyes federales. Aquí el sistema de control abstracto sirve para resolver conflictos federales. También una tercera parte de los miembros de la Cámara Baja (*Nationalrat*) o de la Cámara que representa a los *Länder* (*Bundesrat*), así como un tercio de los miembros de los *Landtage* pueden interponer una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Esta facultad es entendida como un derecho de la oposición, donde una minoría significativa (un tercio de las Cámaras respectivas o de los *Landtage*) puede iniciar un control de constitucionalidad de leyes adoptadas por la mayoría.

2. En el sistema de control concreto, ciertos tribunales (*Verwaltungsgerichtshof*, Corte Suprema, cada tribunal de segunda instancia, *Asylgerichtshof* (eliminado el 1 de enero 2014), Tribunal Constitucional *ex officio*) o ciertas instituciones administrativas (*Unabhängige Verwaltungssenate*, *Bundesvergabebamt*) (eliminado y sustituido por tribunales administrativos de primera instancia el 1 de enero de 2014) pueden iniciar el control de constitucionalidad de una norma o ley

si tienen dudas de su constitucionalidad al momento de aplicarla en un caso determinado.

Finalmente, bajo ciertas condiciones, también un individuo puede empezar un proceso de control de normas. Eso, a condición de que la norma legal afecte al individuo sin que se requiera una decisión o un acto previo de un tribunal o de una institución administrativa. Otra condición es que otra vía legal (*Rechtsweg*) es desmedida (*unzumutbar*). Nota que desde el 1 de enero de 2015, además individuos que consideran sus derechos violados por la aplicación de una ley inconstitucional en una decisión de un tribunal de primera instancia pueden iniciar un control de la ley respectiva según recién reforma (*Gesetzesbeschwerde*, BGBl I 2013/114).

De manera general, el amplio poder de demanda (*Antragsbefugnis*) contribuye a un efectivo sistema de control de constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional en su defensa de la Constitución.

No obstante, algunos hechos reducen la efectividad del sistema de control de normas. En primer lugar, el legislador puede evitar el control del Tribunal Constitucional cuando cuenta para ello con un amplio consenso: puede elevar una norma o una ley supuestamente (o ya declarada) inconstitucional a rango constitucional con una mayoría de 2/3 de sus miembros, y así “protegerla” de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional también tiene competencia de controlar leyes constitucionales si constituyen un cambio de principios básicos (“*Gesamtänderung*”, art. 44/3 B-VG; por ejemplo, un cambio de los principios democrático, federal, la separación de poderes) de la Constitución. De manera que si constituyen una *Gesamtänderung*, también normas de rango constitucional pueden ser rechazadas, y los fundamentos de la Constitución queden así protegidos por el Tribunal Constitucional. También desde la perspectiva de la soberanía popular y democrática pueden esgrimirse argumentos a favor de los cambios soportados por un amplio consenso parlamentario. Al mismo tiempo, cabe observar que sobre todo en tiempos de “gran coalición”, cuando los dos partidos en el gobierno tienen una mayoría de dos terceros (2/3), se limitó efectivamente el control del Tribunal Constitucional, al elevar al rango constitucional normas ya declaradas inconstitucionales en el pasado. Esa “técnica” —que ha generado multiplicidad de normas constitucionales de importancia variada en leyes normales— no solamente perjudica la Constitución como orden fundamental del Estado, sino que debilita también la función del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución.

En segundo lugar, cabe recordar que el Tribunal Constitucional solamente funciona como “legislador negativo”. No tiene competencia de “forzar” al legislador a actuar, por ejemplo, exigiendo que adopte ciertas normas; esto incluso en caso de detectar deficiencias de regulación en materia de derechos fundamentales.

A pesar de esos límites, el control de normas o de leyes efectuado por parte del Tribunal Constitucional ha sido un sistema de control largamente eficaz, lo que ha contribuido a la defensa de la Constitución de manera efectiva.

Christina Binder

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (BOLIVIA)

La expresión “derecho procesal constitucional” en Bolivia es entendida en el marco de las tres significaciones que de manera general se le asignan; vale decir, como conjunto normativo sustantivo y procesal que regula el ejercicio de la potestad de control de constitucionalidad; como comprensivo de actos procesales desarrollados en la solución de los conflictos constitucionales y como disciplina de las ciencias jurídicas. De manera que el derecho procesal constitucional en Bolivia viene desarrollándose en el marco de esa triple significación.

En el ámbito del significado normativo se ha logrado una importante evolución, pues desde una normativa constitucional básica se ha logrado avanzar hasta la adopción de un código procesal constitucional, avance que podría ser reflejado convencionalmente en cuatro etapas.

La primera, caracterizada por una normativa orgánica básica, pues en la primera Constitución promulgada y publicada en 1826 apenas se consignaron normas orgánicas que podrían entenderse como vinculadas al derecho procesal constitucional; así, el art. 51, al nombrar las atribuciones de la Cámara de Censores, previó lo siguiente: “Son atribuciones de la Cámara de Censores: 1o, velar si el Gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los tratados públicos; 2o Acusar ante el Senado las infracciones que el Ejecutivo haga de la Constitución, las leyes y los tratados públicos”. En la reforma constitucional de 1831 se creó el Consejo de Estado con la función de ejercer el control de constitucionalidad; de manera que en la Constitución reformada se consignaron normas (arts. 93 al 100) que regulaban la composición, funciones y atribuciones del nuevo órgano constitucional creado, asignándole como una de sus funciones “velar sobre la observancia de la Constitución, e informar documentadamente al Cuerpo Legislativo sobre las infracciones de ella”. Las normas referidas forman parte del derecho procesal constitucional, en su significado normativo, porque crearon el sistema de control político de constitucionalidad.

La segunda, caracterizada por la adopción del modelo de control de constitucionalidad americano o de la revisión judicial; la creación de acciones tutelares del hábeas corpus y amparo constitucional para la protección del derecho a la libertad física, el primero, y todos los derechos y garantías constitucionales, la segunda; y la inclusión de normas procesales en el Código de Procedimiento Civil para regular la sustanciación de los procesos constitucionales. Mediante la reforma constitucional de 1861 se consignaron normas que forman parte del derecho procesal constitucional, ya que, por un lado, al tiempo de proclamar el principio de supremacía de la Constitución se encomendó a todos los jueces y tribunales aplicar la Constitución con preferencia a las leyes, y por otro, se encargó al Tribunal Supremo de Justicia la labor de realizar, en última instancia, el control de constitucionalidad sobre las leyes. En la reforma constitucional de 1931 se introdujo una norma que creó el recurso de hábeas corpus para proteger el derecho a la libertad física y el derecho de locomoción de las personas, incluyendo normas de naturaleza procesal para su trámite. En la reforma constitucional de 1967 se incluyó una norma que

creó la acción de amparo constitucional para la protección de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, con excepción de la libertad física y el derecho de locomoción; además, se introdujeron normas de naturaleza procesal para su respectivo trámite. En esta segunda etapa, en la parte procesal, el control de constitucionalidad fue ejercido sobre la base de normas previstas en el Código de Procedimiento Civil, que regulaban los procesos y recursos establecidos por la Constitución.

La tercera, caracterizada por la adopción del modelo de control de constitucionalidad europeo o “kelseniano” con resabios del modelo americano; la emisión de una Ley de desarrollo de la Constitución, y la introducción de la acción tutelar del hábeas data. Mediante la reforma constitucional de 1994 se creó el Tribunal Constitucional como el máximo guardián y último intérprete de la Constitución, definiendo su estatus jurídico constitucional, su integración y sus atribuciones, pero a la vez se mantuvo la norma constitucional que encomendaba a todos los jueces y tribunales aplicar la Constitución con preferencia a las leyes. En esta etapa, el órgano Legislativo expidió la Ley 1836, del Tribunal Constitucional, una ley mixta que consignaba normas orgánicas reguladoras de la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, y normas procesales para regular la sustanciación de los procesos constitucionales, a través de los cuales se ejercía el control de constitucionalidad en el ámbito normativo, el ámbito competencial y el ámbito tutelar de los derechos fundamentales. En la reforma constitucional de 2004 se creó el recurso de hábeas data, para la protección del derecho a la autodeterminación informativa.

La cuarta, caracterizada por la consolidación del modelo de control de constitucionalidad en la Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009, con una modificación del estatus constitucional y la naturaleza jurídica del órgano encargado del control de constitucionalidad, ya que por un lado, el Tribunal Constitucional Plurinacional es un órgano constitucional independiente de los órganos del poder constituido; y, por otro, ejerce el control de constitucionalidad no solo sobre el sistema jurídico del Estado, sino también sobre los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; así, está previsto por los arts. 179.III, y 196 al 203 de la Constitución. En el desarrollo de las normas constitucionales referidas, la Asamblea Legislativa Plurinacional ha expedido la Ley 027, que regula la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional; asimismo, ha emitido la Ley 254, Código Procesal Constitucional, vigente a partir del 6 de agosto de 2012, cuyas normas regulan los procesos constitucionales a través de los cuales se ejerce el control de constitucionalidad. En la referida reforma constitucional también se han creado dos nuevas acciones de defensa de los derechos fundamentales: la acción popular, para la protección de los derechos e intereses colectivos, y la acción de cumplimiento, para la protección del derecho a exigir el cumplimiento efectivo de la Constitución y las leyes.

En el ámbito referido a los actos procesales, cabe destacar que el derecho procesal constitucional en Bolivia también ha tenido un importante desarrollo. La labor desempeñada por el Tribunal Constitucional ha contribuido de manera significativa a ese proceso, pues al sustanciar los procesos constitucio-

nales y resolver los conflictos sometidos a su conocimiento ha logrado fortalecer y consolidar los procedimientos previstos por la legislación, allanando las omisiones legislativas por la vía jurisprudencial.

Finalmente, en el ámbito del significado de disciplina de las ciencias jurídicas, el derecho procesal constitucional en Bolivia no tuvo un estudio sistematizado en la parte académica hasta los años noventa. En efecto, en la currícula de las facultades de ciencias jurídicas de las universidades estatales y privadas no fue incluida la impartición de esta disciplina de las ciencias jurídicas en pregrado sino que fue a partir de la adopción del modelo europeo o “kelseniano” de control de constitucionalidad, con resabios del modelo americano, que recién algunas universidades incluyeron la misma en su currícula de la formación profesional; así, se puede referir a la Universidad Privada Santa Cruz de la Sierra (UPSA), la Universidad Técnica Privada Santa Cruz (UTEPSA), la estatal Universidad Técnica de Oruro y la estatal Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba. A nivel de posgrado, algunas universidades, entre ellas la Universidad Andina Simón Bolívar (sedes Sucre y La Paz), la Universidad Mayor de San Simón (Cochabamba), la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno (Santa Cruz), la Universidad Mayor San Andrés (La Paz) y la Universidad Real y Pontificia San Francisco de Chuquisaca, han implementado programas de maestría y diplomado en derecho procesal constitucional.

Cabe destacar que en el ámbito del significado de disciplina de las ciencias jurídicas se ha logrado un importante desarrollo teórico-doctrinal, pues a partir de la década de 1990 del siglo XX han surgido una serie de estudios ya sistematizados, que sin ser tratados especializados en derecho procesal constitucional, abordan su estudio desde diferentes perspectivas.

Entre los estudios publicados se puede mencionar, a manera enunciativa no limitativa, los siguientes libros: *Tribunal Constitucional*, de Hugo Galindo Decker (1994), que contiene los resultados del debate nacional en torno a la creación del Tribunal Constitucional; *¿Tribunal Constitucional o Corte Supremas?*, de Marcelo Galindo Ugarte (1994); *Reformas constitucionales. Avances, debilidades y temas pendientes*, de José Antonio Rivera S. (1999); *Tribunal Constitucional. Comentario y anotaciones en el ordenamiento jurídico boliviano*, de Luis Ángel Vásquez Villamor (1999); *Jurisdicción Constitucional. Procesos constitucionales en Bolivia*, de José Antonio Rivera S. (1a. ed. 2001, y 3a. ed. 2012); *Derecho procesal constitucional boliviano*, libro colectivo editado por la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales (2002); *Las líneas jurisprudenciales básicas del Tribunal Constitucional*, de Willman Ruperto Durán Ribera (2003); *Recurso directo de nulidad*, de Jorge Asbún Rojas (2003); *Derecho procesal constitucional. Tribunal, procedimientos y jurisprudencia en Bolivia*, de René Baldivieso Guzmán (2006); *Derechos y garantías fundamentales*, de Pablo Dermizaky Peredo (2006); *Temas de derecho procesal constitucional*, de José Antonio Rivera S. (2007); *Acción de amparo constitucional*, de Richard Eddy Cardozo (2009); y *Derecho procesal constitucional*, de Henry Pinto Dávalos (2011).

José Antonio Rivera Santiviáñez

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (CAMPECHE)

Para la definición de Campeche seguimos la primera significación de la voz “derecho procesal constitucional”, que da el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en la conceptualización general de esta: “el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico”.

En este sentido, se puede expresar que en Campeche este conjunto normativo está en una fase primaria, pues solo se contempla el procedimiento encargado de resolver conflictos de competencia y/o atribución. Dicho lo anterior, es importante subrayar que la causa eficiente de la reforma constitucional campechana, que introdujo el control sobre los conflictos entre órganos, se debió a dos razones.

Primera, directamente a un mandato del poder revisor o constituyente permanente federal, que a través de una reforma constitucional federal mandaba a las legislaturas estatales la implementación de medios de resolución de conflictos en determinadas hipótesis.

Segunda, el poder revisor de la Constitución estatal adoptó este mandato y a su vez lo recondujo, como diría la exposición de motivos, a “ampliar la esfera de competencia del máximo órgano del Poder Judicial del Estado, el H. Tribunal Superior de Justicia para, no sólo conocer de conflictos entre Ayuntamientos o entre éstos y el Ejecutivo, sino también de los que pudieren surgir entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, así como entre entidades paraestatales y paramunicipales”.

Tercero, la causa final de dichas reformas —tanto federal como estatal— radicaba en la idea de modificar la situación jurídica del municipio y dotarlo de mayor autonomía y atribuciones “ampliar las facultades que actualmente tienen los municipios en México, y lograr el fortalecimiento municipal”.

El 23 de diciembre de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto de modificación al art. 115 de la Constitución federal. En dicho decreto se encontró establecido que los estados debían adecuar su marco jurídico a las nuevas disposiciones. Esta modificación tiene su origen en nueve iniciativas presentadas ante el Congreso por diferentes grupos parlamentarios. Todas estaban basadas en la idea de que el municipio fuera el eje del desarrollo nacional.

De acuerdo con el texto federal, las hipótesis de conflicto que el procedimiento implementado debiera de conocer se encontraban contempladas en diversos apartados distintos del texto del art. 115 constitucional.

El inciso c) estipula: “Las normas de aplicación general para celebrar los convenios a que se refieren tanto las fracciones III y IV de este artículo, como el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 116 de esta Constitución”.

El inciso d) señala: “El procedimiento y condiciones para que el gobierno estatal asuma una función o servicio municipal cuando, al no existir el convenio correspondiente, la legislatura estatal considere que el municipio de que se trate esté imposibilitado para ejercerlos o prestarlos; en este caso, será necesaria solicitud previa del ayuntamiento respectivo, aprobada por cuando menos las dos terceras partes de sus integrantes”.

Ahora bien, para efectos de la reforma a la Constitución campechana resultó trascendente el nuevo párrafo cuarto de la frac. II del art. 115: “Las

legislaturas estatales emitirán las normas que establezcan los procedimientos mediante los cuales se resolverán los conflictos que se presenten entre los municipios y el gobierno del estado, o entre aquéllos, con motivo de los actos derivados de los incisos c) y d) anteriores”.

En ese sentido, en Campeche, el 12 de diciembre de 2000, los coordinadores de los grupos parlamentarios y de la representación del Partido del Trabajo presentaron ante el Congreso del estado dos iniciativas de reforma al sistema jurídico. La primera de ellas para reformar diferentes artículos de la Constitución del estado, y la segunda para expedir la ley reglamentaria relacionada con dichas reformas.

Al tener como causa eficiente el cambio al art. 115 constitucional, la modificación a la Constitución campechana fue compleja, abarcando los arts. 54 en sus fracs. XXI (revisión, fiscalización y aprobación de la cuenta pública del estado) y XXII (revisión, fiscalización y aprobación de la cuenta pública de los municipios del estado); 66 (suplencia de un gobernador interino o provisional); 88, IV (control de conflictos entre diversos órganos como facultad del Pleno del Tribunal Superior de Justicia); 102 (declaración del ayuntamiento como órgano de gobierno del municipio); 105 (funciones y servicios públicos de los municipios) y 107 (determinación de la competencia del gobierno del estado y del municipal).

Como se puede ver, el cambio pertinente se dio al art. 88-IV, cuyo motivo específico fue ir más allá de lo declarado por el mandato constitucional federal —de solo conflictos derivados de la materia de la reforma constitucional federal comentada— y ampliar la esfera de competencia del Pleno del Tribunal a otros actores políticos, a lo cual se adhirió la expedición de una la ley reglamentaria.

Por otro lado, el texto de la Constitución estatal, sin hacer referencia alguna al texto federal, e igualmente importante, sin mencionar la naturaleza de la norma jurídica que se vulneraría, se limita a describir las diferentes posibilidades de conflicto —que correspondería resolver al Tribunal Pleno—, a partir de los sujetos. Es así que serán entre: a) el estado y un municipio; b) un municipio y otro; c) un municipio y una sección municipal; d) una sección municipal y otra; e) los poderes Ejecutivo y Legislativo del estado; f) alguno de los anteriores y una entidad paraestatal o paramunicipal; g) dos entidades paraestatales; h) dos entidades paramunicipales; i) una entidad paraestatal y una paramunicipal.

Aquí cabría hacer varias reflexiones: la primera sería la relativa a la naturaleza legal del procedimiento de control mandado desde la Constitución federal a implementar, mediante las legislaturas estatales, al interior de cada entidad federativa, y digo “legal” porque si se revisan los textos referenciados, el conflicto está circunscrito al que se pueda dar entre el gobierno del estado y el municipio o entre los municipios, derivados de una *legislación* emitida por un órgano estatal.

Otra reflexión devendría del texto de la Constitución campechana, que al no hacer referencia al art. 115, ni al marco normativo que pudiera afectarse y generar los conflictos relacionados, deja abierta la posibilidad de que tales conflictos generaran un procedimiento de control constitucional o legal.

Una reflexión más cabría al observar los sujetos que generaran los conflictos; primero porque rebasa la hipótesis del art. 115 constitucional —solo conflictos entre el gobierno del estado y el municipio—, rebasa la hipótesis de los conflictos que pudiera comprender la controversia constitucional federal (que se circunscribiría a conflictos entre el estado y uno de sus municipios), puesto que ya estaría igualmente el resguardo de las figuras de las entidades paraestatales o paramunicipales y los conflictos que pudieran generarse estando estas presentes.

Victor Manuel Colli Ek

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (CHIAPAS)

El derecho procesal constitucional en el estado de Chiapas es producto de la reforma constitucional del 6 de noviembre de 2002, que introdujo diversos instrumentos de tutela judicial de la Constitución estatal.

La reforma hizo posible la existencia de cuatro procesos constitucionales. En primer lugar, se incorporaron las controversias constitucionales en calidad de mecanismos dirigidos a resolver conflictos entre el orden jurídico estatal y el municipal, así como conflictos entre los poderes del estado. En específico, de conformidad con la frac. I del entonces art. 56 de la Constitución estatal, proceden en torno a controversias suscitadas entre el Poder Ejecutivo y Legislativo del estado, entre los municipios, y entre estos y el propio Ejecutivo o Legislativo.

En segundo término, se incluyeron las acciones de inconstitucionalidad, en calidad de procesos autónomos a través de los cuales se confrontan en el plano abstracto dos normas jurídicas, la Constitución estatal y una norma jurídica general, con el objetivo de constatar la regularidad constitucional de esta última. Pueden ejercitarse dentro de los 30 días naturales siguientes a su publicación tanto por el gobernador del estado, el equivalente al 33% de los integrantes del Congreso del estado, el procurador general de Justicia del estado, o el equivalente al 33% de los ayuntamientos de la entidad.

El tercer instrumento procesal es la acción por omisión legislativa, que es igualmente un proceso autónomo por medio de cual se controvierte una omisión legislativa que vulnere la supremacía constitucional. Este mecanismo procede cuando se considere que el Congreso no ha resuelto una ley o decreto, y que la omisión afecta el debido cumplimiento de la Constitución, cuya interposición corresponde al gobernador del estado, el equivalente al 33% de los integrantes del Congreso del estado, o cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.

El cuarto mecanismo de tutela constitucional es la cuestión de inconstitucionalidad, que tiene como propósito dar respuesta fundada y motivada a las peticiones formuladas por los magistrados o jueces del estado cuando tengan duda sobre la constitucionalidad o la aplicación de una ley local, dentro de un proceso del que tengan conocimiento, las cuales deberán resolverse en un plazo de 30 días.

La reforma constitucional de 2002 confirió la resolución de estos instrumentos procesales a una Sala Superior, que se erigió en el cuerpo colegiado

de mayor jerarquía al interior del Poder Judicial del estado, integrado por siete magistrados, que debería funcionar exclusivamente en pleno para garantizar la supremacía de la Constitución.

Una nueva reforma constitucional publicada el 2 de mayo de 2007 modificó, entre otras cosas, al órgano de control, sustituyendo la Sala Superior por un Tribunal Constitucional integrado por tres magistrados, aunque una nueva reforma de 2008 elevó su número a cinco integrantes del pleno.

El Tribunal es el máximo órgano del Poder Judicial, y por tanto, del Poder Judicial, debe funcionar exclusivamente en pleno, y sus decisiones serán tomadas por mayoría de votos. Sus magistrados son nombrados por el Congreso del estado o por la Comisión Permanente, a propuesta del gobernador, mediante el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros, dentro de un plazo que no exceda los siete días hábiles a partir del momento en que se reciban las propuestas, no se exige ninguna calificación especial para ser magistrado en relación a los que se solicitan para los demás magistrados del Poder Judicial. Los magistrados duran en su encargo nueve años sin poder ser designados para un nuevo periodo.

Una nueva reforma publicada el 25 de julio de 2011, subrayó que al Tribunal Constitucional le corresponde garantizar la supremacía y control de la Constitución mediante su interpretación, siempre y cuando no sea contraria a lo establecido en el art. 133, último párrafo, de la Constitución general de la República, ni a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así mismo, tuvo como propósito reubicar los procesos constitucionales en el art. 64 constitucional.

Finalmente, la reforma constitucional de 16 de agosto de 2013 estableció la legitimación procesal de la Comisión Estatal de los Derechos Humanos para interponer acciones de inconstitucionalidad en el ámbito de sus competencias.

César Astudillo

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (CHIHUAHUA)

El estado de Chihuahua es parte del Estado federal mexicano desde 1924; en consecuencia desde ese año y con excepción del período centralista del país (1836-1847), ha ejercido su autonomía interna con sendas Constituciones de los años de 1825, 1848, 1858, 1887, 1921 y la vigente de 1950. No obstante lo anterior, el constitucionalismo chihuahuense históricamente careció de instrumentos procesales de defensa constitucional, pues como se verá a continuación, en términos generales no se establecieron garantías constitucionales hasta 1921, y aún después de esa fecha en la práctica han sido formulas vacías, carentes de reglamentación, al menos hasta 2013. En efecto, en las Constituciones del siglo XIX solo podemos encontrar como incipientes preceptos de defensa constitucional, como es el caso de un control político indeterminado por parte del Congreso, en la Constitución de 1825 (art. 122 y 123), y en la de 1848 (art. 175), sin que se haya expedido ley reglamentaria ni se tenga conocimiento de haber ejercido tal facultad. En las Constituciones de 1858 y 1887 encontramos ya definido de manera clara el juicio político en los arts.

88 y 89 (1848) y 134 (1887). Ya en el marco de nuestra Constitución general vigente de 1917, la Constitución de Chihuahua de 1921 establece por vez primera genuinos institutos de derecho procesal constitucional, como fueron el denominado “*queja*” contemplado en el art. 10 en los siguientes términos: “art. 10. Cualquier persona, en cuyo perjuicio se viole alguna de las garantías expresadas en los arts. 5 al 9 de esta Constitución, podrá ocurrir en queja contra la autoridad infractora ante el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, el que hará cesar el agravio e impondrá a la autoridad responsable la pena correspondiente. La ley reglamentará el ejercicio de este derecho”. Además de lo anterior, el art. 102 en su frac. III, otorgaba al Supremo Tribunal de Justicia la facultad de “Dirimir los conflictos que surjan entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado, siempre que no sean de carácter político ni de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. En este sentido, podemos afirmar que la figura mencionada corresponde a una controversia constitucional de índole local, pues aun cuando no se defina de esa forma, el hecho de que excluya los conflictos políticos y aquellos de orden jurídico que puedan ser de competencia de la Corte nos autoriza a pensar que se tratarán conflictos de orden jurídico local, que por referirse a los poderes públicos nos remiten de manera ineludible a la Constitución. En este sentido, la Constitución vigente de 1950 en su texto original no varía sustancialmente la redacción de estas dos instituciones procesales, salvo que las controversias se remiten en sus términos al art. 109, frac. III del nuevo texto constitucional. No obstante lo anterior, mediante reforma del 28 de septiembre de 1994 se realizó una revisión general de la Constitución, misma que materialmente se tradujo en una nueva Constitución, ya que planteó cambios fundamentales, entre los que cabe desatacar que “La protección jurídica de la vida humana desde el momento de la concepción”, además de que se prohíbe la pena de muerte en el estado y se reconocen los derechos de los pueblos indígenas; además de lo anterior, y respecto a la materia que tratamos, en el art. 36 se crea el Consejo Estatal de Elecciones, y en el art. 37 el Tribunal Estatal de Elecciones con facultades este último para “resolver en definitiva e inatacablemente las impugnaciones que se presenten en materia electoral...”; además el art. 109, en diversas frac., contempla la facultad del Supremo Tribunal de Justicia para resolver lo que consideramos controversias constitucionales en los siguientes términos: “XIII. Dirimir los conflictos que surjan entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo del Estado, siempre que no sean de la competencia de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”; como puede observarse, en esta ocasión, a diferencia del texto original, se excluye también la competencia que pudiera actualizarse para el Senado de la República; además de lo anterior, en las dos frac. subsecuentes establece: “XIV. Resolver las controversias que se susciten entre los ayuntamientos y el Congreso del Estado”, y “XV. Resolver los conflictos que se susciten entre dos o más municipios de la entidad, así como entre los municipios y el Ejecutivo del Estado, en los términos que disponga la ley”. En virtud de lo expuesto hasta aquí, en el estado de Chihuahua desde 1994 existen contempladas a nivel constitucional las controversias constitucionales locales; sin embargo, cabe aclarar que hasta el momento en que se escribe el

presente trabajo no ha existido la voluntad política para reglamentarlas y, en consecuencia, no se han puesto en práctica; lo mismo acontece con la figura de la “*queja*”, misma que con la reforma de 1994 pasó al art. 200 en términos similares a la redacción original, ya que solo cambian los numerales que se refieren a los derechos fundamentales protegidos. Al respecto, y por lo que se refiere al recurso de “*queja*”, consideramos como hipótesis que la falta de reglamentación obedece a lo rígido de su redacción, pues habla de imponer una “*pena*” a la autoridad que violente un derecho fundamental, y esto nos parece excesivo, pues salvo el caso de que efectivamente, la autoridad al violar un derecho fundamental de manera simultánea cometa un delito, los efectos del recurso no deben involucrar la materia penal. Ahora bien, en la actualidad, y con motivo de la reforma a la Constitución general en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, y de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del expediente varios 912/2010, del 11 de enero de 2013, y con la finalidad de dar mayor uniformidad a los criterios judiciales de los juzgadores locales, así como certeza jurídica sobre la inaplicación de las normas jurídicas, en vía de control difuso de constitucionalidad-convencionalidad, se reformaron los arts. 104 y 105 de la Constitución local, para crear una “Sala de Control Constitucional”, compuesta por un magistrado especializado en la materia, y dos magistrados (uno penal y otro civil) del supremo tribunal, seleccionados por el pleno por un periodo de un año para efectos de integrar la Sala de Control Constitucional, a la cual, de acuerdo con el art. 105 de la Constitución, le corresponde “... la revisión de las resoluciones de los jueces de primera instancia y de las salas unitarias del Supremo Tribunal de Justicia, mediante las cuales se determine la inaplicación de las normas jurídicas, por considerarlas contrarias a los contenidos de la Constitución Política del estado, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los tratados internacionales celebrados y ratificados por el Estado Mexicano, con arreglo a esta última”. Cabe hacer mención que el mismo artículo señala que “Cuando la inaplicación a que se refiere el párrafo anterior la determinen las salas colegiadas del Supremo Tribunal de Justicia, las atribuciones de la Sala de Control Constitucional serán ejercidas directamente por el pleno”. Respecto a esta última reforma, si bien entró en vigor el 30 de junio de 2013, acompañada de una ley reglamentaria del art. 105 y diversas reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, a la fecha (septiembre de 2013) no se ha llevado a cabo el proceso de selección del magistrado especializado y de los demás integrantes de la Sala de Control, por lo que la misma no ha entrado en funciones.

Júpiter Quiñones Domínguez

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (COAHUILA)

El derecho procesal constitucional o justicia constitucional —como ha preferido llamarle la propia Constitución local— en el estado de Coahuila de Zaragoza surge al menos normativamente hablando con la reforma constitucional publicada el 13 de octubre de 2001, o en la que se modificó el art. 158; en él se concibe a la justicia constitucional como un medio de control para mantener

la eficacia y actualización democrática de la ley fundamental del estado, bajo el principio de supremacía constitucional.

De esta forma, Coahuila pasó a formar parte del primer grupo de entidades —como Veracruz, Tlaxcala y Chiapas— que desde 2000 decidieron elegir al derecho procesal constitucional como un instrumento para garantizar su Constitución desde el interior del propio sistema jurídico; la modificación constitucional mencionada se vio terminada el 12 de julio de 2005, fecha en la que se publicó Ley de Justicia Constitucional local para el estado de Coahuila de Zaragoza —en delante Ley Reglamentaria—; en ella se regulan de manera detallada los mecanismos de protección, procedencia y la forma de sustanciación.

En principio, conviene apuntar que el constituyente señaló como tribunal constitucional al pleno del Tribunal Superior de Justicia —en delante Pleno—, dotándolo así de las competencias en materia de control de constitucionalidad; es decir, el pleno actuará en su carácter de máximo garante de la Constitución cuando conozca de alguno de los procedimientos que adelante se explicarán, el Tribunal Superior de Justicia, de acuerdo con el art. 136 de la Constitución, se compone por 14 magistrados; sin embargo, la Ley Orgánica señala que al pleno lo integran 12 magistrados —el presidente del Tribunal—, 10 magistrados numerarios de las Salas que residan en la capital del estado y el presidente de la Sala Auxiliar con jurisdicción en los distritos judiciales de Viesca y San Pedro.

En torno a los mecanismos o instrumentos de control, el primer aspecto importante a destacar es el control difuso que autoriza el tercer párrafo del art. 158 de la Constitución, y establece que los jueces del estado puedan desaplicar la norma al caso en específico que de acuerdo con sus competencias estén conociendo, cuando adviertan —de oficio o a petición de parte— que una de las leyes a aplicar es contraria a la Constitución local, incluso señala la Ley Reglamentaria que pueden realizar interpretación conforme para salvar el vicio de inconstitucionalidad.

Un segundo punto es la introducción de la duda o cuestión de inconstitucionalidad, que tiene como objetivo que la autoridad judicial o administrativa pueda plantearle al pleno la posible contradicción de una norma general que esté aplicando con motivo de sus atribuciones bien sea porque lo advirtió oficiosamente o porque así se lo plantearon las partes, para que una vez que el pleno estudie y resuelva pueda pronunciarse con seguridad sobre la aplicabilidad de la ley; por lo que ve a su procedencia, se limita a dos supuestos: a) que se trate de un asunto trascendente o importante a juicio del propio pleno, y b) que previamente algún juez ordinario haya declarado la inaplicación de una ley; es decir, aquí la duda se convierte en una especie de revisión al control difuso de constitucionalidad, situaciones que estimamos algo desacertadas, ya que la esencia de la duda de inconstitucionalidad es precisamente la de acudir a un ente especializado con la finalidad de que despeje las posibles interrogantes de la norma a aplicar; se trata pues de un acto previo a su aplicación, y no un recurso sobre la desaplicación de normas.

En tercer término, la justicia constitucional de Coahuila la componen las acciones de inconstitucionalidad, que junto con las controversias constitucio-

nales es uno de los instrumentos más característicos de los sistemas de justicia constitucional, en el caso este mecanismo tiene no solamente como propósito denunciar la posible contradicción entre prácticamente cualquier norma general que se expida dentro del estado —leyes, reglamentos, acuerdos, bandos, etcétera—, sino también las omisiones normativas de carácter legal o reglamentaria en que ocurran los órganos obligados a expedirlas.

En ese sentido, por lo que ve al tema de la legitimación para el ejercicio de esta acción, podemos decir que es amplia, pues por una parte se le faculta al Ejecutivo del estado, al 10% de los integrantes del Poder Legislativo y de los integrantes de los ayuntamientos, a los organismos públicos autónomos, y por la otra igualmente puede ocurrir cualquier persona cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales, y los partidos políticos nacionales y estatales con registro; presentada pues la acción y sustanciado el procedimiento, y en caso de que el pleno estime que la norma impugnada resulta constitucional, deberá tomar esa decisión por mayoría absoluta, y los efectos serán la invalidez o bien la condena para que la autoridad omisa cumpla con expedir la norma.

El cuarto mecanismo es la controversia constitucional que se plantea con motivo de conflictos orgánicos competenciales entre alguno de los poderes del estado, algún poder del estado con municipios o entidades paraestatales, entre municipios o entre éstos y entidades paraestatales, o bien entre éstas y aquellos que se presenten con uno o más organismos autónomos y otro u otros órganos estatales o municipales. De esta forma, el pleno, al resolver, deberá indicar a qué ente le corresponde la competencia en conflicto, y la resolución tendrá efectos generales cuando se refiera a disposiciones generales; en los demás casos será solo entre las partes.

Finalmente, como quinto instrumento resulta importante destacar el control previo de constitucionalidad, el cual únicamente lo puede accionar el gobernador del estado, quien ejerce su derecho de veto y si así lo desea, al mismo tiempo promueve acción de inconstitucionalidad en su modalidad de control previo, pues solicita la opinión del pleno del Tribunal Superior de Justicia; es decir, la única forma de solicitar el control previo es porque en principio el Ejecutivo hizo efectivo su derecho de veto; aquí el Congreso del estado puede, si lo decide, suspender la continuación del procedimiento legislativo en espera de la opinión vinculante del Tribunal, la cual debe producirse en breve término, pero si el Congreso por mayoría absoluta de votos decide no suspender el procedimiento legislativo, lo hará saber al Poder Ejecutivo y al Tribunal Superior de Justicia del estado, quien declarará sin materia la solicitud de opinión.

José Manuel Chavarín Castillo

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (COSTA RICA)

I. HITO HISTÓRICO. La ley de la Jurisdicción Constitucional, núm. 7135, del 11 de octubre de 1989, fue el primer Código Procesal Constitucional vigente en América Latina.

Esta ley regula todos los institutos que conforman el derecho procesal constitucional costarricense, a saber: el recurso de *habeas corpus*, el recurso de

amparo en su doble modalidad de amparo contra autoridades públicas y de amparo contra particulares, los diversos procesos de control de constitucionalidad (acción de inconstitucionalidad, consulta legislativa de constitucionalidad, consulta judicial de constitucionalidad, veto por razones de inconstitucionalidad) y los conflictos de atribuciones entre los órganos fundamentales del Estado; es decir, la denominada jurisdicción constitucional orgánica. También ha sido pionera en el control de convencionalidad adelantándose 17 años a la sentencia de *Almonacid vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sentó las bases para el control de convencionalidad interno en los países de nuestro continente. En efecto, los arts. 1o. y 2o. de la Ley de la Jurisdicción Constitucional consagran el control de convencionalidad junto al de constitucionalidad sobre la legislación interna.

II. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL CONCENTRADA. El sistema de jurisdicción constitucional costarricense, a diferencia de la mayoría de los países latinoamericanos, es completamente concentrado. El conocimiento y resolución de todos los procesos constitucionales, sin excepción alguna, está atribuida a la Sala Constitucional, la cual forma parte del Poder Judicial y está integrada por siete magistrados, elegidos por dos terceras partes de los votos del total de miembros de la Asamblea Legislativa.

La Sala Constitucional conoce de todos los procesos constitucionales en única instancia, y sus sentencias son de vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma. Es el único Tribunal en nuestro ordenamiento que puede autofijarse su propia competencia.

III. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD. Siguiendo la feliz terminología acuñada por Mauro Cappelletti en su tesis doctoral en Alemania a mediados de los años cincuenta y luego acogida entusiastamente tanto por la doctrina europea, como latinoamericana, en Costa Rica forman parte de ella el recurso de *habeas corpus* contra autoridades públicas, el recurso de amparo contra autoridades públicas, el recurso de amparo contra particulares y las diversas modalidades de control de constitucionalidad cuando en tales procesos se invoque la violación de derechos fundamentales.

1. *El recurso de habeas corpus.* Procede para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos y omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ellas establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas al derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio.

Es decir, el recurso de *habeas corpus* tutela la libertad de personal, la integridad personal y la libertad de tránsito cuando el acto o la amenaza de violación provengan de cualquier autoridad pública, incluidas las judiciales.

Las sentencias estimatorias declaran también la responsabilidad en abstracto del Estado y el interesado debe acudir a la vía contencioso-administrativa a liquidar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia directa del acto lesivo de sus derechos fundamentales tutelados por este proceso constitucional.

2. *El recurso de amparo contra autoridades públicas.* El recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales, salvo los protegidos por el *habeas corpus*.

Procede contra toda disposición, acuerdo o resolución, y en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos.

El amparo procede no solo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

El amparo costarricense tiene la particularidad de que no procede contra resoluciones judiciales ni del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral y el auto que le da trámite suspende la ejecución de los efectos de la conducta impugnada, salvo que la Sala considere que, por evidentes razones de interés público, se deba mantener su ejecución.

El parámetro de constitucionalidad en los procesos de amparo, en sus dos modalidades, está constituido no solo por las libertades y derechos fundamentales consagrados en la Constitución, sino también por los reconocidos por los instrumentos internacionales vigentes en la República. En aplicación del principio de preferencia de normas que sanciona el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando una norma contenida en un tratado o convenio sobre derechos humanos brinda mayor protección al amparado que las disposiciones constitucionales en la misma materia, la Sala Constitucional aplica la primera.

Las sentencias estimatorias, al igual que en el recurso de *habeas corpus*, condenan al órgano recurrido en abstracto al órgano o ente recurrido al pago de los daños y perjuicios sufridos por el amparado como consecuencia directa del acto conculcatorio anulado.

3. *El recurso de amparo contra particulares.* El recurso de amparo contra sujetos de derecho privado procede contra las acciones u omisiones de aquellos cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren de hecho o de derecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales de los recurrentes. No se pueden acoger en sentencia recursos de amparo contra conductas legítimas del sujeto privado.

La sentencia estimatoria también condena en abstracto al sujeto recurrido al pago de los daños y perjuicios irrogados al recurrente como consecuencia directa de la aplicación del acto lesivo.

4. *Las diversas modalidades de control de constitucionalidad cuando su fundamento sea la violación de derechos fundamentales.* También forman parte de la jurisdicción constitucional de la libertad, los procesos de control de constitucionalidad en que la conducta omisiva sea violatoria de un derecho fundamental. En el próximo acápite analizaremos con más detalle cada uno de esos procesos constitucionales.

IV. LAS DIVERSAS MODALIDADES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

Nuestro ordenamiento procesal constitucional consagra cuatro modalidades

de control: 1) la acción de inconstitucionalidad; 2) la consulta legislativa de constitucionalidad; 3) la consulta judicial de constitucionalidad, y 4) el veto por razones de inconstitucionalidad.

1. *La acción de inconstitucionalidad.* Presenta dos modalidades procesales para ejercitarla: la vía incidental y la vía de acción. Por medio de la primera, se puede plantear una acción de inconstitucionalidad dentro de un proceso judicial o en el procedimiento tendente al agotamiento de la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable para amparar el derecho o interés que se considere lesionado.

No es necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a toda la colectividad en su conjunto.

Por vía de acción, están legitimados para plantear la acción el contralor General de la República, el procurador general de la República, el fiscal general de la República y el Defensor de los Habitantes.

Procede la acción de inconstitucionalidad contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, siempre que tales conductas no sean susceptibles de ser impugnadas por medio de los recursos de *habeas corpus* o amparo, cuando en el procedimiento de aprobación de las leyes se viole un trámite sustancial regulado por el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento, cuando una ley o disposición general viole un tratado o convenio internacional vigente, cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional, o en su caso, del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa. En este caso la declaratoria se hace solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución, o, si contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda su denuncia y contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.

Las sentencias estimatorias producen cosa juzgada material y eliminan la norma o acto del ordenamiento. La declaración de inconstitucionalidad tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Sin embargo, la sentencia constitucional de anulación puede graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictar las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social.

2. *La consulta legislativa de constitucionalidad.* Es una modalidad de control de constitucionalidad a priori, semejante al modelo francés.

La consulta legislativa de constitucionalidad puede ser preceptiva o facultativa. Se incluyen dentro de la primera hipótesis los proyectos de reforma constitucional, los de reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los

tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.

Facultativamente, la consulta se puede plantear respecto de los proyectos de ley ordinarios, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa.

En todos los casos la consulta debe ser formulada por al menos 10 diputados, y debe presentarse, en el caso de los proyectos de ley ordinarios y de leyes de aprobación de convenios o tratados internacionales, luego de su aprobación en primer debate y antes de ser votados en el segundo. En el caso de las reformas constitucionales, la consulta se debe formular luego de la aprobación del proyecto en primera legislatura y antes de la definitiva.

El Defensor de los Habitantes está legitimado para plantear la consulta cuando considere que el proyecto en cuestión infringe derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o por instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.

El dictamen que rinda la Sala Constitucional solo es vinculante cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales en el proyecto consultado.

3. *La consulta judicial de constitucionalidad.* Todo juez está legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviera dudas sobre la constitucionalidad de una norma o de un acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.

Los efectos de las sentencias estimatorias son iguales a las que vierta la Sala en las acciones de inconstitucionalidad.

4. *El veto por razones de constitucionalidad.* Cuando el Poder Ejecutivo interpone el veto por razones de constitucionalidad contra un proyecto de ley, el conflicto entre ambos poderes debe ser resuelto por la Sala Constitucional. Si la Sala determina que el proyecto consultado es total o parcialmente inconstitucional, la Asamblea Legislativa deberá desechar la parte del proyecto declarada inconstitucional y continuar con el trámite del resto del articulado. Si, por el contrario, la Sala no encontrara ningún vicio de inconstitucionalidad en el proyecto consultado, entonces el órgano parlamentario tiene carta libre para continuar con la tramitación del veto.

V. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ORGÁNICA. Le corresponde a la Sala resolver los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, o entre cualquiera de ellos y la Contraloría General de la República. Asimismo, debe resolver los conflictos de competencia o atribuciones constitucionales entre cualquiera de los poderes u órganos dichos y las entidades descentralizadas, municipalidades u otras personas de derecho público, o los de cualquiera de éstas, entre sí.

VI. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. Los arts. 1o. y 2o. de la Ley de la Jurisdicción Constitucional habilitan a la Sala Constitucional para ejercer el control de convencionalidad. En efecto, el art. 1o. establece que “La presente ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del derecho internacional o comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación...”. El art. 2o., por su parte, dispone que “Le corresponde

específicamente a la jurisdicción constitucional: a)...b) ejercer el control de constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad”.

De la lectura de ambas normas se desprende que nuestro ordenamiento procesal constitucional consagra un auténtico control de convencionalidad, solo que se utilizan los diversos procesos de control de constitucionalidad para ejercerlo.

VII. CONCLUSIONES. La primera conclusión es que nuestra Ley de la Jurisdicción Constitucional fue el primer código en nuestra materia en el ámbito latinoamericano, pues constituye un cuerpo normativo sistemático que regula los diferentes institutos procesales que integran nuestra materia. En la primera parte contiene normas generales que consagran una auténtica jurisdicción especial, sujeta a principios procesales propios. Verbigracia, la vinculatoriedad *erga omnes* de la jurisdicción constitucional, la competencia de la Sala Constitucional para autodeterminar su propia competencia, la potestad de anular sus propias resoluciones de oficio, etcétera.

En segundo lugar, la jurisdicción procesal constitucional es una de las más amplias que existen en el derecho comparado, prácticamente abarca todos los institutos procesales conocidos en la materia.

En tercer lugar, pareciera necesaria una reforma a corto plazo para eliminar el monopolio de la Sala Constitucional y crear tribunales especializados en materia de *hábeas corpus* y amparo, de manera que la Sala siga ejerciendo el control de constitucionalidad en sus diversas modalidades, la jurisdicción constitucional orgánica y el control de convencionalidad. En la actualidad, la Sala no puede resolver con profundidad jurídica y prontitud la cantidad excesiva de recursos que recibe, lo que ha implicado, en la *praxis*, que haya sacrificado la calidad en aras de la cantidad de recursos resueltos. Además, los tiempos de resolución lógicamente se han ensanchado en detrimento de una justicia pronta y cumplida.

Y es sabido que una jurisdicción constitucional lenta, deja de ser tal, pues la tutela de los derechos fundamentales debe ser inmediata.

Rubén Hernández Valle

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (DURANGO)

Debido a que en el estado de Durango, a lo largo de su historia constitucional, no se creó un sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad, sino hasta 2013, es lógico suponer, y de hecho así ha sucedido, que no hubo un desarrollo del derecho procesal constitucional, ni en el aspecto dogmático ni en el aspecto práctico procesal.

En efecto, al hacer un repaso del contenido de sus Constituciones nos podemos dar cuenta de que en las asambleas constituyentes no se tuvo la concepción de consagrar un sistema en el que se previera qué órgano u órganos judiciales se encargarían de realizar la defensa del principio de supremacía

constitucional ni a través de qué medios, pues la atención se centró en otros temas, por lo que se ha hecho uso de instrumentos como el amparo federal para llevar a cabo la defensa de la ley fundamental local. No obstante, hubo la oportunidad de hacerlo con la propuesta que se hizo en 1999, pero al año siguiente solo se consagraron disposiciones aisladas que no constituyeron un sistema.

El estado de Durango surgió como entidad federativa el 22 de mayo de 1824, y reafirmó su estatus en la Constitución federal de ese mismo año. En calidad de estado de la Federación mexicana expidió su primera Constitución en 1825, en la que se estableció la división de poderes y un Congreso bicameral que tenía la atribución de interpretarla y hacer su defensa mediante el procedimiento de responsabilidades en el que tenía intervención el Consejo de Gobierno. Como consecuencia de que los centralistas tomaron el poder, la Constitución federal dejó de tener vigencia, y por tanto, también las Constituciones locales, sin embargo, una vez que retomaron el mando los federalistas, entró en vigor nuevamente la Constitución de 1825, pero por reformas de gran trascendencia fue que desaparecieron el Senado local, el cargo de vicegobernador y el Consejo de Gobierno, aunado a que se creó el llamado Poder Electoral, se expidió la Constitución Reformada de Durango de 1847, durante su vigencia se utilizó por primera vez el padrón electoral. Luego en 1857, como resultado de la Revolución de Ayutla se expidió otra Constitución, por lo que Durango hizo lo propio y consagró asimismo un catálogo de derechos fundamentales, además se modificaron algunos aspectos en cuanto a la integración de los poderes públicos. En 1863, se expidió la Constitución más liberal, en la que se invocó ya no a “Dios todopoderoso”, sino a la “razón augusta”, y se reguló el procedimiento de responsabilidades. Finalmente, en 1917 se creó la Constitución vigente, respecto a la cual dirigiremos los comentarios que restan.

A la Constitución Política local en vigor se le han hecho múltiples reformas, de las cuales dos han sido integrales, la de 1973 y la de 2013. Como se mencionó con antelación, fue en 2000 cuando se consagraron algunas disposiciones aisladas sobre el control de constitucionalidad, como el art. 96, frac. XI constitucional, que dio competencia al Tribunal Superior de Justicia para resolver los conflictos que surgieran entre los ayuntamientos y los poderes del estado, con excepción de las controversias constitucionales previstas en el art. 105, frac. I, inciso ¿ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En tal virtud, se impulsó la creación de un sistema de control de constitucionalidad, incluso antes que Veracruz; empero, no tuvo eco la propuesta, y solo se consagró en la norma en términos muy generales que el Tribunal Superior de Justicia sería el encargado de hacer la defensa de la Constitución, lo cual era por sí mismo importante, pero no hubo un cúmulo de disposiciones que consagraran un conjunto de medios de control de constitucionalidad, además en relación con la disposición constitucional antes citada no se legisló al respecto.

En 2013, como producto de la reforma integral a que se ha hecho alusión, fue cuando se estableció un sistema que comprende principios, instituciones

y medios de control de constitucionalidad, lo cual constituyó un significativo avance para el constitucionalismo duranguense, es decir, se creó una “Sala de Control Constitucional” compuesta por tres magistrados, así como diversos medios de control de constitucionalidad.

Para su expedición hubo una consulta ciudadana, que duró varios meses, y en el tema que nos ocupa, primero se trabajó en su inclusión en la convocatoria, puesto que inicialmente no lo contenía en forma expresa; después en el modo de consagrarlo en la Constitución Política local.

La propuesta más técnica consistió en que fuera un órgano extrapoder e integrado por profesionales del derecho especializados en la materia, sin embargo, se adujeron razones presupuestales para que fuera una Sala del Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial y que miembros del mismo serían quienes la integraran, lo cual así quedó establecido en el texto constitucional.

En cuanto a los medios de control de constitucionalidad, se consagraron los siguientes: *a)* Las controversias constitucionales, que tienen por objeto “resolver los conflictos de carácter competencial que surjan entre diferentes instancias y niveles de gobierno, con excepción en la materia electoral...”; *b)* Las acciones de inconstitucionalidad, cuyo objeto es “plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general, estatal o municipal”, y la Constitución local, y *c)* Las acciones por omisión legislativa “cuando se considere que el Congreso del Estado o algún Ayuntamiento no ha aprobado alguna norma de carácter general que expresamente esté mandado emitir y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento...” de la Constitución.

Hasta el momento de redactar estos comentarios no se ha expedido el código procesal constitucional, respecto del cual no se hizo alusión expresa en los artículos transitorios de la reforma constitucional aludida, sino que genéricamente se dijo que para expedir la legislación reglamentaria por parte del Congreso estatal se concedía un plazo de hasta tres años, salvo la ley que regularía al Instituto de Evaluación de Políticas Públicas, que se expediría en noventa días, y la que regularía a la Comisión Anticorrupción, que sería de 180 días posteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley Federal correspondiente.

Finalmente, como disciplina autónoma, el derecho procesal constitucional, solo hasta la primera década del siglo XXI se incluyó dentro de los planes de estudio de la carrera de derecho, así como en los estudios de posgrado en las diferentes universidades de la entidad federativa; sin embargo, se han dirigido predominantemente al derecho procesal constitucional federal. No obstante, luego de la reforma constitucional mencionada, es de esperarse que se enfoquen también al estudio del derecho procesal constitucional estatal y que se desarrolle doctrina propia del estado de Durango.

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (ECUADOR)

En el Ecuador el desarrollo del derecho procesal constitucional puede situarse en el siglo XXI, con esta denominación y su depurado contenido. Desde luego, no fueron desconocidos —en la segunda mitad del siglo XX— los mecanis-

mos procesales de carácter específico que eran necesarios para interponer una acción de inconstitucionalidad contra una ley u otras normas jurídicas o bien para exigir el cumplimiento de las llamadas “garantías constitucionales” que englobaban a los derechos fundamentales y a las garantías jurisdiccionales.

En efecto, cuando por vez primera en el Ecuador se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales en la carta magna de 1945 —de poca duración— y se lo reafirma en la Constitución de 1967 (y en las posteriores), podemos decir que echaron raíces los procesos de carácter constitucional que necesitaron de leyes específicas para su adecuada regulación.

A este ordenamiento jurídico que fue surgiendo —a partir de la norma constitucional— con sus procedimientos ante la jurisdicción constitucional y también ante la ordinaria, se la recogió en la denominada justicia constitucional, materia de común aceptación en nuestro medio bajo la influencia de España y Latinoamérica. El autor de este artículo publicó su *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* en 2004, dentro de una serie de obras auspiciadas por la Unión Europea y la Universidad Carlos III de Madrid, bajo el epígrafe de *Fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador*. Además, todos recordaremos que Kelsen concibió a la justicia constitucional como la garantía jurisdiccional de la Constitución.

Sobra decir que en el Ecuador la disciplina jurídica de derecho procesal constitucional no ha logrado afianzarse por la inestabilidad político-constitucional. La actual Constitución de 2008 ha ampliado las acciones de inconstitucionalidad y sobre todo las garantías jurisdiccionales, materias recogidas en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (véase Corte Constitucional del Ecuador).

En esta sección nos referiremos a las garantías jurisdiccionales, instrumentos protectores de los derechos humanos a los cuales la Constitución vigente buscó fortalecer, incluso aumentó a seis su número, cosa que no era indispensable, pues la garantía del amparo puede abarcar a otras. Cuatro de estas garantías se inician y resuelven ante jueces ordinarios, vale decir, ante jueces que no tienen la especialidad necesaria (la procesal constitucional); cuestión que acusa deficiencia. Veámoslas.

Acción de *habeas corpus*: esta tradicional garantía —elevada a rango constitucional en 1929— está concebida con los parámetros amplios que le da el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así, no solamente protege la libertad física de la persona, sino también su integridad y la vida misma de quien está privado de libertad. Si se verifica la existencia de tortura, trato inhumano, cruel o degradante, el juez puede disponer la libertad y adoptar otras medidas (art. 89). Esta acción se la presenta ante un juez ordinario; anteriormente se la hacía ante la primera autoridad municipal (alcaldes).

En posibles casos de desaparición forzada —y bajo ciertos indicios—, el juez debe convocar a una audiencia al representante máximo de la policía nacional y al ministro competente para escuchar y adoptar las medidas que permitan ubicar a la persona y a los responsables de la privación de libertad (art. 90).

Acción de *habeas data*: conoce el juez que sale sorteado —de modo general—. Tiene el contenido que la doctrina le confiere: el derecho de una

persona a conocer la existencia y acceder a los documentos, bancos de datos, archivos, datos genéticos, informes sobre sí o sobre sus bienes, los cuales pueden reposar en instituciones públicas o privadas, en soporte material o electrónico. También la persona puede conocer el uso y otros aspectos, y solicitar la actualización de los datos, o pedir la rectificación o eliminación y puede demandar por los perjuicios causados (art. 92). El Ecuador introdujo el *habeas data* en las reformas constitucionales de 1995, junto con el amparo.

Acción de protección, denominación que la actual Constitución da al amparo, acción que debe conocer un juez ordinario, y como corresponde a su naturaleza, busca evitar la violación de derechos fundamentales no solo por actos u omisiones de autoridad pública, sino también de personas particulares. Este último punto ha sido ampliado en este texto constitucional (art. 88). Otra novedad es que esta acción puede interponerse contra políticas públicas (cuestión que entraña riesgos).

Se debe señalar que la acción de protección (o amparo), tal como está establecida en la norma constitucional, es amplia, no determina límites; sin embargo, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional procede en forma arbitraria a recortar su alcance y la reduce a los casos en que no exista otra vía judicial, razón por la cual se rechazan constantemente las acciones de protección, y los jueces disponen acudir a la vía contencioso administrativa, donde un litigio dura aproximadamente entre tres y cinco años. Obviamente, en estas condiciones no existe el recurso a una acción expedita, sencilla y rápida que exige el art. 25 de la Convención Americana sobre DD.HH.

Acción extraordinaria de protección (amparo). Es una nueva y controvertida acción establecida en dos preceptos constitucionales que no coinciden (arts. 94 y 437), que debe ser interpuesta ante la Corte Constitucional en contra de sentencias o autos definitivos (también de “resoluciones con fuerza de sentencia”, según art. 437) que violen “por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución” (art. 437), lo que le da un contenido amplio que permite el abuso de esta acción, no obstante los requisitos exigidos por las normas constitucionales en particular, el que el actor haya agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que no los haya podido interponer por motivos ajenos a la negligencia.

El art. 437 de la Constitución señala expresamente que esta acción extraordinaria de protección la pueden presentar los ciudadanos en forma individual o colectiva. Esta acción trajo consigo una acumulación de procesos en la Corte Constitucional, de juicios que anteriormente concluían con el recurso de casación ante la Corte Nacional (ex Corte Suprema), lo que significa una duración mayor de los litigios; un cambio del concepto de cosa juzgada, entre otras complicaciones. Vale anotar que los países que tienen el amparo contra sentencias (casos de España, Colombia, Perú) no son casos similares, porque el sistema de amparo que tienen aquellos países es de carácter residual o subsidiario. En cambio, el Ecuador ha tenido una acción de amparo, hoy de protección, demasiado amplia, y que tal vez por eso mismo lo limitó la ley pertinente sentando el mal ejemplo de atropellar a la Constitución.

La acción por incumplimiento (que no es la DE incumplimiento), debe ser interpuesta ante la Corte Constitucional. Tiene dos aspectos: el primero

es ambiguo, al tenor del art. 93 busca “garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico”, expresión enormemente dilatada (piénsese lo que es el sistema jurídico según la teoría del derecho). Aquí, el texto constitucional trae también dos preceptos no coincidentes (al igual que en la acción extraordinaria de protección), el art. 436.5 ya no habla del sistema jurídico, pero confunde más al agregar —junto a la aplicación de normas— a los actos administrativos de carácter general, y para normas y actos administrativos señala “cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía”.

El segundo aspecto es claro, se refiere a solicitar a la Corte el cumplimiento de las sentencias o de los informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos “que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias”. Este aspecto es altamente positivo, pues va a permitir un pronto cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de las recomendaciones que traen los informes de la Comisión Interamericana; al igual que se debe velar por el cumplimiento de otros informes expedidos por los comités creados en el ámbito de Naciones Unidas para la vigencia de los derechos y libertades.

Acción de acceso a la información pública: garantiza dicho acceso en los casos en que no se permita conocer la información o ésta se entregue de manera incompleta o no sea fidedigna. Incluso si fuera negada alegando el carácter secreto, reservado o confidencial; al respecto, la norma constitucional señala que ese carácter reservado de la información debe ser hecho por autoridad competente y de acuerdo con la ley, y siempre con anterioridad al pedido (art. 91). La acción será interpuesta ante los jueces ordinarios.

Como se observa, solamente dos acciones se interponen directamente ante la Corte Constitucional. Sin embargo, los jueces deben remitir a la Corte todas las sentencias que hayan dictado en estas materias para que la Corte, luego de una selección, retome los casos emblemáticos y los revise con fines de emitir jurisprudencia vinculante.

Hernán Salgado Pesantes

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (EL SALVADOR)

El sistema procesal constitucional salvadoreño está previsto de modo expreso en la Constitución y desarrollado por la Ley de Procedimientos Constitucionales (Pr. Cn.), de 1960, aunque desde hace al menos tres quinquenios se insiste en la necesidad de afrontar una importante reforma al mismo.

En el sistema procesal constitucional salvadoreño conviven herramientas propias del sistema difuso, *v. gr.* declaratoria de inaplicabilidad en caso concreto (art. 185), como del sistema concentrado, *v. gr.* la declaratoria de inconstitucionalidad (art. 183): en efecto, a partir de la década de los cincuenta del siglo XX existe en El Salvador la tendencia a la especialización procesal, tanto funcional como orgánica, al grado que el ámbito de competencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SCn/CSJ) comprende la totalidad (aunque no en exclusiva) de los procesos constitucionales previstos en el sistema jurídico salvadoreño: a) control previo en caso de controversias

entre los órganos legislativo y judicial en el proceso de formación de la ley; b) proceso de inconstitucionalidad; c) proceso de amparo, y d) proceso de *hábeas corpus* o de exhibición de la persona (en este último caso, la SCn/CSJ tiene competencia concurrente con las cámaras de segunda instancia que no residan en la capital).

En El Salvador, sobre la base del art. 185, todo juez tiene la *potestad de inaplicabilidad de una disposición* que, siendo relevante y determinante para el pronunciamiento de una decisión judicial, se estime contraria a la normativa constitucional. Dicha potestad está regulada en los (arts. 77-A a 77-F de la Pr. Cn), determinando los siguientes elementos: a) órgano de control, que son todos los tribunales, esto es, entes investidos de potestad jurisdiccional; b) *objeto de control*: que a pesar de la aparente limitación constitucional a disposiciones de carácter general, es factible que se trate de un acto concreto; c) *origen del control*: que puede ser a instancia de parte o de oficio; d) *ocasión de control*: que puede ser con motivo de una decisión de trámite en el proceso, o como parte de la sentencia que termine el proceso; e) *forma de control*: en el sentido que existe expresa exigencia de motivación, y f) *efectos del control*: que pueden bifurcarse en subjetivos, que son interpartes, y objetivos, en tanto la declaratoria de inaplicabilidad puede dar origen a un proceso de inconstitucionalidad.

A) Si bien no está regulada en la Pr. Cn., desde 1939 existe un control *a priori* de constitucionalidad, aunque más bien es un mecanismo de solución de *controversia entre los órganos legislativo y ejecutivo en el proceso de formación de la ley*, el cual se genera si el presidente de la República veta por inconstitucional un decreto aprobado por la Asamblea Legislativa y esta supera el veto por mayoría legislativa calificada de dos tercios de votos de los diputados (sobre este procedimiento, véanse arts. 135 a 138). En tal hipótesis, el presidente acude a la SCn/CSJ, para que esta, luego de conceder audiencia común a los órganos en conflicto, resuelva (en el plazo de 15 días) si el decreto legislativo vetado es inconstitucional: si se decide que existe la inconstitucionalidad, se frustra el proceso de formación de ley, y si la decisión es que no existe la inconstitucionalidad alegada por el presidente de la República, este queda obligado a sancionar el decreto y publicarlo como ley.

B) El proceso de inconstitucionalidad (art. 183) es un mecanismo de control de constitucionalidad de conocimiento y decisión exclusiva de la SCn/CSJ, caracterizado —en principio— por su naturaleza abstracta, con la finalidad específica de depuración del ordenamiento, en el sentido de excluir del ordenamiento aquellas disposiciones y normas que contraríen la Constitución, y que puede iniciarse por tres vías: a) legitimación ciudadana, en tanto puede ser ejercida por “cualquier ciudadano”; b) legitimación institucional, conferida a las instituciones que integran el Ministerio Público (Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos), y c) requerimiento judicial (aunque es discutible si efectivamente se trata de un supuesto de legitimación), que consiste en la remisión a la SCn/CSJ, por cualquier juez, de certificación de una decisión judicial contentiva de una declaratoria de inaplicabilidad en un caso concreto.

El trámite del proceso de inconstitucionalidad (arts. 6 a 11 Pr. Cn.) comprende, en esencia, las siguientes fases: a) presentación de demanda o remisión de certificación de declaratoria de inaplicabilidad; b) incidente de admisión de demanda, en el cual la SCn/CSJ puede formular prevención al demandante para que aclare aquélla; c) admisión de demanda; d) informe de autoridad emisora de la disposición impugnada; e) opinión del fiscal general de la República; f) muy escasamente, la práctica de medios probatorios; g) sentencia, y h) publicación de la sentencia (aunque el proceso puede concluir, de modo anormal, mediante decisión inhibitoria que se denomina sobreseimiento).

C) La vía de control constitucional de naturaleza concreta que tiene mayor presencia es el *proceso de amparo*, el cual es de conocimiento y decisión exclusiva de la SCn/CSJ, y cuyo ámbito de protección se extiende a todos los derechos que otorga la Constitución (con excepción del derecho de libertad personal, que es tutelado por el *hábeas corpus*); noción que comprende, más bien, cualquier categoría jurídica subjetiva consagrada en la Constitución, sin importar su ubicación en el texto constitucional, e inclusive comprende intereses pluririndividuales (intereses colectivos y difusos).

Las fases procesales del amparo (arts. 12 a 37 Pr. Cn.) son, básicamente: a) iniciación por demanda, planteada por quien se atribuya la calidad de agraviado por el acto impugnado, que puede ser cualquier acto u omisión de autoridad estatal, inclusive leyes o disposiciones de carácter general, y además, de modo pretoriano y excepcionalmente existe la posibilidad de impugnar actos de particulares); b) incidente de admisión de la demanda, en el cual la SCn/CSJ puede formular prevenciones al demandante por deficiencias u oscuridad de la demanda; c) admisión de demanda; d) incidente sobre medida cautelar; e) informe justificativo de la autoridad demandada; f) primera fase de alegaciones escritas; g) fase probatoria, de ser necesario, por ocho días; h) segunda fase de alegaciones escritas, y j) sentencia (aunque puede concluir de modo anormal, por sobreseimiento).

D) Como instrumento procesal constitucional específico para la protección de la libertad personal existe el *proceso de exhibición de la persona o hábeas corpus*, destinado a la protección de la libertad personal (básicamente, la libertad ambulatoria) y la dignidad de las personas detenidas; aunque, tanto legalmente como en la *praxis* muestra perfiles imprecisos, que hacen que este proceso opere, en mucho, como un recurso extraordinario en materia penal, al grado que se han generado una multiplicidad de variantes, *inter alia*: clásico o principal, restringido, preventivo, correctivo, de legalidad, de pronto despacho, contra particulares, y de búsqueda.

Las fases de este proceso son, en esencia: a) iniciación por petición escrita; b) emisión de auto de exhibición de la persona, cuyo cumplimiento se comete a un juez ejecutor (que es un particular); (c) ejecución de auto de exhibición de la persona por el juez ejecutor; (d) informe de juez ejecutor, que no es vinculante para la SCn/CSJ, e) requerimiento de expediente penal; y f) decisión.

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (ESTADO DE MÉXICO)

Las entidades federativas han tenido un desarrollo notable en materia de protección y defensa de sus ordenamientos supremos. En el Estado de México, fue a partir de 2004 cuando se incorporó al texto constitucional el art. 88 bis, que comprende el funcionamiento de la Sala Constitucional como órgano encargado del control de la constitucionalidad.

El Estado de México ha adoptado la tendencia actual de la justicia constitucional local, hecho que le permite garantizar la protección y defensa de los derechos fundamentales al mismo tiempo que de su Constitución. En 2004 se creó una Sala Constitucional Mediante decreto publicado el 12 de julio de 2004 en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de México*, que forma parte del Poder Judicial estatal (Tribunal Superior de Justicia), motivo que implicó llevar a cabo reformas a los arts. 88 y 94 de la Constitución local, y la adición del art. 88 bis. “Artículo 94. El Pleno estará integrado por todos los magistrados; la Sala Constitucional, por cinco magistrados; las Salas Colegiadas, por tres magistrados cada una; y las Unitarias, por un magistrado en cada Sala”.

De esta forma, el art. 88 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México dispone:

“El ejercicio del Poder Judicial del Estado se deposita en:

- a) Un órgano colegiado denominado Tribunal Superior de Justicia, el cual funcionará en Pleno, *Sala Constitucional*, Salas Colegiadas y Unitarias Regionales;
- b) En tribunales y juzgados de primera instancia y juzgados de cuantía menor; organizados de acuerdo a su competencia establecida en las leyes secundarias. Los órganos jurisdiccionales aplicarán las leyes federales, tratándose de jurisdicción concurrente”.

Con base en esta disposición, la Sala Constitucional se encarga de velar por el respeto de la constitucionalidad en el Estado de México. Llama la atención que esta Sala se integre por cinco magistrados del Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, mismos que son designados por el Consejo de la Judicatura del Estado de México. Esta Sala elige anualmente en forma alterna entre sus miembros un presidente.

Como dato ilustrativo, la Sala Constitucional se integra cada vez que se requiere; inicia sus funciones a más tardar tres días después a la fecha de presentación del escrito de demanda y está en funciones hasta agotar el trámite de los asuntos de su competencia.

Sobre esto último, el art. 88 bis señala que la Sala Constitucional es competente para:

- I. Garantizar la supremacía y control de esta Constitución;
- II. Substanciar y resolver los procedimientos en materia de controversias que se deriven de esta Constitución, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, surgidos entre:
 - a) El Estado y uno o más Municipios;
 - b) Un Municipio y otro;
 - c) Uno o más Municipios y el Poder Ejecutivo o Legislativo del Estado;

d) El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo del Estado.

III. Conocer y resolver las acciones de inconstitucionalidad planteadas en contra de leyes, reglamentos estatales o municipales, bandos municipales o decretos de carácter general por considerarse contrarios a esta Constitución, y que sean promovidos dentro de los 45 días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma en el medio oficial correspondiente, por:

- a) El Gobernador del Estado;
- b) Cuando menos el treinta y tres por ciento de los miembros de la Legislatura;
- c) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de un Ayuntamiento del Estado;
- d) La o el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, en materia de derechos humanos.

IV. La Sala Constitucional conocerá de los recursos ordinarios en contra de resoluciones judiciales definitivas en donde se inapliquen normas en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad o de la convencionalidad, en los términos que señale la ley”.

Es oportuno señalar que cuando las resoluciones dictadas en los procesos descritos líneas arriba son aprobados por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional, y declaran la invalidez de disposiciones generales del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o de los municipios, tienen efectos generales; en los demás casos tienen efectos particulares.

Aun en contra de las resoluciones de la Sala Constitucional, la misma Constitución local faculta a los sujetos legitimados para interponer el recurso de revisión, que será resuelto por la propia Sala, y para su aprobación se requerirá de unanimidad de votos.

Como es sabido, la justicia constitucional local y los medios de control que la componen, únicamente tienen como finalidad establecer el control de la constitucionalidad en el territorio de la entidad federativa de que se trate; por ello, para el caso de que la controversia o acción de inconstitucionalidad verse sobre la constitucionalidad de actos, o presunta violación o contradicción de preceptos constitucionales federales, se estará a lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Desde la creación de la Sala Constitucional del Estado de México hasta la fecha esta ha sufrido una importante reforma, en donde se contempla la aplicación y resolución de las controversias derivadas de la inaplicación de disposiciones legales, por considerarse contrarias a la Constitución. De modo que la Sala Constitucional conocerá de aquellos recursos ordinarios que por el ejercicio del control difuso de constitucionalidad se interpongan.

La justicia constitucional mexiquense ha quedado limitada, además de ser insuficiente para garantizar la supremacía y control de su Constitución, en muy variados aspectos. Recordemos que la justicia constitucional tiene dos vertientes: una, el respeto y cumplimiento de la Constitución, y otra, la protección y defensa de los derechos fundamentales. Por lo que respecta al primero, solo se establecieron la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, que resultan insuficientes, ya que las sentencias —las primeras— que declaren la invalidez solo tendrán efectos generales tratán-

dose de disposiciones generales de los poderes Ejecutivo, Legislativo, o de los municipios cuando sean emitidas por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional, y en cualquier otro caso, las resoluciones tendrán efectos única y exclusivamente para las partes en la controversia. Y en las acciones de inconstitucionalidad las resoluciones de la Sala Constitucional solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas cuando sean aprobadas por cuando menos cuatro votos de los integrantes de la Sala. Si no se aprobarán por la mayoría indicada, la Sala Constitucional desestimará la acción ejercitada y ordenará el archivo del asunto. De este modo, se permite que se continúe aplicando una ley inconstitucional para el resto de la población hasta en tanto no se promueva otro procedimiento.

A eso se suma el funcionamiento temporal de la Sala Constitucional. Es inconcebible que un órgano de esta naturaleza solo se integre al momento de presentarse un procedimiento, cuando se supone que es el órgano máximo de interpretación y defensa de la Constitución; además, los magistrados carecen de una adecuada formación académica y profesional para desarrollar esta importante función, pues son los mismos magistrados que como actividad cotidiana resuelven asuntos de naturaleza penal, civil, etc.; es decir, son expertos en justicia ordinaria, no así en justicia constitucional.

Además, la legislatura local omitió (voluntaria o involuntariamente) dotar de acciones a los individuos para acudir a la Sala Constitucional, a reclamar protección y defensa a sus derechos fundamentales, ya que constitucionalmente solo facultó a las mismas autoridades para promover estos medios de control de la constitucionalidad, dejando en estado de indefensión a los ciudadanos.

Después de esta somera referencia a la forma en que opera el derecho procesal constitucional en el Estado de México, podemos adentrarnos en el estudio de los pormenores científicos de la cuestión que nos ocupa.

Para poder conceptuar al derecho procesal constitucional, sin contradecir las opiniones de algunos autores, entre ellos, Domingo García Belaúnde, quien en su obra *Derecho procesal constitucional* contempla la imposibilidad de crear un concepto que adopte todas y cada una de las modalidades que sobre regulación en materia de defensa a la Constitución de cualquier país pueda entrar en su ámbito., podemos afirmar que este derecho abarca aspectos sociales, culturales y sociales que van más allá de las simples reglas u ordenamientos jurídicos que al respecto se puedan expedir en materia de protección y defensa de una Constitución. Al respecto, es importante resaltar que la defensa de la Constitución debe ocupar un espacio de primera importancia en el quehacer del Estado.

El derecho procesal constitucional local se integra por todos aquellos medios e instrumentos de carácter jurídico procesal que hacen posible mantener la supremacía de la Constitución y la salvaguarda de los derechos humanos en una entidad federativa determinada. En el Estado de México tenemos a la acción constitucional y a la controversia constitucional, como instrumentos para garantizar el respeto y la supremacía de los principios consagrados en el ordenamiento que articula el sistema jurídico estatal.

Enrique Uribe Arzate

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (GUERRERO)

El derecho procesal constitucional guerrerense es prácticamente inexistente. No existen ni los tradicionales medios procesales reconocidos para el control constitucional ni el órgano encargado de dicho control.

Los mecanismos de naturaleza procesal que podrían encajar en la idea de un derecho procesal constitucional guerrerense son el recurso extraordinario de exhibición de personas y la resolución de conflictos municipales. El primero a cargo de jueces de primera instancia, y el segundo a cargo del Tribunal Superior de Justicia.

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

Es evidente que esta última institución innovó el sistema jurídico mexicano, y se constituyó como una alternativa frente al conocido como amparo hábeas corpus, que dispone un trámite especial para los supuestos de peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de proceso judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos que aparecen prohibidos en el art. 22 de la Constitución federal. Es preciso recalcar la procedencia de la institución del amparo, puesto que la existencia del recurso extraordinario de exhibición de persona no impide ni limita la solicitud de amparo ante las instancias judiciales federales. Esto sirve para señalar que, además de este instrumento, la Constitución guerrerense carece de un apartado específico o de un catálogo de derechos humanos, y también carece de garantías.

Finalmente, entre los puntos que deben abordarse al hablar del derecho procesal constitucional en Guerrero debe mencionarse la reforma constitu-

cional de julio de 2004, que vino a modificar las atribuciones del Tribunal Superior de Justicia, confiriéndole una específica para conocer de ciertas controversias “constitucionales”.

Entre los diversos considerandos de la mencionada reforma se señala que la iniciativa de decreto enviada por el Ejecutivo local había omitido algunos aspectos indispensables para adecuar la Constitución local al contenido del art. 115 de la Constitución federal. En lo que nos interesa se mencionaba: “La iniciativa de decreto no contiene propuesta alguna sobre el órgano competente para resolver las controversias que surjan entre el Gobierno del Estado y los Ayuntamientos o entre un ayuntamiento con otro, en términos de lo dispuesto por el inciso e) de la fracción II del artículo 115 de la Constitución federal, razón por la que, se considera de la mayor importancia, establecer en el texto de la Constitución del Estado qué órgano es el competente para resolver este tipo de controversias. En tal sentido, se propone reformar la fracción V del artículo 89, con el fin de otorgar facultades al Tribunal Superior de Justicia del Estado, para resolver las controversias que se presenten en esa materia. Lo anterior, en razón de que debe corresponder al órgano jurisdiccional de mayor rango en el ámbito estatal, el dar solución a los litigios entre esos dos ámbitos de gobierno”.

A pesar de que no estamos en presencia de un estricto control constitucional, sobre todo atendiendo el contenido del art. 115 de la Constitución federal, lo cierto es que encontramos el posicionamiento del Tribunal Superior de Justicia como un órgano encargado de resolver jurisdiccionalmente conflictos derivados de la interpretación de un mandato constitucional entre órganos constitucionales. La modificación constitucional que tratamos modificó el art. 89 de la Constitución local, para que en su frac. V señalara que correspondía al Tribunal Superior de Justicia del Estado resolver los conflictos que se presentan entre los municipios y el gobierno del estado, o entre aquellos, con motivo de los actos derivados de los incisos c y d de la frac. II del art. 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No debe dejar de mencionarse que desde 2004 se han presentado diversas iniciativas para reformar de manera integral la Constitución guerrerense, sin que hasta la fecha se haya logrado dicha reforma. Las distintas iniciativas han presentado modelos de control constitucional a cargo de una corte o tribunal constitucional, que conocería de acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, cuestiones previas de constitucionalidad, omisiones legislativas, juicio de protección de derechos humanos, acciones de cumplimiento, habeas data, entre otras.

David Cienfuegos Salgado

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (MÉXICO)

El derecho procesal constitucional mexicano tiene por objeto el análisis científico de las garantías constitucionales establecidas en la carta fundamental vigente de 1917, con sus numerosas reformas posteriores. Consideramos que pueden señalarse como las más importantes las siguientes garantías constitucionales:

A) *El juicio de amparo*. Debemos considerarlo como una federación de instrumentos procesales, cada uno de los cuales posee una función tutelar específica, que a su vez determina una serie de aspectos peculiares que no pueden comprenderse sino por conducto de su análisis autónomo. En el amparo mexicano podemos descubrir cinco funciones diversas, ya que puede utilizarse para la tutela de la libertad personal; para combatir las leyes inconstitucionales; como medio de impugnación de las sentencias judiciales; para reclamar los actos y resoluciones de la administración activa, y finalmente para proteger los derechos sociales de los campesinos (arts. 103 y 107 de la Constitución federal).

B) *Las controversias constitucionales*. Las posibilidades de controversia previstas por la Constitución, cuyo conocimiento y resolución corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con el jurista mexicano y actualmente ministro de la Suprema Corte, José Ramón Cossío Díaz, pueden agruparse en tres hipótesis: I) conflictos entre distintos órdenes jurídicos con motivo de la legalidad o constitucionalidad de una norma general o de un acto (por ejemplo, la Federación frente a un estado o frente al Distrito Federal); II) conflictos entre órganos de distintos órdenes jurídicos por la legalidad o constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, Poder Ejecutivo frente al Congreso de la Unión), y III) conflictos entre órganos de un mismo orden jurídico, por la constitucionalidad de normas generales o de actos (por ejemplo, entre dos poderes de un estado, o entre un estado y un municipio del mismo estado). Finalmente, por reforma constitucional de febrero de 2014 también se prevén los conflictos entre dos órganos constitucionales autónomos, o entre uno de ellos y un órgano de un orden jurídico (Poder Ejecutivo y Congreso de la Unión), sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales (art. 105, frac. I, incisos a) al l) de la Constitución federal).

C) *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. Esta garantía constitucional, cuyo conocimiento corresponde a la Suprema Corte de Justicia, debe considerarse como una acción de carácter “abstracto”, es decir, tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental, por lo que no se requiere de la existencia de un agravio ni de un interés jurídico específico. Tiene por objeto el planteamiento de una posible contradicción entre una norma general y la Constitución. Se encuentran legitimados para interponerla: las minorías parlamentarias federal y locales, el Ejecutivo Federal, los partidos políticos, las Comisiones de Derechos Humanos, nacional, estatales y del Distrito Federal, los organismos garantes del derecho del acceso a la información pública y protección de los datos personales, así como el actual Fiscal General de la República (art. 105, frac. II, incisos a) al h) de la Constitución federal).

D) *El control de la constitucionalidad de las consultas populares*. Por adición de agosto de 2012 se incorporó al art. 35 de la Constitución la *consulta popular*, la cual versa sobre temas de trascendencia nacional, y tiene la limitante sobre la restricción de los derechos humanos, principios relativos a la forma de gobierno, materia electoral, ingresos y gastos del Estado, seguridad nacional y organización, funcionamiento y disciplina de la fuerza armada permanente. El control de la constitucionalidad de la materia de la consulta corresponde a

la Suprema Corte de Justicia de la Nación, previo a la convocatoria del Congreso de la Unión.

E) *Revisión de decretos sobre restricción o suspensión de derechos y garantías.* De conformidad con el art. 29, párrafo quinto de la Constitución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se debe pronunciar de oficio con la mayor prontitud, sobre la constitucionalidad y validez de los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión de derechos y garantías.

F) *El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.* Este instrumento introducido en las reformas constitucionales y legales de 1996 debe considerarse como un mecanismo paralelo del juicio de amparo, en su función principal de protección de los derechos humanos, cuyo conocimiento y resolución corresponde a las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En este juicio, los ciudadanos plantean violaciones a sus derechos de votar y ser votados en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos, de afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos; adicionalmente, a través de este juicio se puede impugnar la integración de las autoridades electorales de las entidades federativas por quien cuente con interés jurídico (arts. 99, frac. V de la Constitución federal, 189, frac. I, inciso e), 195, frac. IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como 79 y 83 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

G) *El juicio de revisión constitucional electoral.* Este instrumento fue introducido por el art. 99 constitucional y por la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral con objeto de establecer la posibilidad de combatir la inconstitucionalidad de los actos y resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas. Su conocimiento corresponde a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en única instancia, tratándose de actos o resoluciones relativos a las elecciones de gobernadores y de jefe de Gobierno del Distrito Federal, y a las salas regionales por actos o resoluciones definitivos y firmes con motivo de las elecciones de diputados locales y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como de ayuntamientos y de los titulares de los órganos político-administrativos en las demarcaciones territoriales del Distrito Federal (arts. 99, frac. IV, de la Constitución federal; 189, frac. I, inciso d), 195, frac. III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y 87 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral).

H) *El juicio político.* Esta figura se inspira en cierta medida en el *impeachment* de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, de acuerdo con el cual corresponde al Senado Federal el enjuiciamiento de los altos funcionarios de los tres órganos de gobierno, por infracciones de tipo político, especialmente a la Constitución federal. En México, el art. 110 de la Constitución establece que pueden ser sujetos de juicio político, entre otros, los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de despacho, el Fiscal General de la República, los magistrados de circuito y jueces de distrito, el consejero presidente, los consejeros electorales, y el secretario ejecutivo del Instituto Nacional Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, y los in-

tegrantes de los órganos constitucionales autónomos; así también establece el régimen de los altos funcionarios de los estados y del Distrito Federal.

I) *Los organismos autónomos protectores de los derechos humanos inspirados en el modelo escandinavo del ombudsman.* A través de la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como de las comisiones equivalentes en las entidades federativas, el Estado mexicano se estableció un sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos (art. 102-B de la Constitución). Compete a la Comisión Nacional, según el art. 6o. de la ley que la regula, las siguientes atribuciones: a) quejas, investigación y supervisión sobre violación a los derechos humanos; b) formular recomendaciones públicas no vinculatorias, así como denuncias y quejas ante las autoridades respectivas; c) actuar en última instancia respecto de las comisiones estatales; d) la promoción y difusión respecto de los derechos humanos; e) llevar a cabo la facultad de investigación por violaciones graves. Existen dos limitaciones competenciales para la Comisión, a saber, en materia jurisdiccional y electoral.

J) *La responsabilidad patrimonial del Estado.* Esta garantía fue introducida mediante la reforma constitucional de junio de 2002 al art. 113, párrafo segundo, en la que se establece que el Estado será responsable por los daños que cause en los bienes o derechos de los gobernados con motivo de su actividad administrativa irregular. La responsabilidad será objetiva y directa, teniendo derecho los particulares a una indemnización.

K) *Garantías constitucionales de las entidades federativas.* Hasta hace muy pocos años el derecho procesal constitucional solo se había desarrollado en el ámbito federal; no obstante, una de las consecuencias del pluralismo que se inició con la reforma federal constitucional de 1988 y que se incrementó de manera paulatina con los cambios de 1995 y 1996, se tradujo en una modificación, así sea atenuada, del agobiante centralismo político y jurídico de nuestro régimen federal, lo que se ha traducido en una creciente autonomía de las facultades de las autoridades frente a la Federación. En 2000 se reformó sustancialmente la carta fundamental del estado de Veracruz, y se introdujeron los primeros instrumentos para tutelar las normas constitucionales de carácter local, tales como el juicio de protección de los derechos fundamentales (derecho de amparo local), el recurso de regularidad constitucional de los actos del ministerio público, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, la acción por omisión legislativa y las cuestiones de constitucionalidad. También podemos citar, entre otros, los casos de Querétaro, Coahuila, Guanajuato, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Nuevo León, Estado de México, Nayarit y Yucatán.

Héctor Fix-Zamudio

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (MICHOCÁN)

En el estado de Michoacán, desde su primera Constitución de 1825, como en las subsecuentes (1858 y 1918), se han establecido medios para tratar de garantizar el apego a lo establecido en el texto de dichas normas constitucionales locales; es decir, que desde sus inicios ha existido un control de la consti-

tucionalidad, que se ha traducido en un cierto derecho procesal constitucional local michoacano, que ha establecido diversos procedimientos encaminados al logro de tal fin.

En una primera etapa, el control de la constitucionalidad local se asignaría por las Constituciones michoacanas (1825, 1858 y 1918) básicamente a los poderes Legislativo y Ejecutivo locales, y posteriormente, en épocas más recientes se incluiría también en este control a otros órganos tanto de carácter jurisdiccional como a órganos constitucionales autónomos locales. Así, por ejemplo, en la primera Constitución Política del Estado de Michoacán, del 19 de julio de 1825, se establecería que el estado de Michoacán estaría obligado a respetar como sagrados e inviolables los derechos de los hombres de cualquier país del mundo que pisaran su terreno aunque solo fuera de tránsito (art. 13), estableciéndose como atribución del Congreso proteger los derechos de los michoacanos y la libertad política de imprenta (art. 42, punto vigésimo cuarto), así como la atribución de la Diputación Permanente de velar sobre la observancia de la Constitución federal, de la del estado y sus leyes, dando cuenta al Congreso de las infracciones que note (art. 43, punto primero); igualmente, se estableció la atribución del gobernador de velar sobre el puntual cumplimiento de la Constitución local expidiendo las órdenes correspondientes para su ejecución (art. 73, sexta —*sic*—); asimismo, se establecería en el art. 212, que todos los habitantes del estado sin excepción alguna estarían obligados a guardar religiosamente la Constitución, y también que todo ciudadano tendría la facultad de representar ante el Congreso o el gobernador reclamando su observancia (art. 213); finalmente, se señalaba que el Congreso, en sus primeras sesiones, tomaría en consideración las infracciones de la Constitución que se le hubieran hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y que se hiciera efectiva la responsabilidad de los infractores (art. 215). De esta manera, se prescribía también que solo el Congreso podía resolver las dudas que ocurrieran sobre la inteligencia de los artículos de dicha Constitución local (art. 216).

Cabe señalar que los anteriores lineamientos prácticamente se mantenían iguales, salvo algunos muy pequeños cambios, en las Constituciones Políticas del Estado de Michoacán posteriores, como son la Constitución del 1.º de febrero de 1858 (arts. 1.º, 2.º, 3.º, 30, 34, 53, 134, 135 y 136) y la original de 5 de febrero de 1918 (arts. 1.º, 36, 40, 58, 171, 172 y 173), misma que es la actualmente vigente, y que con el correr del tiempo iría modificando tales prescripciones.

Actualmente, en la Constitución vigente (2013), aunque todavía no se cuenta con un tribunal constitucional local o una sala constitucional propiamente dichos, con una visión amplia, podemos decir que la defensa de la Constitución del estado de Michoacán es realizada a través de diversos procedimientos y de distintos órganos estatales establecidos en la misma, como son: el Congreso del Estado de Michoacán, que puede fijar la jurisdicción política, administrativa y judicial del estado (art. 44, frac. VII), que puede establecer procedimientos para resolver ciertos conflictos entre municipios y gobierno del Estado (art. 44, frac. X-B), que tiene facultades para suspender ayuntamientos o consejos municipales, declarar su desaparición y suspender o

revocar el mandato a alguno de sus miembros en un procedimiento contencioso (art. 44, frac. XIX) y para conocer del juicio político contra servidores públicos estatales (art. 44, frac. XXVI, y art. 108); el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán con competencia para resolver en términos de la Constitución local y la ley las impugnaciones en materia electoral (art. 98-A); el Tribunal de Justicia Administrativa con competencia para resolver controversias entre el poder Ejecutivo, ayuntamientos, órganos Autónomos, entidades u órganos descentralizados o desconcentrados estatales o municipales y los particulares (art. 95); la Comisión Estatal de los Derechos Humanos, con competencia para conocer de violaciones a derechos humanos por parte de autoridades locales (art. 96); el Instituto para la Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Michoacán (art. 97), e incluso el propio gobernador del estado, a quien se le atribuye la obligación de cuidar que se obedezcan las prescripciones relativas al trabajo y a la previsión social, y de quien dependen los órganos jurisdiccionales locales en la materia laboral (art. 148). Como puede apreciarse, en el estado de Michoacán la defensa de la Constitución fundamentalmente recae a través de los órganos que la propia Constitución michoacana denomina “organismos autónomos” (título tercero A, capítulo I).

Por otra parte, cabe mencionar que al momento ya existe una iniciativa de reforma a la Constitución Política del Estado de Michoacán, que se ha presentado por parte de un grupo de diputados de la Septuagésima Segunda Legislatura Constitucional del Congreso del Estado de Michoacán en mayo de 2013, con el fin de crear una Sala Constitucional Electoral, con la estructura de una sala colegiada, dentro del Supremo Tribunal de Justicia del Poder Judicial del Estado. Dicha sala tendría, según la propuesta, la competencia propia del actual Tribunal Electoral, y adicionalmente la competencia constitucional local, consistente en conocer: a) de las controversias institucionales que se susciten entre: 1. El Poder Legislativo y Ejecutivo; 2. El Poder Legislativo o Ejecutivo con uno o más municipios del estado; 3. Dos o más municipios del estado; 4. Del Poder Legislativo o Ejecutivo con uno o más organismos autónomos del estado, y 5. Uno o más municipios con uno o más organismos autónomos del estado, siempre y cuando no sea competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conforme al art. 105, frac. I de la Constitución federal; b) de las acciones de inconstitucionalidad que planteen una contradicción entre las normas y disposiciones secundarias y la Constitución local; c) de las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por organismos autónomos o paraestatales (el Poder Judicial del estado no podrá ser parte actora ni demandada en estas controversias), y d) de las omisiones legislativas del Congreso del estado y reglamentarias del Poder Ejecutivo. En general vale la pena notar que con esta propuesta planteada, de aprobarse, desaparecería el actual Tribunal Electoral como órgano constitucional autónomo, y, por otra parte, que no se prevé en ella el establecimiento de un procedimiento para la protección y defensa de los derechos fundamentales de carácter local.

Cuauhtémoc Manuel de Dienheim Barriguet

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (NAYARIT)

El derecho procesal constitucional en Nayarit puede ser entendido desde dos ópticas generales. La primera concepción se orienta al conjunto de normas de carácter constitucional y procesal que regulan los instrumentos de protección de la Constitución de Nayarit para preservar su carácter supremo; la integración, funciones y garantías del órgano jurisdiccional de control constitucional (Sala Constitucional-Electoral del Poder Judicial de Nayarit -SC-E-) y los procesos constitucionales para su protección. Las normas del derecho procesal constitucional se integran por la Constitución y la Ley de Control Constitucional.

La segunda vertiente del concepto de derecho procesal constitucional tiene una óptica científica; es decir, una disciplina del conocimiento jurídico que tiene por objeto el estudio de los principios y las normas de carácter constitucional o legal sobre la jurisdicción, instrumentos, magistratura, procesos y garantías para preservar la supremacía de la Constitución.

En Nayarit, el derecho procesal constitucional es de reciente creación; ello, derivado de la reforma a su Constitución, de diciembre de 2009, en la que se configura un diseño de protección a la norma constitucional local. Con esta reforma Nayarit se suma a las entidades federativas que después del año 2000 han seguido el modelo de justicia constitucional aportado por el estado de Veracruz, y posteriormente Tlaxcala, Coahuila, Chiapas, Estado de México, y recientemente Yucatán. En México, después de este movimiento reformista de las Constituciones estatales se ha venido acuñando un apartado disciplinar del derecho procesal constitucional impulsado fuertemente por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, denominado “justicia constitucional local” o “derecho procesal constitucional local”, que compila una serie de estudios sobre el avance en los estados de las normas, procesos y jurisdicciones que buscan garantizar el carácter supremo de las Constituciones estatales.

Como sostiene Fix-Zamudio, no existe un criterio predominante sobre el contenido del derecho procesal constitucional, por tratarse de una disciplina de frontera entre el derecho procesal en general y el derecho constitucional; de ahí la dificultad para determinar sus límites. Sin embargo, la doctrina latinoamericana (Domingo García Belaunde, Osvaldo Alfredo Gozaíni, Eduardo Ferrer Mac-Gregor) es coincidente en identificar el estudio de esta disciplina desde tres dimensiones: jurisdicción, procesos constitucionales y órganos constitucionales. En Nayarit, el contenido del derecho procesal constitucional se puede ubicar en tres aspectos fundamentales: la jurisdicción, la magistratura y los procesos constitucionales.

La jurisdicción constitucional en Nayarit representa la función pública que ofrece a gobernados y entes públicos legitimados la vía legal para dirimir sus controversias cuando se afecten derechos que impliquen violación a la Constitución, y que se resuelven por conducto de la SC-E en plenitud de jurisdicción. Por su parte, la magistratura constitucional se deposita en el órgano jurisdiccional encargado de preservar la supremacía de la norma estatal; esto es, en la SC-E, integrada al Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del Poder Judicial de Nayarit, cuya integración es de cinco magistrados los cuales son

nombrados por el Poder Legislativo a propuesta del gobernador como magistrados, del TSJ, y es este órgano quien decide la integración de la SC-E. La magistratura constitucional en Nayarit es presidida por el presidente del TSJ. Tiene una competencia mixta entre las funciones de control constitucional y la jurisdicción electoral.

Los procesos constitucionales que forman el derecho procesal constitucional nayarita corresponden al conjunto de instrumentos de carácter jurisdiccional que tiene por objeto asegurar el carácter supremo de la norma constitucional estatal. Para el caso de Nayarit, estos procesos son: el juicio para la protección de los derechos fundamentales que preserva el catálogo de derechos humanos propios de los nayaritas (ver art. 7, Constitución de Nayarit); la controversia constitucional como instrumento orgánico para dirimir los conflictos entre diversos entes del poder público estatal o municipal; la acción de inconstitucionalidad, que impide la vigencia de normas de carácter estatal o municipal contrarias a la Constitución; acción de inconstitucionalidad por omisión (se trata de una acción que puede ser emprendida por cualquier vecino del estado para impugnar las omisiones de cualquier autoridad a quien la Constitución le ha encomendado emitir una norma de carácter general); cuestión de inconstitucionalidad (este proceso constitucional tiene por objeto decidir sobre las dudas de inconstitucionalidad que plantee cualquier autoridad al momento de decidir la aplicación de una norma general que se presuma su contrariedad con la Constitución; esta acción puede ser oficiosa o a petición de parte); control previo de constitucionalidad, recientemente incorporada (2010) como un medio de control a priori, pretender evitar la configuración de leyes inconstitucionales, este instrumento se activa al momento en que la comisión legislativa que examina la procedencia de un proyecto ley considera de forma discrecional consultar a la SC-E si el proyecto a estudio es conforme con el texto constitucional local. Finalmente, otro proceso constitucional en Nayarit lo integran las facultades de la SC-E para dirimir los conflictos de límites territoriales entre los municipios de la entidad, mediante un proceso jurisdiccional para preservar la autonomía de los municipios nayaritas.

Pedro Antonio Enríquez Soto

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (NICARAGUA)

El derecho procesal constitucional es un conjunto de normas, principios, valores y procedimientos para aplicar la Constitución, ley superior integrada por una normatividad muy general, en ocasiones vaga, abierta y valorativa, que en el constitucionalismo contemporáneo sienta las bases del ordenamiento de los países democráticos, penetrando en el derecho civil, mercantil, administrativo, agrario, político, laboral, internacional, procesal civil y penal, y en el derecho humanitario.

Debido a circunstancias históricas, en América es el Poder Judicial, concretamente en los Estados Unidos de América, el encargado de aplicar la Constitución, por la confianza que se tiene en ese poder, sistema que, con sus variantes, se extiende en Latinoamérica.

En Europa, durante el periodo de entreguerras y después de la Segunda Guerra Mundial, se sintió la necesidad de crear una justicia constitucional especializada atribuida a tribunales constitucionales, corriente que está ganando espacio en Latinoamérica (Guatemala, Colombia, Perú, Bolivia, Chile, Ecuador y República Dominicana). Como una modalidad del control judicial aparecen las salas constitucionales en Costa Rica, El Salvador, Honduras, Venezuela, Paraguay y Nicaragua.

En Nicaragua no existe un tribunal constitucional; el Poder Judicial en conjunto es un gran tribunal constitucional, como trataremos de explicar.

Al control de la constitucionalidad se entra por dos vías:

a) La vía especial constitucional a través de la Ley de Amparo que es nuestro Código —Procesal Constitucional—, que regula el recurso por inconstitucionalidad de la ley o decreto; el recurso de amparo; el recurso de exhibición personal; los conflictos de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado, y el recurso de *hábeas data*.

b) La vía ordinaria constitucional, que le corresponde a todos los jueces ordinarios de primera instancia, a los tribunales de apelaciones y a la Corte Suprema de Justicia en Pleno y sus respectivas salas de casación civil y penal. Se les atribuye la potestad de conocer sobre las infracciones a la Constitución y corregirlas.

En esta vía ordinaria se regula el recurso de casación en el fondo por violación a la Constitución a través causales específicas (art. 2051.1 del Código de Procedimiento Civil vigente y art. 388.1 del Código Procesal Penal).

Como podemos observar, el sistema nicaragüense es mixto y descentralizado: conocen sobre la justicia constitucional todos los jueces y tribunales de la justicia ordinaria, por una parte, y la Sala Constitucional y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia y en algunos supuestos la Sala Penal de los tribunales de apelaciones y jueces de distrito penal de acuerdo con la Ley de Amparo, por otra.

Esta Ley, en forma descentralizada, distribuye la justicia constitucional así:

— Los jueces de distrito de lo penal son los competentes para conocer de la exhibición personal en el caso de los actos restrictivos de la libertad personal realizados por un particular contra otro particular.

— Las salas de lo penal de los tribunales de apelaciones conocen de la exhibición personal contra el funcionario o autoridad responsable, representante o funcionario de la entidad o institución, por violación de la libertad, integridad física y seguridad.

— La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia conoce del recurso de amparo en contra de toda disposición, acto y resolución, y en general en contra de toda acción u omisión de todo funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución, y del *hábeas data*.

— Las salas de lo civil de los tribunales de apelaciones, como delegados legales, reciben los recursos de amparo, realizan algunos trámites, previenen al recurrente que llene omisiones, y pueden suspender los efectos del acto recurrido.

— La Sala de lo Constitucional instruye y proyecta las resoluciones en materia del recurso por inconstitucionalidad para que sean resueltos por la Corte Plena. En el conflicto de competencia entre los poderes del estado, la Sala de lo Constitucional, una vez trabado el conflicto, a petición de cualquiera de las partes, puede ordenar la remisión de las diligencias, bajo los apercibimientos legales; también podrá suspender la disposición, resolución o acto motivo del conflicto, salvo que acarree perjuicio al interés general o sea notoriamente improcedente. Cuando el conflicto de competencia o constitucionalidad verse sobre ley, decreto legislativo, resoluciones, declaraciones legislativas y acuerdos legislativos, una vez publicados, la Sala de lo Constitucional iniciará el trámite y ordenará la suspensión del acto por ministerio de la ley, elevando las diligencias a la Corte Plena, quien conoce y resuelve los conflictos positivos o negativos de competencia o de atribuciones constitucionales de los poderes del Estado.

— La Corte Plena conoce del recurso por inconstitucionalidad de leyes, decretos o reglamentos, el que puede ser interpuesto por cualquier ciudadano. También conoce sobre las cuestiones de competencias constitucionales entre los poderes del Estado, como señalamos anteriormente.

Las sentencias que dicten las salas de lo penal y de lo civil de la Corte Suprema de Justicia, declarando inconstitucional una ley, solo producen efecto entre las partes. Para que tenga efectos generales, sacándola de vigencia, tiene que ser elevado el expediente a conocimiento de Corte Plena para que confirme o rechace la inconstitucionalidad.

Iván Escobar Fornos

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (NUEVO LEÓN)

El derecho procesal constitucional local o justicia constitucional local, entendido como el conjunto de procedimientos de carácter procesal por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos locales la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos a fin de preservar la supremacía constitucional (Fix-Zamudio y Sagüés), se origina en el estado de Nuevo León derivado de la reforma constitucional publicada el nueve de junio de 2004.

La reforma constitucional mencionada incorporó en su art. 95 las *controversias de inconstitucionalidad local*, mecanismos mediante los cuales se impugnan actos de autoridad o normas generales que invadan la competencia garantizada por la Constitución a los poderes de la entidad federativa, y que provengan de otro diverso poder u órgano estatal o municipal, las cuales pueden ser promovidas por el estado y municipios, así como los poderes u órganos públicos estatales o municipales, con exclusión del Poder Judicial del estado, para ser parte actora o demandada.

Asimismo, las *acciones de inconstitucionalidad local* son los mecanismos mediante los cuales se impugnan normas generales, expedidas por el Congreso o por cualquier ayuntamiento, que en abstracto violen los derechos fundamentales de las personas emanados de la Constitución, o violen la distribución de competencias establecidas en la ley suprema local para el estado y los municipi-

pios, o para cualquiera de los poderes u órganos públicos estatales o municipales. Este medio de control puede ser promovido por el procurador general de Justicia del estado, por los diputados locales, tratándose de normas generales expedidas por el Congreso del estado, así como por los regidores, estos últimos tratándose de normas generales expedidas por su respectivo ayuntamiento.

De ambos mecanismos está facultado para conocer el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Poder Judicial, en su carácter de tribunal constitucional, conforme a los arts. 95 y 96 de la ley suprema.

El Pleno del Tribunal Superior de Justicia está integrado por dieciséis magistrados, y es presidido por el magistrado que el propio Pleno designa. Para que el Pleno funcione es necesaria la concurrencia de la mayoría de sus miembros, y sus resoluciones se toman por voto de la mitad más uno de los magistrados presentes. En caso de empate, el presidente tiene voto de calidad.

Posterior a la citada reforma, y en acatamiento de la controversia constitucional 46/2002, se crearon mecanismos de control constitucional local municipal, producto del decreto publicado el veintidós de julio de 2005, contenidos en los arts. 169 y 170 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Nuevo León. Por una parte, se crearon las *controversias administrativas municipales*, mediante las cuales se dirimirán las controversias que se susciten entre la administración pública municipal y los gobernados ante organismos contenciosos, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad; y los *medios de defensa municipales*, creados para dirimir los conflictos contra los actos y resoluciones administrativos que dicten o ejecuten las autoridades municipales, promovidos por los particulares afectados ante el Órgano de lo Contencioso Administrativo, o de no existir aquél, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del estado.

No obstante que existen medios procesales en el ordenamiento jurídico local para preservar la supremacía constitucional, actualmente no existe una ley reglamentaria del art. 95 constitucional que establezca el procedimiento a seguir, el funcionamiento y atribuciones específicas del órgano de control constitucional para dirimir las controversias y acciones de inconstitucionalidad. Aunado a lo anterior, el art. transitorio segundo, relativo a la reforma constitucional, del nueve de junio de 2004, establece expresamente que “las disposiciones referentes a los medios de control constitucional entrarán en vigor una vez que inicie la vigencia de la Ley que reglamente esa materia”.

Situación similar sucede con los mecanismos de control municipal, al no estar reglamentados, ya que si bien se prevé legalmente la existencia de órganos municipales para dirimir controversias entre la administración municipal y los particulares, la remisión que se hace al segundo párrafo del art. 169 a un inexistente ordenamiento legal cancela la posibilidad de que los ayuntamientos establezcan los órganos mencionados, haciendo inoperante el ejercicio de su facultad constitucional municipal.

Las omisiones legislativas señaladas fueron materia de la controversia constitucional 74/2011, de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el veintidós de octubre de 2013, ordenar a los poderes Ejecutivo y Legislativo que se dé cumplimiento al mandato constitucional de emitir la legislación correspondiente a más tardar en el siguiente periodo ordinario de

sesiones. El acatamiento al mandato de la Corte abonará a la consolidación de la justicia constitucional del estado de Nuevo León, dándole plena vigencia a los medios procesales para garantizar la supremacía constitucional.

Emanuel López Sáenz

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (OAXACA)

El estado de Oaxaca forma parte del sistema federativo del Estado mexicano; se localiza al sureste del mapa geográfico del territorio nacional. Es una entidad pluricultural; cuenta aproximadamente con 3,551 comunidades, conformadas por 570 municipios, 729 agencias municipales, 1,526 agencias de policía y 726 núcleos rurales. Tiene el mayor porcentaje de población indígena en el país. En su área geográfica conviven 15 grupos étnicos, a saber: amuzgos, cuicatecos, chatinos, chinantecos, chocholtecos, chontales, huaves, ixcatecos, mazatecos, mixes, mixtecos, nahuas, triquis, zapotecos y zoques. En Oaxaca tiene aplicación el derecho indígena, y además el consuetudinario, a través de los usos y costumbres. Oaxaca, como los demás estados federados, nace de facto y jurídicamente a través del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, del 31 de enero de 1824, en donde en su art. 7o. establece la forma federal de gobierno y enumera los estados de la Federación, dentro de los cuales aparece el estado con el nombre de Oajaca, hoy Oaxaca, voluntad política que fue corroborada en el art. 5o. de la Constitución Federal de 1824.

En el México convulso del siglo XIX, el sistema federal de gobierno pierde vigencia en las Constituciones centralistas denominadas las Siete Leyes Constitucionales, de 1836, y las Bases Orgánicas, de 1843, ambas de corte unitario, que rigieron brevemente a la nación mexicana, en donde los estados federados desaparecieron, dentro de ellos Oaxaca, al ser suplantados por las figuras políticas denominadas departamentos.

A mediados del aquel siglo, con el triunfo del partido liberal, se instaura nuevamente en México el régimen federal, voluntad soberana que se expresa de manera indubitable en la normativa contenida en el art. 43 de la Constitución Federal de 1857, que establece que son 25 estados que conforman el territorio nacional, dentro de los cuales está comprendido Oaxaca, más el territorio de Baja California.

El mismo sistema federativo prevaleció por voluntad del pueblo mexicano en el art. 43 de la Constitución Política de 1917, que establece que son 29 estados, dentro de ellos Oaxaca, dos territorios (el de Baja California Sur y Quintana Roo) y un Distrito Federal, que conforman la nación mexicana; añadiendo que por decreto sin número, publicado el 8 de octubre de 1974 en el *Diario Oficial de la Federación*, ambos territorios se convirtieron en Estados soberanos. Debido a ello, actualmente el territorio nacional se conforma con 31 estados y un Distrito Federal, lugar en donde residen los poderes federales.

Al darle existencia jurídica la Constitución Federal de 1824 al estado de Oaxaca, en uso de su soberanía local o autonomía constitucional, se ha constituido políticamente en tres ocasiones, a saber: la primera, a través de la Constitución Política del Estado Libre de Oajaca, decretada por el congreso ordinario en su carácter de constituyente el 10 de enero de 1825, constante

de 258 artículos y 2 transitorios, la cual siguió la estructura política del orden federal. *Grosso modo* podemos decir que se dividió en dos partes: la dogmática, que establece los derechos y obligaciones de los oaxaqueños, y la orgánica, que estructura el funcionamiento de los poderes públicos locales. La segunda, a través de la Constitución del Estado de Oaxaca de 1857, decretada por el Congreso Constituyente el 15 de septiembre del mismo año. Este documento constitutivo consta de 98 artículos constitucionales y 4 transitorios. Al igual que la anterior, consta de dos partes, una dogmática, que capitula los derechos del hombre y algunas garantías de los oaxaqueños, y la orgánica, que encauza al gobierno y armoniza el poder estatal. La tercera vez lo hace el pueblo oaxaqueño con base en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, decretada por el Congreso local, erigido en constituyente, el 15 de abril de 1922, se conformó en su inicio de 165 artículos constitucionales y 14 transitorios, y se dividió para su ejercicio en dos partes: la primera habla de las garantías individuales, y la segunda delinea la actividad del poder estatal.

De acuerdo con el articulado de las cartas constitucionales oaxaqueñas de 1825 y 1857, se observa que dichos órdenes locales carecieron de un sistema de defensa constitucional para proteger los derechos fundamentales de los oaxaqueños y someter el ejercicio del poder público a la supremacía constitucional.

En cuanto a la Constitución oaxaqueña vigente desde 1922, cabe enfatizar que al igual que sus antecesoras, también nació sin un sistema de justicia constitucional; sin embargo, este fenómeno se vino a dar hasta la reforma constitucional publicada en el *Periódico Oficial del Estado* del 15 de abril de 2011, según decreto 397, en donde por primera vez en la historia constitucional del estado de Oaxaca se estableció de manera formal la jurisdicción constitucional, a través de la cual permite resolver los conflictos constitucionales. Efectivamente, el art. 106, apartado B, de la Constitución Política del Estado de Oaxaca vigente, establece algunos procedimientos constitucionales y el órgano facultado para hacer respetar los derechos fundamentales y la supremacía constitucional local; bajo este tenor establece las controversias constitucionales con objeto de resolver conflictos de competencias suscitados entre: a) dos o más municipios; b) uno o más municipios y el Poder Legislativo; c) uno o más municipios y el Poder Ejecutivo; d) el Poder Ejecutivo y el Legislativo, y e) entre órganos autónomos, o entre éstos y el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, o los municipios. Se concede competencia al Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado para decidir este tipo de conflictos. Es pertinente precisar que la sentencia que declare inconstitucional una disposición de carácter general tendrá efectos generales, siempre que fuera aprobada por las dos terceras partes de los miembros del pleno de dicho tribunal. Bajo este tenor, se prevén también las acciones de inconstitucionalidad, con la finalidad de contradecir una norma de carácter general que confronta con la Constitución local. Es competencia de la Sala Constitucional. Están legitimados para ejercitar la acción: a) cuando menos el 30% de los diputados; b) el gobernador del estado, y c) los órganos autónomos del estado. La sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma de carácter general tendrá efectos *erga omnes* siempre que sea aprobada por las dos terceras partes de los miembros de la

Sala Constitucional. Al respecto, se prevé el juicio para la protección de los derechos humanos. Es un procedimiento semejante al adoptado ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Es competencia de la Sala Constitucional, y procede por incumplimiento a las recomendaciones hechas a la autoridad por la Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca. Por último, se estableció un procedimiento sobre control preventivo de leyes y decretos aprobados por el Congreso, previa la promulgación y publicación correspondiente a cargo de la Sala Constitucional. Están legitimados activamente en la acción el 30% de los diputados, el gobernador del estado y los organismos autónomos en las materias de sus respectivas competencias. Estos son los procedimientos y los órganos jurisdiccionales que intervienen en la justicia constitucional en el estado de Oaxaca, los cuales constituyen los elementos imprescindibles para el estudio del derecho procesal constitucional oaxaqueño, que comprende, como lo sostiene Eduardo Ferrer, el estudio de los diversos instrumentos encaminados a proteger ya no a las Constituciones federales o nacionales, sino a los ordenamientos, Constituciones o estatutos de los estados, provincias o comunidades autónomas.

Alfredo Gómez Vásquez

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (PERÚ)

El derecho procesal constitucional tiene epistémicamente una doble dimensión: por un lado, como disciplina científica, y por otro lado, como un conjunto de normas procesales de naturaleza constitucional. Como ciencia, su desarrollo es relativamente nuevo: hoy todos los especialistas coinciden en identificar a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien lo utilizó por vez primera, aun cuando su predecesor habría de ser Hans Kelsen. Sin embargo, el atributo científico que modela su vertiente científica corresponde a don Héctor Fix-Zamudio cuando sustentó su tesis de licenciatura, y posteriormente la publicó como libro *El juicio de amparo* (Porrúa, México, 1964, pp. 47-82). En su dimensión normativa, esta disciplina es muy antigua, y coincidimos con Néstor Pedro Sagüés en que tiene tres —y nosotros agregamos un onomástico más de cuatro cumpleaños—: a) el primero, del 26 de mayo de 1679, fecha en que se dictó la *Habeas Corpus Amendment Act* inglesa; b) el segundo, el 24 de febrero de 1803, fecha en que se emite, por la Suprema Corte de Estados Unidos, el fallo *Marbury vs. Madison*; c) el tercero, el 31 de marzo de 1841, en que se aprueba la Constitución del Estado de Yucatán y se crea, bajo la inspiración de Manuel Crescencio Rejón, el juicio de amparo, y d) el cuarto cumpleaños es del 1 de octubre de 1920, fecha en la que se promulga la Constitución de Austria, en la que Kelsen creaba allí un órgano *ad hoc* para el control de la constitucionalidad de las leyes: el Tribunal Constitucional.

En el Perú, el primer autor que atalayaba ya la existencia de esta disciplina es nada menos que Domingo García Belaunde en su obra *El hábeas corpus interpretado* (PUCP, Lima, 1971, p. 21), a la que seguirían posteriores trabajos de calado profundo.

Hoy se puede afirmar que el derecho procesal constitucional tiene, en lo fundamental, tres objetos o materias de estudio: la jurisdicción constitucio-

nal, los procesos constitucionales, y la magistratura constitucional. Por nuestra parte, podemos ensayar la noción de que el derecho procesal constitucional es una disciplina jurídica que forma parte del derecho procesal en general, encargada de cultivar y estudiar los conocimientos teóricos y prácticos para la debida comprensión, interpretación y aplicación de las normas procesales constitucionales destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de los procesos constitucionales.

Dicho esto, consideramos que el estudio sobre el origen y la evolución del derecho procesal constitucional en el Perú pasa necesariamente por desarrollar, por cuerdas separadas, los dos grandes elementos que componen esta ciencia del derecho público de nuestro tiempo: la *jurisdicción constitucional orgánica* y la *jurisdicción constitucional de la libertad*.

En lo que se refiere al primer elemento (*jurisdicción constitucional orgánica*), en sus albores, el constitucionalismo peruano no le dedicó la atención debida al problema de la constitucionalidad de las leyes, limitándose a diseñar un sistema de control meramente político a cargo del Parlamento, de innegable raigambre europea (ahí están, para demostrarlo, los artículos pertinentes de las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933); solo la carta del 33 presentó un matiz importante, al instaurar dos niveles de control: uno de constitucionalidad (netamente político, por el Parlamento) y otro de legalidad (control judicial de dispositivos infralegales). Sin embargo, dada la ineficacia que este tipo de control demostró en la práctica (algo que, como decía Karl Loewenstein, era tanto como encomendar a unos conejos que sean guardianes de un jardín de zanahorias), el sistema constitucional peruano avanzó hacia un sistema de revisión judicial de las leyes al estilo americano, esta vez a través de un cuerpo de leyes de nivel no constitucional, como lo fue el Código Civil de 1936, cuyo título preliminar, en su art. XXII, estableció: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”. Sin embargo, solo será con la Constitución de 1979 que el proceso de inconstitucionalidad obtuvo carta de naturaleza en nuestro ordenamiento constitucional, al asignar al entonces Tribunal de Garantías Constitucionales la competencia para conocer y resolver en instancia única dicho proceso de control normativo. Y es así como, con algunas modificaciones, dicho procedimiento se encuentra contemplado ahora en el art. 200, inciso 4, de la vigente Constitución de 1993.

El otro elemento que cabe destacar (*jurisdicción constitucional de la libertad*), a diferencia del anterior, sí tuvo un prolífico desarrollo normativo, tanto a nivel *legal* (como son los casos de la Ley del 21 de octubre de 1897, que reguló por primera vez el hábeas corpus; la Ley del 10 de febrero de 1916, 2223, que amplió su cobertura para la defensa de las “garantías individuales” normadas en la Constitución de 1860; o la Ley del 26 de setiembre de 1916, que perfeccionó sus aspectos procesales; y, en no menor medida, el D.L. 17083, del 24 de octubre de 1968, que fue el antecedente moderno y directo del amparo), así como a nivel *constitucional* (por ejemplo, la Constitución de 1920, que otorgó rango constitucional al hábeas corpus, o la carta de 1933, que estableció como finalidad de dicha garantía la protección de “todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución”). Posteriormente, las denominadas

“acciones de garantía” fueron incorporadas en el art. 295 de la Constitución de 1979, llegando así a su actual configuración en el art. 200 (incisos 1, 2, 3 y 6) de la vigente Constitución de 1993.

De suerte que, en la actualidad, los procesos constitucionales que existen en nuestro ordenamiento jurídico para tutelar los derechos fundamentales y garantizar la supremacía normativa de la Constitución son los siguientes: a) en el ámbito del *control concentrado de normas*, se ubican el proceso de inconstitucionalidad (art. 200, inciso 4, de la Constitución), y el proceso de acción popular (art. 200, inciso 5), y no en menor medida, el proceso de conflictos de competencia o atribuciones (art. 202, inciso 3). El primero y el último son de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, mientras que el segundo lo es del Poder Judicial, y b) en el ámbito de los *procesos de tutela de derechos*, encontramos al proceso de amparo (art. 200, inciso 2), el proceso de hábeas corpus (art. 200, inciso 1), el proceso de hábeas data (art. 200, inciso 3) y el proceso de cumplimiento (art. 200, inciso 6). En todos estos casos, se trata de procesos constitucionales compartidos, pues su conocimiento en primera y segunda instancia corresponde al Poder Judicial, y solo cuando se trata de resoluciones denegatorias, al Tribunal Constitucional, quien resuelve en última y definitiva instancia.

Cabe finalmente señalar que la regulación en detalle de todos estos procesos constitucionales se encuentra en un cuerpo de leyes específico, que es el Código Procesal Constitucional, aprobado en 2004, y que a no dudarlo ha sido el primer código de esta naturaleza que se aprecia en el mundo; ello, sin desconocer por cierto los precedentes de la Ley Orgánica de Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (1989) y el Código Procesal Constitucional de Tucumán (de 1999), y el segundo Código que ha sido aprobado recientemente en Bolivia (2012).

Gerardo Eto Cruz

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (QUERÉTARO)

El constitucionalismo desarrollado a partir de la segunda posguerra ha sido determinante para la forma de operar el derecho en la actualidad. Las Constituciones del Estado constitucional son identificadas por su amplio catálogo de derechos; por su fuerza normativa que la dota de carácter vinculante; por sus mecanismos de control, garantías y tribunales especializados, y por la constitucionalización de las reglas de la democracia, representando un límite al poder.

Desde el año 2000 el constitucionalismo local mexicano se encuentra en una dinámica de transformación, como una consecuencia del reajuste institucional que representó la alternancia en el poder y el desmantelamiento del aparato autoritario de gobierno. La autonomía constitucional de las entidades federativas comenzó a asumir nuevas formas y daba cuenta de la posibilidad de consolidar un real sistema jurídico nacional, que estuviera integrado por sistemas normativos autosuficientes, con sus propios medios de garantía y con ámbitos de validez bien delimitados. El desarrollo del derecho procesal constitucional local comenzó entonces a ser determinado por presupuestos

de tipo formal, pero también han jugado un papel importante para ello los presupuestos de tipo político. Dentro de los primeros encontramos las nuevas caras del federalismo, la autonomía, la coexistencia de los órdenes jurídicos, y la clara delimitación de sus ámbitos de validez. En los segundos, podemos considerar que, a pesar del diseño de control constitucional, el arreglo político siempre fue privilegiado para la solución de los eventuales conflictos en menoscabo de la consolidación de los procedimientos jurídicos, particularmente los judiciales.

A lo anterior, resulta indispensable resaltar el efecto que podrá tener en ese ámbito la actual configuración constitucional de los derechos y sus garantías, derivadas de las reformas de junio 2011, al haber incorporado al parámetro de regularidad constitucional el derecho internacional de los derechos humanos, y, por otro lado, el ingreso del control difuso de constitucionalidad.

En el caso del estado de Querétaro, haré referencia a los antecedentes de su regulación, el actual sistema de garantías locales para tutelar la Constitución local; su magistratura y la forma como esta última las ha desarrollado en la práctica hasta ahora.

I. ANTECEDENTES. El primer antecedente de una facultad de control constitucional lo encontramos en la reforma que en 2000 se hizo al art. 70 de la Constitución, en la que se otorgaban facultades al Pleno del Tribunal Superior de Justicia para resolver los siguientes conflictos: 1) entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo del estado; 2) entre el Poder Ejecutivo o Legislativo del estado con algún organismo constitucional autónomo; 3) entre los municipios del estado con organismos constitucionales autónomos, el Poder Ejecutivo o Legislativo del Estado, y 4) entre los municipios del estado. La procedencia de cualquier supuesto estaba condicionada a que no fuera materia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

II. SISTEMA DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES LOCALES. En 2008, la Constitución local sufrió una reforma sustancial, en la que se incorporaron dos elementos fundamentales para la consolidación de su derecho procesal constitucional local: la ampliación de la competencia del Tribunal Superior de Justicia como juez constitucional y, por otro lado, definió los métodos de interpretación acordes a esa potestad.

En el art. 29 se definen como competencias las siguientes: 1) resolver sobre la constitucionalidad de las leyes locales; 2) garantizar la supremacía de la Constitución local; 3) formar jurisprudencia constitucional; 4) conocer de la omisión legislativa; 5) conocer de los conflictos entre poderes, municipios y organismos autónomos, siempre que no sean competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o del Senado de la República. En cuanto a las pautas hermenéuticas, el considerando quince definió que la Constitución debe ser interpretada “bajo los compromisos internacionales del Estado Mexicano y los principios *pro homine* de *progresividad* y de *irreversibilidad* que llevan a elegir el sentido y el alcance de mayor protección, que favorezcan la expansión y el avance del contenido de los derechos a favor de la persona”.

El 24 de abril de 2009 entró en vigor la Ley de Justicia Constitucional del Estado de Querétaro. Los medios de control constitucional contemplados en esta ley reglamentaria son los siguientes: 1. Acción de inconstitucionalidad;

2. Acción por omisión legislativa; 3. Controversia relativa a la competencia; 4. Juicio de protección de derechos fundamentales (amparo local), y 5. Juicio de protección de derechos colectivos o difusos.

1. *Acción de inconstitucionalidad*. Su propósito es controvertir la constitucionalidad de leyes estatales. Poseen legitimación el gobernador; la tercera parte de los integrantes de la Legislatura, los ayuntamientos; los organismos autónomos sobre leyes que tengan relación con asuntos de su competencia; los partidos políticos y cualquier persona cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales.

2. *Acción por omisión legislativa*. Tiene por finalidad obtener la declaración de que la Legislatura no ha emitido una ley a la que la Constitución obliga, afectando con ello competencias, al no permitir ejercer plenamente una determinada facultad. Pueden promoverla el gobernador; los ayuntamientos, los organismos autónomos y los partidos políticos. Los efectos de esta acción serán obligar a la Legislatura a emitir la ley omisa, sin posibilidad de expresarse sobre su contenido. Si se reincidiera en la omisión, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia puede dictar las bases a las que se sujetará el ejercicio de la facultad afectada, hasta que sea emitida la ley.

3. *Controversia relativa a la competencia*. Tiene como propósito controvertir actos, reglamentos y disposiciones generales que no sean leyes, emitidas por un poder estatal, un ayuntamiento o un organismo constitucional autónomo, en caso de que estos menoscaben las atribuciones concedidas en la Constitución estatal a otro poder, ayuntamiento u organismo constitucional autónomo. La competencia para resolver la controversia es exclusiva del Pleno del Tribunal Superior de Justicia.

4. *Juicio de protección de derechos fundamentales (amparo local)*. Es el medio de control constitucional que tutela los derechos fundamentales establecidos en la Constitución del estado, así como en los tratados internacionales que formen parte del derecho nacional. Aquí es oportuno señalar que este parámetro se estableció de manera previa (2008) a la reforma constitucional federal en materia de derechos humanos de 2011. La legitimación activa es de personas físicas y jurídicas que consideren alguna afectación a sus derechos. La procedencia está condicionada a que no exista algún otro medio de defensa judicial, y es de destacarse que puede promoverse en contra de particulares..

5. *Juicio de protección de derechos colectivos o difusos*. Se encarga de proteger los derechos colectivos o difusos instituidos en la Constitución del estado y en los tratados internacionales que formen parte del derecho nacional, contra actos de los particulares o las autoridades locales o municipales que los vulneren. Para los derechos colectivos, son sujetos legitimados los integrantes individuales o plurales del grupo social que sean reconocidos como titulares del derecho y las personas jurídicas que tengan por objeto la defensa de estos derechos. En el supuesto de los derechos difusos, pueden promover este juicio las personas individuales que acrediten un interés simple y las personas jurídicas cuyo objeto legal sea defender dichos derechos. Su procedencia está condicionada a la no existencia de otra vía judicial.

III. MAGISTRATURA. Los medios de control constitucional local son competencia de una Sala Constitucional y del Pleno del Tribunal Superior de

Justicia. La primera podrá conocer de la acción de inconstitucionalidad; la acción por omisión legislativa; el juicio de protección de derechos fundamentales y el juicio de protección de derechos colectivos o difusos. El Pleno tiene competencia exclusiva para resolver la controversia relativa a la competencia o controversia constitucional.

Aun cuando la reforma constitucional estatal de 2008 y la Ley de Justicia Constitucional de 2009 determinaron la creación de la Sala Constitucional, no fue sino hasta 2010 cuando ésta se instauró, en razón de la interposición del primer medio de control constitucional local. De acuerdo con su Ley Orgánica, el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro está conformado por una Sala Civil, una Sala Penal, una Sala Electoral (auxiliar de la Sala Penal cuando no sea periodo de elecciones), una Sala Constitucional y una Sala Especializada en Justicia para Adolescentes. Las cuatro primeras tienen una integración colegiada (tres magistrados), y la última es unitaria. Es de destacarse que la Sala Constitucional no tiene una conformación permanente; es decir, los magistrados que la integran no están asignados de manera exclusiva, sino que son parte de alguna de las otras salas, y solo se constituyen cuando hay que resolver un medio de control constitucional.

IV. DESARROLLO EN LA PRÁCTICA. La actividad de la Sala Constitucional ha sido muy poca. En 2010 se tramitaron dos asuntos: una acción de inconstitucionalidad y un juicio de protección de derechos fundamentales. Ambos fueron sobreesidos. En 2011 se tramitaron dos asuntos: un juicio de protección de derechos fundamentales, en donde el actor se desistió para promover un amparo, y un juicio de protección de derechos colectivos o difusos. En 2012 fueron otros dos asuntos en los que tampoco se entró al estudio de fondo.

Es oportuno referir que el municipio de Querétaro promovió ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una controversia constitucional (33/2012) en contra de la Ley de Justicia Constitucional, por considerar que el Tribunal Superior no tenía atribuciones para resolver asuntos sobre intereses colectivos o difusos. En octubre de 2013, la controversia fue declarada improcedente y sobreesida, debido a que aún se encontraba pendiente de resolver un recurso de revisión en el juicio en el que se encuentra involucrado el municipio, y porque se consideró que no había una afectación a las facultades del ayuntamiento.

Rogelio Flores

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (QUINTANA ROO)

Como parte integrante de la federación mexicana, Quintana Roo es uno de los estados más jóvenes de nuestro país, elevándose con tal carácter a partir del 8 de octubre de 1974. A partir de entonces comenzaron los trabajos por parte del Poder Constituyente para expedir la Constitución del estado, la cual fue promulgada el 12 de enero de 1975. El constituyente quintanarroense decidió incorporar un amplio catálogo de derechos humanos reconocidos en el propio texto constitucional, contenidos en los arts. 12 a 34 y 8 del título segundo del capítulo primero, denominados “De las garantías individuales y so-

ciales”, los cuales conforman lo que hoy se conoce como el bloque constitucional-convencional de derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano (Eduardo Ferrer MacGregor, Sergio García Ramírez, y Héctor Fix-Zamudio, entre otros), conjuntamente con aquellos reconocidos en la Constitución general de la República, en las Constituciones de los demás estados federados, así como en los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte (artículo 1o. de la Constitución mexicana de 1917).

El reconocimiento en el texto constitucional original de un amplio catálogo de derechos humanos, la organización del Estado y la atribución de facultades a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como a los municipios, no vino acompañada por la creación de mecanismos de control constitucional de carácter judicial para hacer efectivos los mandatos constitucionales.

No sería sino hasta el 24 de octubre de 2003 cuando por medio de una reforma a la Constitución del estado, al modificar la estructura del Poder Judicial, se incluirían mecanismos y órganos de control constitucional de carácter local, introduciéndose por vez primera el llamado “derecho procesal constitucional local” (Eduardo Ferrer MacGregor). De esta forma, el estado de Quintana Roo seguiría a aquellos estados que inspirados en el modelo veracruzano, instaurado en 2000, incorporarían el llamado control constitucional local, el cual se define en el art. 104 de la Constitución de Quintana Roo como “... un medio para mantener la eficacia y vigencia de la Constitución; tiene por objeto dirimir de manera definitiva e inatacable en el orden jurídico estatal, los conflictos que por la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, surjan en el ámbito interior del Estado entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo o entre uno de ellos y los municipios que conforman el estado, o entre dos o más municipios, sin perjuicio de lo previsto en los Arts. 76 frac. VII, 103, 105, 107 y último párrafo de la frac. II del 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

El órgano al cual la Constitución encomienda su defensa es al Poder Judicial, cuya competencia recae en el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado, como órgano de resolución, el cual está integrado por nueve magistrados numerarios, electos por el Congreso local (Poder Legislativo), a propuesta del gobernador del estado (Poder Ejecutivo), y la creación de una Sala Constitucional y Administrativa a cargo de un solo magistrado que forma parte del Pleno, como mera instancia instructora y de formulación del proyecto de resolución (arts. 103 y 105, CQROO).

En cuanto a los medios de control constitucional que se crearon con la reforma de la Constitución del estado en 2003, se contemplan en el art. 105 del texto constitucional, los siguientes: 1) controversia constitucional; 2) acción de inconstitucionalidad; 3) acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

La ley que regula los procesos constitucionales es la Ley Reglamentaria de los Arts. 104 y 105 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, publicada el 15 de diciembre de 2005, la cual desarrolla los procesos constitucionales relativos a: 1) *las controversias constitucionales* que se presenten por la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, y que surjan entre:

A) el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; B) el Poder Ejecutivo y uno de los municipios; C) el Poder Legislativo y uno de los municipios, y D) dos o más municipios del estado. 2) *las acciones de inconstitucionalidad* que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, siempre que se ejerzan dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: A) cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso del estado, y B) el procurador general de Justicia del estado, en contra de leyes de carácter estatal. Las resoluciones del Pleno del Tribunal solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas siempre que fueran aprobadas por cuando menos las dos terceras partes del Pleno, y no tendrán efectos retroactivos, salvo en materia penal. 3) *las acciones de inconstitucionalidad por omisión legislativa* cuando se considere que la Legislatura del estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna ley o decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, siempre y cuando sean interpuestas por: A) el gobernador del estado; o B) un ayuntamiento del estado. La resolución que emita el Pleno del Tribunal que decreta el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en el *Periódico Oficial del Estado*. En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la ley o decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el periodo ordinario que curse o el inmediato siguiente de la Legislatura del estado, pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite.

En el ámbito electoral, la Constitución del estado prevé en su art. 51, que corresponde al Tribunal Electoral del Estado de Quintana Roo, integrado por tres magistrados, designados por el Congreso local a propuesta del gobernador del estado, velar entre otras cosas por el respeto a los derechos político-electorales de los ciudadanos quintanarroenses cuando se vulneren su derechos a votar y ser votados en las elecciones locales, así como la libertad de afiliarse libre e individualmente a algún partido político, estableciéndose como mecanismo de protección el juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, el cual es regulado por la Ley Estatal de Medios de Impugnación en Materia Electoral dentro de los arts. 94 a 98.

Luis Gerardo Samaniego Santamaría

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (SINALOA)

El derecho procesal constitucional sinaloense, en la larga historia escrita, ha significado una de las disciplinas del derecho procesal, contemplando el estudio de los medios de control constitucional como instrumentos de libertad para salvaguardar la supremacía de la Constitución.

Dentro del constitucionalismo sinaloense, el derecho procesal constitucional ha simbolizado el instrumento garante competencial de la defensa de la Constitución. Aparece la primera expresión en la Constitución de 1861, que establece en su art. 74 el juicio político, del cual conocía el Congreso del estado como jurado de acusación y el Supremo Tribunal como jurado de sentencia. El segundo periodo podríamos decir que se tiene en la Constitución

de 1917, al describir en su art. 75 la controversia constitucional, señalando la importancia de la atribución del Poder Judicial para conocer de las controversias que no hayan sido reservadas a los tribunales de la federación, y en el art. 79, que se refiere a la supremacía de la Constitución.

La tercera exposición del derecho procesal constitucional sinaloense surge con la reforma a la Constitución de Sinaloa, del 26 de enero de 1984 (publicado en el Periódico *Oficial* 12, del 27 de enero de 1984) al art. 104, frac. III, al establecer que corresponde al Tribunal de Justicia en pleno, conocer y resolver de las controversias de cualquier orden que se susciten entre los poderes del estado o entre uno o más poderes del estado, y los ayuntamientos, o entre éstos entre sí, y es hasta el 16 de octubre de 1998 que cuando se promulga la Ley Reglamentaria de la fracción descrita.

Sin embargo, cuando se refiere a derecho procesal constitucional local, o justicia constitucional local, se ubica en el contexto federal, al hacer alusión al principio de supremacía constitucional establecida en el art. 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, pero la protección constitucional en México ha tenido a los estados como precursores de la protección constitucional desde 1824, significando el punto de partida del derecho procesal en México.

En el estado federal que se instruyó en México los estados gozan de su ámbito de competencia propio sobre la defensa de la Constitución, basados en los principios establecidos la Constitución federal, describiendo el art. 41 que los estados son libres y soberanos; el art. 124 del mismo ordenamiento describe que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

Es así que el derecho procesal constitucional o justicia constitucional local, tiene sus orígenes en México en las Constituciones de las entidades federativas de 1824, otorgándoles la salvaguarda de estas en principio a los poderes Legislativos y posteriormente al Poder Judicial.

Sonia Escalante López

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (TABASCO)

El derecho procesal constitucional en el estado de Tabasco está presente, aunque no con la amplitud con la que se manifiesta en otras entidades federativas —por ejemplo Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Coahuila, Estado de México o Nayarit—, quienes cuentan con un amplio cúmulo de mecanismos o instrumentos que tratan de garantizar por la vía jurisdiccional a la Constitución local.

En efecto, en este estado existen solamente dos instrumentos de control de constitucionalidad; se trata de: a) del juicio para dirimir conflictos jurídicos que surjan entre los municipios y cualquiera de los poderes Ejecutivo o Legislativo del estado, y b) de la acción de revisión municipal.

En ambos casos el ente encargado de estudiar y emitir un pronunciamiento sobre los instrumentos señalados anteriormente es el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del estado, el cual, de conformidad con el art. 55 de la

Constitución y 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se compone por diecinueve magistrados. Con ello, el constituyente local eligió la fórmula que han tomado la mayoría de los estados con justicia constitucional, y que consiste en dotar de atribuciones constitucionales al pleno de sus tribunales superiores de justicia convirtiéndolos en una clase de tribunal constitucional.

El primer instrumento de protección a la Constitución local lo representa una especie de juicio, que sin poseer nomenclatura propia tiene como finalidad, de acuerdo con el primer párrafo del art. 61 de la norma suprema estatal, la de resolver los conflictos de naturaleza jurídica que se actualicen entre los municipios y cualquiera de los dos poderes del estado; regulación que se ve igualmente reproducida en los mismos términos en el art. 14, frac. I de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, a pesar de su desarrollo constitucional y legal, este tipo de procedimiento no cuenta con normas procesales propias que permitan entender la operatividad del mecanismo, por lo que para la sustanciación de un juicio de esta naturaleza se tendrían que aplicar disposiciones de carácter supletorio.

El segundo mecanismo de tutela constitucional es la acción de revisión municipal, que tiene como objetivo plantear la posible contradicción entre un acto o disposición de carácter general emitida por el cabildo de algún municipio y la Constitución del Estado; es decir, se trata de una especie de acción de inconstitucionalidad, pero que se limita únicamente a analizar los actos y normas expedidas por los municipios a través de su cabildo, y, como se mencionó, es el Pleno del Tribunal Superior de Justicia el que conocerá de este procedimiento. No hay que dejar de señalar que a diferencia del juicio arriba comentado, esta acción cuenta con su propia ley, denominada Ley Reglamentaria del art. 65, frac. I, inciso g), de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco.

En lo relativo a la legitimación activa, es muy limitada, en razón de que solo la pueden promover cuando menos el treinta y tres por ciento de los integrantes del cabildo que haya emitido la norma o el acto impugnado. Ello nos indica que la parte demandada lógicamente es el propio cabildo emisor de lo controvertido; igualmente, tiene el carácter de parte el procurador del estado a quien se la vista para que intervenga en el procedimiento.

Por lo que ve al plazo, la demanda deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes a que entre en vigor la norma o acto impugnado, y una vez desarrollado el procedimiento previsto en la propia ley, el Pleno pronunciará resolución, la cual, en el caso de contener declaratoria de invalidez, se mandará publicar en el *Periódico Oficial* de la entidad.

José Manuel Chavarrín Castillo

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (TLAXCALA)

Como puede apreciarse de la lectura del art. 81 de las reformas llevadas a cabo al texto constitucional del estado de Tlaxcala en 2001, al Tribunal Superior de Justicia del estado se le faculta para actuar como tribunal de control constitucional en funciones de pleno, correspondiéndole conocer, de acuerdo

con la redacción de la fracción primera, a una especie de amparo local, el cual se encargará de la salvaguarda de los derechos fundamentales de los gobernados; en su fracción segunda hace alusión a una figura análoga a las controversias constitucionales del ámbito federal, adoptando el término de competencia constitucional, mismo que en esencia, respetando el ámbito competencial y a las partes que intervienen dentro de este procedimiento, es parecido, como ya fue dicho, a la figura federal de las controversias constitucionales.

En su fracción tercera se refiere a las acciones de inconstitucionalidad, figura también afín al medio de control constitucional inmerso en el art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Presentando la peculiaridad de que su ejercicio no solo corresponde a las minorías parlamentarias, sino que amplía este ejercicio, concediéndoselo a la Comisión Estatal de Derechos Humanos y a la Universidad Autónoma de Tlaxcala; esto, en caso de normas jurídicas de carácter general provenientes del Congreso del estado, y en las cuales se plantea una violación abstracta a la Constitución local.

En la hipótesis de normas jurídicas de carácter general provenientes de algún ayuntamiento o consejo municipal, donde se plantee una violación abstracta a la Constitución local, aparte de las minorías de ayuntamientos o consejos municipales, se faculta al gobernador del estado, a la Comisión Estatal de Derechos Humanos y a las universidades públicas estatales, incrementando a su vez el término para ejercitar estas acciones de inconstitucionalidad, que será de noventa días.

Por lo que respecta al quórum y a la votación calificada de los integrantes del pleno, se hace el señalamiento por lo que respecta al primero, que éste deberá estar formado por lo menos con doce magistrados, y en cuanto a la segunda, que ésta deberá ser de diez magistrados (actualmente el Tribunal está constituido por nueve magistrados, por lo que debe adecuarse el quórum y la votación calificada).

Es necesario resaltar que en las acciones contra la omisión legislativa, además de corresponder su ejercicio a las autoridades estatales y municipales, les corresponde también a las personas residentes en el estado.

Con la experiencia adquirida de las Constituciones locales de Veracruz y Coahuila se reduce el margen de las minorías para promover la acción de inconstitucionalidad local, de la tercera parte en el caso de Veracruz, el 30% en el de Coahuila, y concediendo esta participación al 25% de los diputados que integren el Poder Legislativo del estado, y al 25% de los municipios del ayuntamiento o consejo municipal, según sea el caso.

El desarrollo del derecho procesal constitucional estadual en Tlaxcala se ha llevado a cabo de manera inconsistente, al inicio de manera lenta, después con una rapidez inusual, y en estos momentos, casi nula

Dos causas pueden ser primordialmente el origen de esto.

Primero: el posible enfrentamiento que pudiera suscitarse entre el criterio emitido por estos tribunales constitucionales locales y nuestro máximo tribunal a nivel federal, en donde se puede descartar la desventaja de los tribunales constitucionales estatales, ya que al ingresar a temas de carácter constitucional, esto resulta novedoso y desconocido para ellos, y por tal motivo no llevan a cabo el procedimiento de estas figuras prefiriendo que sea la Corte federal

la que marque el sendero o de la pauta a criterios constitucionales, evitando con esto la contradicción antes señalada.

Segundo: la segunda de las causales radica en un auténtico respeto a lo que se ha denominado la teoría de la división de los poderes, y que se enmarca con la independencia y autonomía de cada uno de ellos en su quehacer cotidiano, y que dado el rezago que ha existido para que se cumpla con este objetivo, hace ver que si tales tribunales estatales no poseen estos dos supuestos, difícilmente podrán ser imparciales en cuestionamientos que importan de manera preponderante el respeto a cualquiera de los poderes constituidos. Esto mismo redundaría en la falta de credibilidad respecto a los pronunciamientos que se hagan cuando dichos poderes se encuentran en contradicción, y que además de falta de credibilidad generan desconfianza hacia las instituciones.

Por lo que es importante que los tribunales locales lleven a cabo tales pronunciamientos, y que éstos se encuentren provistos de justicia y equidad para que redunden en beneficio de la sociedad, sociedad ansiosa de justicia pronta, expedita e imparcial.

Es necesario resaltar la frac. VI del art. 81 de la Constitución del Estado de Tlaxcala, el cual hace referencia a las acciones en contra de la omisión legislativa, el cual hace alusión a que el ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el estado, dando como resultado la participación de los ciudadanos en los medios de control constitucional estatal, así como que al pronunciarse el Tribunal Constitucional Estatal en este tipo de acciones en favor de los ciudadanos del estado de Tlaxcala sirve para que el Congreso estatal cumpla con la función natural que tiene encomendada en el texto constitucional de Tlaxcala, y esto, como se ha mencionado, en el sistema federal, constituye una supremacía de un poder sobre otro, situación prohibida en la Constitución federal.

Carlos González Blanco

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (VENEZUELA)

El derecho procesal constitucional en Venezuela, que tiene por objeto el estudio de los procesos y procedimientos de control de constitucionalidad; es decir, mediante los cuales se imparte la justicia constitucional, aun cuando sin esa denominación específica es una disciplina jurídica que se comenzó a desarrollar a partir de la reforma constitucional de 1947, mediante la cual se introdujo en el país un cambio sustancial en el régimen político, estableciéndose las bases de un régimen democrático, que comenzó a asegurar el control judicial del poder; y que luego de una década de dictadura militar, a partir de 1958 refloraría con el desarrollo del modelo de Estado democrático y social de derecho, que se consolidó con la Constitución de 1961.

Fue por tanto, a raíz de la entrada en vigencia de dicha Constitución de 1947, cuando comenzaron a aparecer en la historia de la bibliografía jurídica venezolana los primeros estudios monográficos sobre el tema de la justicia constitucional, con los trabajos del profesor Pablo Ruggeri Parra: *La Supremacía de la Constitución y su defensa. Jurisprudencia del alto tribunal venezolano (1870-*

1940), Tipografía Venezuela, Caracas, 1941, y *Estudio sobre control constitucional*, Editorial Venezuela, Caracas, 1946. A ese estudio le siguió, en 1955, la tesis de grado del profesor José Guillermo Andueza sobre *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1955, trabajo que sin duda fue uno de los primeros estudios modernos sobre el derecho constitucional en el país.

Con posterioridad, después de la entrada en vigencia de la Constitución democrática de 1961, proliferaron los estudios sobre el derecho constitucional, y, en especial, sobre la justicia constitucional, de manera que en 1972 salió publicada la obra del profesor Humberto J. La Roche, sobre *El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1972, 278 pp.; en 1977 se publicó la obra del profesor Allan R. Brewer-Carías sobre *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, 219 pp.; y una década después, en 1983, la obra del profesor Orlando Tovar Tamayo, sobre *El jurisdicción constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983, 149 pp. En 1987, además, se publicó la obra del profesor Allan R. Brewer-Carías, sobre *Estado de derecho y control judicial (justicia constitucional, contencioso administrativo y amparo en Venezuela)*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, 657 pp. A ella le siguió la publicación de la obra del mismo profesor Brewer-Carías sobre *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989; y posteriormente, del mismo autor siguieron otros trabajos sobre justicia constitucional, publicados en dos de los siete tomos de su obra sobre *Instituciones políticas y constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Universidad Católica del Táchira, Caracas-San Cristóbal, 1997 (tomo V. *Derecho y acción de amparo*, 577 pp. y el tomo VI. *La justicia constitucional*, 642 pp.)

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, no solo hubo un nuevo resurgimiento de los estudios de derecho constitucional en general, sino específicamente sobre el tema de la justicia constitucional, lo que se manifestó con la publicación del trabajo del profesor Jesús María Casal, *Constitución y justicia constitucional. Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva carta magna*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2000, 130 pp.; y del profesor Allan R. Brewer-Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, 134 pp. Posteriormente el profesor Brewer-Carías publicó su libro sobre *La justicia constitucional. Procesos y procedimientos constitucionales*, Editorial Porrúa, México, 2007.

Posteriormente, el profesor Brewer-Carías publicó en 2012 su obra sobre *Derecho procesal constitucional. Instrumentos de la justicia constitucional*, editada por Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2012, 628 pp. Una segunda edición de esta obra salió publicada por Ediciones derecho y Ley Ltda. Bogotá, 2013, 614 pp.; y una tercera edición está en curso de edición en 2014 por el Centro de Estudios Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila, con sede en Caracas. Este libro, en realidad, fue el primero que se publicó en Venezuela con el título de “derecho procesal constitucional”. Posteriormente se han publicado sobre el tema los siguientes libros: Humberto Enrique III Bello Tabares, *Sistema de amparo: derecho procesal constitucional. Un en-*

foque crítico y procesal del instituto, Ediciones Paredes, Caracas, 2012, 618 pp.; y Antonio J. Bello Lozano Márquez, *Lecciones de derecho procesal constitucional: procesos judiciales de naturaleza constitucional*, Caracas, 2013, 167 pp.

Por otra parte, después de una multitud de estudios monográficos publicados en revistas jurídicas sobre justicia constitucional y control de constitucionalidad, la expresión “derecho procesal constitucional” fue utilizada en diversos artículos doctrinales, y entre ellos, los siguientes: Jesús María Alvarado Andrade, “La necesaria disputa por el empleo de la expresión derecho procesal constitucional en Venezuela,” *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 146, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, pp. 185-218; Gonzalo F. Pérez Salazar, “Justificación del estudio del derecho procesal constitucional en Venezuela”. *Anuario de Derecho Público*, núm. 2, Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2008, pp. 85-92; y Jesús María Alvarado Andrade, “Hacia la construcción de un derecho procesal constitucional en Venezuela (notas apreciativas críticas sobre nuestro sistema de justicia constitucional)”, *Revista de Derecho Público* núm. 118, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, pp. 21-57.

El Centro de Estudios Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila, fundado en 2012, por otra parte, fue el primer centro de investigación universitario establecido en el país con el propósito de estudiar y divulgar la disciplina del derecho procesal constitucional en Venezuela. El Centro ha organizado congresos internacionales sobre el tema, habiendo publicado los siguientes libros: Gonzalo Pérez Salazar y Luis Petit Guerra (coordinadores), *I Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: los retos del derecho procesal constitucional en Latinoamérica en homenaje al Dr. Román Duque Corredor*, Universidad Monteávila-Centro Venezolano de Derecho Procesal Constitucional-Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011; *La justicia constitucional en el estado social de derecho, en homenaje a Néstor Pedro Sagués*, Universidad Monteávila, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2012, 501pp.; *La justicia constitucional y la justicia administrativa como garantía de los derechos humanos, Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani y en el marco del vigésimo aniversario de Funeda*, Caracas, 2013; siendo todo ese esfuerzo el colorario, a nivel universitario, del inicio del desarrollo de la disciplina, que se originó con la creación de diversos cursos de posgrado sobre derecho procesal constitucional en diversas facultades de derecho de diversas universidades, como la Universidad Monteávila y la Universidad Católica Andrés Bello.

De lo anterior resulta, por tanto, que la disciplina del derecho procesal constitucional, con tal denominación, comenzó a tener desarrollo efectivo después de más de una década de estar en vigencia la Constitución de 1999.

Allan R. Brewer-Carías

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (VERACRUZ)

En México, la institución del control judicial de la constitucionalidad fue introducida en la esfera de las entidades federativas a partir de la Constitución de Veracruz del año 2000, seguida de ejercicios similares en Coahuila y Tlaxcala (2001), Chiapas (2002), Quintana Roo (2003), Estado de México,

Nuevo León (2004), y otros más que se han ido incorporando paulatinamente a partir de novedosos ejercicios de ingeniería constitucional (en la actualidad existen más de veinte estados de la República en contar con mecanismos de control constitucional). Esta tendencia inaugura lo que la doctrina ha denominado “derecho procesal constitucional local” (Ferrer Mac Gregor y Vega Hernández, 2003: 198), que comprende los distintos instrumentos encaminados a proteger, dentro de los Estados federales, descentralizados o autonómicos, la normativa constitucional de sus entidades federadas, provincias o comunidades autónomas, a través de órganos jurisdiccionales especializados. Es así que los sistemas de jurisdicción constitucional locales que vienen floreciendo a partir de la experiencia veracruzana prevén, entre otros instrumentos: a) *Amparos locales*, para la protección de los derechos humanos previstos en sus Constituciones; b) *Acciones de inconstitucionalidad*, para impugnar normas generales expedidas por órganos locales o municipales, otorgando legitimación a múltiples sujetos y organismos; c) *Controversias constitucionales* entre órganos y poderes locales, incluyendo a los municipios; d) *Acción por omisión legislativa, para impugnar la inactividad del legislador local que afecte el cumplimiento de preceptos constitucionales*; e) *Cuestión de inconstitucionalidad, en la cual el juez ordinario local eleva la consulta de constitucionalidad al órgano especializado a efecto de que resuelva si una norma legal o de inferior jerarquía, resulta contraria al texto supremo de la entidad federativa*; f) *Control difuso*, al preverse la posibilidad de que cuando la autoridad jurisdiccional considere en su resolución que una norma es contraria a la normativa suprema local, deberá declarar de oficio su inaplicabilidad para el caso concreto, existiendo la posibilidad de que el Tribunal Superior de Justicia revise la resolución respectiva de forma definitiva e inatacable; g) *Control previo*, cuando se somete al órgano jurisdiccional especializado algún proyecto de norma por estimarlo contrario al texto supremo, a efecto de que pueda ser modificado antes de entrar en vigor; y h) *Acción por el no ejercicio de la acción penal, de reserva de la averiguación previa o de resoluciones de sobreseimiento* que dicten los jueces con motivo de las peticiones de desistimiento que formule el Ministerio Público. Ahora bien, por cuanto hace al diseño institucional de los órganos encargados del control constitucional local tenemos que resultan relevantes los modelos adoptados, pues en algunos casos dicha función es realizada por los plenos de los tribunales superiores de justicia; por una sala constitucional; o incluso por un tribunal constitucional (Astudillo, César y Casarín León, 2010: 145 y ss). Para el caso de la entidad veracruzana, tenemos que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia, actuando como tribunal constitucional, conocerá de los siguientes asuntos: a) controversias constitucionales que surjan entre dos o más municipios; uno o más municipios y el Poder Ejecutivo o Legislativo, y entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los poderes Ejecutivo, Legislativo, o de los municipios, y la resolución del Pleno del Tribunal Superior de Justicia las declare inconstitucionales, ésta tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por las dos terceras partes de sus miembros, y surtirá efectos a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Estado*; b) acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes o decretos que se consideren contrarios a la Constitución local, debiendo ejercitarse dentro de los 30 días siguientes a su promulgación

y publicación por el gobernador del estado o, cuando menos, la tercera parte de los miembros del Congreso local, requiriendo la misma votación calificada como en el caso de las controversias constitucionales, para que se declare la invalidez de la norma con efectos generales; c) acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución Política del estado, y que interponga el gobernador o, cuando menos, la tercera parte de los ayuntamientos. La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Estado*; en la misma se determinará un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso local, para que expida la ley o el decreto respectivo. Si transcurrido este plazo no se atendiera la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deberán sujetarse las autoridades en tanto se expide dicha ley o decreto. Por su parte, la Sala Constitucional, integrada por tres magistrados, tiene competencia para: a) conocer y resolver el juicio para la protección de derechos humanos por actos o normas de carácter general que conculquen los derechos humanos que el pueblo veracruzano se reserve, provenientes del Congreso o gobernador del estado, y de los titulares de las dependencias o entidades de la administración pública estatal y municipal, así como de los organismos autónomos del propio estado; b) conocer y resolver en única instancia, de las resoluciones del Ministerio Público sobre la reserva de la averiguación previa, el no ejercicio de la acción penal y las resoluciones de sobreseimiento que dicten los jueces con motivo de las peticiones de desistimiento que formule el órgano ministerial; c) sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y acciones por omisión legislativa, así como formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal, y d) dar respuesta fundada y motivada a las peticiones formuladas por las demás salas, tribunales y jueces del estado, cuando tengan duda sobre la constitucionalidad o aplicación de una ley local en el proceso sobre el cual tengan conocimiento. Las peticiones tendrán efectos suspensivos, y deberán ser desahogadas en un plazo no mayor de 30 días naturales. La Sala tendrá la facultad de desechar de plano las peticiones cuando se advierta de manera manifiesta que no tienen trascendencia en el proceso. Los particulares no podrán hacer uso de esta facultad. Como podemos apreciar, en el estado de Veracruz el control constitucional es compartido entre la Sala Constitucional y el Pleno del Tribunal Superior de Justicia. La primera tiene competencia para actuar como órgano especializado y terminal de naturaleza constitucional, únicamente en las hipótesis del juicio para la protección de derechos humanos y en la consulta que realicen los demás jueces sobre la constitucionalidad de una norma local en un proceso concreto. En los demás casos, es decir, tratándose de controversias y acciones de inconstitucionalidad, incluyendo a la omisión legislativa, su papel se reducirá a órgano de instrucción al sustanciar y elaborar el proyecto de sentencia definitivo que será resuelto por el Pleno. Existen en la actualidad algunos factores que han condicionado la eficacia y legitimidad de los sistemas de control constitucional locales, destacándose entre ellos la ausencia de bases mínimas en la Constitución general, que permita por un lado homogeneizar un conjunto de mecanismos de defen-

sa integral de los textos fundamentales estatales, así como la delimitación y debida articulación de aquéllos con los instrumentos de control constitucional federales, como es el caso del juicio de amparo.

Manlio Fabio Casarín León

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (YUCATÁN)

Su primera manifestación es la consabida y notoria impronta del juicio de amparo en la Constitución yucateca de 1841, obra de don Manuel Crescencio Rejón y Alcalá, así como su posterior federalización virtud a la cruzada que emprendió don Mariano Otero. Sin embargo, durante más de siglo y medio el sistema constitucional yucateco fue ayuno en establecer procedimientos jurisdiccionales para el control de la carta magna local; así, la carestía de un juez constitucional denotó la inexistencia en la entidad de una Constitución, como verdadera norma jurídica.

Siguiendo la inercia del estado de Veracruz (2000) y de otras entidades como Coahuila (2001), Tlaxcala (2001), Guanajuato (2001), Chiapas (2002), Quintana Roo (2003), Nuevo León (2004) y el Estado de México (2004), en 2010 el Congreso del Estado de Yucatán aprobó diversas reformas a la Constitución de la localidad, que en lo que nos atañe dotó al Pleno del Tribunal Superior de Justicia de facultades para erigirse en un auténtico tribunal constitucional, con jurisdicción para conocer de procedimientos tendentes a conseguir la regularidad constitucional estatal. Debe destacarse que el actual Pleno está conformado por once magistrados.

Dichos medios de control son: a) la controversia constitucional; b) la acción de inconstitucionalidad; c) la acción por omisión legislativa o normativa, y d) el control previo de constitucionalidad respecto de proyectos de ley aprobados por el Congreso. A continuación esbozaremos cada uno de ellos.

Controversia constitucional. Su objeto es resolver los conflictos de carácter competencial que surjan entre diferentes órganos de gobierno que pertenecen a órdenes distintos, así como entre órganos que forman parte del mismo orden del régimen interno del estado, con base en lo dispuesto por la Constitución yucateca, sin perjuicio de las controversias constitucionales, que le compete resolver de manera exclusiva a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esa confrontación competencial puede darse entre: 1. El estado y los municipios; 2. El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; 3. Dos o más municipios del estado, siempre que no se trate de cuestiones relativas a sus límites territoriales, y 4. Uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros organismos o poderes del estado o municipios. Se excluye expresamente a las cuestiones de índole electoral. Se considera como innovación que dos municipios de una misma entidad federativa ventilen sus diferencias ante un tribunal constitucional, pues éste es un supuesto no comprendido por la carta magna federal en el art. 105, frac. I. Cuentan con legitimación activa: el Poder Ejecutivo; el Poder Legislativo; los municipios (y sus órganos) y los organismos públicos (autónomos y otros). A pesar de que el inciso d) del art. 70, frac. I, de la Constitución yucateca indica que la controversia podrá darse entre “Uno o más organismos públicos autónomos y otro u otros organismos o poderes del

Estado o Municipios”, ello no legitima al Poder Judicial estatal para promoverlo, así como tampoco sería procedente contra actos del Poder Judicial, pues éste es el árbitro, y no puede ser juez y parte. Los plazos para promover serán: a. Cuando verse sobre actos, de treinta días contados a partir del día siguiente al que surta efectos la notificación de la resolución; al que se haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución; o al que el actor se ostente sabedor de los mismos, y b. Cuando se trate de normas generales, de treinta días contados a partir del día siguiente a la fecha de su publicación o al día siguiente al que se produzca el primer acto de aplicación de la norma.

Acción de inconstitucionalidad. Procede contra normas de carácter general, estatales o municipales que se consideren contrarias a la Constitución Política del estado. La legitimación activa recae en: a) el Ejecutivo del estado; b) el Fiscal General del estado; c) el 33% de los integrantes del Congreso, en contra de las disposiciones de carácter general aprobadas por los ayuntamientos; d) el 33% de los regidores del municipio en contra de las disposiciones de carácter general aprobadas por el ayuntamiento, y e) los organismos públicos autónomos, por conducto de quien le represente legalmente, con relación a la materia de su competencia. Llama la atención que el 33% del Congreso estatal solo puede impugnar normas municipales aprobadas por los ayuntamientos, mas no disposiciones estatales (empero, sí puede ejercer el control previo), en tanto que el Ejecutivo y el Fiscal General no tienen ese límite; los órganos públicos autónomos, únicamente podrán activar el procedimiento cuando la norma corresponda al ámbito de su competencia. Se considera novedoso que al 33% de los regidores se les conceda acción para impugnar normas del propio municipio. El plazo para ejercer la acción es dentro de los treinta días naturales siguientes al de publicación de la norma. Las resoluciones del Pleno del Tribunal Superior de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueran aprobadas por al menos las dos terceras partes de sus miembros, y surtirá efectos a partir de su publicación en el órgano de difusión oficial del estado.

Acción contra la omisión legislativa o normativa. Es un mecanismo que procede por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados por la Constitución yucateca el Congreso, el gobernador y los ayuntamientos. El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el estado (es el único medio de control en donde se legitima a ciudadanos para instarlo). Se podrá promover dentro de los treinta días siguientes a que haya vencido el plazo otorgado para expedir alguna disposición de carácter general. La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y decrete la existencia de omisión legislativa o normativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en el órgano de difusión oficial del estado. La resolución del Pleno, respecto a omisiones del Congreso del estado, otorgará un plazo que comprenda dos periodos ordinarios de sesiones para que éste emita la ley, decreto o acuerdo omitido. Si se trata de omisiones del Poder Ejecutivo o de los ayuntamientos, se otorgará un plazo de seis meses para subsanar la omisión.

Control previo de constitucionalidad. Es procedente respecto de la constitucionalidad de los proyectos de ley aprobados por el Pleno del Congreso del

estado y hasta antes de su promulgación y publicación. Se encuentran legitimados para activarlo el gobernador; el treinta y tres por ciento de los integrantes del Congreso; el Fiscal General del estado; los Titulares de los organismos públicos autónomos y los presidentes municipales en el ámbito de su competencia. Las decisiones del Pleno del Tribunal Superior de Justicia, adoptadas por medio del voto de las dos terceras partes de sus integrantes, en la que estime la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los proyectos de ley aprobados por el Pleno del Congreso del estado, serán obligatorias para éste.

La Procuraduría General de la República reclamó en sendas acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (8/2010 y 11/2011) los aludidos medios de control; no obstante, su validez ha sido declarada por ese alto tribunal. A la fecha únicamente se ha activado la jurisdicción constitucional local en dos ocasiones, vía *controversia constitucional*. La primera de ellas derivó de un conflicto entre el Congreso del estado y el Ayuntamiento de Tinum (1/2011), mediante la cual se abordó el tema del cambio de cabecera de un municipio; la segunda, generada por un diferendo entre el Tribunal de Justicia Electoral y Administrativa del estado y el Consejo de Notarios (1/2012), que abordó el tema de la legitimación pasiva del Poder Judicial en esa especie de asuntos (cuenta habida que el tribunal demandado se encuentra incardinado en el Poder Judicial del estado). Se confía en que, una vez que ya han sido validados por la Corte tales procesos constitucionales, la sociedad yucateca y los entes correspondientes acudan con mayor frecuencia a dicha importante instancia, que favorece a la construcción de un Estado democrático de derecho, al régimen federal de competencias y a la vinculación jurídica de los ordenamientos constitucionales.

Jorge Rivero Evia

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

El concepto de derecho procesal constitucional de la libertad es sinónimo de jurisdicción constitucional de la libertad, que puede definirse, entendida *lato sensu*, como el conjunto de procesos de carácter específico y tramitación sencilla y expeditiva, previstos en los ordenamientos jurídicos nacionales y en el internacional (en sentido propio, es la jurisdicción internacional de la libertad), para la tutela efectiva de los derechos fundamentales y de los que conocen todos o algunos de los órganos judiciales de ese país (dimensión objetiva): recurso o juicio de amparo, acción de tutela, *hábeas corpus*, *hábeas data*...

Ahora bien, el derecho procesal constitucional de la libertad no debe identificarse, de una manera simplista, con la existencia de una garantía equivalente al amparo ante el tribunal o sala constitucional, sino que, más allá de ello, y salvo en los países de pequeñas dimensiones, lo verdaderamente esencial es la existencia de uno o varios procedimientos judiciales expeditivos específicos para la tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, quienes han de tener la primera palabra al respecto, sin perjuicio de que luego corresponda, como resulta altamente conveniente, a un tribunal

constitucional, donde lo haya, o al menos a un tribunal supremo, pronunciar la “última palabra” en determinados casos más o menos excepcionales.

Desde una perspectiva subjetiva y complementaria, puede también entenderse que el concepto hace referencia a los órganos jurisdiccionales encargados de dar efectividad a tales garantías procesales.

Por tanto, el derecho procesal de la libertad es un concepto que, al quedar ceñido a los procesos específicos y expeditivos de tutela, es más restringido que el de justicia constitucional de la libertad (en el que cabría incluir, sin más, a los *Ombudsmen* o al jefe del Estado, por ejemplo) y, obviamente, que el concepto de defensa de la Constitución, en el que las dos anteriores se incluirían.

El concepto, o al menos la terminología, de “jurisdicción constitucional de la libertad” fue acuñado, como enseguida veremos, por Mauro Cappelletti (1955) en su libro *La giurisdizione costituzionale delle libertà*; pero es lo cierto que su valiosa obra no entra apenas en el estudio de la jurisdicción constitucional de la libertad *in genere*, como concepto de teoría de la Constitución, sino que se centra fundamentalmente en el estudio de los recursos constitucionales en la (entonces) República Federal de Alemania, Suiza y Austria. En el mundo jurídico hispano, el concepto de jurisdicción constitucional de la libertad lo ha acogido expresamente Fix-Zamudio, temprano traductor por cierto al castellano de la citada obra de Cappelletti (1961).

Rasgos. Desde una perspectiva de teoría general, los rasgos del derecho procesal constitucional de la libertad serían los siguientes:

- a) Versa sobre mecanismos procesales de protección, sobre procesos.
- b) El objeto de los procesos es la tutela de derechos fundamentales, entendiendo por tales aquellos derechos humanos *incorporados al ordenamiento jurídico (interno o, en su caso, internacional) de que se trate*, lo que conlleva que el catálogo de los derechos fundamentales recibirá en cada ordenamiento un contenido distinto, según cuáles sean los derechos reconocidos, y en función de ello será más o menos amplio el derecho procesal constitucional o jurisdicción constitucional de la libertad de ese país. No obstante, esta remisión a cada ordenamiento para determinar la lista de derechos fundamentales, a fin de no reducir el derecho procesal constitucional a una categoría puramente formal, hay que matizarla en el sentido de que el catálogo de tales derechos ha de comprender, como mínimo, el “núcleo duro” de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- c) Se trata de procesos jurisdiccionales de carácter específico y tramitación expeditiva y sencilla. Si un derecho vale tanto como valen sus garantías, y a los derechos fundamentales, al ser proyección directa de la dignidad de la persona y ser “fundantes” (*Grundrechte*) del ordenamiento jurídico, les corresponde un “mayor valor”, según doctrina ya clásica, es razonable que para garantizar su protección se articulen mecanismos específicos de tutela. El carácter específico de estos procesos para la tutela de los derechos fundamentales impide considerar como parte del derecho procesal constitucional al sistema general de tutela judicial de los derechos (que se garantiza a través del derecho a la jurisdicción), por más que sea un presupuesto para la efectividad de estos derechos fundamentales y de los demás derechos, o la tutela refleja de los derechos fundamen-

tales que puede llevarse a cabo a través del sistema general de control de la constitucionalidad (incluso cuando ese carácter meramente reflejo de tutela es relativo, como ocurre en el control difuso o el concentrado incidental o normativo concreto), o garantías ya completamente ajenas a lo jurisdiccional, como la división de poderes, por ejemplo. La especificidad no ha de ser meramente formal, sino que materialmente hay unos rasgos que han de caracterizar a estos procesos específicos: a) rapidez; b) antiformalismo; c) amplias facultades del juez, especialmente de naturaleza cautelar; d) carácter preferentemente preventivo; e) amplias facultades para hacer ejecutar lo juzgado.

En cuanto a la tramitación sencilla y expeditiva o sumariedad de estos procesos, es también exigencia derivada de ese “mayor valor” de los derechos fundamentales, que requieren de la existencia no solo de procesos especiales de protección de tales derechos, sino que los mismos sean urgentes, preferentes respecto de los medios de tutela general de los otros derechos e intereses legítimos, y centrados simplificadamente en la tutela de esos derechos fundamentales. En este sentido, es paradigmático el procedimiento de *habeas corpus*, que tuvo su origen en el derecho angloamericano, pero que ha adquirido un alcance general, al menos en los ordenamientos de Occidente, como instrumento de tutela de la libertad física. La extensión de procedimientos expeditivos y eficaces de índole más o menos análoga para la protección de todos los demás derechos fundamentales de corte clásico distintos a la libertad física hablará del alcance que en un país o sistema internacional tenga el derecho procesal constitucional de la libertad; y en cuanto a los derechos sociales, es aún más preciso encontrar cauces adecuados y específicos (específicos no ya por contraste respecto de los demás derechos no fundamentales, sino también incluso por referencia a los derechos fundamentales clásicos) de tutela, por más que sea obligado reconocer que los mismos no podrán pretender alcanzar, al menos en la mayor de los casos y en la inmensa mayoría de los países, el mismo nivel garantista que sí es posible para los derechos de la primera generación, debido a los recursos limitados ante todo.

d) Ha de tratarse de procesos de probada efectividad. No basta con que se prevean garantías, sino que es preciso que estas sean mínimamente efectivas y tengan una operatividad real también mínima. Especialmente necesario es que brinden la necesaria tutela en un tiempo cuando menos razonable. Con ello se hace referencia a datos en parte sociológicos y que, en otra parte, pueden obtenerse a través de un análisis de las decisiones judiciales y su contenido. No obstante, debe aclararse que el porcentaje de amparos admitidos por los tribunales constitucionales (que no suele ser superior al 2%, y en Alemania lleva a hablar en la práctica forense y hasta en la doctrina de una *Verfassungsbeschwerde* o recurso de amparo *aussichtslos*, “sin esperanza”), como tampoco el porcentaje de asuntos relativos a derechos constitucionales de que llega a conocer finalmente el Tribunal Supremo de USA por medio del filtro del *writ of certioraty*, no es un criterio válido para juzgar la efectividad del sistema de garantías, que donde han de mostrar su operatividad real y cotidiana es sobre todo ante la jurisdicción ordinaria.

e) Procesos garantistas de naturaleza nacional (y preferentemente constitucional) o internacional. La mayor parte de las garantías de los derechos

fundamentales, y en las que en todo caso descansa el núcleo del sistema tutelar de los mismos, son las garantías nacionales. Dentro de ellas es un requisito relativo, aunque de extraordinaria importancia, el de su carácter constitucional, pues no necesariamente las garantías han de tener ese rango, aunque desde luego ésta constituya la situación ideal, por cuanto supone una manera de asegurar su permanencia y de su inalterabilidad frente al legislador, permitiendo que los derechos fundamentales se muestren jurídicamente como *Diktaturfestige* (“resistentes a la dictadura”).

Por otra parte, y en relación ya con los procesos internacionales para la salvaguarda jurisdiccional de los derechos fundamentales, tanto en un plano regional como en uno universal, la garantía de tales derechos tropieza con dos dificultades: la soberanía nacional y el puesto del individuo en el derecho internacional. A estos dos problemas se une la falta efectiva de órganos jurisdiccionales que configuren los hechos originarios de las transgresiones o de órganos centralizados que apliquen las sanciones. La soberanía es un obstáculo de difícil superación para la creación de normas obligatorias para los Estados en materia de derechos fundamentales, y más aún en lo que se refiere a sus garantías, siendo ello especialmente cierto en los países descolonizados. Los Estados admiten aún con gran dificultad una autoridad judicial superior, extraestatal, que pueda imponer sus decisiones, y mucho menos que los particulares puedan acudir, tras haber agotado los recursos del derecho interno, a esas instancias superiores a intentar la satisfacción de sus pretensiones. Las garantías de carácter internacional que interesan, hoy por hoy, a los efectos del concepto de derecho procesal “constitucional” de la libertad son algunas de dimensión regional (en particular, el “amparo europeo” ante el Tribunal de Estrasburgo), y ello porque, pese a todos los avances y a la relevancia de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de alcance universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, especialmente), no hay en este ámbito al día de hoy mecanismos de garantía que reúnan las condiciones mínimas para configurar lo que aquí se entiende por derecho procesal constitucional de la libertad.

f) Procesos tendentes a la protección frente a la violación o amenaza tangible de vulneración (de los derechos fundamentales) por los poderes públicos o por los particulares.

Las garantías procesales tienen siempre carácter terapéutico o remedial, constituyen el momento de crisis o peligro del derecho subjetivo, no son su momento habitual y constante, sino el momento, excepcional, en que el derecho fundamental se halla en un peligro, bien porque se ha producido su violación y se trata de ponerle fin de manera inmediata, obteniendo la correspondiente indemnización y dejando liso el camino para la continuidad en su ejercicio, removiendo los obstáculos precisos para ello; bien porque meramente se ha producido una amenaza tangible de lesión del derecho fundamental que justifica la adopción de medidas preventivas o precautorias frente a esa eventual violación.

Ahora bien, la lesión o amenaza de violación en puridad, más que un presupuesto *stricto sensu* de las garantías mismas, se trata de un presupuesto para su *aplicación*, pues esta tendrá muy frecuentemente por objetivo determinar si

hubo esa amenaza o violación al derecho en que el peligro, actual o potencial, consiste; basta, pues, con afirmar la existencia de una lesión o una amenaza para que sea posible hacer uso de las garantías del derecho. Distinto es que, en abstracto, conceptualmente, sea preciso que exista esa lesión, actual o al menos potencial, pero esa será normalmente una cuestión precisamente a dilucidar.

Por otra parte, la lesión tanto puede provenir de los poderes públicos *lato sensu* como de los propios particulares. Sin duda, junto a aquellos casos en que se prevea una tutela directa frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho fundamental por particulares habrá países en que las garantías no se extiendan a la protección frente a los particulares, y otros en los que la protección no sea directa, sino por vía indirecta, mediante el control de las resoluciones judiciales que no reparan la violación de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados* (doctrina de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales: *mittelbare Drittwirkung* en Alemania, o doctrina norteamericana de la “*state action*”). La Situación ideal, en todo caso, está en una extensión de la jurisdicción constitucional de la libertad a las relaciones entre particulares, siempre, obviamente, que la naturaleza del derecho lo consienta, de modo que también en ese ámbito funcionen garantías procesales específicas, pues también entonces los derechos en juego son derechos de un valor especial, verdaderamente fundamentales, sin que el hecho de que la lesión provenga de otro particular justifique una tutela menos efectiva, mayormente en estos tiempos y en unas sociedades tan complejas como las actuales y de una manera aún más especial en un Estado social.

g) Procesos de garantía cuyo conocimiento y tramitación se atribuye a órganos judiciales nacionales o internacionales. Como ya se ha señalado, desde una perspectiva competencial, es posible diferenciar, por un lado, según la habilitación competencial para conocer de estos procesos corresponda solo al tribunal constitucional u órgano supremo de la constitucionalidad (derecho procesal constitucional de la libertad en sentido reducido), o se extienda a todos o una parte de los tribunales ordinarios (incluyendo, además, en su caso, al tribunal constitucional), que sería el derecho procesal constitucional de la libertad en el sentido lato en que aquí utilizamos el concepto. Y de otro lado, es posible diferenciar entre la tutela específica y sumaria brindada por los tribunales nacionales (incluyendo, en su caso, al tribunal constitucional) a través de los correspondientes procesos, que es lo que constituiría el derecho procesal constitucional de la libertad en sentido propio, y la tutela específica y breve otorgada por determinados tribunales internacionales (singularmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en la medida en que su competencia haya sido reconocida por el país de que se trate, que sería el derecho procesal “constitucional” internacional de la libertad, respecto del que no puede desconocerse que si bien se refiere a una tutela internacional, es claro que existe por virtud de un reconocimiento “nacional” de dicha instancia judicial internacional y que su objeto son derechos que, en su mayoría, gozarán también de rango constitucional, más allá de que algunos autores consideren incluso que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos son “tribunales constitucionales”. Lo importante es que di-

chos tribunales, nacionales o internacionales, gocen de un estatuto mínimo de independencia e imparcialidad que permita considerarlos *in genere*, de hecho y de derecho, como verdaderos tribunales, como una auténtica jurisdicción.

Joaquín Brage Camazano

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL GENERAL

La expresión “derecho procesal constitucional” tiene tres significaciones. Por una parte se utiliza para identificar el conjunto normativo diferenciado del ordenamiento jurídico (normas procesales de origen constitucional o derivadas de ellas). Así se habla, por ejemplo, de leyes de jurisdicción constitucional, leyes orgánicas de tribunales constitucionales o recientemente de códigos procesales constitucionales. También se utiliza para significar las actuaciones procedimentales que realizan los órganos de justicia constitucional, particularmente las realizadas por las jurisdicciones especializadas (tribunales, cortes o salas constitucionales), pero también las actuaciones o técnicas procesales de jueces ordinarios que ejercen control de constitucionalidad de las leyes en sus variadas formas y matices. Una tercera connotación refiere a su carácter científico; es decir, a la disciplina que estudia de manera sistemática la jurisdicción, magistratura, órganos, garantías, procesos, principios y demás instituciones para la protección de la constitución desde la ciencia del derecho.

Bajo esta última significación se advierten diversidad de posturas y enfoques contemporáneos, esencialmente focalizados con su denominación, su naturaleza jurídica y el contenido de la disciplina. Un primer problema deriva en el *nomen iuris* que debe atribuirse a la disciplina jurídica encargada del estudio del control de constitucionalidad de las leyes y en general de la supremacía constitucional. Así, se suele referir al “derecho procesal constitucional” como sinónimo de “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”.

Con independencia de las diferencias que pudieran derivarse de estas expresiones, las dos últimas anteceden a la primera. En el trabajo fundacional de Kelsen sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (París, 1928), hace referencia en múltiples ocasiones a los vocablos “justicia constitucional” (incluso en el subtítulo) o “jurisdicción constitucional” sin diferencias aparentes, para referirse al sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales. Estas expresiones entraron al lenguaje habitual de los juristas desde los primeros estudios que analizan las tiernas experiencias de la jurisdicción constitucional concentrada (Austria, Checoslovaquia y España). Particularmente la terminología encontró eco a partir de la segunda posguerra, conforme se fueron afianzando los tribunales constitucionales en las nuevas democracias europeas y fueron apareciendo los estudios especializados. Desde entonces, la mayoría de los autores utilizan ambos términos sin distinciones, y son pocos los que justifican su preferencia a favor de uno u otro. Algunos prefieren la expresión “justicia constitucional”, por ser más amplia en su contenido (si se considera la diversidad de funciones “no jurisdiccionales” que hoy tienen los tribunales constitucionales), mientras que la “jurisdicción constitucional” la entienden limitativa, al centrarse en el órgano concentrado de control de constitucionalidad de las leyes. En cambio,

otros consideran demasiado amplio aquel concepto (pues el término “justicia” entra al campo filosófico), y prefieren el de “jurisdicción constitucional”, al centrarse en el aspecto propiamente “judicial” del control constitucionalidad de las leyes, de tal manera que con la expresión “jurisdicción constitucional” estiman que abarca tanto al órgano “concentrado” como aquellos sistemas con control judicial “difuso” y también los “mixtos” y “paralelos”.

En cambio, la expresión “derecho procesal constitucional” surge con posterioridad, siendo utilizada por vez primera por el jurista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, como naciente “rama procesal”, tal y como lo demuestran sus pioneros trabajos en su exilio en Argentina (1944-45) y en México (1947). Precisamente en este último país surgen los trabajos sistemáticos de su discípulo Fix-Zamudio (1955-56), bajo el calor del procesalismo científico de la época, quedando desde entonces reflejada esta corriente. A partir de los años ochenta se divulga especialmente en Latinoamérica, donde se ha desarrollado una doctrina especializada, se han formado institutos (por ejemplo, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional), y se han creado cursos universitarios con esa precisa denominación. Así, con el ánimo de aclarar conceptos, un sector de la doctrina estima que en el fondo las expresiones “justicia constitucional” y “derecho procesal constitucional” no son incompatibles, y más bien resultan complementarias en la medida en que la primera se refiere al conjunto de instrumentos tutelares de la constitución que conforman el contenido del “derecho procesal Constitucional”, siendo esta última la disciplina científica que los estudia.

En realidad, el problema de la denominación se encuentra íntimamente vinculado a otro problema relevante: el de la *naturaleza jurídica* del derecho procesal constitucional. En general existen en la actualidad dos posturas divergentes: la europea, que la considera como una parcela de estudio del derecho constitucional, bajo la denominación mayoritaria de “justicia constitucional”. Esta óptica ha tenido una significación sobresaliente desde la dogmática constitucional y particularmente derivado del análisis científico de las sentencias constitucionales. La segunda postura, en plena formación, y que podríamos denominar “corriente latinoamericana”, se viene desarrollando paulatinamente con una perspectiva distinta y como consecuencia natural del desenvolvimiento de las distintas ramas procesales. Esta vertiente defiende la “autonomía científica” del derecho procesal constitucional como una nueva manifestación del derecho público, con dos variantes: la que predica la “autonomía mixta”, considerando que deben emplearse en su estudio los principios, instituciones, metodología y técnicas del derecho constitucional y del derecho procesal; y la que postula su “autonomía procesal”, que partiendo de la teoría general del proceso, se considera deben construirse sus propias categorías, principios e instituciones, como lo han realizado las distintas ramas procesales, si bien con un acercamiento importante al derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada entre los juristas latinoamericanos y la que se ha ido paulatinamente consolidando. Bajo esta perspectiva, si bien se fundamenta en su aceptación como una disciplina procesal autónoma, los vasos comunicantes con el derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias

sustantivas (procesal civil o procesal penal, respecto al derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que sus categorías esenciales suelen encontrarse en la propia ley fundamental.

Un tercer problema se dirige al *contenido o superficie* del derecho procesal constitucional. Existe una corriente elaborada en los años setenta, que ha tratado de ahondar en las delimitaciones entre lo “procesal” y lo “constitucional” (Fix-Zamudio). Esta postura parte de las ideas de Couture sobre las garantías constitucionales del proceso civil (1946-1948), para proponer la distinción entre dos disciplinas limítrofes y estrechamente vinculadas: el “derecho procesal constitucional” (como rama procesal) y el “derecho constitucional procesal” (como sector del derecho constitucional). La primera, al estudiar los órganos, garantías e instrumentos procesales para la salvaguardia de la Constitución. La segunda comprende las categorías procesales elevadas a rango constitucional, como la jurisdicción, las garantías judiciales (estabilidad, inamovilidad, remuneración, responsabilidad, etc.) y las garantías de las partes (acción procesal, debido proceso, etc.). Cuestión no pacífica en la doctrina contemporánea, al existir también posturas “amplias” que ubican las anteriores categorías en una sola.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL ORGÁNICO

Es la rama del derecho procesal constitucional (en lo sucesivo “DPC”) dentro de la que se aglutinan las garantías constitucionales o instrumentos procesales a través de los cuales se procura que el diseño del Estado y la distribución de competencias para tal efecto señaladas en la norma constitucional sea hecho efectivo. En la terminología del maestro Fix-Zamudio, precursor en estas temáticas, el derecho procesal constitucional orgánico (DPCO) es lo que originalmente denominaría “jurisdicción constitucional orgánica”; concepto que en su sistematización se entiende en oposición a la “jurisdicción constitucional de la libertad”, como segmento que agrupa aquellos instrumentos que tienden a proteger los derechos o libertades (Fix-Zamudio 1998). Para el maestro en cita, el ahora referido DPCO comprende las garantías constitucionales tendentes a proteger directamente los principios y normas que consagran la distribución competencial del poder.

La distinción subyacente, antes aludida, en el concepto de DPCO refleja la tradicional dicotomía constitucional que identifica como contenidos constitucionales, por un lado, los derechos fundamentales (antes referidos como “garantías individuales”), conocida en su conjunto como parte “dogmática”; y, por otro lado, la diversa parte “orgánica” de la Constitución. Conforme a esta dicotomía, la parte orgánica de la Constitución es aquella donde se diseña y organiza el Estado mismo y se delinean los trazos sobre los que se ejercerá el poder público.

En principio, parecería que son los órganos componentes del Estado quienes podrían reñir entre sí por el irrespeto a la parte organizacional de la Constitución; y, en tal virtud, es la controversia constitucional (CC) la vía natural que comprendería este tramo del DPC, pues ese es su objeto natural

o de origen. El maestro Fix-Zamudio ha considerado que en esta categoría se ubica dicho medio de control, y también las acciones de inconstitucionalidad, medios previstos, respectivamente, en las fracs. I y II del art. 105 constitucional. Más aún, la inclusión de las acciones de inconstitucionalidad en esta categoría amerita un comentario adicional; y cabe también considerar que hay otros instrumentos o procesos judiciales que pueden quedar considerados como parte del DPCO.

En efecto, la Constitución y la jurisprudencia han reconocido la posibilidad de que otros sujetos, de derecho público o particulares, puedan resentir que los órganos del Estado irrespeten los límites de su propio ámbito competencial y les han reconocido el derecho de acudir a tribunales a hacer efectivo ese derecho constitucional, de ahí que pueda señalarse —no sin dejar de insistir en que podría generarse alguna polémica— que hay otros medios de control constitucional que podrían clasificar con lo que venimos denominando DPCO (Hernández Chong Cuy 2011).

Esos otros medios para la resolución de conflictos que involucran la defensa o, más bien, hacer efectiva la parte organizacional o competencial de la Constitución son:

a) El conflicto de competencia entre órganos jurisdiccionales de distintos fueros. Este conflicto es raramente referido como una cuestión de control constitucional, pero sin duda es un conflicto competencial que tiene un origen constitucional, porque se presenta entre órganos del Estado que disputan cuestiones competenciales, que tiene como fuente su distinta interpretación de los arts. 73, 104 y 124 constitucionales. Se trata de un medio previsto constitucionalmente para que, ante la duda de a qué tribunales (“fuero judicial”) corresponde juzgar un asunto, esto pueda ser aclarado por los propios tribunales, generalmente por un tercer tribunal. Corresponde, en origen, su conocimiento a la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, en virtud de sus facultades para dictar acuerdos generales, es una atribución que desde 2001 ha sido delegada por Acuerdo General (con base en el art. 94 constitucional) a los tribunales colegiados de circuito.

b) El juicio de amparo por invasión de esferas. También llamado “amparo por invasión de esferas”, previsto en el art. 103, frac. III, de la Constitución, es una vía que *siempre que medie una afectación directa a un particular* —que es la cualidad distintiva del juicio de amparo—, se puede resolver si una autoridad actuó en detrimento o uso de facultades que le corresponden a otra, a propósito de un acto o ley que sea la que en particular haya sido impugnada en juicio. El conflicto en estos casos no se presenta ciertamente como una contención entre dos órganos políticos, sino más bien en un conflicto que tiene el particular (gobernado) con la autoridad, en tanto aquél considera que una cuestión competencial le causa agravio; pero se genera y se resuelve en clave y con base competencial (derecho constitucional organizacional).

c) La acción de inconstitucionalidad. Es una vía a través de la cual se estudia la conformidad de una norma con la Constitución, en la que la jurisprudencia ha admitido que, a merced de la revisión constitucional de la norma impugnada, se pueda verificar si el órgano Legislativo emisor actuó o no dentro de su esfera de competencias invadiendo la de otros. En efecto, se

ha sostenido que en tal vía se pueden estudiar: i) la regularidad del proceso legislativo del que emana la norma; ii) vicios de competencia o incompetencia para la expedición de la ley, y iii) el contenido de la ley por sí mismo. Esto significaría que la acción de inconstitucionalidad, según se presente de caso en caso, puede fungir como medio del DPCO o del DPC de la libertad.

En el *sentido amplio* a que ha venido aludiendo a litigios de orden competencial u orgánico como sinonimia del DPCO los medios antes referidos tienen como materia de los mismos un elemento jurídico de orden competencial sobre el que los tribunales habrán de pronunciarse que, además, podrá ser determinante en la decisión judicial del caso y en la interpretación judicial de la parte organizacional de la Constitución.

Desde esta perspectiva, dentro del DPCO se podrían diferenciar aquellos medios que tienen por objeto salvaguardar un nicho competencial por sí mismo, o entre los que subyace un conflicto competencial en *sentido estricto* (entre los que ubicaríamos a la CC y conflictos de competencia entre fueros judiciales); de aquellos que tengan por objeto mediato (no inmediato) salvaguardar una esfera jurídica propia de derechos (juicio de amparo), criterio desde el cual la acción de inconstitucionalidad, dadas sus múltiples funciones, sería de subclasificación contingente.

Más aún, dentro de los conflictos competenciales en sentido estricto podríamos proseguir distinguiendo en tipos más específicos de estos, como son: i) conflictos de orden “vindicativo”, que serían aquellos en los que se hace valer que el demandado está realizando, casi a modo de usurpación, una facultad que corresponde a quien la demanda; ii) en forma de “incompetencia”, en los que acusa al demandado de no tener competencia para actuar como lo ha hecho, *pero sin que quién demanda necesariamente vindique para sí la facultad en cuestión*, o iii) de forma “invasiva”, en los que no se niega que el demandado pueda actuar en determinado rubro pero sí se le acusa de estar excediéndose en de lo que son los límites a las mismas (Hernández Chong Cuy 2011).

En México, estas distinciones no son de gran trascendencia, aunque son útiles pedagógicamente; pero en el DPC comparado no se trata de distinciones meramente teóricas, sino de alcances legales mayores. Por ejemplo, en otros países es necesario que en un conflicto competencial se haga valer una “vindicatio” para que se pueda considerar viable el juicio (García Roca 1993) (López Bofill 1999).

Lo antes dicho tiene como punto de partida que el respeto a los ámbitos de competencia de cada órgano del Estado no solo es exigible entre ellos mismos, sino también por quienes resulten por ello afectados en tanto se trata *a la vez* de un derecho de todos; de ahí que si este es nuestro punto de partida, resulte explicable que las fronteras entre ambas categorías del DPC puedan tener cierta flexibilidad.

María Amparo Hernández Chong Cuy

DERECHO PROCESAL ELECTORAL

Como imprescindible nota introductoria cabe señalar que el derecho electoral en México adquirió nuevo impulso, características y motivos, a par-

tir de la reforma de 1977 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y la expedición de la Ley de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales de ese año. Especial relevancia tuvo, en la teoría y en la praxis político-electoral, la institución del recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), para impugnar las determinaciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, respecto de la calificación política de la elección de diputados federales.

Dada la determinante participación de la “sociedad civil” en la vida político-electoral de México, esta nueva etapa del derecho electoral se ha caracterizado por las múltiples reformas, adiciones y derogaciones a la CPEUM, en materia electoral, y a la legislación electoral ordinaria, tanto sustantiva como adjetiva, hasta modificar y adicionar incluso a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) en 1996 y 2008.

Prueba de esta dinámica legislativa son las modificaciones a la CPEUM en 1986, 1990, 1993, 1994, 1996, 2007, 2011 y 2012, con la correlativa expedición del Código Federal Electoral en 1987 (CFE) y el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (CFIPE) de 1990 y de 2008, con sus reformas en 1993, 1994 y 1996, así como la promulgación de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral de 1996 y sus reformas de julio de 2008.

Esta dinámica legislativa, sustentada en la realidad político-electoral de México, en los últimos 25 años del siglo XX y en los primeros doce años del siglo XXI, ha dado origen y consolidación a un nuevo apartado del derecho procesal mexicano, identificado como “derecho procesal electoral”, que se ha desarrollado lentamente en la academia en general y en la producción bibliográfica en especial.

En cambio, en la cotidiana práctica jurisdiccional la evolución ha sido permanente, acelerada y de contenido evidente, incluso a partir de la institución del Tribunal de lo Contencioso Electoral, con la reforma al art. 60 de la CPEUM en diciembre de 1986 y la promulgación del CFE, en febrero de 1987.

Esta evolución se ha dado tanto en la legislación constitucional y ordinaria como en la jurisprudencia del Tribunal Federal Electoral (1990-1996) y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF: 1996-2013), a pesar de la jurisprudencia de la SCJN que negó, por fortuna temporalmente, a la máxima autoridad jurisdiccional electoral la facultad de determinar la inaplicación de una norma legal, por ser contraria a la CPEUM.

Estas tesis de jurisprudencia de la SCJN provocaron que la Sala Superior del TEPJF procediera a resolver los juicios y recursos de su competencia, recurriendo a la interpretación constitucional conforme y, cuando ello era insuficiente, a dictar sentencia en términos de lo previsto en los tratados tuteladores de derechos humanos, celebrados por el presidente de la República, con aprobación de la Cámara de Senadores, que tienen naturaleza de ley suprema de la Federación, en términos del art. 133 de la CPEUM.

La reforma de 2007 al art. 99 de la CPEUM restituyó literalmente al TEPJF la facultad de declarar, al resolver un específico medio de impugnación

electoral, la inaplicación de un precepto legal, por considerarlo inconstitucional, lo cual ha coadyuvado a la acelerada y evidente evolución del derecho procesal electoral, enriquecido en el año 2011 con la reforma al art. 1o. de la CPEUM, en materia de derechos humanos, imponiendo a las autoridades, jurisdiccionales y administrativas, el deber de interpretar las leyes conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, con la intención siempre de proporcionar a las personas la protección más amplia.

Antes de definir este nuevo apartado del derecho procesal es necesario tener presente las diversas acepciones de la voz “derecho”, tanto en su contenido normativo, como sistema de normas jurídicas legisladas, consuetudinarias y jurisprudenciales, incluidos los principios generales del derecho, como en su sentido subjetivo, como facultad prevista en una norma jurídica, para observar determinada conducta o para exigir de otro una conducta determinada y, finalmente, como ciencia, cuyo objeto de estudio son los sujetos de derecho, con y sin personalidad jurídica, las aludidas normas jurídicas, así como las facultades y deberes de naturaleza jurídica, comúnmente denominados obligaciones.

Bajo esta triple acepción, es decir, como rama de la ciencia jurídica, como conjunto sistematizado de normas jurídicas legisladas, consuetudinarias y jurisprudenciales, incluidos los principios generales del derecho y como conjunto de derechos y deberes de naturaleza jurídica, resulta oportuno definir al derecho procesal electoral como la rama o apartado autónomo del derecho público, que tiene por objeto inmediato, exclusivo y directo al proceso electoral.

Para este efecto se debe entender al proceso electoral como el conjunto sistematizado de hechos, actos y procedimientos jurídicos, de las partes directamente interesadas (actora o impugnante y responsable o demandada), de los terceros, vinculados (coadyuvante y tercero interesado) o ajenos a la relación sustancial (entre actor y responsable), así como del correspondiente órgano jurisdiccional del Estado, cuya finalidad consiste en resolver, mediante la aplicación del derecho, un conflicto de intereses jurídicos de trascendencia político-electoral, calificado por la pretensión de la actora y la resistencia de la responsable.

Esta rama del derecho procesal, tanto orgánico como dinámico o jurisdiccional, se caracteriza por ser autónoma, porque tiene legislación propia, tribunales especializados, doctrina o teoría jurídica específica y autonomía didáctica, por haber generado asignaturas y especialidades particulares en escuelas y facultades de derecho de las instituciones de estudios profesionales y de posgrado; sin embargo, lo más importante es que el derecho procesal electoral tiene principios e instituciones propios, si no totalmente distintos sí con características particulares, que los diferencian de los demás apartados del derecho.

No obstante, todavía falta dar contenido propio, sistematización y autonomía al derecho procesal electoral en otras latitudes; en especial en los países que ya han instituido tribunales electorales como los de México, cual sucede en Chile, Ecuador, Perú y República Dominicana.

Flavio Galván Rivera

DERECHOS COLECTIVOS

I. CONCEPTO. Los derechos colectivos son un concepto ambiguo en muchos países, y México no es la excepción. Prueba de ello es que el legislador menciona tanto los conceptos de intereses como derechos, al hablar de los colectivos.

Ferrer Mac-Gregor alude a la utilización indistinta de los sustantivos “derechos” o “intereses”; sin embargo, esa denotación se explica: a) en cuanto la alusión a derechos se justifica cuando hay un reconocimiento legal como tal a favor de un titular y existe la correspondiente obligación o deberes específicos a cargo del destinatario; b) en cambio, la referencia a interés tiene cabida cuando a pesar de que no exista una específica y concreta obligación correlativa exigible, se confiere al afectado un poder de exigencia —reaccional— respecto a un contexto mínimo de legalidad, regularidad o responsabilidad ante la existencia un daño cualificado (ser desiguales a los que pudieran afectar al común de la población, es una expresión adecuada que se utiliza en leyes sobre responsabilidad patrimonial del Estado, pero que aclara la idea de la afectación cualificada) o afectación a intereses. Por lo tanto, en adelante se habla de derechos o intereses (D-I) como un concepto amplio que permite reconocer y hacer valer afectaciones, incluyendo supuestos que se ubiquen en zonas grises.

Como una afirmación general, puede decirse que D-I “difusos” y “colectivos” son básicamente derechos que pertenecen a un grupo, como un todo, para reaccionar ante eventos dañosos o que causen un menoscabo y obtener restituciones. Este género es distinto de los D-I “individuales homogéneos” que solo protegen derechos particulares y divisibles, especialmente mediante acciones colectivas, pero relacionadas con daños individuales.

Decir que un D-I tiene la característica de ser “transindividual” o “supraindividual” significa que no es de la titularidad de un individuo, sino que es atribuible a una entidad colectiva o plural, en lo referente a los sujetos, como un todo, y no solo se trata de una mera colección o agregación de derechos individuales.

Algunos ejemplos de D-I “supraindividuales” son la pureza del aire, la limpieza de un río, la veracidad de los anuncios o la seguridad de los productos, ya que la titularidad pertenece a un sector o segmento de la comunidad como un todo y no a un individuo específico ni al gobierno. En consecuencia, este derecho está situado en medio del derecho público y del derecho privado, ya que los destinatarios pueden ser el Estado o un particular y, por lo general, satisface intereses generales.

El concepto de “indivisibilidad del derecho” se refiere a que el objeto o bien tutelado por el D-I no puede ser dividido, en la medida en que no puede fraccionarse en casos o porciones individuales separadas. Esto significa que no es posible dividir el D-I en “cuotas” atribuibles de modo autónomo a cada uno de los miembros del grupo ni considerar a los individuos como titulares. Por tanto, existe tal relación estrecha entre los intereses de todos los miembros del grupo que cuando una decisión judicial es favorablemente otorgada a un miembro, ello implica la satisfacción a todos los demás, y cuando los D-I de uno solo de los miembros son violados, ello implica la violación de todos los D-I del grupo.

II. CLASIFICACIÓN. El Código Federal de Procedimientos Civiles (mexicano) en su art. 580, frac. I, los define y clasifica como “I. Derechos e intereses colectivos —*lato sensu*— que comprende a los difusos y a los colectivos —*stricto sensu*, entendidos como aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada, relacionadas por circunstancias de hecho (difusos) o determinable y vinculadas por situaciones de derecho comunes (colectivos *stricto sensu*)”.

III. LEGISLACIÓN. En los últimos años se han producido reformas aisladas y nuevas leyes que introducen, a partir de los D-I colectivos, a los individuales homogéneos, proveyendo las acciones colectivas como modalidad de instancias procesales, especialmente adecuadas para la defensa de los consumidores y del medio ambiente, que intentan compensar asimetrías y vulnerabilidades, aunque con ciertas modalidades respecto a límites en la legitimación.

Los códigos de procedimientos civiles estatales no las regulan, salvo en tres casos —Morelos (1993), Coahuila (1999) y Puebla (2007)— a pesar de existir algunas propuestas concretas de la doctrina mexicana para crear capítulos expresos en dichos ordenamientos.

IV. JURISPRUDENCIA. Se puede apreciar, además, que previamente al trabajo legislativo, han sido los tribunales del Poder Judicial de la Federación quienes han venido insertando, a través de la jurisprudencia, las nociones de los conceptos de derecho colectivo y difuso.

Cabe destacar la tesis I.4o.C.136 C de rubro: “Intereses colectivos o difusos en procesos jurisdiccionales colectivos o individuales. Características inherentes”, en la que se advierte que para adecuar la tutela de los D-I colectivos o difusos, el juzgador debe despojarse de la idea tradicional de los límites impuestos para la defensa de los intereses individuales o el derecho subjetivo de cada persona, para acudir a una interpretación jurídica avanzada, de vanguardia, en la cual potencialice las bases constitucionales con los criterios necesarios para preservar los valores protegidos y alcanzar los fines perseguidos, hacia una sociedad más justa, además de requerir una simplificación del proceso y su aceleración, para no hacer prolongada o costosa la tutela de estos derechos.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis CCXXXV/2013 (10a), de rubro: “Comunidades y pueblos indígenas. Cualquiera de sus integrantes puede promover juicio de amparo en defensa de los derechos fundamentales colectivos”, estipula el acceso pleno a la jurisdicción del Estado, cuando se trate de medios de defensa de derechos fundamentales, como es el juicio de amparo, y que debe permitir a cualquier integrante de una comunidad o pueblo indígena, instar a la autoridad jurisdiccional correspondiente para la defensa de los derechos humanos colectivos, con independencia de que se trate o no de los representantes de la comunidad, pues esto no puede ser una barrera para su disfrute pleno.

Igualmente, la Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia C-622/07, determina que los derechos colectivos se caracterizan por ser derechos de solidaridad, participativos y no excluyentes, de alto espectro, en cuanto no constituyen un sistema cerrado a la evolución social y política, que pertenecen a todos y a cada uno de los individuos, y que como tales exigen una labor anti-

cipada de protección y una acción pronta de la justicia, inicialmente dirigida a impedir su afectación y, en su defecto, a lograr su inmediato restablecimiento, lo cual, precisamente, se logra a través de las llamadas acciones colectivas, populares y de grupo.

V. LEGITIMACIÓN. La legitimación procesal sufre distintas interpretaciones, sobre todo cuando debe analizarse quién es el afectado en casos de D-I difusos, surgiendo siempre el dilema de si quien promueve es la persona afectada o el titular del derecho lesionado. Este cuestionamiento se problematiza cuando de manera conjunta se deducen D-I colectivos y la reparación de individuales homogéneos, lo que justifica evaluar, por supuesto, dos referentes o estándares de legitimación *ad causam*.

En todos los casos es pertinente distinguir la naturaleza de los D-I afectados para así determinar quién debe promover la protección respectiva, atendiendo que los D-I pueden ser tutelados por el objeto o en razón de los sujetos que componen al grupo, de conformidad con la clasificación previamente citada en el apartado de legislación. En ese sentido, resulta que los derechos pueden tener el calificativo de colectivos en razón de los: a) sujetos (titular y destinatario), siendo transindividuales por corresponder a un conglomerado y ser imposible reducirlos o descomponerlos a la suma de derechos individuales, pero también por; b) objeto (bien, cosa, servicio o prestaciones) tenga el carácter de indivisible, y por ende es colectivo.

Jean Claude Tron Pètit

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Los derechos de la personalidad son una institución de derecho civil. Su origen se presenta en la jurisprudencia francesa en el siglo XVIII, a través de la regla general de responsabilidad civil, que establece: “El que causa daño a otro tiene como sanción la obligación de repararlo”, a la manera de la *actio iniuriarum* romana, contemplado en el Código Napoleón. Pero como noción surge en 1909 con la publicación de un artículo de E. H. Perreau titulado “Los derechos de la personalidad”, donde contempla la reparación del daño cuando se afectan los sentimientos de una persona.

Existen varias definiciones de lo que conocemos como derechos de la personalidad. Para Castán Tobeñas, en la obra *Los derechos de la personalidad*, son “Aquellos que tienen por objeto los modos de ser, físicos morales, de la persona”. Para Ferrara, son los derechos que “Garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su propia persona, la actuación de las propias fuerza físicas y espirituales”. Estas definiciones tienen carácter de derechos subjetivos, como facultad determinada por la norma jurídica a cada persona; sin embargo, deben contemplar situaciones actuales y concretas. Por ello nosotros definimos de la siguiente manera a los derechos de la personalidad: “derechos subjetivos privados con una doble faceta. La primera implica la autodeterminación y protección, y la otra es la facultad que tiene la persona para demandar la acción de reparación de los daños que haya sufrido. Todo ello recae sobre los bienes inmateriales más preciados para una persona, como su vida, honor, libertad, vida privada, etcétera”.

Destacan de nuestra definición los siguientes elementos: primera. Son derechos subjetivos privados; segunda. Con doble faceta: a) Implica autodeterminación y protección. b) Faculta a la persona para demandar la reparación de los daños que haya sufrido. La tercera. Estas facultades se ejercen sobre bienes inmateriales, como la vida, la libertad, la igualdad, el honor, la vida privada, la imagen, los derechos sobre el cuerpo en vida, sobre el cadáver, sobre la voz, sobre la identidad, y muchos derechos más.

I. SON DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS. Los derechos de la personalidad son derechos subjetivos porque la facultad o poder se encuentra en el orden jurídico. Kelsen señala al respecto: “La esencia del derecho subjetivo se encuentra en el hecho que la norma jurídica otorga al individuo el poder jurídico de reclamar mediante la acción por el incumplimiento de una obligación”. Solo cuando la norma jurídica establece la existencia de derechos o facultades a favor de una persona se puede exigir su respeto a través de la acción jurisdiccional.

La definición propuesta destaca la *facultad que la persona tiene sobre sí misma*, pero estas potestades las tendrá con los límites establecidos dentro del orden jurídico. Si bien es cierto que la persona es el sujeto que puede disponer de sí misma, también lo es que no tiene el poder absoluto sobre sí. Los límites siempre han de estar fijados por la esfera jurídica del gobernado, que se encuentra determinado por el sistema jurídico al que pertenece.

Son derechos subjetivos privados porque la persona actúa en su protección contra la acción o conducta de un particular, siempre en relaciones entre igualdad, y no de particular a estado, porque en este supuesto se hablaría de violación directa a derechos humanos o garantías individuales, y estaríamos en materia de derecho constitucional y no civil. Mientras que los derechos humanos y las garantías individuales están garantizados por el derecho público e internacional, los derechos de la personalidad están garantizados por el derecho civil.

Así mismo, las instancias y los efectos por la violación de los derechos humanos, garantías individuales y derechos de la personalidad son diversos. Tratándose de derechos humanos, en nuestro país se puede acudir a la Comisión de Nacional de los Derechos Humanos o a las comisiones locales. El efecto es tener una resolución donde se recomiende a la autoridad responsable que verifique su actuar; mas dichas recomendaciones no son obligatorias para la autoridad en tanto que la violación a las garantías individuales es protegida a través del juicio de amparo, y el efecto es restituir al gobernado en el uso y goce de sus garantías.

En materia puramente civil, se acude a tribunales civiles, donde se busca obtener una sentencia favorable en la cual se obligue al demandado a reparar el daño moral causado.

II. DOBLE FACETA: AUTODETERMINACIÓN, PROTECCIÓN Y REPARACIÓN DEL DAÑO.

1. *Autoprotección*. Los derechos de la personalidad permiten que la persona participe activamente en autodeterminación. Gracias a esta facultad, la persona puede disponer de ciertas manifestaciones derivadas de estos derechos. Por ello, encontramos la posibilidad de la donación de órganos o hacer partícipes de hechos privados a otros, de tal manera que la persona dispone parcialmente de manifestaciones de estos derechos.

Los derechos de la personalidad como derechos subjetivos facultan a la persona para que ella misma intervenga en su protección. Un ejemplo claro es la facultad que tienen las personas para restringir su información privada que se encuentre en bases de datos. Este es el llamado *habeas data* o protección de datos personales, que se ha incorporado en varios países, que se complementa con legislación particular sobre la materia.

Esta facultad hace en el caso de la protección de estos derechos de la personalidad, que participe activamente y pueda, a través de mecanismos jurídicos, realizar incluso actos jurídicos tendientes a garantizar sus intereses y procurar evitar daños de imposible reparación.

Como parte de su protección, ha de tomarse en cuenta la facultad que tiene la persona para acudir ante los tribunales y solicitar, ante una posible agresión, emitir las medidas pertinentes para evitar que se cause el daño, o para impedir que se siga causando, cuando éste ya se presentó.

2. *La reparación del daño.* Ante la injerencia, violación a afectación al grupo de bienes considerados en conjunto como derechos de la personalidad y trae aparejada la facultad para reclamar la reparación del daño moral, que consiste en una indemnización. Como regla general encontramos que debe ser fijada en dinero; sin embargo, encontramos la opción de reparación a través de conductas de hacer o no hacer. A manera de ejemplo, cuando la injerencia es contra el derecho al honor, como reparación del daño se otorga al afectado el derecho de réplica.

III. BIENES TUTELADOS. El término de “derechos de la personalidad” engloba ciertos bienes superiores a los económicos, como la vida, el honor, etcétera; por ello muchos los consideran bienes, o en términos de derecho penal, son bienes jurídicamente tutelados; son valiosos por sí mismos, independientemente del valor económico. Señala con acierto Ihering que la tradición romana llamaba bien solo aquello apreciable económico, pero agrega que “La libertad, la vida, el honor, son inestimables”. Y sin embargo, cuando se atenta contra ellos el derecho romano castigaba esta “violación de esos bienes con el pago de una suma de dinero impuesta como pena”.

Por encima de la fortuna se colocan bienes de naturaleza moral, cuyo valor es mucho más grande: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos de familia, porque sin esos bienes las riquezas exteriores no tendrían ningún precio.

La seguridad jurídica se logra, según Ihering, en la concepción de bienes jurídicos protegidos, independientemente de su valor económico o no, aunado al interés, utilidad y goce son para lograr seguridad jurídica. Por ello es que afirmó: “los derechos son intereses jurídicamente protegidos”. Castán Tobeñas redondea perfectamente el argumento del alcance de la protección de los derechos subjetivos de la personalidad cuando señala que “La teoría de los derechos de la personalidad pertenece fundamentalmente al derecho privado. Ha respondido al propósito de que sean reconocidos y proclamados tales derechos como una nueva especie de derechos privados, dotados de protección civil”. Por tanto, los derechos de la personalidad tienen como objeto garantizar la dignidad de la persona en las relaciones entre particulares.

Elvia Lucía Flores Ávalos

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y RECURSOS GENÉTICOS

I. DERECHOS INDÍGENAS CONTENIDOS EN LOS DOCUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS. En el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados han sentido la necesidad de complementar las principales declaraciones y convenciones que abarcan los derechos humanos universales (la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) con varios documentos adicionales que contengan los derechos de grupos específicos (por ejemplo niños y personas con discapacidad). Se considera necesario este trabajo porque las personas ubicadas en estos grupos suelen ser especialmente y constantemente vulnerables a los abusos de derechos humanos, debido a un registro histórico de opresión y de los patrones persistentes de discriminación y/o marginación en muchas sociedades. Las mismas motivaciones subyacen a la creación de derechos de los pueblos indígenas dentro de los derechos humanos. Esto puede verse claramente en los siguientes argumentos presentados por el grupo de las Naciones Unidas para el desarrollo en sus *Directrices sobre Cuestiones Relativas a los Pueblos Indígenas*: “En muchos lugares del mundo, los pueblos indígenas enfrentan una historia de discriminación y exclusión que les ha mantenido al margen de las sociedades mayoritarias con las que conviven. Por esta razón, enfrentan grandes dificultades para mantener y formular sus propios modelos de desarrollo y bienestar y por consiguiente la pobreza y la exclusión les afectan de manera desproporcionada” (2008, 6). “Los pueblos indígenas, como colectivos, tienen culturas y cosmovisiones distintas y únicas, y sus necesidades actuales y aspiraciones para el futuro pueden diferir de aquellas de la población dominante. Su igual valor y dignidad sólo pueden ser asegurados por medio del reconocimiento y protección no sólo de sus derechos individuales sino también de sus derechos colectivos como grupos distintivos. Estos derechos pueden materializarse de manera significativa cuando se afirman colectivamente” (2008; 6).

Los derechos de los pueblos indígenas se articulan en dos principales documentos internacionales:

— El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, un tratado jurídicamente vinculante adoptado por la Organización Internacional del Trabajo en 1989 (que sustituye al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1957), y

— La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, una declaración de aspiraciones adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2007.

Estos documentos proporcionan reglas y recomendaciones para la protección de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Los primeros incluyen los derechos humanos universales asignados a cada uno, los últimos incluyen los derechos a la libre determinación de los pueblos, derechos sobre la tierra, recursos, conocimientos, instituciones, tradiciones y costumbres. Los pueblos indígenas son definidos por la Organización Internacional del Trabajo como:

“Los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región

geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, art. 1o.).

II. LOS RECURSOS GENÉTICOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL. Los recursos genéticos es un término usado para describir el “material genético de valor real o potencial” que puede ser de “origen vegetal, animal, microbiano o de otro origen” (Convenio sobre la Diversidad Biológica, art. 2o.). Constituyen la base de la biodiversidad del planeta, son vitales para la producción agrícola, y se ha encontrando cada vez más, mayores aplicaciones para su uso industrial, por ejemplo, en la producción de productos farmacéuticos, productos agrícolas, los biocombustibles, tintes y enzimas. Muchas de las áreas donde se encuentran asentados los grupos indígenas son ricas en diversidad biológica, que es de gran interés para los grupos de investigación, públicos y privados, como fuente de los recursos genéticos.

El enfoque dominante del derecho internacional sobre los recursos genéticos es el de dotar de soberanía a los Estados de los derechos sobre los mismos. El acceso a los recursos genéticos se realiza con el consentimiento informado previo del Estado proveedor y debe ser negociado en condiciones mutuamente acordadas, incluidas las condiciones de participación en los beneficios del uso posterior de los recursos. El Convenio sobre la Diversidad Biológica es el principal ejemplo de este enfoque, pero también ocurre en otros acuerdos, como el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos.

Los documentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas incluyen el reconocimiento de los derechos en relación con los recursos naturales y los conocimientos asociados a los mismos. Algunas normas internacionales sobre recursos genéticos, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y su Protocolo de Nagoya, incluyen el reconocimiento de que los pueblos indígenas tienen derechos sobre algunos de los recursos genéticos y el conocimiento tradicional asociado a ellos. Estas normas exigen que, al menos, deban ser consultados sobre el uso de sus conocimientos asociados a los recursos genéticos, así como en la negociación de los acuerdos de distribución de beneficios. Otras normas internacionales, las cuales pueden influir en demandas de propiedad sobre los recursos genéticos —como el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual— todavía no incorporan ese reconocimiento, y en la actualidad hay varios procesos de negociación en curso para tratar de conciliar esas normas con los derechos de los pueblos indígenas.

III. LOS DERECHOS COLECTIVOS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN LOS DOCUMENTOS SOBRE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales no se refiere específicamente a los recursos genéticos, sin embargo, sus disposiciones en materia de recursos naturales tienden a aplicarse. Se especifica, por ejemplo, en el art. 15, que “Los derechos de los pueblos relacionados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán de protegerse especialmente. Estos

derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no se refiere específicamente a los recursos genéticos, se establece en el art. 31 que los pueblos indígenas tienen los derechos de “Mantener, controlar, proteger, desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y flora... también... tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales”.

IV. LA REFLEXIÓN DE ESTOS DERECHOS EN LAS NORMAS PERTINENTES A LOS RECURSOS GENÉTICOS. Uno de los objetivos de la Convención sobre la Diversidad Biológica es “la participación justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos” (art. 1o.). La Convención aplica el enfoque de los derechos soberanos del Estado sobre los recursos genéticos, pero sí proporciona reconocimiento a la importancia de los conocimientos tradicionales, y compromete a los Estados a “respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales... y promover su amplia aplicación, con la aprobación y participación de quienes poseen esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente” (art. 8-j).

Para ir más allá de la elaboración de las disposiciones de la Convención sobre acceso y participación en los beneficios, se adoptó el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios Provenientes de su Utilización en el año 2010. Las disposiciones del Protocolo relativas a los pueblos indígenas se centran principalmente en los derechos sobre el conocimiento tradicional, con un cierto reconocimiento de la inseparabilidad que este conocimiento conlleva sobre los recursos genéticos. Lo anterior alienta a los Estados a proporcionar una distribución justa y equitativa de los beneficios con la comunidad que provee estos recursos para la utilización de estos conocimientos y recursos, y el otorgamiento previo del consentimiento informado el acceso en condiciones mutuamente convenidas.

El Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos (adoptado por la Organización para la Agricultura y la Alimentación en 2001), reconoce las contribuciones de las comunidades indígenas y locales, en el desarrollo de varios recursos genéticos de plantas; sin embargo, las disposiciones de distribución de beneficios se centran principalmente en los pequeños agricultores en los países en desarrollo.

Existe una amplia preocupación por parte de algunos Estados y comunidades indígenas acerca de las disposiciones de la Convención sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo de Nagoya y los derechos de los pueblos indígenas en general, puesto que no están adecuadamente reflejados en las normas internacionales en materia de derechos de propiedad intelectual. La discusión de

estos temas se ha desarrollado principalmente en dos foros internacionales: el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual de la Organización Mundial del Comercio y el Comité Intergubernamental de Expertos sobre los Derechos de Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Preocupaciones similares se han planteado en ambos foros en la última década, pero los avances en el Comité de Recursos Genéticos son más avanzados. Se han producido varios documentos de orientación y una base de datos en línea sobre la biodiversidad y el acceso relacionado a los acuerdos de distribución de beneficios. Actualmente se está en el proceso de elaboración de uno o más instrumentos legales “para la protección eficaz de las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales, y para hacer frente a los aspectos de propiedad intelectual sobre el acceso y participación de los beneficios de los recursos genéticos” (OMPI, sin fecha).

Las principales preocupaciones planteadas han sido: el patentamiento del uso de los conocimientos tradicionales, el cual no ha sido adecuadamente reconocido en búsquedas previas del estado del arte; que puede haber malversación o mal uso de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales sin el consentimiento previo de los titulares indígenas, y que no se requiere la revelación de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales, ni que haya evidencia de haber obtenido el consentimiento informado previo en condiciones mutuamente convenidas. Más detalles acerca de estos temas se pueden encontrar, por ejemplo, en la Organización Mundial del Comercio de 2006 / Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual, reporte de *La Protección de los Conocimientos Tradicionales y Folclore: Resumen de las Cuestiones Planteadas*, y a través de la página web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (www.wipo.int/tk/en/igc/).

Catherine Rhodes

*(traducción de María de Jesús Medina-Arellano
y Emily Guadalupe Patrón Becerra)*

DERECHOS DEL NIÑO (GENERAL)

Por derechos del “niño” debemos entender los derechos humanos que corresponden a las personas menores de edad, tanto aquellos derivados de su condición de seres humanos como por su situación de minoría de edad. El art. 1o. de la Convención sobre los Derechos del Niño identifica como “niño” a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la legislación aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad, es decir, cada Estado tiene la facultad de determinar el límite de la minoría de edad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha adoptado el criterio establecido por la Convención para definir lo que se entiende por “niño”, para referirse a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad (OC-17/2002).

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, constituye el instrumento jurídico que, en buena medida, da forma a los derechos de

las personas menores de edad. Los antecedentes de este instrumento son la Declaración de Ginebra (1924) y la Declaración sobre los Derechos del Niño (1989). A diferencia de la Convención, las dos declaraciones son catálogos limitados de derechos que se orientan principalmente de la protección de los niños y no son jurídicamente vinculantes. La Convención, por su parte, consta de 54 artículos, que recogen derechos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y crea el Comité de los Derechos del Niño como órgano encargado de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados.

El tratado se complementa con tres protocolos facultativos: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, y Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.

En la Observación General núm. 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención*, el Comité identifica cuatro artículos que constituyen principios generales: interés superior del niño (art. 3o.); no discriminación (art. 2o.); derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6o.); y derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que sean debidamente tomadas en consideración sus opiniones (art. 12).

La discusión teórica en relación con los derechos del niño se centró durante muchos años en el debate sobre la autonomía. En este sentido, algunos autores defensores de la teoría voluntarista se oponían a reconocer la titularidad de derechos subjetivos durante la infancia, debido a la ausencia de capacidad de autonomía de la voluntad. Desde esta postura los derechos subjetivos constituyen ámbitos de protección de las decisiones del individuo que implican la posibilidad de ejercer el derecho o renunciar a él, por lo que los niños no pueden ser titulares de derechos al carecer de esta capacidad. En contraste, las teorías del interés, que consideran que el origen de los derechos subjetivos son los intereses de las personas, defienden la utilización del lenguaje de los derechos para las personas menores de edad. Uno de los textos más representativos de este debate es “Children’s Rights: a Test-Case for Theories of Right” (1976), de la autoría de Neil MacCormick.

Sin embargo, ambas posturas comparten la premisa de la incapacidad de las personas menores de edad, lo que ha sido cuestionado por la literatura dedicada a los derechos de la infancia de los últimos años, así como por las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño en su interpretación de los artículos de la Convención. Este “paradigma de la minoridad” que sustenta la existencia de dos categorías perfectamente diferenciadas, menores-incapaces y ciudadanos-capaces, ha sido cuestionado por el concepto de autonomía progresiva, que sostiene la posibilidad de ir reconociendo facultades de manera gradual, conforme al desarrollo de las capacidades de la persona y pone un especial énfasis en el derecho a la participación.

La protección constitucional de los derechos del niño ha tomado diversas formas: en algunos casos se menciona expresamente a los niños y se les atribu-

yen algunos derechos, en otros casos se reconoce a los niños como titulares de derechos y se hace una remisión al derecho internacional y, un tercer modelo establece derechos a favor de la familia y los hijos. Es este último el más frecuente en las Constituciones latinoamericanas, aunque no el más adecuado, pues circunscribe al niño en el núcleo familiar, sin reconocerle todos aquellos derechos fuera de éste, además de que excluye a aquellos niños que, por alguna razón, no tienen una familia.

En las últimas décadas y como resultado de la aplicación de la Convención, se ha comenzado a utilizar, en el idioma castellano, la expresión “niñas, niños y adolescentes” para referirse a los destinatarios de las garantías derivadas de los instrumentos internacionales y la legislación nacional. Esta distinción obedece a la importancia de incorporar la perspectiva de género, visibilizando a las niñas y, en segundo término, a diferenciar la infancia de la adolescencia con el fin de ir reconociendo la capacidad de autonomía progresiva, que incluye un régimen especial para las personas —adolescentes— en conflicto con la ley penal.

Mónica González Contró

DERECHOS DEL NIÑO (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

En América Latina se explica la Convención sobre los Derechos del Niño como el paso de la “Doctrina de la Situación Irregular” a la “Doctrina de la Protección Integral” (Emilio García Méndez, Mary Beloff, Daniel O’Donell). Según esta teoría, antes de la Convención, la ley distinguía entre “menores” y “niños”, siendo los primeros aquellos en condición de abandono o en conflicto con la ley penal y los segundos quienes estaban dentro del ámbito destinado a la infancia, la familia y la escuela. La “Doctrina de la situación irregular” legitimaba la intervención (generalmente traducida en institucionalización) por parte del Estado sobre los “menores” en situación de abandono o peligro, así como hacia aquellos que habían cometido un delito. La Convención, por el contrario, reconoce como titulares de un amplio catálogo de derechos a todas las niñas y niños, sin importar su condición.

En el ámbito interamericano no existe un instrumento específicamente dirigido a las personas menores de edad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) se limita a establecer en el art. 19 que: *Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.* La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que a este artículo debe dársele una interpretación dinámica que reconozca al niño como verdadero sujeto de derechos y no únicamente como objeto de protección (OC-17/2002).

La Corte ha reiterado en diversas resoluciones también que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte del *corpus iuris* de protección internacional y se ha pronunciado sobre las obligaciones de los Estados derivadas de estos tratados.

En 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una solicitud de Opinión Consultiva *sobre la interpretación de los artículos*

80. y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana. En respuesta a esta solicitud, la Corte emitió el 28 de agosto de 2002 la Opinión Consultiva 17/2002 sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

La opinión señala que niñas y niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos —menores y adultos— y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. Se subraya también la obligación del Estado de adoptar medidas positivas para la garantía de estos derechos.

Se destaca el papel de la familia como núcleo primordial para el desarrollo del niño; de acuerdo con lo anterior, debe garantizarse el derecho a la identidad, a ser cuidado y educado por sus padres y a mantener relaciones familiares.

En relación con los adolescentes en conflicto con la ley penal, la OC-17 establece la obligación de crear un sistema especial, diferenciado de aquel dirigido a los adultos, en donde se garanticen los principios materiales y procesales que corresponden al debido proceso: a) juez natural; b) doble instancia y recurso efectivo; c) principio de inocencia; d) principio de contradictorio; e) principio de publicidad.

En la jurisprudencia de la corte se considera también que las violaciones a los derechos humanos, cuando las víctimas son menores de edad, revisten una gravedad especial, ya que sus derechos son contemplados tanto en la Convención Americana, como en la Convención de Naciones Unidas y otros documentos ampliamente reconocidos por la comunidad internacional. El interés superior del niño se entiende así como la garantía de todos sus derechos y la obligación de asegurar el acceso a lo necesario para su desarrollo, que debe ser considerado tanto en la legislación como en su aplicación.

En lo referente al derecho a la vida, la condición de ser niño obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal y obliga a los Estados a prevenir situaciones que pudieran conducir a su afectación. Asimismo, supone que la vida revista condiciones dignas, lo que implica la garantía del derecho al acceso al agua, alimentación, salud y educación. El incumplimiento en la adopción de medidas especiales, cuando tiene como consecuencia la muerte de la persona menor de edad, constituye una violación del derecho a la vida imputable al estado.

En algunas de las resoluciones las niñas y niños son considerados como víctimas a causa de los daños ocasionados por la vulneración de los derechos humanos de sus padres y que les afectan negativamente; por ejemplo en el caso de niños indígenas desplazados.

El desarrollo integral del niño constituye, según la corte, el objetivo de los tratados internacionales en la materia. La jurisprudencia interamericana reitera la interpretación hecha por el Comité de los Derechos del Niño, considerando al desarrollo como un concepto holístico que incluye los aspectos físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. Considera también que

la discriminación puede conducir a la vulneración de otros derechos, ya sea por negar el acceso a un derecho (por ejemplo, el registro civil) o derivado de la estigmatización que vincula la delincuencia con las condiciones de pobreza.

La Corte Interamericana se ha pronunciado en diversos casos contenciosos sobre los derechos del niño. La primera resolución en la materia fue el Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) *vs.* Guatemala (1999). Otras sentencias relevantes son: Bulacio *vs.* Argentina (2003), Hermanos Paquiyauri *vs.* Perú (2004), “Instituto de Reeducación del Menor” *vs.* Paraguay (2004), Niñas Yean y Bosico *vs.* República Dominicana (2005), Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia (2005), Hermanas Serrano Cruz *vs.* El Salvador (2005), Vargas Areco *vs.* Paraguay (2006), Servellón García *vs.* Honduras (2006), Masacres de Ituango *vs.* Colombia (2006), Comunidad Indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguay (2006), Tiu Tojín *vs.* Guatemala (2008), Masacre de las Dos Erres *vs.* Guatemala (2009), Comunidad Indígena Xákmok Kásek. *vs.* Paraguay (2010), Rosendo Cantú *vs.* México (2010), Chitay Nech y otros *vs.* Guatemala (2010), González y otras (“Campo Algodonero”) *vs.* México (2011), Gelman *vs.* Uruguay (2011), Familia Barrios *vs.* Venezuela (2011), Atala Riffo y niñas *vs.* Chile (2012), Forneron e hija *vs.* Argentina (2012), Furlan y familiares *vs.* Argentina (2012), Mendoza y otros *vs.* Argentina (2013).

Mónica González Contró

DERECHOS FUNDAMENTALES (FUERZA EXPANSIVA)

Las Constituciones de la segunda mitad del siglo XXI (las que se han llamado Constituciones del neoconstitucionalismo), se caracterizan por ser textos considerablemente más amplios que las que se habían expedido con anterioridad a ese tiempo, y además, están plagadas de normas redactadas en forma de principios, lo que significa que tienen un alto grado de generalidad y vaguedad.

Como se sabe, la aplicación de los principios debe llevarse a cabo en la mayor medida posible (por eso Robert Alexy define a los principios como “mandatos de optimización”), considerando las posibilidades fácticas y jurídicas. Estas últimas, las posibilidades jurídicas, están determinadas por la presencia en el ordenamiento constitucional de principios opuestos, que van configurando y limitando el alcance de cada derecho fundamental.

Al respecto, Robert Alexy señala que los principios “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones acerca de lo fáctica y jurídicamente posible”.

Esta visión de los principios nos permite afirmar que tienen una “lógica expansiva”, dado que se deben aplicar en la mayor medida posible. Un altísimo porcentaje de las normas que regulan derechos fundamentales son precisamente principios, lo que explica y justifica la llamada “fuerza expansiva” de

los derechos, la cual vendría determinada en virtud de su peculiar estructura normativa.

Por otra parte, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales deviene también de las técnicas de interpretación que les son propias y que explican lo que algunos autores como Riccardo Guastini han llamado la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”.

De acuerdo con Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”. Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características.

Una de las características de la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico es la “sobreinterpretación” de la Constitución. Dicha sobreinterpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general) no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*. A través de este tipo de interpretación se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico. “Cuando la Constitución es sobreinterpretada (apunta Guastini) no quedan espacios vacíos de —o sea, “libres” del— derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizá aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional”.

La influencia del derecho constitucional se extiende, desde esta perspectiva, tanto a su objeto tradicional de regulación que son los poderes públicos, sus competencias y sus relaciones con los particulares, como a las diversas ramas del derecho privado, que también se ven condicionadas por los mandatos constitucionales, entre los cuales destacan —por la magnitud de su impacto sobre el derecho privado— las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales.

Como apunta Konrad Hesse, “los derechos fundamentales influyen en todo el derecho... no solo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales”.

Una de las técnicas mediante las que se plasma en la realidad dicha sob reinterpretación es la llamada “interpretación conforme”, prevista expresamente en el párrafo segundo del art. 1o. de nuestra Constitución mexicana, a partir de la reforma del 10 de junio de 2011. La interpretación conforme implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la carta magna, sino también por los propios tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.

Un ejemplo parecido a la regulación que contiene nuestro texto constitucional se encuentra en el art. 10.2 de la Constitución española, que establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En consecuencia con lo que llevamos dicho, se puede afirmar que la fuerza expansiva de los derechos fundamentales deviene de su peculiar estructura normativa (dado que son normas redactadas en forma de principios) y de las técnicas de interpretación que caracterizan al llamado neoconstitucionalismo, entre las que cabe destacar la “interpretación conforme”. A partir de dicha fuerza expansiva, el conjunto del sistema jurídico debe ser leído e interpretado desde la óptica de los derechos fundamentales, los cuales condicionan tanto la validez como los sentidos hermenéuticos posibles de todas las normas jurídicas que forman parte del ordenamiento.

Miguel Carbonell

DERECHOS FUNDAMENTALES (TITULARIDAD)

Los derechos fundamentales tienen como principal cometido proteger los bienes más esenciales de todo ser humano. Ernesto Garzón Valdés ha llamado los bienes básicos, que son aquellos que nos hacen moralmente autónomos. Es decir, los bienes que nos hacen personas de verdad, y no meramente seres que nacen, respiran, se reproducen (o no) y mueren.

Es precisamente por ello, dado que la humanidad comparte en lo más esencial las mismas necesidades, que podemos decir que los sujetos de los derechos humanos son todas las personas, en correspondencia con su característica de proteger los bienes más básicos y esenciales de cualquier ser humano.

Esa regla general es reconocida además por la mayor parte de los tratados internacionales en la materia y por muchos textos constitucionales. En el caso de México cabe recordar que el art. 1o. de la Constitución establece desde su primer párrafo que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. De esa manera, podemos afirmar que el sujeto de los derechos es el más amplio posible: toda persona.

En la categoría de personas se incluye tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas o morales. En el caso de las personas jurídicas, la titularidad de derechos estará restringida a aquellos que no requieran —dado su

contenido normativo de un ejercicio— personalísimo; por tanto, las personas jurídicas serán titulares de aquellos derechos que sean compatibles con su propia naturaleza. En otras palabras, las personas jurídicas serán titulares de aquellos derechos de acuerdo con su naturaleza, es decir, lo serán de aquellos que por su objeto no sean propios y exclusivos de las personas físicas.

Así por ejemplo, las personas jurídicas podrán ser titulares del derecho a la igualdad, de la inviolabilidad del domicilio, de la libertad de asociación (para integrarse en un conjunto de sociedades o agrupaciones, por ejemplo), del derecho a la información, de los derechos en materia tributaria, del derecho a no pagar multas excesivas, de las libertades económicas, del derecho de petición, del derecho a una tutela judicial efectiva, etcétera. Pero no serán titulares del derecho a la reintegración de los presos a la sociedad, del derecho a la protección de la salud, del derecho a la educación, de la protección frente a la pena de muerte, de los derechos de las personas con discapacidad, del derecho de sufragio activo y pasivo, etcétera.

En el derecho comparado abunda la evidencia sobre lo que se acaba de señalar, en el sentido de que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales. Así por ejemplo, la Constitución de Alemania establece que “Los derechos fundamentales son extensivos a las personas jurídicas nacionales en la medida en que, según su respectiva naturaleza, les sean aplicables” (art. 19.3). De forma parecida, el art. 12 de la Constitución de Portugal dispone que “Las personas colectivas gozarán de los derechos y estarán sujetas a los deberes que se consignan en la Constitución” (art. 12.2.).

En otros países el tema se ha desarrollado por vía jurisprudencial; es el caso de España, en donde el Tribunal Constitucional ha señalado que “en nuestro ordenamiento constitucional, aunque no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas” (sentencia 23/1989).

En ocasiones este tipo de pronunciamientos constitucionales se han tenido que dictar debido a que la legislación sobre los medios de tutela de la Constitución reconocía legitimidad activa a las personas jurídicas; es decir, le permitía promover por ejemplo juicios de amparo. A partir de esa legitimación, las personas jurídicas fueron explorando las posibilidades que la jurisdicción constitucional estaba dispuesta a reconocerles en términos de su posible titularidad de derechos.

La Comisión de Derechos Humanos de la ONU se ha referido al tema de la titularidad de derechos por parte de personas jurídicas en su observación general núm. 31, relativa a la índole de las obligaciones de los Estados generadas por los derechos humanos.

En ese documento, la Comisión señala que “[l]os beneficiarios de los derechos reconocidos en el Pacto (se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ONU en 1966) son los individuos. Si bien, a excepción del art. 1o., el Pacto no menciona los derechos de las personas jurídicas o de entidades o colectividades similares, muchos de los derechos reconocidos en el Pacto... pueden ser disfrutados colectivamente. El hecho

de que la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones se limite a las presentadas por individuos, o en nombre de estos (art. 1o. del Protocolo Facultativo), no impide que un individuo alegue que una acción u omisión atañe a una persona jurídica o entidad similar equivale a una violación de sus propios derechos” (párrafo 9).

Ahora bien, es cierto que en el constitucionalismo contemporáneo hay algunos derechos humanos cuya titularidad corresponde solamente a quienes sean ciudadanos de un determinado país. En México se requiere la ciudadanía para poder ejercer los llamados “derechos de participación política”, enunciados en el art. 35 de nuestra carta magna (entre esos derechos se encuentra el derecho de votar y de ser votado). En muchos países democráticos se sigue manteniendo el obstáculo de la ciudadanía como requisito para el ejercicio de ciertos derechos, pese a que los fenómenos de la globalización y las migraciones masivas lo hacen cada vez más desaconsejable e injusto.

Por otra parte, cabe señalar que los sujetos de los derechos se han ido especificando, en función de las distintas tareas o roles que desempeñan las personas a lo largo de su vida. Las primeras declaraciones de derechos se referían en general a los derechos de las personas o de los ciudadanos, pero las constituciones más recientes y los tratados internacionales ya abordan aspectos específicos de la vida de los seres humanos, los cuales las pueden llegar a situar en una situación de vulnerabilidad.

De acuerdo con lo anterior, se habla actualmente ya no solamente de derechos de personas en general, sino de derechos de los trabajadores, campesinos, personas con discapacidad, niños, mujeres, pacientes, migrantes, reclusos, adultos mayores, etcétera.

De forma parecida, se ha producido un fenómeno que podríamos llamar de “especificación” en función del tipo de derechos, los cuales han ido tomando características cada vez más detalladas, en virtud precisamente de las nuevas necesidades que surgen en los Estados constitucionales de derecho. Así es como se habla en muchos textos constitucionales ya no de la igualdad o de la libertad en general, sino en concreto del derecho al medio ambiente, del derecho al agua, del derecho a la alimentación, etcétera.

La enunciación de los derechos se ha ido particularizando con el paso del tiempo, los catálogos constitucionales o convencionales en que tales derechos están plasmados contienen en la actualidad lo que podría denominarse una “microrregulación” de los mismos, como resultado de dicho proceso de especificación de sus contenidos.

También se comienza a hablar de la posibilidad de añadir como nuevos derechos humanos el del acceso a internet (en México ya previsto en el art. 6o. constitucional), los derechos políticos de los migrantes, los derechos de las generaciones futuras, el matrimonio gay, el derecho a una muerte digna, los derechos de los animales no humanos o el derecho a la renta básica. Lo anterior demuestra que el debate sobre los derechos humanos y sus titulares es un debate abierto, en el que siguen existiendo muchas preguntas todavía sin respuesta. Es probable que en el futuro sigamos viendo una ampliación de los catálogos de derechos, en la medida en que van surgiendo fenómenos que ponen en riesgo la dignidad de la persona.

Es algo que debemos alentar, sin hacer caso a quienes se quejan de que hay un proceso de “inflación” de los derechos humanos y de que ya son demasiados los derechos que hoy tienen las personas. Lo cierto es que los derechos humanos —como ya se dijo— protegen los bienes más importantes de toda persona, de modo que si en un momento dado llegan a plasmarse como tales es porque hay poderosas razones que lo justifican. La mejor prueba de ello es que todos los derechos o expectativas que se han ido incorporando a las constituciones y a los tratados internacionales a lo largo del tiempo han llegado para quedarse: ninguno ha sido derogado o removido del ordenamiento jurídico que lo ha previsto como tal.

La de los derechos es una “matriz expansiva”, ya que se van añadiendo nuevos derechos pero nunca se restan derechos o se comprimen las declaraciones en las que están contenidos.

Miguel Carbonell

DERECHOS HUMANOS (ASPECTOS BIOÉTICOS)

El desarrollo científico a lo largo del siglo XX experimentó una transformación cualitativa especialmente importante, caracterizada por la posibilidad de aplicación del conocimiento científico de manera mucho más rápida mediante la tecnología, que no es finalmente más que conocimiento aplicado, de ahí incluso que se haya acuñado el término de “desarrollo tecnocientífico”. En los siglos anteriores el desarrollo de la ciencia era más lento, y más aún lo era la posibilidad de aplicación práctica de ese conocimiento con impacto y utilidad para la vida cotidiana de las personas.

La ciencia ha transformado al mundo, las sociedades e incluso a las personas en unos cuantos años. La transformación de nuestro mundo en solo un siglo, el XX, que pasó del transporte con tracción animal a los viajes interplanetarios, del horror y la crueldad de los campos de las guerras mundiales a la llamada “guerra fría”, en que la humanidad vivía pendiente y temerosa del estallido de una conflagración atómica que habría de significar el fin de la humanidad, hasta la internacionalización y universalización de los derechos humanos, que no obstante sus características como producto cultural occidental, hoy tienen un reconocimiento y aceptación generalizados a nivel mundial.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado, la biología y las ciencias de la salud se sumaron al vertiginoso tren de alta velocidad de la producción científica y tecnológica, lo que vino a redimensionar la relación de los individuos con la vida en general y con la vida humana en particular, especialmente a partir del descubrimiento en 1953 por Watson y Crick de la estructura de la doble hélice de la molécula del ADN, que abrió las puertas a un replanteamiento del conocimiento biológico y sobre la vida humana misma, así como a la promesa de grandes desarrollos en el área médica y de la atención de la salud.

El desarrollo de las ciencias y la tecnología, en especial en el campo de las ciencias médicas y biológicas, que han propiciado cada vez mayor impacto de la actividad humana en el medio ambiente y su degradación, fueron el detonante de las preocupaciones del bioquímico, profesor e investigador de oncología de la Escuela de Medicina de la Universidad de Wisconsin, Van

Rensselaer Potter, que en 1970, apartándose de su campo de investigación, publicó un artículo titulado “Bioética, la ciencia de la supervivencia”, y al año siguiente su famoso libro *Bioética, puente hacia el futuro*, con lo que dio origen a una nueva disciplina, que hoy tiene un amplísimo impacto y desarrollo en todo el mundo.

La bioética surgió desde su inicio como un campo de trabajo interdisciplinario, que busca aprovechar el conocimiento de las ciencias físicas, biológicas, sociales y humanísticas, para que en un esfuerzo de trabajo y reflexión conjuntos se puedan alcanzar consensos éticos sobre los nuevos problemas relacionados con la vida que nos plantean los desarrollos científicos y tecnológicos, que nos enfrentan a realidades cualitativamente diferentes a las que ya conocíamos.

El derecho se ubica entre las ciencias o disciplinas morales, en tanto pretende orientar la conducta humana de acuerdo con valores, primando por supuesto la realización de la justicia en las relaciones sociales. Aunque el derecho no se confunde con la moral, pues tiene una identidad propia, puede afirmarse de forma general que el derecho en su conjunto sirve a la ética, en tanto que mediante el derecho se institucionalizan en la sociedad los valores identificados como los más importantes para la convivencia, y en ese contexto los derechos humanos son el desarrollo ético más acabado, incluso puede afirmarse que hoy día constituyen el núcleo ético del derecho

El derecho recoge de la sociedad los valores que ésta ha asumido como propios y los transforma en bienes y valores jurídicos que desarrolla y con los que dota de contenido a las normas jurídicas. Por eso el derecho no es ni puede ser arbitrario, todo el sistema jurídico está dotado (o debiera estarlo) de un contenido ético que le da sentido y fuerza a la obligatoriedad de las normas jurídicas, al grado de que es en razón de esos valores que podemos hablar de la existencia de una obligación moral de obedecer el derecho.

Al ser los derechos humanos, como lo hemos dicho arriba, el núcleo ético del derecho y su regla moral, en un sentido práctico, además de la expresión jurídica de la dignidad humana, son de manera natural el punto de contacto entre el derecho y la bioética, pues los derechos humanos habrán de reflejar y recoger los consensos que se alcancen en la reflexión ética sobre estas nuevas situaciones. Más aún, los derechos humanos mismos deben ser considerados como una parte de la bioética, en cuanto son expresión de los principios éticos desarrollados dentro del propio derecho como sistema ético normativo. Así el derecho es parte de la bioética misma en tanto disciplina inter y multidisciplinaria, única forma capaz de abordar la riqueza y multidimensionalidad de las realidades que estudia.

Por otra parte, el vínculo entre la bioética y los derechos humanos es permanente y estrecho, pues todos los temas y dilemas que aborda hacen referencia a derechos humanos expresamente reconocidos hoy día, e incluso recogidos en multitud de documentos tanto de carácter nacional como internacional, algunos incluso expresamente referidos y producidos a raíz del debate bioético. En ese contexto es importante la integración de los derechos humanos en la reflexión bioética, de manera que le sirvan de marco y guía, pues como hemos señalado arriba los derechos humanos están orientados

precisamente a la protección de la dignidad humana, constituyen un paradigma ético para los estados y las sociedades contemporáneas, como un logro ético de la historia de la humanidad y gozan de aceptación y reconocimiento generalizados.

De la misma manera, la función de teoría moral que cumplen los derechos humanos, desborda el campo estrictamente jurídico e incide en el ámbito de las ciencias sociales y morales, por lo que necesariamente la bioética debe incluirlos en la reflexión ética que realiza. Los derechos humanos son así parte ineludible de la bioética, pero además los derechos humanos y el derecho en general sirven a la bioética como el medio para institucionalizar los consensos y desarrollos sobre los temas que aborda, como lo acreditan las declaraciones universales sobre Genética Humana y Derechos Humanos y sobre Bioética y Derechos Humanos, elaboradas por la Comisión de Bioética de la UNESCO y finalmente adoptada por su Asamblea General, así como el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa, y la multitud de resoluciones y recomendaciones sobre temas específicos formuladas por el Comité de ministros del propio Consejo y el Parlamento Europeo, que surgieron inicialmente de instancia de reflexión bioética y terminaron por concretarse en documentos jurídicos y en nuevos derechos humanos, o al menos en nuevas expresiones de los ya existentes

Desde el campo de los derechos humanos nos queda por delante una enorme tarea, que es la identificación de la normatividad que se está viendo desbordada o superada por las nuevas situaciones y realidades que generan los desarrollos científicos y tecnológicos, poniendo en riesgo la dignidad y derechos de las personas, y no nos referimos aquí solo al campo del derecho sanitario o de la salud, sino a todas las otras áreas del derecho que no han recogido las nuevas realidades en las materias que regulan, como es el caso del derecho medioambiental, la regulación de la producción agropecuaria, la propiedad intelectual, e incluso, el derecho de familia.

Victor M. Martínez Bullé Goyri

DERECHOS HUMANOS, CIENCIA Y DESARROLLO SOSTENIBLE

Por más de 40 años, los Estados tienen articulado, desarrollado y reafirmado en repetidas ocasiones su compromiso con el desarrollo sostenible como una ruta vital de avance para la humanidad. Esto ha incluido el reconocimiento continuo de la importancia de la ciencia y la tecnología para el desarrollo sostenible. El uso apropiado de la ciencia y la tecnología promoverá la consecución de los derechos humanos, pero para ello será necesario el sustancial desarrollo de capacidades alrededor del mundo

El desarrollo sostenible ha sido expresado por la comunidad internacional como “El desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de generaciones futuras, para satisfacer sus propias necesidades” (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, 43). En lo que a las “necesidades” respecta, “desarrollo sostenible requiere satisfacer las necesidades básicas de todos y se extiende a todos la posibilidad de

aprovechar sus aspiraciones para una vida mejor” (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, 8). Una explicación más amplia de las necesidades básicas es proporcionada por la Comisión de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo: “Los requisitos mínimos para sustentar la vida... así como la educación y la información que permiten a los individuos y a las comunidades, ser productivos y hacer un uso racional de los bienes y servicios básicos disponibles” (1997, p. 3). Las necesidades básicas que generalmente se consideran son: la salud, la nutrición y la seguridad alimentaria, el acceso al agua potable y saneamiento, educación; vivienda y vestido. Esta concepción de las necesidades humanas tiene claras conexiones con los derechos humanos, por ejemplo, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de sí mismo y su familia, incluyendo alimentación, vestido, vivienda y atención médica”.

De hecho, en términos más generales, el desarrollo sostenible puede ser visto como una extensión lógica de los principios de derechos humanos, ya que trabaja para garantizar que la consecución de que los derechos humanos de las generaciones futuras no queden excluidos por las acciones presentes, así como asegurar que las necesidades de la generación presente sean cumplidas.

La ciencia y la tecnología juegan un papel integral en el proceso de desarrollo sostenible; de hecho, como la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible expresa: “No es una exageración afirmar que sin la ciencia no puede haber desarrollo sostenible” (1995, punto 7). Las áreas de desarrollo sostenible en las cuales se espera que la ciencia y la tecnología hagan contribuciones significativas incluyen:

1. La provisión de fuentes de energías más limpias y alternativas a la utilización de los productos no renovables.
2. El tratamiento de residuos.
3. La influencia sobre la selección y formulación de políticas adecuadas.
4. El monitoreo de los indicadores ambientales.
5. El monitoreo, manteniendo y mejoramiento de la diversidad biológica.
6. Adaptación de los cultivos a diferentes condiciones climáticas y geográficas.
7. Lucha contra la malnutrición.
8. La provisión de productos y proceso industriales más limpios.
9. El mejoramiento de salud y la atención médica. (Rhodes, 2007, 29)

La importancia de la ciencia y la tecnología ha sido reconocida por la comunidad internacional en todas sus principales declaraciones y documentos que contienen el desarrollo sostenible en los últimos 40 años. Por ejemplo, la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible declaró en 1995 que: “Las nuevas fuerzas de la ciencia y tecnología modernas, si se aprovechan correctamente y aplicadas en concordancia con las circunstancias socio-económicas y culturales particulares de cada país, ofrecen inmensas posibilidades para resolver muchos de los problemas complejos que en la actualidad están impidiendo el desarrollo económico, social y ambientalmente adecuado en los países en desarrollo” (punto 51).

Así como la contribución a alcanzar las necesidades básicas, la ciencia y la tecnología también pueden impulsar el desarrollo sostenible a través del establecimiento de límites al desarrollo para ser adaptados a las necesidades o ser superados. *Nuestro Futuro Común* (el informe de 1987 de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo) describe dos tipos de límites enfrentados por el desarrollo sostenible: —los establecidos o los límites más recientes— para los cuales “la sostenibilidad requiere que mucho tiempo antes de que estos sean alcanzados, el mundo deberá garantizar el acceso equitativo a los recursos limitados y reorientar los esfuerzos tecnológicos para aliviar la presión”, y otros —los límites naturales, técnicos y sociales— aquellos que puede cambiar con el tiempo debido los avances tecnológicos que, por ejemplo, permiten el uso más eficiente de recursos, esto es: “Las limitaciones impuestas por el estado de la tecnología sobre la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras”.

Dada la fuerte conexión entre el desarrollo sostenible y los derechos humanos y el importante papel de la ciencia y la tecnología en los procesos de desarrollo sostenible, hay una clara necesidad de fortalecer de manera sustancial el desarrollo de capacidades a nivel mundial en la ciencia y la tecnología, a fin de que los derechos humanos clave sean alcanzados ahora y sean alcanzables también para las generaciones futuras. Entre otras cosas, estos incluyen las necesidades de una mayor transferencia tecnológica, los flujos de conocimientos, recursos financieros, y el intercambio de experiencias. Esto se reconoce en algunos de los documentos internacionales sobre el desarrollo sostenible, pero no se hace explícito en el derecho internacional de los derechos humanos, donde se necesita que sean robustecidos y más claramente enfatizados, con la esperanza de que esto movilizara la voluntad política necesaria para que los Estados cumplan con sus compromisos de desarrollo de capacidades. Ejemplos de declaraciones dentro de los documentos de desarrollo sostenible incluye la siguiente cita del capítulo de la Agenda 21 sobre biotecnología, que señala diversas áreas en las cuales es necesario el desarrollo de capacidades: “El acelerado desarrollo y la aplicación de la biotecnología, especialmente en los países en desarrollo, requerirá un mayor esfuerzo para construir las capacidades institucionales a nivel nacional y regional. En los países en desarrollo, la habilitación de factores tales como la capacidad de formación, conocimientos técnicos, instalaciones y fondos de investigación y desarrollo, fortalecimiento de la capacidad industrial, de capital (incluido el capital riesgo), protección de los derechos de propiedad intelectual, y experiencia en áreas como la investigación de mercados, evaluación de tecnologías, evaluación socio-económica y evaluación de la seguridad son a menudo insuficientes. Por lo tanto, se tendrán que llevar a cabo esfuerzos para el desarrollo de capacidades en estas y otras áreas”.

Y algunos puntos más generales elaborados dentro de El Futuro que Queremos (el documento final de la Conferencia de 2012 de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible): “Reconocemos la importancia del fortalecimiento nacional de las capacidades científicas y tecnológicas para el desarrollo sostenible. Esto puede ayudar a los países, especialmente los países en desarrollo, a desarrollar sus propias soluciones innovadoras, la investigación

científica y las nuevas tecnologías, ecológicamente racionales, con el apoyo de la comunidad internacional”.

Tales esfuerzos son importantes porque las brechas en la capacidad científica y tecnológica (incluyendo, por ejemplo, en la disponibilidad de equipos de laboratorio y de infraestructura, instalaciones e inversión en investigación y desarrollo y el acceso a la educación y la formación) implican que muchos países no pueden crear conocimientos y tecnologías de mucha necesidad a nivel nacional, o adaptar los conocimientos y las tecnologías existentes con eficacia a las necesidades y condiciones locales. Esto también impide su participación en los procesos de gobernanza mundial que cada vez más y más descansa en el asesoramiento científico y aportaciones, debido a que el conocimiento y las evaluaciones son alimentadas dentro de ellos y reflejan predominantemente la situación de los países desarrollados (Karlsson, 2002).

La ciencia y tecnología de vanguardia en la actualidad, frecuentemente implican la convergencia entre disciplinas como la biología, la ingeniería y tecnologías de información y comunicación. Esta creciente complejidad se suma a la urgencia del desarrollo de capacidades antes de que las lagunas crezcan aún más, y hagan los procesos de desarrollo sostenible aún más difíciles de implementar.

Poco se conoce acerca de la *Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad* (Asamblea General de la ONU, 1975), misma que está catalogada como uno de los instrumentos de derechos humanos universales de las Naciones Unidas por la Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos, y establece que “Todos los Estados deben promover la cooperación internacional para garantizar que los resultados del desarrollo científico y tecnológico se utilicen en pro del fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, la libertad y la independencia, así como el propósito del desarrollo económico y social de los pueblos y la realización de derechos y libertades de la persona”. “Todos los estados deberán cooperar en el establecimiento, fortalecimiento y desarrollo de la capacidad científica y técnica de los países en desarrollo con miras a acelerar la realización de los derechos sociales y económicos de los pueblos de esos países”.

Tales declaraciones, actualizadas con relación al desarrollo sostenible, podrían conformar un punto de partida útil para promover el desarrollo de capacidades científicas y tecnológicas con el fin de contribuir al alcance de los derechos humanos. Principios relevantes también se pueden encontrar en tres declaraciones relativas a la investigación genética humana y los derechos humanos que han sido adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Por ejemplo, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos aconseja que “Los Estados deberán esforzarse por fomentar medidas destinadas... al desarrollo de los países para beneficiarse de los logros de la investigación científica y tecnológica a fin de que su utilización en beneficio del progreso económico y social pueda ser en beneficio de todos” (art. 19.a.iii); y su Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos incluye como objetivos: “Promover el acceso equitativo a los adelantos médicos, científicos y tecnológicos, así como

el mayor flujo posible y rápido intercambio de conocimientos relativos a esos adelantos y de sus correspondientes beneficios, con especial atención a las necesidades de los países en desarrollo” y “para salvaguardar y promover los intereses de las generaciones presentes y futuras”.

Al igual que con todos los aspectos de la transición hacia el desarrollo sostenible y la consecución de los derechos humanos, la voluntad política para convertir los compromisos en acción es necesaria. Desafortunadamente, la situación actual se mantiene tanto como se describe en la Declaración Ministerial de Malmö en 2000:

“Hay una discrepancia alarmante entre los compromisos y las acciones. Metas y objetivos acordados por la comunidad internacional en relación con el desarrollo sostenible, tales como la adopción de estrategias nacionales de desarrollo sostenible y el incremento del apoyo para los países en desarrollo, se debe implementar oportunamente. La movilización de recursos nacionales e internacionales, incluyendo asistencia para el desarrollo, más allá de los niveles actuales es vital para el éxito de este esfuerzo”.

Catherine Rhodes

DERECHOS HUMANOS DE LOS CONTRIBUYENTES

En una noción contemporánea, hablar de derechos humanos de los contribuyentes es referirse a un conjunto de principios materiales de justicia tributaria, que independientemente estén o no reconocidos por la ley fundamental, operan como límites razonables de la potestad tributaria del Estado, y en esta medida, son principios legitimadores de los tributos que tienden a informar el contenido sustantivo de las normas jurídicas que los crean.

Desde otra perspectiva, los derechos humanos de los contribuyentes pueden identificarse con aquellos que, pese a no ser exclusivos de la materia tributaria, inciden directamente en la vida de las personas en su calidad de contribuyentes, tales como el acceso a la justicia fiscal, el debido proceso, el derecho a la seguridad jurídica, el derecho de petición, el derecho de audiencia previa, la inviolabilidad del domicilio, la no confiscatoriedad de bienes, la protección de datos personales, el principio *non bis in idem*, el derecho a la presunción de inocencia, la libertad de empresa, la no discriminación, el derecho de no autoincriminación, los derechos económicos sociales y culturales, entre otros. Sin embargo, esta segunda lectura pasa por alto el principio de interdependencia de los derechos humanos, según el cual existe un vínculo ineludible entre todos los derechos humanos de tal forma que el disfrute de uno depende de la realización de otro u otros, y *a contrario sensu*, la privación de uno, menoscaba el resto.

Así, propiamente hablando la noción más correcta de los derechos humanos del contribuyente debe ser aquella que los identifica con los principios materiales de justicia tributaria. El carácter propiamente “humano” de estos derechos no ha sido estudiado aún con profusión en sede doctrinal, sin embargo, su justificación se desprende, precisamente, del contenido más básico de otros derechos humanos que permean y brillan con luz propia cuando se

extrapolan al derecho tributario, como son los derechos humanos a la igualdad, a la dignidad, a la propiedad y a la legalidad.

En este sentido, los principios materiales de justicia tributaria desarrollados en el ámbito del derecho tributario suelen identificarse, principalmente, con capacidad económica o capacidad contributiva, reserva de ley, igualdad tributaria, generalidad y no confiscatoriedad de los tributos.

Ahora bien, dependiendo de su recepción doctrinal, estos principios son reconocidos por los textos constitucionales en distintas proporciones y con nombres varios, tales como capacidad económica (Bolivia, Brasil, España, Honduras, Panamá, Venezuela), capacidad contributiva (Paraguay, República Dominicana), proporcionalidad (Argentina, Chile, Honduras, México), reserva de ley (Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Haití, Nicaragua, México, Perú, Venezuela), equidad (Argentina, Colombia, Honduras, México), igualdad (Chile, España, Paraguay, Perú), progresividad (Chile, Brasil, España, Venezuela), no confiscatoriedad de los tributos (España, Nicaragua, Paraguay, Perú), generalidad (Brasil, Honduras) y justicia (Colombia), entre otros.

En muchas ocasiones en que las disposiciones normativas no enuncian de forma expresa estos principios materiales de justicia, ha sido la labor interpretativa del poder judicial la que, a partir de su naturaleza creadora y dinámica, ha declarado su anclaje constitucional en el ordenamiento jurídico, e incluso, perfilado su contenido y alcance, nutriéndose en gran medida de la doctrina. Así ocurre por ejemplo en el caso mexicano, en el que los principios de legalidad, equidad, proporcionalidad y destino al gasto público que sanciona la Constitución, han sido identificados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con capacidad contributiva, igualdad tributaria, reserva de ley y destino del gasto público.

Corresponde entonces a los operadores jurídicos delimitar y/o desentrañar ese conjunto de principios materiales que en el marco de un Estado moderno de derecho habrán de dar racionalidad a los tributos que se impongan para el sostenimiento de los gastos públicos.

A decir de la doctrina más autorizada, la capacidad contributiva, unida a la igualdad tributaria, parece ser el criterio configurador del deber de contribuir, y en esta medida, el núcleo básico de los derechos humanos del contribuyente.

La capacidad contributiva se entiende como una aptitud real de pago de contribuciones, que habilita a los sujetos obligados del tributo a aportar una parte adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad contributiva, siempre y cuando el tributo no prive al contribuyente de la satisfacción de un mínimo existencial personal y familiar para llevar a cabo una vida digna, o represente una exacción tal que involucre la pérdida total de su patrimonio o la extinción la fuente de la que deriva la obligación tributaria (no confiscatoriedad de los tributos).

Así, el tributo cumple con el principio de capacidad contributiva cuando grava índices reales de riqueza, en función de la situación personal y familiar del contribuyente, y discrimina en beneficio de quienes por sus circunstancias se ven imposibilitados para cumplir con la obligación tributaria en la misma proporción.

Por su parte, la igualdad tributaria significa, por un lado, que el legislador está obligado a confeccionar la norma jurídica de forma tal que no haga distinciones entre situaciones esencialmente idénticas, a menos que tales diferencias se encuentren plenamente justificadas por la misma norma (igualdad en la ley tributaria). Por otro lado, implica que todos los operadores jurídicos apliquen la norma tributaria en forma igualitaria para todos los que se ubiquen en la misma situación de hecho, impidiendo establecer diferencias en razón de circunstancias que no estén expresamente previstas en la norma (igualdad ante la ley tributaria). En otras palabras, la igualdad entre dos contribuyentes que se encuentran en situación de semejanza relativa solo se consigue si la situación de uno respecto del otro no se altera tras el pago de sus impuestos correspondientes (Lejeune Valcárcel).

Otro derecho del contribuyente es la reserva de ley tributaria, es decir, que los tributos solo pueden ser establecidos mediante ley, pues los gobernados tienen depositado en el Poder Legislativo un voto de confianza para que sean ellos los que, en su calidad de representantes del pueblo, discutan cabal y racionalmente las iniciativas para sancionar en leyes formales y materiales los elementos esenciales de los tributos.

Por último, el destino al gasto público, como derecho del contribuyente significa que el producto de las contribuciones no puede destinarse para otro fin que no sea cubrir el gasto público, con eficiencia y economía, en beneficio de la colectividad.

Israel Santos Flores

DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN

El proceso de incorporación de los derechos humanos en la Constitución representa uno de los ejes que determinan el constitucionalismo moderno, entendido este último como concreción suprema de la organización política y jurídica de los Estados y del ordenamiento social. Asimismo, el estudio de este término requiere la aplicación de enfoques actualizados que permitan comprender su complejidad y dinamismo, al tiempo de facilitar su entendimiento como un proceso histórico, en las dimensiones espaciales y temporales.

Bajo la premisa anterior, el reconocimiento de los derechos humanos en los cuerpos constitucionales, es decir, su ubicación en el rango normativo más elevado, supone un abordaje jurídico que se auxilie de los aportes de diversas disciplinas, ya que los derechos humanos atañen a una noción situada en un plano filosófico y axiológico, que incluso precede a su positivización, amén de involucrar construcciones conceptuales que se reconfiguran en forma constante, hoy en día incluso como consecuencia de las transformaciones culturales y la vorágine tecnológica. En este caso, la tendencia a expandir el territorio de las capacidades y facultades inherentes al ser humano, las cuales deben ser reconocidas jurídicamente y protegidas por el Estado, encuentran en el iusnaturalismo su punto de partida, si bien se enriquece dicha doctrina filosófica con nuevos elementos.

No obstante la actual tendencia a la universalización de los derechos humanos, y si bien hoy representan el referente político y moral en gran parte

del planeta (Manet, 2003), es importante señalar que se trata de un constructo social complejo que durante mucho tiempo estuvo lejos de reflejar una unanimidad conceptual, por la multiplicidad de elementos que incorpora, entre ellos, las diferencias étnicas y culturales, o aquellas posturas relativas a las distintas religiones.

Así, en la actualidad, el reconocimiento de los derechos humanos en las constituciones políticas representa uno de los indicadores más veraces del desarrollo político de los estados democráticos y de la convivencia colectiva. Por esta razón, como resultado de la interrelación entre gobernantes y gobernados propia de los sistemas democráticos de gobierno, se afirma la tendencia a incorporar el conjunto de derechos humanos en los textos constitucionales, como el mecanismo jurídico idóneo para garantizar su observancia general.

De esta manera, en una perspectiva histórica puede identificarse el siguiente eslabonamiento en el proceso de constitucionalización de los derechos: revoluciones políticas y reivindicación de derechos frente al poder monárquico en Europa; surgimiento de las primeras declaraciones modernas de derechos en Norteamérica y Francia en el siglo XVIII; proclamación de las primeras dos constituciones políticas del mundo moderno, a saber: la de los Estados Unidos de Norteamérica y la de Francia, sustentadas fundamentalmente en los derechos del individuo; el influjo de las diferentes vertientes del constitucionalismo en distintas partes del mundo, especialmente Europa y América. Asimismo, la formulación de las distintas generaciones de derechos, así como un influjo decisivo de las declaraciones y el derecho internacional después de la Segunda Guerra Mundial, complementan dicho proceso, en sus aspectos más generales.

En el caso de México e Iberoamérica, la Constitución de Cádiz de 1812 gravita fuertemente en el surgimiento y la evolución del constitucionalismo en la región, por supuesto en concomitancia posterior con aquel de procedencia norteamericana. El texto gaditano no incorporó una solemne declaración de derechos, sin embargo, contiene en sus diferentes capítulos el reconocimiento de derechos pertenecientes a la persona humana, como son la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos.

El reconocimiento constitucional de los derechos humanos en México comprende diversas etapas, materializadas en la actual Constitución Política, vigente desde 1917. En un primer periodo, si la Constitución de Apatzingán de 1814 incluyó por vez primera en el país un catálogo de derechos, congruente con el signo liberal de la época, la Constitución de 1857, tras un intenso vaivén político reflejado en numerosos documentos constitucionales, representó el triunfo del movimiento liberal y permitió plantear un modelo constitucional que decantó las ideas de igualdad, libertad, seguridad y propiedad, entre los aspectos más destacados. La misma ley suprema incorporó un modelo más acabado del juicio de amparo, surgido ya con anterioridad tanto a nivel local como federal, y que representa el recurso jurídico por excelencia para hacer efectivos los derechos reconocidos. En una segunda etapa, la Constitución de 1917 habría de incorporar los derechos sociales por influjo directo de las demandas articuladas antes y durante el movimiento

armado iniciado en el año 1910, dotando de un mayor alcance al concepto de derechos humanos y dando lugar al nacimiento del constitucionalismo social.

Puede ubicarse una tercera etapa que transcurre especialmente durante las últimas cinco décadas, en las cuales se han realizado reformas constitucionales para ampliar el universo de derechos y libertades en México, pero, de la misma manera, fortaleciendo sus mecanismos protectores, sea por la vía jurisdiccional o a través del sistema nacional de *Ombudsman*. Allí están comprendidas reformas a favor de la igualdad jurídica del hombre y la mujer (1974); de los derechos de la infancia (1980, 1992, 2000 y 2011); el derecho a la protección de la salud y a la vivienda (1983); los derechos de los pueblos indígenas (1992 y 2001); el derecho a un medio ambiente sano (1999); a la cultura (2009), y a la alimentación (2012), (Carpizo, 2011).

La reforma de 2011 en la materia concretó mejores fórmulas jurídicas para acompañar el reconocimiento constitucional de los derechos humanos con garantías y mecanismos más eficaces que los protejan. Así, el peso específico de la misma gravita en la nueva redacción del art. 1o. constitucional, en el cual se declara puntualmente que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, de igual manera que de las garantías para su protección. La incorporación del término “derechos humanos” y la enunciación de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, con los cuales todas las autoridades en sus distintos ámbitos de competencia quedan obligadas a su promoción y respeto, al tiempo de protegerlos y garantizarlos, representa un esquema normativo que tenderá a fortalecer su observancia.

Por su parte, la incorporación del principio *pro homine* como precepto constitucional, como guía de interpretación y aplicación de las normas relativas a los derechos humanos, sin duda revoluciona la visión jurídica en México. Este importante principio, concatenado con un reconocimiento expreso de los derechos en los tratados internacionales, fortalece igualmente el papel de los juzgadores en el país, quienes a través de los nuevos mandatos constitucionales, el control de convencionalidad, la reciente actualización del juicio de amparo y la no aplicabilidad de leyes contrarias a los nuevos preceptos, dispondrán de mecanismos más eficaces para la protección de los derechos humanos.

Rodolfo Lara Ponte

DERECHOS IMPOSIBLES

Esta categoría introducida por Bidart Campos en su obra *Las obligaciones en el derecho constitucional* (1987), pretendió denotar a aquellos derechos humanos positivizados aunque carentes de vigencia. La referencia a derechos imposibles necesariamente nos lleva a presuponer que el Estado tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir los derechos que normativamente han sido establecidos, es decir, tornarlos posibles. Sin embargo, por diversas razones, algunos derechos consagrados normativamente carecen de *vigencia sociológica*, convirtiéndose en *derechos sobre el papel* o meras declaraciones de buena volun-

tad desprovistas de fuerza jurídica y operatividad. Algunos de los derechos incluidos por la doctrina en esta categoría, no son tales pues se constituyen a partir de una relación de dificultosa o imposible configuración debido a la carencia de un sujeto pasivo al que le fuera exigible la correlativa obligación pero sobre todo, de identificar el modo de cumplimiento de la obligación en sí. Se trataría de derechos tales como el “derecho a la felicidad” (Bidart Campos, 1987). En la actualidad quienes emplean la categoría de derechos imposibles lo hacen para referirse principalmente a los derechos económicos, sociales y culturales, por cuanto se asume que la vigencia de los mismos se encuentra imposibilitada o reducida por aquejarlos problemas de diversa envergadura sobre todo de tipo material, a los cuales se deben agregar posturas dogmáticas. La imposibilidad como carencia de vigencia, abarcaría no solamente al desarrollo legislativo de dichos derechos sino también y especialmente, a su justiciabilidad. Las razones en las que normalmente se suele fincar la imposibilidad de hacer justiciables estos derechos son de dos clases: aquellas que afectan a los derechos en sí y las que afectarían a los jueces que deban hacerse cargo de los planteos judiciales que tengan por objeto derechos sociales. En el primer tipo de objeciones podemos mencionar las siguientes: a) Su carácter programático, b) Su contenido indeterminado, y c) El alto costo financiero de su vigencia. Sobre estos obstáculos la doctrina actual ha contestado de manera contundente. En cuanto a la programaticidad, ella suele ser pregonada como una característica propia de los derechos sociales en general, sin reparar que las denominadas normas constitucionales programáticas o de “eficacia indirecta”, son una opción de técnica constituyente para establecer enunciados constitucionales que contengan derechos, pero de ninguna manera se trata de una característica entitativa o configurativa de tales derechos. En relación a la objeción referida al contenido indeterminado de estos derechos, diremos que el contenido de los derechos en general —no solo de los derechos sociales— es determinable —no indeterminado— y dicha determinación se realiza por medio de las leyes y claro, la interpretación judicial. La llamada “indeterminación de contenido”, afecta a todos los derechos en general y no solo a estos derechos y de ninguna manera se trata de un problema por el que su vigencia se deba ver impedida. En todo caso, las autoridades en general están llamadas a dotar de contenidos específicos a tales derechos para de tal modo tornarlos posibles, Por último, en cuanto a la objeción referida al alto costo financiero de los derechos sociales, diremos que esta razón parece asentarse en la idea de acuerdo a la cual los derechos sociales cuestan y los derechos civiles no. La incorrección de una idea tal ya ha sido evidenciada en trabajos seminales al respecto. Por otro lado, en ocasiones el cumplimiento de las obligaciones en relaciones de derechos sociales se puede satisfacer de manera negativa, por ejemplo, no afectando el nivel de disfrute de un determinado derecho. En otros supuestos, la decisión judicial que obligue al cumplimiento de un derecho tal puede consistir en que las autoridades demandadas hagan algo con base en una política pública social ya diseñada y para cuyo cumplimiento ya existan recursos destinados. De esta forma, en un importante número de casos, los jueces operan sobre la base de costos ya contemplados presupuestalmente por las autoridades competentes y su labor se circunscribe a mandar

su efectiva aplicación. El segundo tipo de razones en las cuales se pretende fundar la imposibilidad, atañen a los jueces que deben hacerse cargo de esta clase de derechos. Ellas podrían ser agrupadas del modo que sigue: a) Falta de idoneidad técnica de los jueces, b) Su carencia de pensamiento comprensivo y por último, c) El carácter antidemocrático que su actuar sobre estos derechos implicaría. Acerca de estas aparentes causas en las cuales fincar la imposibilidad, también la doctrina ha contestado. Sobre las cuestiones técnicas que los jueces no estarían en aptitud de acometer, resulta claro que difícilmente podemos encontrar un asunto judicial en el que ellas no resulten involucradas. En estos asuntos, como en los que involucren a los derechos sociales, los jueces se asisten de peritos expertos en los asuntos técnicos involucrados. Fincar la imposibilidad de dotar de vigencia a los derechos sociales asumiendo que los jueces carecen de pensamiento comprensivo, presupone un juicio previo tal de acuerdo al cual como en los asuntos referidos a derechos sociales y debido al carácter prestacional de ellos, se encuentran involucradas cuestiones presupuestales y una decisión judicial al respecto, tomada en el estrecho marco de un caso individual, puede llegar a afectar desprevénidamente recursos destinados a otros asuntos, incluso a la cobertura de otros derechos sociales. Los jueces no estarían en aptitud de adoptar una mirada que sea capaz de observar esas otras consecuencias. Este argumento al parecer no corresponde con una lectura fenomenológicamente correcta de la labor de los juzgadores pues ellos son plenamente conscientes de la onda expansiva de sus resoluciones y esa conciencia operará, en algunos casos, como un factor de libertad y en otros, como una causa de restricción pero de ninguna manera les serán inocuas. Amén de la conciencia de los efectos de sus decisiones, los jueces, especialmente los constitucionales, deben cuidarse de entrar en un cálculo de eficiencia entre los derechos y las consecuencias de sus decisiones, pues ello podría implicar el sometimiento de los derechos a un cálculo utilitario que es ajeno a su esencia. Debemos recordar qué, normalmente, la intervención de la justicia se da cuando la administración y el Poder Legislativo han incumplido mandatos constitucionales. Sobre la última cuestión diremos que detrás de la objeción anterior se encuentra otra problemática de raíces más profundas y de acuerdo a la cual, el Poder Judicial no sería apto para resolver sobre ciertas materias que deberían implicar mayor deliberación y planeación por parte de las autoridades específicas que tienen como función el diseño de políticas públicas que, en el caso de los derechos sociales, tiendan a dar eficacia a los mismos. En este sentido, la labor judicial en materia de derechos sociales, resultaría invasiva y poco democrática. Pero sucede que normalmente el Poder Judicial no opera en ese escenario, sino en el del incumplimiento de las políticas públicas sociales ya diseñadas, y su trabajo opera con base en planteamientos de personas, grupos o sectores sociales insatisfechos por la inacción de los otros poderes o, en otros casos, por los retrocesos que las políticas regresivas imponen, es decir, en el marco del incumplimiento de las obligaciones asumidas democráticamente por los restantes poderes.

Juan Manuel Acuña

DERECHOS POLÍTICOS

La voz “derechos políticos” se refiere al conjunto de facultades con las que cuenta el ser humano para el ejercicio de la participación política. Se distinguen de los derechos civiles en que mientras estos se refieren a los asuntos privados, los “derechos políticos” aluden a los asuntos de la vida pública de la humanidad. Jellinek señala que los “derechos políticos” permiten al ciudadano expresar de forma directa la voluntad estatal, o bien contribuir a la manifestación de esta. La esencia de estos derechos, según Hans Kelsen, es dar al individuo un lugar en la formación de la voluntad social; son derechos humanos. De esta manera, los “derechos políticos” como derechos humanos se deben regular y proteger por los ordenamientos jurídicos a través de las herramientas procesales necesarias, y también requieren de un desarrollo institucional y garantías que les otorguen efectividad. Estos derechos contienen elementos propios de los derechos de libertad, ya que, por una parte, su ejercicio contribuye a la formación de la voluntad popular y a la integración de los órganos estatales, y por otra, se refieren a la imposibilidad del Estado de impedir su ejercicio de manera arbitraria o discrecional.

Los “derechos políticos” son derechos de participación individual, pero de trascendencia colectiva. De esta manera, en el ámbito de estos derechos encontramos los que se ejercen de manera directa, como el plebiscito, el referéndum, la consulta popular, la iniciativa ciudadana, y también en la incorporación del propio ciudadano en los poderes del Estado; los de forma indirecta, mediante la elección de representantes, así como la participación en los asuntos públicos. La tipología de los “derechos políticos”, generalmente coincidente en la doctrina, se centra en el reconocimiento de los derechos de votar (elegir libremente a sus representantes), ser votado (la posibilidad de ser electo para un cargo), de asociación (el derecho para formar agrupaciones) y de afiliación (formar partidos políticos y contar con los derechos y obligaciones reconocidos en su normatividad). Se consideran también “derechos políticos” otros derechos humanos que estén vinculados con el ejercicio de aquellos; por ejemplo, los de igualdad, de libertad de expresión, de petición, de información, etcétera. Además, los “derechos políticos” están estrechamente relacionados al concepto de democracia, principalmente de las democracias constitucionales que reconocen un mínimo de derechos. En la teoría jurídica, estos derechos están catalogados como derechos de primera generación, es decir, en los derechos civiles y políticos; surgieron de las dos grandes revoluciones: la norteamericana, con la Declaración de Independencia (1776), y la francesa, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Durante los siglos XVIII, XIX y XX, época de gestación de los “derechos políticos”, las naciones han configurado diversas limitaciones para su ejercicio, inclusive, todavía hace algunas décadas, sectores como las mujeres, los grupos raciales, las etnias, la posición económica o social, la falta de instrucción o determinado nivel de alfabetización, entre otros, constituían impedimentos para su ejercicio. La expresión “derechos políticos” también refiere a expectativas, principalmente de no sufrir lesiones, adscritas a los ciudadanos por las normas jurídicas, relacionadas con la participación de estos en la toma de decisiones públicas, las que en su conjunto fundan la representación política. En décadas

recientes con respecto a los “derechos políticos” (hacia mediados del siglo XX y lo que llevamos del siglo XXI), los Estados, cada uno en atención a su propio contexto, han reconocido a grupos históricamente vulnerables en sus legislaciones e implementado cuotas para facilitar y garantizar su inserción en los asuntos públicos y con la finalidad de que estén efectivamente representados. Las cuotas que generalmente se reconocen son las referentes al género, las raciales, las de comunidades o etnias indígenas, personas con capacidades diferentes, entre otras.

Actualmente no existe uniformidad en cuanto a los límites a los derechos políticos. La regulación al respecto atiende al contexto de cada país; sin embargo, existe coincidencia respecto a que en la imposición de esos límites se deben establecer medidas en contra de restricciones o suspensiones indebidas, aun por motivos de edad, residencia, nacionalidad, capacidad civil o psíquica, por causa de condena penal, por causa antidemocrática, de orden público, de seguridad nacional o del bien común. En cada caso, esas restricciones deben reunir, entre otras características, la de ser proporcionales, idóneas, necesarias, jurídicas, racionales, objetivas, así como el de tener un fin y efecto útil. La progresiva constitucionalización y, posteriormente, su internacionalización (Declaración Americana y Declaración Universal de Derechos Humanos, ambas de 1948) fueron otorgando a los “derechos políticos” la entidad de derechos humanos, ya que reúnen características comunes a estos, como son: la universalidad (son aplicables a todo el género humano); interdependencia (son un haz indivisible que merece pareja o consideración jurídica; es decir, que no existe un número cerrado y preciso de estos derechos); indivisibilidad (no deben ignorarse en su defensa a los demás derechos); progresividad (debe preferirse la norma que restrinja, en menor medida, su ejercicio); son inherentes (al hombre); imprescriptibles (no están sujetos a venta); irrenunciables (no son un bien disponible), e integrales (la violación de uno presupone la violación de los demás). Igualmente, estos derechos funcionan como límite de la actuación estatal (Ferrajoli, Bobbio, Garzón Valdés), esto es, el Estado tiene la obligación de no hacer, de no impedir su ejercicio. Estos límites de la actuación del Estado también están estrechamente relacionados con los principios de mínima intervención y del bien jurídico. El reconocimiento del libre y efectivo ejercicio de los “derechos políticos” constituye un elemento condicionante para la legitimación del Estado democrático. Los “derechos políticos” como visión integral del derecho en un Estado constitucional están reconocidos en diversos instrumentos tanto internacionales como regionales de derechos humanos, de entre los que se encuentran: la Carta Democrática Interamericana (arts. 2o., 3o. y 6o.); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 23); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XX); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 21); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1993 (art. 25); el Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 3o.); la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (art. 13); el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (arts. 2o., 4o., y 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

Racial (art. 5o., inciso c); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 42, párrafo 3); la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (art. 1o.); la Convención Sobre los Derechos Políticos de la Mujer, y la Convención Sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer. Con motivo de esta categorización se identifica a los “derechos políticos” como parte del derecho internacional de los derechos humanos. La transformación y continua mutación morfológica de los Estados ha conducido, en las últimas décadas, a la necesidad de replantear la titularidad de los “derechos políticos”, entre otros aspectos se explora la posibilidad de su titularidad por los extranjeros (Zagrebelsky).

Luis Espíndola Morales

DERECHOS POLÍTICOS (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL)

La voz “derechos políticos” en la jurisprudencia constitucional se ha venido construyendo de manera reciente (siglos XIX y XX). Existen diversos y variados esquemas de amplitud, protección, limitación o restricción de los “derechos políticos”.

Los criterios en torno al contenido y alcances de los “derechos políticos” atienden al contexto de cada Estado; sin embargo, existe coincidencia sobre su reconocimiento y ubicación en los derechos de libertad; es decir, no solo se trata de derechos que garantizan un ámbito de autonomía de la persona respecto al Estado (*status libertatis*), sino también el derecho a participar en la configuración de la voluntad estatal (*status activae civitatis*), el cual se traduce en el derecho a ser elegido a las asambleas representativas, así como el de ocupar cargos públicos. En las democracias occidentales, los “derechos políticos” tienen connotación de derechos de participación política o derechos de la democracia.

La interpretación de la Corte Suprema de los Estados Unidos al resolver casos como *Luther vs. Borden* (1849), *Baker vs. Carr* (1962) y *Powell vs. McCormack* (1969), es coincidente en desconocer su competencia para resolver asuntos de índole política, y consecuentemente, ese criterio condujo a que en la *praxis* se careciera de mecanismos o garantías para su protección y tutela.

En Australia destaca el criterio relativo a la limitación del ejercicio de los “derechos políticos” a quienes negaran los postulados básicos de la democracia (*Australian Communist Party vs. Commonwealth*, 1951). En Alemania, derivado de la trágica experiencia del régimen totalitario hacia mediados del siglo XX, el Tribunal Constitucional alemán sentó jurisprudencia en relación con el ejercicio de los “derechos políticos”, cuando con motivo de su ejercicio, se pretendiera instaurar el antiguo régimen (*Partido Nacionalsocialista del Reich o Partido Social imperial*, 1952); un caso muy similar al de Alemania se presenta en Argentina con el ejercicio del derecho de asociación en materia política, tal es el caso del “Partido Nuevo Triunfo”, el cual pretendía registrarse con el nombre de “Partido Nacionalista Socialista de los Trabajadores” (fallo 3423/2005). En España, destaca por su trascendencia, el criterio sentado por su tribunal constitucional respecto a la restricción y suspensión del ejercicio

de los “derechos políticos” a quienes con motivo de sus actos u omisiones fomentaran el terrorismo (*Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna*, 2003); respecto al ejercicio de los “derechos políticos” en los que se promuevan fundamentalismos religiosos con fines violentos, destaca la sentencia del Tribunal Constitucional turco, mediante la cual limitó su ejercicio (*Refah Partisi* y su pretendida continuación a través de *Fazilet*). En cuanto a prácticas racistas, en el ejercicio de los “derechos políticos”, destacan las sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos *Nixon vs. Hendon* (1927) y *Nixon vs. Condon* (1932), en las que la Corte recuerda que el ejercicio de los “derechos políticos” no incluye la libertad del órgano legislativo ni de los partidos políticos para prohibir a una raza (afroamericanos) presentarse como candidatos a las elecciones, porque ello contraviene la XIV enmienda.

Respecto a prácticas xenóforas, el Tribunal de Casación de Bélgica se pronunció en el sentido de que las mismas constituyen límites al ejercicio de los “derechos políticos” cuando con su ejercicio se propugna clara y repetidamente por este tipo de discriminación (*case Blams Blok VB*). También se han presentado casos de excepción para el ejercicio de los “derechos políticos”. En Canadá se presentaron ejemplos de partidarios del fascismo (*War Measure Act*), también respecto a la promoción del cambio del régimen gubernamental canadiense por la vía de la violencia (*Front de Libération du Québec*). Una reserva similar con relación al ejercicio de los “derechos políticos” se encuentra también en la Corte Suprema estadounidense en el caso *Estados Unidos vs. Dermis*, en el que se justifica la limitación y restricción del ejercicio de los “derechos políticos” por conspirar para derrocar y destruir al gobierno de ese país por la vía de la fuerza y la violencia. El ejercicio de los “derechos políticos” en su vertiente de libertad de expresión, la Corte Suprema de Estados Unidos ha distinguido entre la libertad de comunicación para mantener un debate racional y crítico, respecto de su empleo con la finalidad de incitar a la comisión de delitos, en particular la oposición al reclutamiento y la rebelión o insurrección armada (*Schenk vs. United States*, 1919), lo mismo que en el caso de la manifiesta intención de cometer actos proscritos por la ley como elemento a considerar del actuar ilícito, y en consecuencia, frontera para el ejercicio de los “derechos políticos” (casos como *PCUSA; Gitlow vs. Nueva York*, así como *Chapinsky vs. New Hampshire*).

Por su parte, en México el debate jurisprudencial sobre la protección de los “derechos políticos” como derechos susceptibles de tutela jurisdiccional se remonta desde el siglo XIX, en el que con base en el debate sobre la llamada incompetencia de origen (debate entre Ignacio L. Vallarta y José María Iglesias) se sostuvo que el Poder Judicial no debía interferir en cuestiones políticas, el cual cobró vigencia hasta finales del siglo XX (1996, 2007, 2011, 2012), en el que se implementaron mecanismos procesales para su cobertura y protección (juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, recurso de apelación, recurso de revisión, recurso de reconsideración), así como la instauración de un tribunal especializado en la materia (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación). En la actualidad, los “derechos políticos” jurisprudencialmente se les ha reconocido como derechos humanos.

DERECHOS POLÍTICOS (JURISPRUDENCIA EUROPEA)

La voz “derechos políticos” en el ámbito regional de la jurisprudencia europea se ha venido construyendo a partir de interpretaciones que en diversos casos ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), principalmente respecto del art. 3o. del Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEPDHLE), a partir de la cual enfatizó la necesidad de que en cada caso se evalúe la legislación electoral a la luz de la evolución del país concernido (*Mathieu-Mohin and Clerfayt vs. Belgium*), lo que ha llevado a aspectos inaceptables que en el contexto de un sistema, pudieran estar justificados en otros.

Asimismo, el TEDH ha señalado que existen numerosas maneras de organizar y de implementar sistemas electorales en relación con el ejercicio de los “derechos políticos” y sus restricciones, lo que atiende a la riqueza de diferencias basadas en el desarrollo histórico, diversidad cultural y pensamiento político de los Estados (*Ždanoka vs. Latvia*).

Los “derechos políticos” como derechos subjetivos de participación política se han calificado por el TEDH como cruciales para el establecimiento y conservación de los fundamentos de una democracia auténtica, regida por el Estado de derecho (*Hirst vs. Reino Unido*). Con relación al reconocimiento y ejercicio de los “derechos políticos”, el TEDH ha señalado que ninguna parte de la jurisdicción de los Estados miembros se sustrae al imperio del convenio, de modo que su organización institucional y política debe respetar los derechos y principios inscritos en él. En relación con la naturaleza de los derechos consagrados en el art. 3o. del CEPDHLE, el TEDH deriva los “derechos políticos” de participación, como el derecho al voto y el derecho a ser electo (*Partido Comunista Unificado vs. Turquía*).

Respecto a las medidas restrictivas o limitaciones de “derechos políticos”, el TEDH ha reconocido que los Estados cuentan con un amplio margen de apreciación nacional para establecer limitaciones implícitas, pero corresponde al TEDH determinar, en última instancia, si se ha cumplido con los requerimientos del Protocolo núm. 1, y en su caso, establecer si estos no restringen los derechos en cuestión, al grado de hacer nugatoria su esencia y privarlos de efectividad. Estos límites o restricciones deben estar previstos en ley; perseguir uno o varios objetivos legítimos, imperativos, convincentes; no ser desproporcionados; deben procurar el orden y los principios democráticos; deben atender a la seguridad nacional, así como responder a una necesidad social imperiosa.

En cuanto al derecho a ser electo, como otro de los derechos que conforman los “derechos políticos”, el TEDH ha señalado que puede ser restringido más fácilmente que el voto activo (*Ždanoka vs. Latvia; Melnitchenko vs. Ucrania; Perkov y Otros vs. Bulgaria*). El control que el TEDH ejerce en cuanto a la interpretación de los “derechos políticos” es susceptible de modulaciones conforme a las circunstancias y contexto de cada caso. Respecto al derecho de asociación, como parte del ejercicio de los “derechos políticos”, el Protocolo núm. 1 al CEPDHLE establece el derecho de contar con elecciones libres, bajo condiciones que aseguren la libertad de expresión y opinión de los ciudadanos. Al respecto, TEDH ha señalado que el mismo derecho es aplicable

a asociaciones como los partidos políticos y que la negativa de registro ante la autoridad electoral competente puede constituir una violación a este derecho (*Presidential Party of Mordovia vs. Russia*).

Asimismo, el TEDH reconoce que la democracia, uno de los pilares sobre los que descansa el reconocimiento de los derechos del hombre, ha de garantizar el pluralismo político como valor esencial en ese sistema, junto con el libre debate de las ideas; sin embargo, como la mayoría de los derechos humanos, los “derechos políticos” no son absolutos. Así, el TEDH recuerda que la sociabilidad del hombre implica que no existe derecho fundamental alguno ajeno a su relación con los demás, de modo que no se puede realizar un ejercicio ilimitado de estos.

Igualmente, con respecto a la democracia, el TEDH sostiene que el ejercicio de tales derechos puede, inclusive, resultar incompatible con la forma de organización de un Estado; este tipo de manifestaciones deben ser toleradas, siempre y cuando no estén encaminadas a dañar la esencia de ese régimen. En diversas de sus sentencias, el TEDH se ha pronunciado sobre esos límites a los “derechos políticos”, en temas como la prevalencia de una clase social sobre las demás (*Partido Comunista Unificado de Turquía —TBKP— vs. Turquía*); fundamentalismos religiosos y laicidad (*Refah Partisi vs. Turquía*; *Kavakçı vs. Turquía*); terrorismo (*Herri Batasuna y Batasuna vs. España*; *Etxebarria y otros vs. España*; *Herritarrren Zerrende vs. España*); la pertenencia y activa participación en grupos políticos golpistas (*Ždanoka vs. Latvia*); entre otros.

La jurisprudencia del TEDH ha reiterado que el sistema del convenio protege derechos reales y efectivos y no ilusorios conforme a un principio de protección colectiva y de enjuiciamiento efectivo de los derechos (*Ártico vs. Italia*; *Mc Cann vs. Reino Unido*, así como *Korestky y otros vs. Ucrania*). El Código de Buena Conducta en Materia Electoral de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa reconoce que el sufragio puede ser un derecho o un deber, siendo una opción del legislador configurar o no el voto como obligatorio; no hay pronunciamiento al respecto por el TEDH. En cuanto a la exclusión automática del sufragio a los condenados, el TEDH ha admitido que no existe un consenso normativo europeo al respecto, parte entonces a la búsqueda de un *common background*.

Luis Espíndola Morales

DERECHOS POLÍTICOS (JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA)

Los “derechos políticos” en el ámbito interamericano están previstos en el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), los cuales implican, entre otros aspectos, el derecho a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, así como al de acceder a las funciones públicas. El contenido y alcances de estos derechos han sido objeto de interpretación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La CIDH ha señalado que los “derechos políticos” propician el fortalecimiento de la democracia y fomentan pluralismo político (*Yatama vs. Nicaragua*).

En los “derechos políticos”, conforme a la jurisprudencia interamericana, se encuentran: el de participación política, que puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como el de influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa. En cuanto al derecho a ser elegido y el de votar, la CIDH ha señalado que están íntimamente ligados entre sí, y constituyen la expresión de las dimensiones tanto individual como social de la participación política (*Yatama vs. Nicaragua; Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*).

Para la CIDH, el Estado tiene el deber de garantizar el goce de los “derechos políticos”, deber que no se satisface únicamente con la expedición de la norma que los reconozca formalmente, sino que para ello se requiere que el propio Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran determinados sectores o grupos sociales (*Yatama vs. Nicaragua y Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*).

Los “derechos políticos” no deben limitarse en cuanto a su alcance pleno, de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de esta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria esa participación; lo que privaría a los “derechos políticos” de su contenido esencial. La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los “derechos políticos” no constituyen por sí mismo una restricción indebida. La CIDH ha establecido que los “derechos políticos” no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones; su reglamentación debe observar, al menos, los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. Las restricciones a los “derechos políticos” deben preverse en una ley; no ser discriminatorias; basarse en criterios razonables; atender a un propósito útil y oportuno que torne necesaria esa norma, y estar encaminadas a satisfacer un interés público imperativo y proporcional a ese objetivo (*Yatama vs. Nicaragua*). Para la CIDH, la democracia representativa es determinante en todo sistema, constituye “un principio” reafirmado por los Estados americanos y previsto en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). La relación entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos, en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana. El Estado tiene la obligación de garantizar, con medidas positivas, que toda persona que formalmente sea titular de “derechos políticos” tenga la oportunidad real para ejercerlos; para ello, señala la CIDH, es indispensable que el Estado genere condiciones y mecanismos óptimos para que los “derechos políticos” puedan ejercerse de forma efectiva. En ese sentido, la CIDH ha expuesto que la CADH se limita a establecer determinados estándares, dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los “derechos políticos”. El ejercicio de los “derechos políticos”, en su vertiente de acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, está referido tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación.

En cuanto a la posibilidad de que los Estados puedan reglamentar el ejercicio de los “derechos políticos”, exclusivamente en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal, la CIDH ha sostenido que la finalidad de estas previsiones es evitar la discriminación de los individuos en el ejercicio de los “derechos políticos”, aunado a que se trata de la imposición de condiciones habilitantes que la ley puede imponer para su ejercicio, las cuales son comunes en la región. La CADH impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas encaminadas a cumplir con la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los “derechos políticos”, así como el deber de adoptar medidas en su derecho interno. Para que los “derechos políticos” puedan ejercerse, los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones, formalidades y directrices que hagan posible el ejercicio de esos derechos, como el de votar y ser votado. La obligación de los Estados de garantizar los “derechos políticos” resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y de la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el art. 23 de la CADH. Sin esa acción, en términos de la CIDH, los “derechos políticos”, como también otros previstos en la CADH (protección judicial), son derechos que no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque por su misma naturaleza resultarían inoperantes sin una detallada regulación normativa, e incluso sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman (*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*). La obligación de los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los “derechos políticos”, reconocidos en la CADH, también implica el deber de organizar el aparato gubernamental y sus estructuras, a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público. Así, para la CIDH los titulares de los “derechos políticos” son los ciudadanos (*López Mendoza vs. Venezuela*).

La CADH ha establecido lineamientos generales que determinan el contenido de un mínimo “derechos políticos” y permite a los Estados, para que dentro de los parámetros convencionales, que los regulen de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las cuales pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad en distintos momentos históricos (*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*). Un ejemplo de lo anterior se presenta en América Latina (*Efraín Ríos Mont vs. Guatemala*), región en la cual, por su pasado dictatorial e inestabilidad política, es frecuente constatar que leyes de la región centro y sudamericana impiden el libre ejercicio de los “derechos políticos” a los rebeldes, dictadores, golpistas o represores, quienes en su momento causaron lesiones graves a los derechos humanos; por ello, la CIDH ha validado condiciones de inelegibilidad para quienes actúan en esos contextos, con base en que las limitaciones o prohibiciones para el ejercicio de los “derechos políticos” constituye una norma de defensa común internacional para la consolidación democrática de la región.

Luis Espíndola Morales

DERECHOS POSITIVIZADOS

La noción de derecho positivo es el punto de partida para arribar a una definición del término “derechos positivizados”. En una acepción general, según Bobbio en el libro *El tiempo de los derechos*, el derecho positivo es el conjunto unitario de normas, tanto de conducta como de organización, que reglamentan las relaciones fundamentales para la convivencia y la supervivencia del grupo social. Si bien es en el derecho romano donde surge la idea del derecho codificado, la misma alcanza su cabal desarrollo en el marco del nacimiento del Estado liberal moderno, donde representa uno de sus soportes fundamentales.

La relación dicotómica configurada por el Estado y el derecho fue advertida por la mayoría de los principales exponentes de la filosofía política y del derecho. En este orden, perspectivas como la de Kelsen coinciden en ver a ambos como la cara de una misma moneda, sin que se pueda entender a uno sin el otro y sin importar quien detente el poder soberano del Estado. Es a través de las normas jurídicas establecidas como subsiste el Estado y por las que materializa su poder coactivo.

Ahora bien, el concepto de “derechos positivizados” sugiere necesariamente la existencia de un proceso legislativo en el contexto del Estado moderno, como la vía mediante la cual los derechos en su sentido más amplio pasan a formar parte del conjunto de normas que rigen a una sociedad.

El proceso legislativo es una de las tres fuentes formales del derecho, junto con la costumbre y la jurisprudencia. De acuerdo con esto, García Máynez, en la obra *Introducción al estudio del derecho* (2003), dice que “en los países de derechos escrito, la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales... es el proceso mediante el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general”. De esta manera, el proceso legislativo es la forma típica de positivización de derechos, más allá de su incorporación en el orden constitucional o en leyes secundarias.

La positivización de derechos debe ser comprendida como la síntesis de un proceso político y jurídico, cuyas etapas comprenden la construcción conceptual de los derechos y libertades, y su consiguiente protección a través de la definición de un orden legal. Un hecho universal decisivo en el proceso aludido fue la proclamación de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada por la Asamblea Nacional Francesa en 1789, en tanto asidero filosófico e inventario axiológico cruciales en la ulterior incorporación de derechos en las primeras Constituciones democráticas.

En este orden de ideas, la evolución de los derechos comprende su reconocimiento e incorporación crecientes en los sistemas jurídicos del Estado moderno, como salvaguarda de su observancia. En el campo de los derechos humanos, este hecho evidencia la compaginación de los principios iusnaturalistas y positivistas, ya que incluyen elementos y fundamentos de ambos, cuya articulación plasma los principios de igualdad y libertad en un cuerpo jurídico normativo.

Dentro del proceso de positivización de los derechos es posible encontrar cuatro grandes etapas o generaciones a lo largo de la historia. En primer lugar, el reconocimiento de los derechos individuales (libertad, igualdad, seguridad y propiedad) o también conocidos como de primera generación, que fueron bandera de lucha de las revoluciones de Inglaterra, Francia y Estados

Unidos entre los siglos XVII y XVIII, que con sus respectivas proclamaciones de derechos ayudaron a modelar las primeras Constituciones de la era moderna: la del estado de Virginia de 1776, la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787 y sus diez primeras enmiendas de 1791, así como la Constitución francesa de 1793.

La segunda generación surge en el siglo XX con la Constitución mexicana de 1917, que define a derechos de índole social, relativos a la educación, al trabajo y a la seguridad social.

Los derechos humanos de tercera generación conciben al hombre como integrante de grupos sociales, de los que surgen los derechos concernientes a un medio ambiente sano, a la diversidad cultural, a la información y a las minorías. En la actualidad se discuten los derechos de cuarta generación, dirigidos a que las nuevas generaciones cuenten en el futuro con un mundo viable.

En México, el proceso de inclusión de derechos en los ordenamientos jurídicos tiene una larga trayectoria, comenzando en 1814 con la Constitución de Apatzingán, en donde ya se incluyó el reconocimiento de libertades; en las Constituciones federalistas del siglo XIX, que abarcan los periodos de 1824 a 1835 y de 1847 a 1852, también se reconocen una serie de libertades y la obligación del Estado de protegerlas; el triunfo del movimiento liberal y la promulgación de la Constitución de 1857 consagraron los principios de igualdad, libertad y seguridad personal, e incorporó un modelo más acabado del juicio de amparo, surgido ya con anterioridad tanto a nivel local como federal; por último, con la Constitución de 1917 se inició una auténtica vertiente social del constitucionalismo mexicano, mediante la inclusión de los derechos a la educación y del trabajo. Con la trascendente reforma de 2011 en la materia se fortaleció el reconocimiento de los derechos y libertades en el país, al tiempo de establecer principios y mecanismos jurídicos más eficaces para su protección.

De la manera antes descrita es como los derechos han transitado en el proceso de positivización, además de contribuir a la conformación de lo que algunos autores contemporáneos denominan como “Estado democrático de derecho”; sin embargo, recientemente, el *neopositivista* italiano Luigi Ferrajoli, en su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ha propuesto una segunda etapa en la naturaleza de los derechos humanos, lo que implica un nuevo paradigma para el positivismo clásico. Este autor argumenta que mientras que en la primera fase lo que importaba era la legalidad formal, para un segundo momento ya no basta con este componente, sino que además se garantice el respeto a los principios constitucionales y derechos fundamentales establecidos. Con ello se da lugar al Estado constitucional de derecho.

En México y en Iberoamérica, la noción de Ferrajoli resulta especialmente pertinente como pauta de actuación de los diversos actores, ya que en la promulgación de una ley o la emisión de una sentencia, respectivamente, se tendrán que salvaguardar los derechos humanos a partir de un respeto pleno a la Constitución y la observancia de las normas contenidas en el plano de la convencionalidad internacional, ampliando con ello sus garantías.

Rodolfo Lara Ponte

DERECHOS SUBJETIVOS PÚBLICOS

Los derechos subjetivos son una doctrina que tomó como base el derecho privado, considerando análogo o distinguiéndose el público del privado por las personas que intervienen en las relaciones jurídicas de carácter público, destacándose la priminencia y la subordinación del Estado o asociaciones públicas respecto del individuo; en cambio, las relaciones que pertenecen al derecho privado existe en una coordinación.

Considerando que es la facultad que el Estado concede al individuo de mover el orden jurídico en razón de sus intereses personales, crea, como todo poder limitado reconocido por el derecho, al individuo un derecho subjetivo; por esto, corresponde la personalidad al derecho público; es la condición del derecho privado y de todo el orden jurídico en general, y tal condición por esta razón va íntimamente entrelazada con la existencia de los derechos públicos individuales; esto se diferencia esencialmente del derecho privado, ya que se fundan inmediatamente en la personalidad y no recaen sobre ningún objeto, como acontece en el derecho privado, sino sobre la persona misma, las exigencias que surgen de estos derechos, y a las que se pone de manifiesto la significación práctica de estos. Igualmente, los derechos subjetivos públicos proceden directamente de las facultades que el orden jurídico reconoce a los individuos; la subjetividad se exterioriza mediante el reconocimiento que hace el Estado al individuo de su carácter de miembro en la comunidad popular; pero esto implica el reconocimiento del hombre como persona; es decir, como individuo que posee una esfera de derecho público. Tal es el resultado de la redención total de la cultura, según la cual en el Estado moderno todo hombre que está sometido de algún modo al poder del Estado es al mismo tiempo persona frente a él. Por eso, aun cuando hoy la situación plena de miembro de un Estado dependa para el individuo de que pertenezca o no permanentemente a este Estado, el que se encuentra transitoriamente sometido al poder de un Estado extraño, no solo es considerado como súbdito de este, sino también como *civis temporarius*, que si bien tiene deberes públicos, tiene a su vez derechos de esta naturaleza.

Es decir, el reconocimiento que como persona tiene el sujeto lo hace un ente obligado hacia el Estado, pero a la vez el Estado les reconoce derechos frente a él, creándose la relación jurídica perfecta de derechos y obligaciones.

La teoría de los derechos subjetivos públicos se vio fortalecida por las ideas contractuales de Rousseau y Locke, para el primero de ellos es un contrato político y hace alusión a que la sustitución de un Estado social por uno político da lugar a una enajenación absoluta de todos los derechos naturales del individuo a favor del poder político que así surgía; por el contrario, Locke consideraba que el individuo gozaba de ciertos derechos fundamentales, precisamente estimaba que al tener lugar el contrato político, la sustitución de un Estado social no político por uno político, era justamente para satisfacer la necesidad de que tales derechos fundamentales (la propiedad, la libertad personal, el derecho a la vida) fueran objeto de un reconocimiento mejor del que podían tener en un régimen en el que no existiera el Estado.

Como puede observarse, existe un contraste absoluto entre la doctrina de Locke y la de Rousseau, este último comprendía que la celebración del contrato implicaba la enajenación absoluta de la libertad individual a favor del soberano; una vez celebrado ese contrato, el individuo no podía reivindicar derecho alguno respecto de la voluntad general soberana. En cambio, Locke considera que el contrato político se explica justamente por la necesidad de que los derechos fundamentales del individuo subsistan después de la celebración del contrato, sean objeto de una protección más eficaz.

La influencia de estas ideas tuvo repercusión en las colonias inglesas para orientar la noción de los colonos hacia una noción de derecho natural.

La teoría de estos derechos subjetivos públicos surgen en el siglo XVII, viéndose de manera positiva en los documentos ingleses *Petition of Rights* de 1628 y *el Bill of Rights* de 1689.

Tales derechos fueron desarrollados por las colonias americanas (E. U. A.) y trasladadas a Francia, el cual los recogió en su texto constitucional de 1793, dando un trato de priminencia a los derechos subjetivos públicos; en la Declaración de los Derechos del Hombre se desarrolló un catálogo de estos derechos, considerando como tales a los derechos de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, los cuales fueron recogidos por los primeros textos constitucionales nacionales; por ejemplo, la Constitución de Apatzingán del 22 de octubre de 1814, la cual en su capítulo quinto, denominado “De la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos”, da constancia de esta aseveración; asimismo, el Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824, en su art. 30, hace el señalamiento de que la nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano.

Al pretender ser contemplados estos derechos subjetivos públicos en la Constitución de 1824 se produjo una ardua discusión en el seno del Congreso Constituyente, ya que en este existía un grupo que consideraba inútil su inclusión, argumentando que en el Acta Constitutiva ya se habían contemplado en su art. 20 y que incluirlos en el art. 156 del proyecto de Constitución resultaría redundante, además de considerar que el objeto natural de las leyes es el de proteger los derechos de los hombres y que los derechos de los ciudadanos son los que establecen las mismas leyes, esto en la sesión del 28 de agosto de 1824; sin embargo, esta discusión logró que los Estados de la Federación en sus textos constitucionales consideraran de manera expresa estos derechos subjetivos públicos, tomando como base, como ya se ha mencionado, los señalamientos de la Constitución francesa; esto se puede observar en las Constituciones de Chiapas, en el art. 6o.; Coahuila y Texas, en el art. 11; Durango, en el art. 15; Guanajuato, en el art. 14; Michoacán, en el art. 12; Nuevo León, en el art. 9o.; Oaxaca, en el art. 9o.; Puebla, en el art. 4o.; Querétaro, en el art. 8o.; San Luis Potosí, en el art. 10; el Estado de Occidente (Sinaloa y Sonora), en el art. 15, Tabasco, en el art. 3o.; Tamaulipas, en el art. 9o.; Jalisco, en el art. 8o.; Yucatán, en el art. 4o., y Zacatecas, en el art. 7o.

Como se mencionó con anterioridad, la Constitución de 1824 no tuvo un capítulo específico respecto a estos derechos públicos subjetivos; sin embargo, si los trata de manera general, correspondiendo en este régimen la enunciación y desarrollo de estos a las constituciones de las entidades federativas.

La Constitución de 1857 contempló a estos derechos en un título y los denominó “derechos del hombre”; en la Constitución de 1917 se les otorgó el nombre de garantías individuales, denominación desafortunada para algunos autores.

Carlos González Blanco

DESAPARICIÓN DE PODERES

La desaparición de poderes es un medio de control constitucional político encomendado al Senado de la República, con la intención de garantizar el sistema federal mexicano; tiene sus antecedentes en el constitucionalismo americano (E. U. A.), en donde la pretensión primigenia es la salvaguarda de la unión pactada por los estados en la Confederación Americana y es desarrollada con base en la interpretación del texto constitucional de las ideas contractuales de Rousseau y de Locke; en el caso de Rousseau, la Constitución es un contrato político emanado de la voluntad popular y en donde esta voluntad popular hace una enajenación absoluta de todos sus derechos a favor del poder político que surge de esto, mientras que la consideración de Locke estima que el contrato político se explica por la necesidad de que los derechos fundamentales del individuo subsistan después de la celebración del contrato. Estas dos consideraciones trasladadas al pacto de los estados son las que sirvieron como base para la jurisprudencia de los Estados de Norteamérica respecto a la garantía de la forma republicana, misma garantía que se encontraba estipulada en el texto constitucional de los Estados Unidos de América de 1787 en el art. IV, sección IV, que enunciaba: “The United States shall guarantee to every state in this union a republican form of government, and shall protect each of them against invasion; and on application of the legislature, or of the executive (when the legislature cannot be convened) against domestic violence”. Considerando a esta garantía como el fortalecimiento del sistema federal para preservar la unión de los estados, pasó a nuestro ordenamiento constitucional; sin embargo, no dejó de existir la preocupación de que aquellos que son investidos con los poderes del gobierno federal empleen este poder como medio de su propio engrandecimiento, en vez de utilizarlos para proteger y preservar a la unión federal, permitiendo con esto la garantía federal y, por ende, la unión de los estados miembros de manera voluntaria y no impuesta, pensando que tal unión es lo mejor para el desarrollo y el bienestar común para cada uno de sus integrantes, ya que el uso excesivo de poder para la aplicación de esa garantía traería como consecuencia la consideración de que si no se usa racionalmente esta garantía, pudiera traer la muerte del sistema federal.

En México, la garantía republicana en el régimen de 1824 correspondió al Congreso, el cual tenía esta facultad derivada del art. 49, fracción segunda, que decía: “Las leyes y decretos que emanen del Congreso tendrán por objeto: II. Conservar la unión federal de los Estados y la paz y el orden público en lo interior de la Federación”. Es hasta la reforma constitucional de 1874, tratando de fortalecer al Poder Legislativo, cuando se hace presente la garantía republicana, concediéndole esa garantía al Senado en el art. 72, apartado

B, fracción V, que señalaba: “son facultades exclusivas del Senado, declarar cuando hay hayan desaparecido los poderes constitucionales Legislativo y Ejecutivo de un Estado, que llegado el caso de nombrarlo Gobernador provisional quien convocará a elecciones conforme a las leyes del mismo Estado”. Desde la aparición de esa facultad concedida al Senado, una gran cantidad de hechos se sucedieron hasta gran parte del régimen de 1917. En estos acontecimientos, la actuación del Senado en ocasiones se convertía en arbitrario y en contra o en detrimento de las entidades federativas, por lo cual no se justificaba el objeto por el cual había sido creado, ya que en lugar de fortalecer la unión de las entidades en el sistema federal mexicano, resultaba nefasta para ella. Múltiples son los casos en los cuales a petición de ciudadanos el Senado intervenía apoyado en esta facultad constitucional y sobrealía la intención de que más que salvaguardar la garantía republicana se pretendía contar en los gobiernos estatales con personas afines al gobierno federal, y podríamos hacer una enunciación demasiado amplia respecto a las actuaciones del Senado bajo esta facultad; sin embargo, cobra relevancia destacar el caso denominado “la doble legislatura del estado de Jalisco”, la cual deja en evidencia la manera indiscriminada del abuso de esta facultad de parte del Senado y que se convirtió en un arma política en un afán de contener las diferencias federales con las autoridades locales no afines a los titulares de los poderes federales. He aquí el ejemplo de la doble legislatura: once individuos se reunieron en una casa de Guadalajara con la finalidad de constituir los poderes estatales de Jalisco; sin sustento legal ni constitucional que los respaldara expiden un decreto nombrando como presidente del Tribunal Superior de Justicia a alguien ajeno a ellos y desconociendo después al Ejecutivo local, por lo cual el presidente del Tribunal electo para ellos pasaba a ser el gobernador constitucional del Estado y así forman, según ellos, dualidad de los poderes constituidos de los poderes del Estado.

Mediante un doble juego político, el Ejecutivo federal reconoce a los poderes constituidos del estado de Jalisco (Ejecutivo y Legislativo); sin embargo, en su reconocimiento da a los ciudadanos rebeldes la oportunidad de acudir al Senado para hacer valer sus derechos que como legislatura reclaman, es aquí donde la intervención del Senado cobra relevancia, ya que con un espíritu aparentemente conciliador en su resolución, manifiesta que es llegado el momento de nombrar a un gobernador provisional; para que este convoque a elecciones para el nombramiento de los titulares de los poderes constituidos del Estado.

Esto provocó el rechazo airado por parte del Poder Ejecutivo del estado y la legislatura local, por tal aberrante disposición, ya que no se encontraba este caso en el supuesto inmerso en el art. 72, apartado B, fracción V, que a la letra decía: “B.- Son facultades exclusivas del Senado”, “Declarar cuando hayan desaparecido los poderes constitucionales Legislativo y Ejecutivo de un estado, que es llegado el caso de nombrarte gobernador provisional, quien convocará a elecciones conforme a las leyes del mismo Estado”, de conformidad a lo publicado en *El Monitor Republicano*, núms. 166 y 167, el 11 y 12 de julio de 1876.

En México, estos constantes abusos en los distintos regímenes constitucionales, desde 1857 y gran parte de 1917, hizo necesaria la reglamentación para el uso de este medio de control político, lo cual se dio el 29 de diciembre de 1978 bajo la denominación de Ley reglamentaria de la fracción V del art. 76 de la Constitución General de la República, la cual señala cinco supuestos en los que se puede configurar la desaparición de los poderes de un estado, de las cuales la primera y la quinta hacen referencia a la garantía federal y a la garantía republicana, y la segunda, tercera y cuarta se refieren a impedimentos, prorrogas o abandonos de los titulares de los poderes constituidos en los estados.

Carlos González Blanco

DESTIERRO

El destierro, incluido entre las penas privativas de libertad ambulatoria, fue considerado en los textos histórico-jurídicos como la sanción modelo del grupo constituido por el extrañamiento, la deportación o el confinamiento, y se refiere a la expulsión territorial, que excluía al reo de residir en su lugar natural, en su comunidad. Según el *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* de Escriche, el destierro “no es más que la expulsión judicial de alguna persona de cierto lugar o territorio determinado; pero en el lenguaje de las Partidas (VII, 31, 4) se entiende también por destierro la traslación hecha por autoridad de justicia de alguna persona a una isla u otro paraje cierto”. Entre los atenienses de la antigüedad se llamaba al destierro político *ostracismo*, mientras que entre los romanos (como señala el propio Escriche) se llamaba *deportación* al destierro perpetuo con ocupación de bienes, y *relegación* a aquel destierro sin confiscación de bienes. En las fuentes del derecho español encontramos referencias del destierro desde el libro de los Fueros de Castilla (números 163 o 188), el Fuero Viejo de Castilla (t. II, 1.1; 2.1; I.4), las Leyes de Estilo (t. I, XLIX o CCLII), el Espéculo (III, 5, 13 o III. 8.5), las Partidas (VII, 31, 4), el Fuero Real y el Ordenamiento de Alcalá hasta la legislación de Cortes o la legislación especial, como el Ordenamiento de Taurerías. Su frecuencia en los textos, como afirma Tomás y Valiente, resalta su utilización no solo contra infracciones específicas, sino en sustitución de las corporales, en principio no ejecutables sobre los nobles.

El destierro, como pena de orientación a veces política, fue una de las más útiles del Antiguo Régimen, aunque se mostrara peligrosa por sus efectos, ya que “tiene la ventaja de no ser irreparable... pero es una pena muy desigual si se aplica sin discernimiento”, como argumenta el propio Escriche. A su vez, era la más leve entre las penas restrictivas de la libertad ambulatoria, pues distintos estudios realizados en torno a las penas impuestas en esta época parecen demostrar que el destierro se aplicaba como modo de moderar la pena ordinaria, en los supuestos de delitos graves mediando alguna circunstancia atenuante, o para aquellos acusados por delitos no excesivamente graves. Ortega Gil (historiador del derecho español), en sus diversos estudios histórico-jurídicos incluyó como aquellos delitos que merecían la pena de destierro, los atentados a las justicias, amancebamientos, juegos prohibidos, rufianismo,

hechicerías, incendios, escándalos y blasfemias, aborto, abigeato, armas prohibidas.

La exclusión territorial del reo, siguiendo la terminología romana, podía hacerse a una isla o ínsula, o abandonar el lugar o pueblo donde se cometió el delito y en los supuestos más graves, del reino, propio de los destierros perpetuos, constituyendo en sí misma una pena de muerte civil. En los reinos de la península ibérica, durante los siglos XVI a XVIII, si bien buena parte de la legislación real incluyó como sanción la pena de destierro, no siempre mencionaron su ámbito territorial de exclusión.

La garantía de la paz de las personas, en especial de las privilegiadas, o de la comunidad atacada, fueron los argumentos más repetidos en las sentencias para fundamentar el destierro. Esta pena se constituyó, como una de las más importantes cuantitativa y cualitativamente durante la Edad Moderna (siglos XVI y XVII), por delante de las penas pecuniarias y a mucha distancia de la condena al remo, tercera en importancia porcentual. Sin embargo en el transcurso del siglo XVIII fue superada por sanciones como las propias penas pecuniarias, el apercibimiento o el presidio. Esta situación propia de la España del Antiguo Régimen pudo apreciarse también en países como Francia, aunque en este caso la pena de destierro no sería totalmente desplazada hasta la consolidación de la prisión.

El destierro no solo provocaba al condenado el desplazamiento hacia un medio desconocido, lo que a menudo conllevaba la entrada en el mundo de la mendicidad, sino que era un instrumento valioso de una política criminal inteligente, ya que, como afirma Ortego Gil, la justicia de aquel periodo de transición de los siglos bajomedievales y modernos, ante la imposibilidad de crear nuevas penas y correspondiendo a cada delito un castigo, utilizaron el destierro como una pena de no excesiva dureza, que les permitía adecuarse a la personalidad de determinados delincuentes, a la gravedad de los hechos, al grado de participación en estos y a la obligación de reprimir las conductas que hubieran violentado el ordenamiento jurídico.

Hasta antes del siglo XIX la pena de destierro fue concebida como una medida de seguridad, al menos relativa, destinada a la protección de la sociedad frente a los criminales que no habían sido castigados con la pena de muerte, evitando así ulteriores acciones violentas del entorno ciudadano. En los siglos XIX y XX el destierro se le considera como pena con perfil correccional. Dicha pena ya no solo fue impuesta a los delitos particulares, sino que también se usó para delitos contra el Estado u otros con connotaciones políticas o o como sanción para casos de responsabilidad de funcionarios públicos.

Actualmente hay una tendencia cada vez mayor a erradicar la pena de destierro en las legislaciones penales nacionales; sin embargo, en aquellos países que aún la contemplan, su aplicación requiere de una determinación judicial oficial. El art. 9o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.

Por su parte, el art. 22.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse al derecho de circulación y de residencia, indica que “nadie puede ser expulsado del territorio del estado de cual es nacional, ni ser privado del Derecho a ingresar al mismo”, lo que nos hace suponer que

esta disposición limita la posibilidad de establecer como pena el destierro a un nivel internacional, ya que en este caso no se hace excepción respecto de leyes que pudieran considerar casos o situaciones particulares y, adicionalmente, cabe decir que en el punto 7 del mismo artículo se reconoce el derecho que se tiene a buscar y recibir *asilo* en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos. Toma relevancia hacer estar relación, considerando que durante el siglo XX el destierro se aplicó mayoritariamente contra los adversarios políticos de un Estado.

Finalmente, y considerando la propuesta hecha por la Comisión Andina de Justicia en los *Lineamientos para la implementación del Estatuto de Roma*, en relación con el tema de sanciones penales, se hace necesario que las legislaciones nacionales tengan presente que “se prohíbe la sanción con pena de muerte, destierro y demás sanciones que establezcan un trato cruel, inhumano o degradante a la persona declarada responsable” (disposición 3.7), esto con la finalidad de facilitar la implementación de dicho Estatuto, que refleja el nuevo sistema de justicia penal internacional, sin olvidar, por una parte, que dicho sistema “actúa de forma complementaria a la labor de administrar justicia por parte de los tribunales nacionales”, y, por la otra, como señala Sergio García Ramírez, que “las sanciones recogen y significan determinada opción ética, política y jurídica. Acreditan la frontera entre la democracia y el autoritarismo, con sus respectivas implicaciones”.

*Amelia Gascón Cervantes
María Dolores Madrid Cruz*

DIÁLOGO COEVOLUTIVO

En biología, coevolución es el cambio de uno o más seres vivos provocado por el cambio de otro organismo con el que mantienen algún tipo de interacción recíproca, que puede ser mutualista, competitiva o antagónica. En el caso de interacciones competitivas y antagónicas, la coevolución en el largo plazo tiende a la separación de los organismos, mientras que en interacciones mutualistas la tendencia es su vinculación permanente. Son ejemplos de coevolución las adaptaciones generadas por interacciones antagónicas entre depredador y presa, o las producidas por interacciones mutualistas entre plantas y polinizadores.

El concepto se ha aplicado como metáfora de análisis de procesos interdependientes que se desarrollan en forma análoga a la coevolución biológica en diversos campos, desde la sociología y la política económica hasta la astronomía y la informática. En el ámbito jurídico, la metáfora evolutiva se asocia a debates hermenéuticos entre originalistas y no originalistas, que caracterizan a la Constitución o los tratados internacionales como “instrumentos vivos”, por oposición a una interpretación restringida a la intención o significado original de los textos. Este debate es especialmente relevante respecto de prácticas condenadas en el presente que eran ampliamente permitidas en el pasado (*v. gr.* la discriminación por la orientación sexual), y tiene implicaciones importantes en torno al papel de los jueces en regímenes democráticos. En Estados Unidos, el debate se asocia a la expresión “living Constitution”; en *Missouri*

v. *Holland* 252 U.S. 416 (1920), Holmes describe a la Constitución como un “organismo” cuyo desarrollo posterior no podía ser previsto del todo por los padres fundadores, y en consecuencia, la Constitución debía interpretarse a la luz de la realidad social presente y no de la imperante cien años atrás. Este criterio hermenéutico de interpretación evolutiva fue adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Tyrer v. Reino Unido* (sentencia de abril 25 de 1978, serie A, núm. 26, párr. 31), donde la Corte sostuvo que la Convención Europea de Derechos Humanos es un “instrumento vivo” que “debe ser interpretado a la luz de las condiciones presentes”. Por su parte, en la Opinión Consultiva 16/1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos acogió este criterio tomando como referencia el caso *Tyrer*, sosteniendo que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. Adicionalmente, la Corte Interamericana vinculó este criterio hermenéutico a la noción de *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, basándose en la Opinión Consultiva de junio 21 de 1971 de la Corte Internacional de Justicia, donde se estableció que todo instrumento internacional “debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”. De este modo, la Corte consideró que en la interpretación de tratados interamericanos debía examinar “la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”, lo que significa que la interpretación evolutiva no solo implica considerar las condiciones sociales actuales, sino además incorporar los estándares universales del sistema de Naciones Unidas, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención 169 de la OIT. Por ello, la jurisprudencia interamericana no se desarrolla autárquica y aisladamente, sino que evoluciona en interacción mutualista con el sistema universal.

Esta dinámica coevolutiva no solo se predica entre el nivel interamericano y el universal, sino también entre el nivel interamericano y las jurisdicciones nacionales. Durante las primeras décadas de funcionamiento del sistema interamericano, la Corte Interamericana emitía órdenes genéricas a los Estados como un todo y defendía el principio de interpretación autónoma, reconociendo escaso margen de apreciación a las cortes nacionales. A finales de los años noventa, la Corte instauró un modelo de relacionamiento directo con órganos estatales concretos, incluyendo el legislador y los jueces nacionales. Esto propició el desarrollo de diálogos directos y policéntricos entre cortes nacionales y la Corte Interamericana (*cf.* diálogo policéntrico). Desde el caso *Almonacid Arellano et al. vs. Chile* (2006), que introdujo la doctrina del control de convencionalidad, los jueces nacionales deben verificar la compatibilidad entre las normas nacionales aplicables al caso concreto y la normatividad interamericana, teniendo en cuenta la interpretación que de estas normas haya realizado la Corte Interamericana; esto ha incentivado la adopción de estándares interamericanos en la jurisprudencia constitucional nacional. Adicionalmente, la Corte Interamericana ha reiterado la aplicación del principio *pro homine* cuando los estándares nacionales sean más garantistas que los estándares interamericanos, y en casos como *Castañeda Gutman vs México* (2008),

Manuel Cepeda vs. Colombia (2010), y *Sarayaku vs. Ecuador* (2012) ha mostrado cierta deferencia hacia estándares nacionales de derechos humanos, abriendo espacios de reciprocidad e influencia mutua entre las cortes del sistema.

Este modelo de diálogos coevolutivos entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana contrasta abiertamente con la tradicional solución monista internacionalista —que resuelve los conflictos de interpretación entre órdenes concediendo mayor jerarquía a la corte internacional y restringiendo el margen nacional de apreciación— y con la solución dualista —que otorga prevalencia a la corte nacional y condiciona la eficacia de la jurisprudencia internacional a su recepción interna—. El modelo coevolutivo concibe a estas cortes como actores interdependientes cuyas posturas se influncian recíprocamente, lo que puede derivar en una confluencia de interpretaciones similares o mutuamente compatibles dentro del sistema en conjunto si las interacciones son mutualistas y cooperativas; sin embargo, las interacciones también pueden ser competitivas o antagónicas y producir divergencias interpretativas debido al carácter policéntrico de los diálogos, ya que todas las cortes involucradas pueden ser origen de estándares normativos garantistas y a que el rol de la Corte Interamericana se asimila al de un *primus inter pares*. Desde este enfoque, el sistema interamericano se concibe como un sistema judicial multinivel de alcance regional que integra como propios tanto el nivel nacional de protección de derechos humanos como los estándares normativos de aplicación universal del sistema de las Naciones Unidas.

Manuel Eduardo Góngora-Mera

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Aparentemente el diálogo jurisprudencial es una de las más recientes realidades que caracterizan las relaciones entre ordenamientos jurídicos diversos y respectivas jurisprudencias. Según una opinión frecuente, se habría producido un intenso cambio interesante de las relaciones entre diversas cortes estatales y entre cortes estatales y cortes internacionales. Este entramado de jurisprudencias vería inevitablemente la utilización del derecho extranjero por parte de los jueces estatales y el recurso a la comparación tanto por parte de los jueces estatales como de aquellos internacionales.

La superación de las barreras ideológicas después del fin de la contraposición entre el bloque occidental y el bloque soviético ha permitido el acercamiento de las elecciones constitucionales de numerosos ordenamientos a aquellas propias de los Estados de consolidada democracia liberal, y ha facilitado la creación de un *espacio cultural común* que impulsa a la recíproca homologación de las jurisprudencias constitucionales e internacionales.

El diálogo resulta creíble sobre todo en el sector de la tutela de los derechos humanos, donde subsisten aquellos presupuestos de uniformidad que podrían asegurar el diálogo mismo en cuanto cada Estado está obligado a observar la Declaración Universal y las distintas cartas de derechos adoptadas a nivel regional en los diversos continentes. Pero esta uniformidad de tutela entre Constituciones y convenciones sobre los derechos a menudo resulta, en

realidad, meramente aparente si se pasa de la declaración formal a la práctica actuación de los principios.

Hay que constatar que las hipótesis de diálogo no tienen absolutamente una perspectiva universal, pero necesariamente resultan exclusivamente circunscritas a los ordenamientos de inspiración liberal a prescindir de su colocación espacial en diversos continentes.

Los estudios desarrollados sobre el tema muestran que el diálogo se presenta sensiblemente diverso según si se desarrolla en el ámbito de las relaciones entre cortes de un ordenamiento internacional regional (Unión Europea, Consejo de Europa, Pacto de San José) y cortes estatales incluidas en éste o entre cortes estatales.

En un ordenamiento internacional regional es oportuno investigar el necesario equilibrio entre competencias de intervención confiadas a los órganos de la entidad interestatal de nueva constitución, basada sobre una convención, y órganos de los Estados miembros, basados sobre una Constitución. Al adoptar sus propios pronunciamientos, una corte internacional debe tener en cuenta las atribuciones residuales de los órganos estatales, y las cortes estatales deben tener cuenta de cuánto ha sido devoluto a los órganos de la comunidad internacional. Se establecen inevitablemente nexos entre los dos niveles de jueces. Existe, entonces, una verdadera *interacción* entre cortes confirmada por la experiencia de las cortes de Luxemburgo, Estrasburgo y por la Corte Interamericana. Los tratados, las jurisprudencias y las prácticas ponen en relieve los instrumentos a través de los cuales la interacción se manifiesta con el fin de asegurar un aceptable nivel de compatibilidad entre los dos niveles.

En primer lugar, es norma general que los Estados y las respectivas jurisdicciones deben observar el derecho de los tratados y también la jurisprudencia de las cortes internacionales. Este vínculo de adecuación sucesiva es pretendido por las cortes internacionales y asegurado por aquella estatal, llegando a imponer, cuando es necesario, modificaciones legislativas y, a veces, constitucionales de adecuación. Además, las cortes estatales deben asegurar una interpretación del derecho estatal conforme al derecho convencional y efectuar un control de convencionalidad para garantizar la correspondencia de la normatividad interna con los vínculos asumidos con la convención. En algunos casos está expresamente previsto un reenvío prejudicial de la corte estatal a aquella internacional para asegurar, en vía preventiva, que el juez estatal decida teniendo en cuenta el correcto modo de leer la fuente convencional y las normas que le dan ejecución a nivel internacional, siguiendo los principios establecidos por el juez internacional. En general, las relaciones entre los dos niveles de jueces se inspiran en un principio colaborativo que muestra una *recíproca deferencia*: se tiene cuidado en salvaguardar los propios recíprocos, principios fundamentales de referencia (la convención y la Constitución), como demuestra la famosa historia de los denominados contralímites progresivamente absorbidos por su inclusión en los más recientes tratados en el caso de las relaciones entre cortes de justicia y cortes constitucionales estatales. Pero también en el ámbito del Convenio Europeo encontramos útiles ejemplos de colaboración, como demuestra el reconocimiento por parte de la Corte de Estrasburgo del principio del margen de apreciación nacional.

Mientras en las relaciones entre corte convencional y cortes estatales se puede especificar un principio fundamental de colaboración, que implica una constante *interacción* que permite hablar de diálogo, asimismo no puede afirmarse para las relaciones entre cortes estatales del mismo nivel. Aquí es posible únicamente individualizar la presencia de una *influencia* ejercitada por parte de la jurisprudencia de cortes dotadas de particular prestigio sobre aquella de otras cortes, el que siempre se ha dado por la natural sugestión ejercitada por los sistemas jurídicos que se presentan como modelos dignos de imitación. En similares casos se manifiesta una influencia unidireccional, faltando aquella interacción que es la esencia del diálogo. Además, es también natural que en ordenamientos que compartan los valores constitucionales liberales se produzca una objetiva *convergencia* entre jurisprudencias que hacen resaltar la homogeneidad de ordenamientos jurisprudenciales sobre temas comunes, como la tutela ambiental, y sobre numerosas cuestiones éticamente sensibles, como los símbolos religiosos, el aborto, el final de la vida, el régimen de las parejas homosexuales y similares.

Es interesante concluir resaltando que se presentan casos en los que el diálogo se rechaza. Y esto puede suceder por diversas razones: o porque las cortes consideran que la perfección, la autosuficiencia y finitud del propio ordenamiento no tiene necesidad de hacer referencia a contribuciones derivadas de otros ordenamientos, como en el caso de la dirección de la Corte Suprema de Estados Unidos, o porque la recepción de los principios liberales se ha vivido como impuesta del exterior, como en el caso de la imposición del Convenio Europeo con los Acuerdos de Dayton, y por ello es comprensible el rechazo de la Corte Constitucional de la República Serbia de Bosnia de adecuarse al pronunciamiento de la Corte Constitucional bosniana en temas de símbolos de su identidad. Pero también algunos sistemas abiertos a las contribuciones externas son a veces muy prudentes a la hora de basarse en jurisprudencia extranjera. La misma Corte Constitucional Sudafricana, que es el caso más notable de apertura a la jurisprudencia externa, ha dado demostración en algunos casos de rechazar la contribución de cortes extranjeras. El rechazo del diálogo concierne también la relación de las cortes constitucionales y de las cortes supremas con la jurisprudencia internacional. También jueces que son orientados a emplear la jurisprudencia de las cortes internacionales pueden en ciertos casos oponerse a ello. La Corte de Casación italiana es desde hace años una fiel ejecutora de la jurisprudencia de Estrasburgo, pero a veces se ha negado a observar sin reservas la misma, como cuando no ha aceptado el modo en el que la Corte de Estrasburgo pretende valorar el paso del tiempo para verificar si ha habido vulneración del artículo 6 del Convenio Europeo.

Giuseppe de Vergottini

(Traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

DIÁLOGO POLICÉNTRICO

La palabra “diálogo” proviene del vocablo griego *dialogos* (διάλογος), que significa a la vez “discusión” y “conversación”. El término fue utilizado primero

por los sofistas como técnica de argumentación para la indagación de nuevos conceptos a través de la deliberación entre dos o más personas en igualdad de condiciones y conjuntamente responsables del resultado del diálogo. Esta concepción interdependiente y no jerarquizada del intercambio de ideas fue recogida por Platón en sus *Diálogos socráticos* y se caracteriza por la promoción del razonamiento individual, el respeto mutuo y el reconocimiento de los mejores argumentos.

En el ámbito jurídico, el vocablo “diálogo” se ha empleado de manera imprecisa en la doctrina contemporánea para describir una gran variedad de citaciones de jurisprudencia de cortes no nacionales como ejercicio de derecho comparado, legitimadas por la autoridad persuasiva derivada de la sofisticación teórico-argumentativa o el reconocimiento internacional de la corte extranjera. En sentido estricto, el concepto de diálogo se ha utilizado como metáfora de análisis de formas de interacción transnacional entre jueces en situaciones de pluralismo constitucional, en las que los jueces pertenecen a una misma comunidad de derecho e interpretan normas comunes, y no hay una última instancia que centralice jerárquicamente la solución de controversias, sino tantos centros como jurisdicciones involucradas; por ejemplo, tribunales nacionales y regionales en el marco de sistemas regionales de derechos humanos y de sistemas de integración supranacional como la Unión Europea. En este contexto, las citas a la jurisprudencia de cortes de países vecinos no se sustentan necesariamente en la autoridad o reconocimiento internacional de la corte referenciada, sino que usualmente exploran cómo ha sido resuelto un problema jurídico bajo normas de interpretación común. Adicionalmente, la corte regional generalmente no se percibe a nivel nacional como una corte “extranjera”, sino que se le concede a su jurisprudencia una autoridad con relevancia diferenciada. En el caso del sistema interamericano de derechos humanos, el diálogo se fundamenta en los principios de interpretación conforme, *pro homine* y el principio de interacción, según el cual todo juez nacional o internacional que interprete derechos humanos debe considerar tanto el derecho nacional como el derecho internacional válidamente incorporado al orden jurídico respectivo; por lo tanto, el juez no puede conformarse con estándares mínimos fijados en su respectiva jurisdicción, sino que debe aplicar el estándar más favorable a la persona, sea éste de fuente interna o internacional. Estos principios son reforzados por la doctrina interamericana del control de convencionalidad, y en algunos países, por la doctrina del bloque de constitucionalidad. “Diálogo”, en sentido estricto, se define entonces como la interacción transnacional entre jueces que pertenecen a un sistema judicial regional, en torno a criterios jurisprudenciales y estándares decisionales sobre temas sustantivos de derechos humanos y obligaciones correlativas estatales. Por ello, no toda citación de la jurisprudencia de otra corte puede calificarse como “diálogo” en sentido estricto.

En la doctrina se han propuesto diversas tipologías de diálogos, según las funciones que éstos cumplen, los órdenes jurídicos de las cortes que intervienen, el grado de reciprocidad manifestado por las cortes involucradas, o el alcance de los diálogos. Bajo un modelo coevolutivo de relacionamiento entre las cortes nacionales y la Corte Interamericana (*cf.* diálogo coevolu-

tivo), el diálogo se caracteriza por relaciones no jerárquicas de respeto mutuo, basadas en la interdependencia y reciprocidad entre cortes nacionales y la corte regional, en la que ésta última asume un papel de *primus inter pares*. Por lo tanto, las interacciones entre las cortes del sistema pueden producirse en múltiples direcciones; un diálogo puede comenzar como una interacción entre dos cortes nacionales que puede luego derivar en una interacción con la Corte Interamericana; o una interacción entre la Corte Interamericana y una corte nacional puede recibir también influencias de otras cortes nacionales. Bajo este modelo de relacionamiento entre cortes del sistema, resulta significativo emplear una tipología que distinga el alcance y efectos del diálogo; esto es, si se trata solamente de una interacción bilateral con efectos limitados a las partes involucradas, o si genera una respuesta multilateral que pueda considerarse como una deliberación de alcance regional con efectos convergentes o divergentes predicables frente al conjunto. En este sentido, se distingue entre diálogos directos y diálogos policéntricos. El diálogo directo es toda interacción entre dos cortes de un sistema regional, en la que la comunicación iniciada por una corte es respondida por la otra. En el sistema interamericano, estas interacciones se han desarrollado progresivamente como producto del enfoque de relacionamiento directo de la Corte Interamericana con instituciones nacionales singularizadas, especialmente a través de órdenes de reparación y del mecanismo de supervisión de cumplimiento de sentencias. En tales eventos, la interacción se produce porque ya hay de por medio una sentencia de fondo y reparaciones en contra de un Estado en la que los jueces nacionales pueden tener un papel, como declarar la inconstitucionalidad de una norma interna que viola la Convención Americana, facilitar la apertura de una investigación judicial, o efectuar un cambio de jurisprudencia. En estos casos, el diálogo directo usualmente se relaciona con la implementación de la sentencia específica a nivel interno. Por su parte, los diálogos policéntricos se definen como interacciones entre diferentes cortes del sistema sobre el alcance o contenido de derechos humanos y obligaciones correlativas estatales, a través de las cuales se diseminan estándares normativos entre el nivel nacional y el interamericano o de un sistema jurídico nacional a otro. Si bien pueden surgir a partir de un diálogo directo entre la Corte Interamericana y una corte nacional cuando otros tribunales se pronuncian sobre el mismo problema jurídico, no se requiere necesariamente una resolución de la Corte Interamericana contra el país o los países respectivos que discuten el estándar. El adjetivo “policéntrico” contrasta el modelo coevolutivo de relacionamiento entre cortes con modelos jerarquizados. Por ejemplo, a nivel nacional, los órganos judiciales tienen una estructura jerarquizada y están subordinados en mayor o menor grado a un único centro, que es usualmente una alta corte con funciones de control constitucional, ya que generalmente los jueces inferiores deben interpretar las normas de conformidad con la interpretación de la alta corte. En comparación, en el sistema interamericano la relación entre la Corte Interamericana y las cortes constitucionales nacionales no es jerárquica ni subordinada. La prevalencia no está preestablecida por la naturaleza de la corte que interpreta, sino que se define según el alcance de la interpretación, y por lo tanto, todas estas cortes son potenciales fuentes de estándares nor-

mativos que terminen imponiéndose en el sistema en conjunto al ofrecer una protección más amplia de los derechos humanos.

En el sistema interamericano se han producido diálogos policéntricos en una gran variedad de temas, como la legislación antiterrorista y la jurisdicción militar, la desaparición forzada, los límites de la cosa juzgada, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, las autoamnistías, la pena de muerte, la adecuada tipificación penal, el debido proceso, los derechos políticos, la libertad de expresión, y los derechos de sujetos específicos como la mujer, los pueblos indígenas y afrodescendientes, las víctimas, la población carcelaria y los migrantes.

Manuel Eduardo Góngora-Mera

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN

El origen de los órganos oficiales de publicación de disposiciones normativas se encuentra en los heraldos y pregoneros de épocas remotas, así como en los bandos y gacetas de etapas históricas más recientes gracias a la invención por Gutenberg de la tipografía en 1450, una vez llegada la imprenta a la Nueva España en 1539. La función de las publicaciones oficiales, impresas, y sobre todo ahora también electrónicas, es básica para el conocimiento de tales disposiciones por parte de los sujetos obligados por las mismas.

A partir de 1666 aparecieron las primeras gacetas en la Nueva España, pero no fue hasta 1682 cuando estos impresos consignaron su fecha respectiva, según se consigna en la *Crónica del Diario Oficial de la Federación*, publicada por la Secretaría de Gobernación (México, primera edición, 1988). Durante el gobierno virreinal, el 2 de enero de 1810 se publicó el primer número de la *Gazeta del Gobierno de México*, cuya redacción estaba a cargo de don Juan López de Cancelada, y de don Alejandro Valdés la impresión, hasta el 29 de septiembre de 1821, en que apareció el último número. Cuatro días después, bajo el gobierno de Agustín de Iturbide, el mismo impresor inició la publicación de la *Gaceta Imperial de México* al año siguiente, denominada *Gaceta del Gobierno Imperial de México*. Más tarde, en la *Gaceta del Gobierno Supremo de México* se publicaron los principales despachos del Poder Ejecutivo a cargo de Nicolás Bravo, Guadalupe Victoria y Celestino Negrete, triunvirato que se hizo cargo de un Ejecutivo colegiado a la caída de Iturbide. Las diversas denominaciones que adoptó la publicación oficial en los años subsecuentes da noticia de las turbulencias políticas de la época: *Gaceta del Supremo Gobierno de la Federación Mexicana*, *Registro Oficial del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, *Diario del Gobierno de la República Mexicana*, *Diario Oficial del Gobierno Mexicano*, *Diario del Gobierno de la República Mexicana*, *El Correo Nacional*, *El Constitucional*, *Periódico oficial*, *Diario del Imperio*, entre otras. Las Constituciones de 1814 (arts. 128 a 131), 1824 (110, fracción 1a.), 1836 (39 a 42) y 1843 (65 y 87, f. I) establecieron el fundamento de las publicaciones oficiales, no así la de 1857, cuyo art. 71 fue reformado el 13 de noviembre de 1874 para establecer la obligación del Ejecutivo federal de publicar las leyes si no tuviere observaciones que hacer; si bien el artículo 85, f. I, estableció originalmente la facultad y obligación del presidente de “Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, prove-

yendo en la esfera administrativa a su exacta observancia”, que pasó tal cual a la Constitución de 1917, pues ésta, a pesar de sus cambios trascendentales, formalmente solo fue una reforma de aquélla.

El art. 89, f. I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) vigente recupera dicha la facultad y obligación del presidente de la República de promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión. Por su parte, el art. 72, inciso B, establece que se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto de ley o decreto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de los treinta días naturales siguientes a su recepción; vencido este plazo, el Ejecutivo dispondrá de diez días naturales para promulgar y publicar la ley o decreto. Transcurrido este segundo plazo, según reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, del 17 de agosto de 2011, para anular el llamado *veto de bolsillo* presidencial, la ley o decreto será considerado promulgado, y el presidente de la Cámara de origen ordenará dentro de los diez días naturales siguientes su publicación en el *DOF*, sin que se requiera refrendo. La Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, por su parte, ordena en su art. primero transitorio su publicación en el *DOF*, sin que esto haya requerido de la promulgación o autorización del Ejecutivo Federal; caso que no es único, pues lo mismo sucede con la publicación de los demás ordenamientos interiores de ambas Cámaras del Congreso, del Poder Judicial de la Federación y de los órganos constitucionales autónomos. El Reglamento Interior de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal (*DOF* del 15 de mayo de 2009), señala la atribución del Consejero de enviar a la Secretaría de Gobernación los instrumentos jurídicos expedidos por el presidente de la República que deban publicarse en el *DOF*.

El *DOF* es el órgano del Poder Ejecutivo Federal de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la Secretaría de Gobernación, de carácter permanente e interés público, cuya función consiste en publicar en el territorio nacional, de manera impresa y electrónica, los tratados internacionales, leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, circulares, órdenes y demás actos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y las leyes ordenan que sean publicados por este medio, expedidos en sus respectivos ámbitos de competencia por los poderes, órganos constitucionales autónomos, dependencias, entidades y demás entes públicos del orden federal de gobierno, a fin de que los mismos sean aplicados y observados con certeza y seguridad respecto de su contenido literal. También pueden ser publicados aquellos actos o resoluciones que por su propia importancia así lo determine el presidente de la República, así como las *fe de erratas* que la autoridad estime necesarias. El *DOF* podrá ser publicado todos los días del año, y, en caso necesario, podrá haber más de una edición por día; solo el formato impreso se distribuye para su venta al público.

Originalmente la regulación en legislación secundaria de publicar las disposiciones de observancia general para que obliguen y surtan sus efectos solo se encontraba en el art. 3o. del Código Civil de 1928, hoy Código Civil Federal, así como en los respectivos códigos civiles de los estados de la República, conforme a lo establecido en sus respectivas constituciones locales. La Ley

del Diario Oficial de la Federación y Gacetas Gubernamentales, publicada en el *DOF* del 24 de diciembre de 1986, reglamenta la publicación de éste y establece las bases generales para la publicación de gacetas gubernamentales sectoriales que hasta la fecha no han sido necesarias. La fracción III del art. 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece la atribución de la Secretaría de Gobernación de administrar el *DOF*, y, en su fracción siguiente, la de compilar y sistematizar los tratados internacionales, leyes y demás disposiciones federales, estatales y municipales, así como establecer el banco de datos correspondiente para proporcionar esta información a través de los sistemas electrónicos de datos, función a cargo de otra unidad administrativa de la propia dependencia.

El Código Civil Federal, en su art. 21, establece que “la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento”; una disposición semejante se encuentra en los códigos civiles de las entidades federativas. De ahí la necesidad no solo de publicar y compilar, sino de difundir y divulgar las disposiciones del orden jurídico nacional, publicado en los diarios, periódicos, gacetas y boletines oficiales de la República, a la población en general.

En las entidades federativas de la República las publicaciones oficiales respectivas tienen su fundamento, además, en leyes o reglamentos locales, para los mismos efectos de certeza y seguridad. La falta de una regulación expresa y puntual, así como la penuria económica de un gran número de gobiernos municipales, explica la falta de publicación oficial de sus respectivas disposiciones normativas por la mayor parte de ellos en perjuicio de sus gobernados. Para el gobierno local del Distrito Federal, las disposiciones respectivas tienen su fundamento en el Estatuto de Gobierno (arts. 49 y 67, frac. I); las leyes y decretos expedidos por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se publican en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* y en el *DOF*.

La única reforma hasta la fecha a la Ley del *DOF* fue publicada el 5 de junio de 2012, e introdujo las siguientes innovaciones: reconoce la validez jurídica de la edición electrónica; señala la manera en qué se difundirá; garantiza su autenticidad, integridad e inalterabilidad mediante la firma electrónica avanzada; su acceso universal y gratuito a través de las redes abiertas de telecomunicación; finalmente, autoriza las publicaciones extraordinarias del *DOF* y las *fe de erratas*.

En 2012, en el alcázar del castillo de Chapultepec en la ciudad de México, y bajo el auspicio de la Secretaría de Gobernación, se constituyó la Red de Publicaciones Oficiales Mexicanas (Repomex), que agrupa a los directores de las mismas para efecto de intercambio de información y apoyo mutuo, más necesarios aun para el mejor aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información. Previamente, con el mismo propósito y bajo el auspicio de la Organización de Estados Americanos, se formó la Red de Boletines Oficiales Americanos (REBOA), a la cual pertenecen los países latinoamericanos, los Estados Unidos de América y el Reino de España; la presidencia de ambas redes es rotatoria entre los países o entidades miembros.

Eduardo de Jesús Castellanos Hernández

DIGNIDAD HUMANA

Hay pocos conceptos tan centrales y luminosos para el derecho y, a la vez, tan oscuros, como el de dignidad. La literatura suele situar en el pensamiento de I. Kant la mejor fundamentación de la idea. Para el filósofo alemán, la dignidad significa que la persona debe ser considerada como fin y no como medio, lo que repudia todo intento de cosificación o instrumentalización del ser humano. A partir de la idea de la naturaleza racional del ser humano, Kant concluye que la autonomía de la voluntad, entendida como facultad de determinarse por sí mismo, es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana. “Los seres —escribe (134)— cuya existencia depende de la naturaleza y no de su voluntad tienen un valor relativo como medios y por eso se llaman cosas, mientras que los seres racionales se llaman personas”. De ahí que “en el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad; cuando una cosa tiene un precio, puede ofrecerse en vez de ella otra como equivalente; pero cuando una cosa está por encima de todo precio, y por tanto, no permite equivalente, entonces tiene dignidad” (140).

Esta brillante construcción kantiana, relativizadas sus limitaciones y situadas en su contexto histórico (Kant, por ejemplo, no concede autonomía moral a quienes “naturalmente” no lo tenían: las mujeres y los niños, así como a quienes carecían de ella por razones sociales: los no propietarios), no halla, sin embargo, reconocimiento jurídico en el primer liberalismo, a comienzos del siglo XIX. El debut histórico del reconocimiento jurídico de la dignidad se produce más tarde como reacción a los terribles abusos del totalitarismo nazi tras la II Guerra Mundial. No es casual que los primeros textos que la mencionen sean, precisamente, el alemán y los documentos principales del nuevo orden internacional que surge tras la guerra. Pero esta idea inicial de dignidad como ámbito personal e incluso físico de respeto se irá enriqueciendo con nuevas dimensiones, como, destacadamente, la social: la dignidad de la persona implica, en este sentido, la posibilidad de desarrollar autónomamente la propia existencia, lo cual requiere que cada persona disfrute de ciertas condiciones sociales y económicas.

Todos los derechos fundamentales son concreciones o manifestaciones del reconocimiento jurídico de la dignidad, de modo que ésta, que es el ADN o código genético de aquéllos, les confiere unidad de sentido, de valor y de concordancia práctica. Cumple, en concreto, dos relevantes funciones: hermenéutica (a su luz deben interpretarse los derechos positivados en el texto constitucional; en algunos ordenamientos, como el mexicano, se denomina también principio *pro persona*) e integradora (puede operar para descubrir nuevas dimensiones de derechos ya reconocidos, o incluso para abrir el reconocimiento de “nuevos” derechos fundamentales).

No cabe ignorar, sin embargo, que el concepto de dignidad es lábil y potencialmente peligroso: puede darse la tentación *fundamentalista* de recurrir a ella “para elevar cualesquiera conflictos políticos a la categoría de cuestiones constitucionales no susceptibles de valoración ponderada” (I. Gutiérrez, 33). De “yacimiento de recursos verbales para el arbitrio judicial” habla J. Jiménez Campo (178). La construcción jurídica del concepto se ve rodeada de

tres dificultades específicas. (1^a) Es una idea axiológicamente abierta que debe compaginarse con la diversidad de valores y el pluralismo que se manifiestan en las complejas y multiéticas sociedades democráticas contemporáneas. De modo que se trata de una cláusula afectada de una “profunda ambigüedad” en relación con sus usos jurídicos concretos. Puede tener una fuerte carga emancipatoria (por ejemplo, reforzando la dimensión social de los derechos, en el caso del descubrimiento del derecho a un mínimo existencial a favor de las personas sin recursos), pero, al mismo tiempo, puede ser empleada, con formulaciones apodícticas e ideológicamente interesadas, o simplemente elevando a categoría universal, lo que no es más que una tradición o una inercia, para imponer restricciones de los derechos de libertad de individuos concretos (estableciendo una subrepticia imposición de modelos de valores dominantes que coarten el pluralismo y la diversidad). La definición de la dignidad debe hacerse de modo compatible con una Constitución que es, desde el punto de vista valorativo, plural ideológicamente. Y es que los valores en nuestras sociedades multiéticas juegan como la reina en el juego del ajedrez: hacia todas las direcciones. La idea jurídica de dignidad puede convertirse en simple ideología judicial (conservadora o progresista) con disfraz. En el campo de la bioética, las alusiones a la dignidad humana, que son frecuentes en el debate, son, sin embargo, particularmente problemáticas. No es pacífico que se entienda por “persona” (muchos tribunales han concluido, por ejemplo, que el feto humano no lo es en términos jurídicos, pero todo esto suscita un vivo debate). Un ejemplo: en el debate sobre la legalización de la eutanasia, la dignidad se alega para justificar su prohibición, ya que su práctica constituye por sí misma un atentado a la dignidad, ya que elimina al sujeto que es soporte de esa dignidad; pero también para fundamentar la validez de la eutanasia, porque formaría parte de la dignidad el derecho a elegir el momento, lugar y modo de la propia muerte frente a terceros como una opción a respetar por formar parte del plan de vida querido por la propia persona.

(2^a) La idea de dignidad también se encuentra abierta no solo en su contenido, sino también en el tiempo. Se trata de un concepto en permanente estado de construcción. Lo que una sociedad considera “digno” e “indigno” muta en el tiempo. Es un absoluto que debe concretarse histórico-culturalmente. Lo que ayer era un tipo penal hoy puede considerarse ejercicio de un derecho fundamental (piénsese, por ejemplo, en la homosexualidad: la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México del 16 de agosto de 2010, sobre adopción de menores por parejas homosexuales, claramente conecta la homosexualidad con el proyecto de vida y, en consecuencia, con la dignidad de la persona).

(3^a) La dignidad, a diferencia de lo que ocurre con otros bienes constitucionales fundamentales, como la libertad, la igualdad, la intimidad, etc., no se cuida de aspectos más o menos particulares de la existencia humana, sino de la cualidad que se considera inherente a todo ser humano, de modo que es el valor propio que identifica genuinamente a todo ser humano como en cuanto tal. De ahí que se trate de un concepto demasiado radical o tajante como para ser empleado rápidamente en cualquier disputa jurídica sin cerrarla de

inmediato a favor de cualquiera de las partes y en detrimento de las demás, sin posibilidad de ponderación o balance alguno.

No obstante, pese a estas dificultades teóricas, lo cierto es que el concepto de dignidad cumple relevantes funciones en todos los ordenamientos. Se trata, en efecto, de un concepto sólidamente establecido en el derecho internacional de los derechos humanos (a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos), así como en muchas Constituciones (a partir de la *Grundgesetz* alemana), que, en manos de los tribunales, es extraordinariamente fecundo para interpretar las disposiciones más conflictivas y novedosas de derechos fundamentales e, incluso, para permitir el reconocimiento de nuevos derechos o de nuevas dimensiones de derechos ya existentes. Cualquier observador atento podrá concluir que es un concepto jurídico realmente útil y no una simple promesa tan deseable como inútil, pura retórica. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha deducido de la cláusula constitucional de la dignidad diversos efectos: el principio de la no instrumentalización o patrimonialización de la persona (entre otras cosas para impedir la venta de embriones humanos o de órganos humanos); el condicionamiento de la extradición al respeto por el Estado requirente de la dignidad; la conexión entre dignidad y principio de culpabilidad penal; la fijación legal de límites a la embargabilidad a fin de no sacrificar el mínimo vital del deudor; la conexión con la proporcionalidad entre el ilícito penal y su castigo, etc. De hecho, en sentido técnico, la igualdad no solo se considera un *valor* fundante, la finalidad última, el criterio de legitimidad de todo el derecho en un gran número de países, sino también un *principio* jurídico que, como mandato de optimización, permite ser empleado como criterio hermenéutico (casi siempre en relación con el criterio evolutivo de interpretación de los derechos) y como norma de integración de lagunas a falta de regla expresa aplicable. Más aún, la densificación jurídica del concepto llega a considerarlo en algunos ordenamientos, como, destacadamente, el alemán (pero también en muchos otros de Latinoamérica, casi siempre por creación judicial más que por reconocimiento expreso en la respectiva Constitución), como auténtico *derecho fundamental* inmediatamente aplicable y exigible judicialmente. La dignidad puede ser, desde el punto de vista jurídico, valor, principio y derecho fundamental.

Hasta donde se alcanza a quien esto escribe, la mejor sistematización judicial de qué sea la dignidad y qué funciones puede llegar a cumplir, desde el punto de vista jurídico, la ha formulado la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T-881/02, del 17 de octubre de 2002 (en relación con los derechos de las personas que vivían en una zona de Cartagena de Indias que se vieron privados de ciertos servicios públicos y del suministro eléctrico). En esta sentencia se define el objeto de la dignidad a partir de tres aspectos o elementos: (1º) La dignidad como autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital propio (*vivir como se quiera*). Esta dimensión evoca la idea kantiana de dignidad inicialmente mencionada, y conecta con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. (2º) La dignidad como exigencia de ciertas condiciones materiales concretas de la existencia (*vivir bien*). Esta idea de dignidad social, que está emparentada con el derecho a la igualdad real y efectiva, ha ido siendo

acuñada, en origen, por la doctrina y jurisprudencia alemana e italiana, sobre todo, pero conoce un gran desarrollo en el constitucionalismo latino. (3°) La dignidad como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral (*vivir sin humillaciones*). También desde este punto se conecta la idea de dignidad con el campo de la bioética y remite a las concepciones éticas y antropológicas subyacentes en cada momento.

A mi juicio, esta brillante sistematización de la Corte colombiana permite albergar la mayor parte de las dimensiones jurídicas del entendimiento contemporáneo de la dignidad en los diferentes ordenamientos. Así, por ejemplo, entre otros muchos ejemplos que podrían aducirse en causa, la idea de *dignidad como autonomía* ha permitido a la Corte Constitucional en Colombia hallar válida la despenalización del consumo de drogas (1994), ordenar la reasignación de sexo de un menor (1995) o eximir de responsabilidad penal al homicidio por piedad (1997); o a la Suprema Corte de Justicia de México, acuñar el derecho de la libre opción u orientación sexual (sentencia del 16 de agosto de 2010 en relación con la adopción de menores por parejas homosexuales); o al Tribunal Constitucional italiano considerar inválido que el legislador exija afiliación o vigile a las mujeres que ejercen la prostitución (1967) o que las autoridades actúen con desprecio respecto de los enfermos mentales en los manicomios (1968). Y, por otro lado, la idea de *dignidad social* ha permitido al Tribunal Constitucional alemán construir el conocido e influyente concepto del derecho al mínimo existencial; al Tribunal Constitucional italiano identificar un “núcleo irreductible del derecho a la salud protegido constitucionalmente” (STC 111/2001) o el derecho a la vivienda como derecho constitucional (STC 217/1988); o a la Corte Constitucional colombiana ordenar mejoras en prisiones (1992), acuñar el derecho a la pensión por parte de las personas mayores (1993) o, en muy diversas ocasiones, reconocer el derecho a todo tipo de prestaciones sanitarias.

Fernando Rey

DIRECTIVAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Desde la matriz de las teorías de la argumentación se sostiene —más allá de las variantes en las propuestas teóricas— que el jurista a la hora de tener que brindar la respuesta jurídica frente a un caso jurídico transita por las siguientes genéricas etapas: a) la primera es conocer la verdad de los enunciados fácticos implicados; b) la segunda es identificar en el derecho vigentes las respuestas jurídicas disponibles; c) en el tercer momento escoge la mejor o la más integralmente justa, y d) finalmente, el jurista debe brindar la justificación racional —interna y externa— que avale la elección concretada. Sin duda que es este último momento el más decisivo en orden a procurar que sea aceptada racionalmente la decisión adoptada, pues en ella aparece la capacidad del jurista para brindar —respetando todas las exigencias previstas en la lógica— las razones o argumentos válidos, suficientes, coherentes, idóneos y persuasivos que respalden al discurso y sus enunciados o premisas.

A las “directivas de la interpretación constitucional” las vamos a entender con relación a la argumentación jurídica constitucional, en tanto tiene por objeto guiar el trabajo del jurista cuando recurre a encontrar la respuesta jurídica en el material constitucional disponible, y, específicamente, ellas lo orientan en cuanto a identificar respuestas, seleccionar premisas o aducir razones o argumentos que avalen o justifiquen al discurso jurídico del cual se concluye la respuesta jurídica en cuestión. En un sentido amplio, las “directivas” entran dentro de la argumentación, aunque no coincida con toda su temática; por ejemplo, ellas no se ocupan de la nómina de argumentos, pero sí de orientar su uso.

Corresponde advertir que la adjetivación incluida de “constitucional” forma parte de la argumentación jurídica a secas, pero sirve para dotarla de ciertas características peculiares. De todas maneras, lógica y necesariamente hay que escoger inicialmente una teoría de la argumentación y luego discurrir sobre la especificidad que tiene la “constitucional”; así, por ejemplo, si en definitiva la teoría argumentativa escogida se asimila a pura persuasión o solo material “principalista”, ello se reflejara en la argumentación constitucional que se postule. Por supuesto también que en la propuesta de argumentación constitucional que se formule importa qué se entiende o cómo se caracteriza a la Constitución, y sobre ella es sabido que pesan distintas definiciones

Con las obvias salvedades hechas, pasemos a la nómina de las “directivas de la interpretación constitucional”, con la advertencia de que el espacio asignado obliga a un desarrollo muy sucinto, que se limitará a mencionar el terreno o problema en el que se necesita optar por una “directiva”:

1. Optimizar la fuerza normativa de la Constitución: su objeto es que el jurista siempre vaya a constatar qué es lo que dice la Constitución respecto al problema que a él lo ocupa. Esa respuesta puede ser meramente negativa (brinda los márgenes para las respuestas) o positiva. En caso de duda sobre si la Constitución se pronunció o no, tiene que prevaler la primera opción (*in dubio pro constitutio*). Para poder cumplir con esta directiva se requiere de una apropiada y completa cultura constitucional, especialmente en el terreno del derecho constitucional formulado por medio de principios, derechos humanos, valores, etc., y el modo apropiado para operarlos por medio de su ponderación. También esta directiva conlleva contar con vías procesales o institucionales como para poder recurrir a buscar la respuesta jurídica en la Constitución, si aplicarla resulta más complicado que aplicar el derecho no constitucional, ello es señal de que no se está cumpliendo la directiva. La Constitución siempre, y como mínimo, es un marco para las respuestas jurídicas, aunque ello no significa que contenga a todas las respuestas jurídicas.

2. La Constitución como sistema: a los fines de la mejor operatividad del material constitucional conviene someterlo a un proceso de sistematización. El mismo exige en primer lugar la identificación del material a sistematizar; consiguientemente, hay que responder la pregunta sobre si se incluirá la jurisprudencia constitucional, la costumbre constitucional, el *ius gentium*, los derechos humanos implícitos, etc. Estará el problema de la jerarquización de lo que forma parte de la Constitución. También si se admitirán antinomias en la Constitución, y la pregunta por la completitud o la presencia de lagunas

en la misma. La sistematización incluye el esfuerzo por economizar o evitar las innecesarias redundancias. Todas esas cuestiones suponen contar con criterios para resolverlas o afrontarlas, y asimismo, definir quién asumirá la responsabilidad por esa tarea.

3. La Constitución y el resto del sistema jurídico: pero junto a la Constitución está el resto del material jurídico no constitucional que integra el sistema jurídico general, por lo que aquí también cabe desplegar un esfuerzo de sistematización para facilitar u optimizar la operatividad del derecho vigente. A los fines de dicha tarea se han consolidado algunos criterios, como los siguientes: a) expulsar o invalidar del derecho vigente a alguna regla jurídica establecida es una solución extrema, por lo que siempre hay que procurar salvarla (“la declaración de inconstitucionalidad es la *ultima ratio*”), y b) en el trabajo sistematizador y salvífico corresponde flexibilizar todas las reglas puestas en tensión, y no solo aquellas no constitucionales; de ahí el rico repertorio de sentencias constitucionales: interpretativas, aditivas, abrogatorias, orientativas, exhortativas, declaratorias de inconstitucionalidad pero manteniendo su vigencia, etc.

4. Los valores de la Constitución: si bien ésta contiene respuestas jurídicas —actuales o en potencia—, es evidente que ella también define valores fundantes de la vida social, que constituyen el *ethos* de la sociedad a la que regula. Por ende, cabe reconocer que esos valores y sus respectivos pesos impregnan y dan marco a la totalidad de las reglas jurídicas de ese peculiar derecho vigente, como a los proyectos personales e institucionales que se suscitan en toda sociedad. Ese material moral referido en los valores requiere del operador una formación en la consiguiente disciplina idónea para definirlos y operarlos; por ello, se trata de advertir que solo con saberes jurídicos aquel trabajo resultará imposible.

5. El orden político constitucional: como lo revela la misma etimología (Cicerón traduce como *constitutio* al término griego *politeia*), la Constitución siempre cumplió el papel de organizar el poder del Estado, distribuyéndolo en diferentes órganos, y procurando un equilibrio y control entre ellos. Ese orden político constitucional no es estático, sino dinámico, y, por ende, está conectado con circunstancias históricas y personales, pero es el operador judicial autoritativo de la Constitución el que tiene la responsabilidad de velar por su respeto. Sin duda que dicha tarea inexorablemente se introduce al terreno político, por lo que se requiere de conocimientos, capacidades y aptitudes propios de ese terreno diferente al estrictamente jurídico.

6. El dinamismo de la Constitución: ella, como toda obra humana, está ligada a un tiempo y espacio particular; por ende, se generan conflictos en la medida en que cambia inevitablemente la realidad en la que se proyecta o regula. Las alternativas extremas que se presentan al respecto son, mantener las respuestas jurídicas tal cual fueron dadas, sin importar los cambios de la realidad, o ir adaptándolas a la misma (originalismo o interpretativismo). Sin embargo, cabe imaginarnos y auspiciar propuestas más eclécticas, como aquellas orientadas a reconocer un núcleo pétreo o esencial que debe permanecer y que no puede ser cambiado por el operador, aunque dejándole a éste un margen para que en el plano accidental proceda a su adaptación (en esa

línea recordemos la distinción de Dworkin entre concepto y concepciones). Desde un punto de vista teórico, es clara la distinción entre cambiar o adaptar la Constitución, y sobre todo es muy claro que a los que se les ha asignado una y otra tarea son diferentes; sin embargo, en la práctica la diferencia se diluye.

7. Los precedentes constitucionales: es cierto que podríamos silenciar esta directiva en tanto reconocerla ya tratada con la directiva anterior; sin embargo, como en algún sentido se conserva la distinción entre creación y aplicación del derecho, consideramos conveniente distinguirla. Es que en un precedente constitucional la que está hablando es la misma Constitución, con todo lo que ello significa con relación a alcance, jerarquía, etc.; por ende, sus cambios no quedan ligados a los cambios en los operadores, y por ello se han formulado criterios para restringir u orientar esos cambios. Repasemos algunos de esos criterios, más allá de su solapamiento: a) en la duda no se modifica en el precedente; por ende, tiene que resultar evidente la conveniencia o necesidad de su cambio; b) los precedentes pretenden estabilidad y permanencia en el tiempo, por lo que cabe rechazar o sospechar los cambios que pretenden introducirse al precedente inmediatamente después de su consagración; c) son sospechosos los cambios que provienen de nuevas integraciones; etc.

8. El derecho pre o supraconstitucional: el actual Estado de derecho constitucional tiene plenamente asumido que los derechos humanos son reconocidos y no creados; son universales e indisponibles; por ende, su violación —al margen de quién y con qué respaldo o representación la efectúe— genera reproche y responsabilidad jurídica. Por ende, hay una especie de coto vedado jurídico que el constituyente no puede ignorar ni infringir, más allá que de razonables adaptaciones y concreciones según tiempo y espacio. Por ende, en la Constitución siempre corresponde incluir un núcleo jurídico y de racionalidad en tanto el derecho es un esfuerzo institucional con la finalidad de servir históricamente al hombre y a la sociedad.

9. Los derechos constitucionales regionales y mundial: el proceso de crisis de las soberanías nacionales y globalización necesariamente también afecta a la Constitución. Ya no hay posibilidad de autismo o “chauvinismo” jurídico, tampoco en la materia constitucional, y así, es posible constatar o esbozar ciertos derechos constitucionales regionales y hasta de alcance mundial. Un buen ejemplo de esas realidades es el derecho interamericano de los derechos humanos forjado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia y opiniones consultivas, como de la Comisión Interamericana, por medio de sus dictámenes. Conforme a esta directiva, se le impone al operador de la Constitución estar atento al derecho comparado, y especialmente a la jurisprudencia constitucional o de derechos humanos extranjera, dado que en definitiva esa realidad desborda los límites nacionales, y los problemas jurídicos son similares.

10. La legitimidad del juez constitucional: esta directiva remite a la ética del operador judicial constitucional con relación a su *auctoritas* o confianza que la sociedad y los usuarios de su servicio profesional le otorgan. En la lógica democrática, el mayor poder implica mayor responsabilidad y preocupación por legitimarse, y a tenor de los márgenes que finalmente goza el juez constitucional para el ejercicio de su discrecionalidad, es aquél un problema importante

que debe afrontarse. Por supuesto que en la doctrina se ha considerado ese déficit de la legitimidad judicial, sobre todo en su origen poco democrático, pero las propuestas para procurarla se orientan a reivindicar y potenciar la idoneidad ética y argumentativa del juez constitucional. A ese respecto, entre esos requerimientos éticos es oportuno recordar la exigencia consolidada en la jurisprudencia norteamericana del *self restraint*; es que el poder del juez implica una cultura del autocontrol en aras de que las respuestas jurídicas no sean las que a él le convienen o respalda teóricamente, sino las que corresponde adoptar según el derecho constitucional vigente.

11. El fin o sentido del derecho (constitucional); en definitiva, el operador del derecho constitucional no puede perder de vista el fin para el que la sociedad ha instituido el derecho en general; más aún, dadas las características y proyecciones de aquella materia resulta potenciada dicha conexión teleológica. Desde esa perspectiva, le corresponde al operador escoger aquellas respuestas que resultan más ajustadas y conforme a la justicia y al bien común, sin olvidar la vieja enseñanza ética que “lo mejor puede ser enemigo de lo bueno”, y computando en todas sus decisiones las consecuencias integrales que conllevan. Se trata de reclamarle “prudencia jurídica”, y, por ende, su razón práctica tiene que proyectar en el caso las exigencias jurídicas generales, optando por aquella más beneficiosa para la sociedad, lo cual no contradice el interés individual, sino procura armonizarlo con el interés general. Puede decirse que esta directiva es una especie de macrodirectiva en el sentido de que todas las restantes son preparatorias como para que el operador acierta axiológicamente en su elección.

Rodolfo Vïgo

DISCRIMINACIÓN

Discriminación es olvido, omisión, abandono, exclusión, ideología y cultura (Rincón Gallardo, Gilberto). Definitivamente, la discriminación es todo eso y mucho más, porque no hay que olvidar que no nacemos tolerantes; se nos educa para la tolerancia desde el hogar y desde la escuela, y si la educación no es la adecuada, lo que se produce es, precisamente, el efecto contrario: un desprecio a la dignidad de los seres humanos (Bornot Crébessac, Sophie).

A partir de esa premisa, la discriminación la sufrimos desde el momento en el que no hay igualdad de oportunidades; la sufrimos incluso en los trazos urbanos, en los diseños arquitectónicos con sus barreras arquitectónicas, en el uso comercial de los avances de la tecnología, e incluso en el uso de los transportes.

En la vida cotidiana se despliegan una multiplicidad de actos de exclusión, actos discriminatorios a los que es difícil escapar, ya sea porque seamos mujeres, niños, ancianos, de una determinada étnia, estatus social, religión, nacionalidad o tengamos una preferencia sexual, por ejemplo. Por ello, por esa arbitrariedad injustificada e irrazonable, la lucha contra la discriminación se basa en la absoluta inviolabilidad de los derechos y dignidad de las personas. No obstante, hay que señalar que, en términos generales, discriminar significa separar o distinguir unas cosas de otras, un concepto que no necesariamente tiene una carga negativa.

El origen de la doctrina sobre discriminación que en nuestros días se está manejando, y más concretamente en Europa, es heredera del derecho antidiscriminatorio norteamericano (véase voz discriminación directa e indirecta).

Es importante destacar que hay una tendencia a señalar al principio de no discriminación como el opuesto a la igualdad, como obligación del Estado; no obstante, las normas internacionales no obligan al Estado a lograr una igualdad de trato hacia las personas.

A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cláusula de no discriminación se ha incluido prácticamente en todos los instrumentos universales de protección de los derechos humanos bien declarando la obligación de los Estados parte de un tratado solo a reconocer, garantizar o satisfacer los derechos y libertades reconocidos en el respectivo instrumento a todos sin discriminación o bien a través del establecimiento del principio general de no discriminación.

De esta manera, el primer Convenio que atiende esta definición se da en el Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) núm. 111 de la Organización del Trabajo de 1958, que establece que “A los efectos de este Convenio, el término ‘discriminación’ comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efectos anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”; posteriormente también la tenemos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Asamblea General de Naciones Unidas (21 de diciembre de 1965) o en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Tratando de recabar un número importante de “presentaciones” o “características” de la discriminación, podemos utilizar el último instrumento internacional enunciado, CEDAW, y así se estableció que la discriminación puede revestir distintas formas: distinción, exclusión o restricción, lo que alerta una variedad de los comportamientos discriminatorios. Asimismo, se determina que el acto discriminatorio es aquel que tenga “por objeto” o “por resultado” la violación de los derechos humanos de las mujeres; igualmente, se marca la discriminación tanto del acto discriminatorio consumado como de la tentativa a discriminar, incluso que el acto discriminatorio puede tener distintos grados, desde la parcial al “menoscabar” o total al “anular”; por último, desde la mencionada convención se determina que el acto discriminatorio puede producirse en distintas etapas en la existencia de un derecho: en el reconocimiento, el goce o el ejercicio.

Por otro lado, cabe señalar la diferencia entre discriminación legal, normativa o *de iure* y la discriminación de hecho o *de facto*.

Discriminación legal es aquella distinción basada sobre un factor prohibido que excluye, restringe o menoscaba el goce o el ejercicio de un derecho. De igual manera, esta discriminación legal se subdivide en discriminación directa —el factor prohibido es invocado explícitamente como motivo de distinción o exclusión e, inversamente, cuando se mite cumplir con obligación o medida de acción positiva impuesta legalmente— o discriminación indirecta —aque-

lla que aunque pese a que el factor de distinción explícitamente empleado es aparentemente “neutro”, no existe una justificación objetiva para emplearlo en relación con la cuestión decidida, y el efecto o resultado de su empleo es el de excluir de manera desproporcionada a un grupo o colectivo— (Curtis, Christian).

Por lo que se refiere a la discriminación de hecho, ésta se caracteriza por la ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos de los miembros de un grupo determinado con un factor consciente o inconsciente con un resultado que resulta en la exclusión de los miembros de un grupo (Palacios, Patricia).

Nuria González Martín

DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

Cuando nos referimos a la discriminación directa e indirecta tenemos obligatoriamente que detenernos en un caso célebre, un asunto de máxima importancia en los Estados Unidos de América: el caso *United States Postal Service Board of Governors vs. Aikens*, y que dio pauta para identificar este tipo de discriminaciones. El asunto trató una denuncia presentada bajo el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Aikens acusó al servicio postal de discriminación racial al negarle ascensos a diversos puestos a nivel gerencial. El circuito de D. C. decidió que podía establecer un caso de *prima facie* de discriminación, demostrando que poseía todas las calificaciones o méritos requeridos para los ascensos, y que había sido relegado en favor de candidatos blancos. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos, representando al Servicio Postal, pidió a la Corte que estableciera que las pruebas de *prima facie* del demandante debían demostrar la “probabilidad” de discriminación. Los requisitos para el demandante, en un caso *prima facie*, eran de gran importancia práctica para los supuestos que recoge el título VII de la Ley de Derechos Civiles. Si el demandante no es capaz de establecer un caso de *prima facie*, el juicio debe iniciarse en su contra, cuando la defensa haga la moción de juicio al cierre del caso del demandante. Sin embargo, si el demandante tiene éxito en establecer un caso *prima facie*, el juicio debe iniciarse a su favor, a menos que la defensa presente evidencias de descargo satisfactorias. Así, en un caso de trato desigual, *disparate treatment*, se dice que las pruebas de los demandantes crean una “presunción refutable obligatoria” de discriminación. Esto tiene el efecto de forzar al patrón demandado a presentar pruebas para refutar la presunción de discriminación, con el riesgo de perder el caso. Así las cosas, el asunto clave que presenta el caso Aikens está relacionado con el grado de responsabilidad que debe tener el patrón de presentar evidencia o pruebas. El tribunal solicitó, en efecto, que el demandante presentara, de manera inicial, solo lo que pudiera saber, con un esfuerzo razonable, antes del juicio; es decir, que poseía todos los méritos conocidos.

Fue un caso que suscitó la polémica en cuanto a quién debe ser el responsable de la presentación de pruebas en las distintas etapas de un caso de discriminación bajo el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Además, promovió que existieran dos doctrinas posibles para la interpretación del

título VII: a) la doctrina sobre el trato desigual —*disparate treatment*—, y b) la doctrina sobre el impacto desigual —*disparate impact*—.

El *disparate treatment* —se acogen dos subdivisiones: *systemic disparate treatment* e *individual disparate treatment*, según el alcance general o individual de la práctica discriminatoria—, en el ámbito europeo es concebido como discriminación directa o intencional.

En cuanto al *disparate impact*, igualmente en el ámbito europeo, se entiende como discriminación indirecta.

En el derecho estadounidense, tanto el *disparate treatment* como el *disparate impact* descansan en dos acepciones diferentes de la igualdad: *disparate treatment* como igualdad de trato, pero entendida como prohibición de discriminación intencional, y además se aplica en casos de discriminación individual, y *disparate impact* como igualdad de oportunidades, aplicada a casos de discriminación de clases sociales.

Con los contextos americano y europeo expuestos, nos centramos en el ámbito comunitario, y así en la Unión Europea se recoge la prohibición de discriminación directa con la aprobación de la Directiva del Consejo del 9 de febrero de 1976 (76/207/CEE), en la que en su art. 2 expresa: “el principio de igualdad de trato (...) supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente (...)”. Otra Directiva posterior, Directiva del Consejo, del 15 de diciembre de 1997 (97/80/CE), relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, puntualiza al respecto al expresar en art. 1.1: “a efectos de la presente Directiva se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente”.

Así las cosas, se entiende por discriminación directa aquel tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, raza, etcétera (SSTC 136/1996, y 198/1996).

En esta categoría diferencia a su vez entre discriminaciones abiertas y encubiertas. Las discriminaciones abiertas son las que explícitamente marcan un trato diferenciado entre hombres y mujeres, contrario a la igualdad legalmente reconocida, por ejemplo. Las discriminaciones encubiertas son aquellas en las que pese a que el sexo no es la *causa* explícitamente alegada para establecer la diferencia de trato, constituye el *móvil* que realmente guió la actuación o comportamiento empresarial, aunque aparezca formalmente revestida bajo una causa distinta.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) situará lo que entiende por discriminación directa en el asunto Dekker, C-177/88, del 8 de noviembre de 1990. En el asunto concreto se llega a la conclusión de que el concepto de discriminación directa se caracteriza por el sometimiento a una persona a un trato diferenciado, desfavorable y perjudicial en razón de su sexo. Sin embargo, esta definición tiene su excepción en el art. 2 de la mencionada Directiva 76/207 sobre igualdad de trato en el que se señalan tres ámbitos, en los que, con carácter excepcional, el trato diferente por razón de sexo está indicado: ciertas actividades profesionales para las cuales la apariencia física o el sexo constituyen una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio; la normativa protectora

del embarazo y la maternidad, y las acciones positivas y la discriminación inversa para el fomento de la igualdad de las mujeres.

Por lo que se refiere a la discriminación indirecta, la encontramos nuevamente en el derecho antidiscriminatorio norteamericano, en la teoría del impacto adverso, o efecto adverso que se desarrolla a partir del Asunto *Griggs vs. Duke Power Company* de 1971. En el ámbito comunitario, se detalla con más detenimiento y precisión la denominada discriminación indirecta, en relación con la comentada discriminación directa. Así las cosas, por discriminación indirecta se entiende aquel tratamiento formalmente neutro, no discriminatorio o no intencionado, del que se deriva por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (SSTC 145/1991, 147/1995).

La Directiva 97/80/CE del Consejo, del 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, dice en su artículo 2.2 "... existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuada y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo".

Por su parte, el tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a través de su labor jurisprudencial —Asuntos Defrenne II (43/75), de 8 de abril de 1976, Asunto J.P. Jenkins (96/80), del 31 de marzo de 1981, el Asunto Grau-Hupka (297/93), del 13 de diciembre de 1994; Asunto Lewark (C-457/93) del 6 de febrero de 1996 y Asunto Kording (C-100/95), de 2 de octubre de 1997—, ha podido perfilar los elementos que caracteriza a la discriminación indirecta. Así, tenemos que:

— Previamente, debe delimitarse la disposición, el criterio o la práctica afectada, y que se entiende que podría ser una discriminación indirecta;

— La naturaleza de la discriminación es colectiva, en la medida en que se valora no tanto el caso individual y concreto, sino más bien el impacto adverso, que incide perjudicialmente en un grupo de individuos de determinadas características;

— El empleador debe demostrar que el criterio originador de la desigualdad no se puede justificar de manera objetiva, bien porque obedece a criterios totalmente ajenos a cualquier causa de discriminación o bien por haberse respetado el principio de proporcionalidad (Durán y Lalaguna, Paloma).

Con todos estos elementos el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas define y entiende que existe una discriminación indirecta cuando "una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral perjudica a una proporción sustancialmente mayor de los miembros de un sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica sea apropiada y necesaria y se pueda justificar por factores objetivos no relacionados con el sexo".

Como vemos, es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que ha consagrado la prohibición de este tipo de discriminaciones indirectas, como discriminaciones no declaradas y no manifestadas literalmente, pero que pueden estar presentes en las normas, las sentencias, los actos administrativos o

las actividades privadas, no siendo directamente discriminatorias en apariencia, pero produciendo en la práctica efectos discriminatorios.

La prohibición de este tipo de discriminación ha tenido gran repercusión en el plano normativo y jurisprudencial, tanto a nivel comunitario como internacional, si bien son especialmente significativas las directivas en esta materia: DIR 75/177CEE; DIR 79/7 CEE, de 19-12-1978; DIR 86/613CEE, y por último la DIR 97/80CEE del 15 de diciembre de 1997, que define claramente este tipo de discriminación fundada en el sexo, ya sea en la jurisdicción social, administrativa o civil.

Nuria González Martín

DISTRITO ELECTORAL UNINOMINAL

Es la división geográfica en que se organiza el territorio de un país o región con fines electorales. Cada una de las divisiones sirve al propósito de elegir un solo individuo a un cargo de elección popular. Como la denominación indica, se trata de una demarcación con un solo nombre, por extensión solo un nombre, una persona, será la elegida en esa circunscripción o demarcación. El *Diccionario* de la Real Academia Española señala que distrito es “cada una de las demarcaciones en que se subdivide un territorio o una población para distribuir y ordenar el ejercicio de los derechos civiles y políticos, o de las funciones públicas, o de los servicios administrativos”. Mientras que en otro sentido, el distrito o circunscripción se entiende como la “unidad territorial a la que se adscribe un conjunto de electores a partir de la cual se procede a la distribución de los escaños” al congreso o parlamento.

El distrito electoral uninominal tiene como contraparte terminológica al distrito electoral plurinominal, donde la pluralidad nominal indica que son varias las personas que serán elegidas para ocupar cargos de elección popular, o en estricto sentido, para representar a los habitantes de dicho distrito. De igual manera, rompe con el modelo de representación plurinominal, donde un mismo distrito, atendiendo a la variabilidad de la población, puede elegir a más de un representante.

En las elecciones que se verifican en distritos uninominales se utiliza el principio de mayoría para determinar cuál persona es la ganadora y que por tanto deberá ocupar el cargo que estaba en disputa entre las candidaturas presentadas por las diversas opciones políticas.

Dependiendo del modelo electoral y del tipo de cargo de elección, se prefiere que para sufragar todos los electores tengan domicilio en el distrito; al efecto, cada distrito se divide en secciones, que corresponden a las casillas en donde los electores depositarán su voto durante la elección. Excepciones a esta regla pueden ser la elección de una sola persona cuando exista una circunscripción nacional única, que es el caso de la elección de presidente de la República o jefe de Estado, mientras que en los Estados federales también es el caso del gobernador o jefe de gobierno de una entidad federativa, donde a pesar de no encontrarse en la sección y distrito de su domicilio, los ciudadanos podrán emitir su voto en casillas especiales, solo en lo tocante a la elección para dichos cargos.

En México, el territorio nacional se divide en 300 distritos electorales uninominales, los cuales están conformados por secciones, y se encuentran contenidos al interior de los estados, en los cuales se elige cada tres años un diputado federal por cada distrito. La demarcación de los distritos resulta de dividir la población total del país (conforme al último censo) en los trescientos distritos mencionados, sin que en ningún caso una entidad federativa pueda tener menos de dos distritos. Esto tiene que ver con el principio de igualdad en el voto, que es una derivación del principio “un hombre, un voto”, que hoy se ha generalizado como “un elector, un voto”. Se pretende que ningún voto de un ciudadano valga más que el de otro ciudadano.

La organización de la demarcación territorial de los distritos electorales o distritación es una tarea que corre a cargo de la autoridad administrativa electoral, en el caso mexicano del Instituto Federal Electoral, a través del Registro Federal de Electores. A partir de la reforma política de 2013, la autoridad administrativa será el Instituto Nacional Electoral. Los distritos electorales fueron fijados en número de 300 en la reforma política de 1977, cuando se amplió la representatividad de la Cámara de Diputados para incorporar la figura de diputados de representación proporcional (RP), elegidos en circunscripciones plurinominales. En la actualidad, a nivel federal, la Cámara de Diputados se integra por los 300 diputados electos en distritos uninominales y 200 diputados de representación proporcional asignados a los partidos políticos, según la votación recibida, en cinco circunscripciones electorales en que se divide el país. En el ámbito de las entidades federativas, se reproduce un esquema similar, donde el órgano Legislativo cuenta con integrantes electos en distritos uninominales e integrantes electos en una circunscripción plurinomial única.

Un caso particular es la división territorial utilizada en México para la conformación del Senado de la República. Se utiliza un modelo basado en 32 distritos, que corresponden a las treinta y dos entidades federativas, con lo cual no hay uniformidad ni geográfica ni demográfica, lo cual rompe con el principio de igualdad en el voto. La Cámara de Senadores se integra por 128 senadores, de los cuales, en cada entidad federativa, dos son electos según el principio de votación mayoritaria relativa y uno es asignado a la primera minoría. Adicionalmente, hay una circunscripción plurinomial nacional, en la cual se votan los restantes 32 senadores, mismos que se eligen por el principio de representación proporcional.

A nivel municipal, algunos modelos emplean distritos electorales uninominales para la elección de regidores, aunque esto no está generalizado aun, pues se piensa que ocasiona más problemas de los que resuelve.

En México, a nivel federal, la delimitación del territorio con fines electorales se estableció jurídicamente a partir de 1917 en la Constitución Política del país. Las demarcaciones creadas recibieron el nombre de distritos electorales, y hasta la fecha utilizan como único criterio para llevar a cabo dicha delimitación el número de población, resultante de dividir el total de la población del país entre el número total de escaños que conforman la Cámara de Diputados, teniendo en cuenta el último censo general de población. Esto se ha complementado con otros criterios, como lo son: respetar

los accidentes geográficos presentes en el territorio, la existencia de vías de comunicación entre las localidades municipales o entre los municipios (para el caso de que el distrito electoral esté formado por más de un municipio), entre otros.

La demarcación territorial para definir los distritos electorales locales; es decir, los espacios que representan cada uno de los diputados locales, es un atributo de los institutos electorales estatales, por lo cual los criterios y metodologías que se adopten para su conformación varían de un estado a otro. El número de distritos locales no coincide necesariamente con el número de distritos federales.

En la definición de los distritos electorales uninominales o plurinominales, los criterios para la delimitación territorial pueden ser de orden demográfico, administrativo, histórico y geográfico, entre otros. No obstante, es común que la delimitación responda a criterios meramente políticos.

Según el principio democrático, “un elector, un voto”, cada sufragio debe tener el mismo peso. La igualdad de los votos se logra cuando cada escaño representa a la misma cantidad de habitantes o de electores, en todo el territorio electoral. Sin embargo, al carecer de referentes absolutos para estas definiciones, se han establecido rangos de variación en los criterios de representatividad, para salvaguardar el principio de igualdad del voto.

Al existir formas diversas para dividir un área en un número determinado de distritos electorales, la consecuencia lógica es que puedan resultar resultados distintos aunque se mantenga constante la votación real; este hecho, además, ha permitido la existencia de dos tipos de abusos electorales que distorsionan o vulneran el principio de la igualdad del sufragio, y que son necesarios considerar al estudiar la distritación: el mal reparto (*malapportionment*), que se caracteriza por la delimitación de distritos con número de población distinta, y la división arbitraria de los distritos electorales (*Gerrymandering*). En ambos casos el objetivo es favorecer a una fuerza política en particular.

El tema de la distritación ha sido motivo de revisión en los tribunales constitucionales electorales, por la posible vulneración al principio de igualdad del voto.

En este sentido, para garantizar el cumplimiento de dicho principio, la delimitación de cada uno de los distritos electorales uninominales debe cumplir con cuatro propósitos: a) que cada voto emitido tenga el mismo valor, por servir siempre para elegir un número similar de representantes; b) evitar que en la delimitación de los distritos prevalezcan motivos políticos que beneficien a un partido en especial; c) facilitar a los ciudadanos la emisión del sufragio, de forma que sea asequible el traslado al lugar de emisión del sufragio, asimismo que la autoridad no encuentre dificultades para recibir los expedientes de casilla y realizar los cómputos respectivos, y d) la homogeneidad demográfica, con lo cual se busca preservar, en la medida de lo posible, la división geográfica preestablecida de barrios, colonias, delegaciones, municipios y la integridad de comunidades rurales e indígenas.

David Cienfuegos Salgado

DIVISIÓN DE PODERES

La idea de una forma mixta de gobierno a partir de fuerzas políticas divergentes tiene su origen en la antigua Grecia, y alcanza una expresión definida en la obra *El espíritu de las leyes* de Charles-Louis de Secondat, con base en lo expuesto por John Locke en el *Ensayo sobre el gobierno civil*. Es una respuesta a la desconfianza de que el Estado ejerza su poder en forma tiránica. Para evitarlo se plantea fragmentar su ejercicio en elementos diferenciados a fin de que se controlen recíprocamente e impedir que se desvíe del logro del bien común, la libertad y la razón, como fines últimos de la actividad estatal.

La trascendencia práctica de las ideas de Montesquieu puede apreciarse si se tiene en cuenta su incorporación a la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y a la Convención Constitucional de Filadelfia de 1787, dentro del constitucionalismo norteamericano. Éstas alcanzaron su máxima expresión en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que simboliza el triunfo de la Revolución francesa en contra del poder absolutista. La Asamblea Nacional refrendó en ese documento que el presupuesto básico de una Constitución, como norma jurídica suprema, es la garantía de los derechos y la separación del poder; de aquí surgirá el concepto de Estado constitucional.

El principio de división de poderes no ha estado, sin embargo, libre de críticas. Motivadas, en mucho, porque sus detractores parecieran olvidar el contexto sociohistórico donde surgió y, sobre todo, el tipo de problemas a los que pretendió dar respuesta. Entre los autores que se han pronunciado en ese sentido destacan los siguientes: Juan Jacobo Rousseau cuestionó en el *Contrato social o principios de derecho político*, que la soberanía del pueblo es indivisible y, por ende, inalienable, en consideración de que la voluntad general lo es o no lo es; de ahí que el Ejecutivo quede sometido al Legislativo. Immanuel Kant, en la *Metafísica de las costumbres*, sostuvo que los tres poderes están coordinados entre sí, y cada uno es complemento necesario del otro; por ello, uno no puede usurpar la función del otro al cual presta su concurso. León Duguit, en la *Separación de poderes y la asamblea nacional*, difiere que sea factible la separación de los poderes, pues el ejercicio de cualquier función del Estado se traduce siempre en una orden dada o convención concluida, como un acto de voluntad o manifestación de su personalidad; implica el concurso de todos los órganos que constituyen la persona de aquél. Karl Loewestein sostiene en su *Teoría de la Constitución*, que resulta más atinada una división del poder estatal acorde con su dinámica, como la siguiente: decisión política conformadora; ejecución de la decisión política, y control político. Hans Kelsen cuestiona la pertinencia del término usado para designar la fragmentación del ejercicio del poder. En su obra *Teoría general del Estado y del derecho* sostiene que no se trata de una “división”, mucho menos de una “separación”. Wolfgang Hoffmann-Riem afirma que el concepto de la división de poderes es hoy en día mucho más que un mero principio de ordenamiento de la organización interna del Estado-nación. Además de que existen otros depositarios del poder, entre ellos los de carácter económico, como las empresas de dominio global, cuya influencia y poderío supera a la de algunos Estados-nación; sin olvidar que el

Estado no es solo el mayor peligro para libertad del individuo, sino también su principal garante.

Pero una de las principales críticas al concepto de división de poderes se ha enfocado a cuestionar cómo puede dividirse el ejercicio del poder estatal y no afectar a la soberanía, la cual reside en el pueblo. Ésta obedece a que los vocablos “poder” y “poderes” son indistintamente usados para denominar tanto la “potestad” como la “función” del Estado (delineada con base en la distribución material de las actividades que lleva a cabo). La redacción del art. 49 de la Constitución mexicana es acorde con esta noción funcional: “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”. Jorge Fernández Ruiz señala que las funciones esenciales o primarias que lleva a cabo el Estado para atender el interés público deben ser adicionadas mediante otras que denomina “funciones emergentes”, entre ellas la fiscalizadora o de control, la electoral, de regulación monetaria y registral.

Si se considera a la “división de poderes” como un principio abstracto, más que como un valor, cuya justificación reside en que está orientado a preservar una esfera de libertades básicas del individuo, hoy en día amenazada no solo por el Estado, sino cada vez en mayor medida por los llamados “poderes fácticos”, puede concluirse que el principio de la división del poder o separación de poderes no ha perdido trascendencia, sin negar la necesidad de robustecer su conceptualización para adecuarlo a nuevos desafíos, inexistentes cuando fue concebido por pensadores de la talla de Montesquieu y de John Locke. De ahí que autores más actuales expliquen la “actividad estatal” en consideración de las relaciones entre sus órganos e incluso de la forma en que éstos lo hacen con los “nuevos poderes”.

Eréndira Salgado

DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, la acción de “sustituir” consiste en poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa, por lo que hablar de *sustitución constitucional* será la acción por la cual se cambia una Constitución por otra diferente.

Partiendo de tal concepto y de la identificación de un núcleo intangible existente en toda Constitución (*elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución, a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional*), resulta incuestionable afirmar que no es lo mismo la *Constitución* (no necesariamente escrita) que las *leyes constitucionales* (normas que concretan la positivización de la *Constitución*), toda vez que la Constitución se hace consistir de esas decisiones políticas fundamentales, mientras que las leyes constitucionales solo tienen por objeto concretar dichas decisiones. De todo lo anterior, y partiendo de la distinción entre *Constitución* y *leyes constitucionales*, debe afirmarse que el órgano revisor de la Constitución solo tiene competencia para reformar las leyes constitucionales, no así la Constitución, ya que ningún poder constituido puede alterar las decisiones políticas fundamentales adoptadas por el Constituyente.

Bajo este tenor, la Corte Constitucional de Colombia, órgano facultado en aquel país para ejercer el control formal a las reformas constitucionales, ha formulado una doctrina jurisprudencial denominada doctrina de la sustitución constitucional, señalando que "...para saber si el poder de reforma [constitucional] incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad (...) Por ejemplo no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social, y democrático de derecho con forma republicana (...) por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue reemplazada por una diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma".

Así, vemos cómo la Corte de aquel país intenta proteger aquellas decisiones que son propias del pueblo colombiano, y que por ello solo deben mantenerse inalterables en esa nación. Evidentemente, si quisiéramos construir este mismo argumento en otras latitudes, deberemos, en primer lugar, conocer cuáles son las decisiones políticas fundamentales de tales naciones. Así, por ejemplo, en Inglaterra, Suecia, Dinamarca o Bélgica, países europeos de una tradición monárquica fuertemente arraigada, sería ilusorio pretender aplicar el mismo argumento. En todo caso, lo que ahí deberá decirse es que *no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir la Monarquía constitucional y con forma parlamentaria, por un Estado republicano, pues ello implicaría que las Constituciones de tales países fueran reemplazadas.*

En conclusión, la *doctrina de la sustitución constitucional* es una construcción argumentativa, según la cual "la competencia del órgano que realiza la reforma, es un problema de procedimiento. [La] proyección de los problemas de competencia, tanto sobre los vicios de procedimiento como sobre los vicios de contenido material, es clara, y por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, de manera reiterada, que la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia, por más de que su actuación, en lo que al trámite se refiere, haya sido impecable (...) Cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia" (Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003).

De esta forma, al ser la competencia con la que actúan las autoridades una de las partes esenciales de todo control formal, aquellos tribunales constitucionales que se encuentren solo facultados para revisar formalmente las enmiendas a la Constitución podrían revisar el contenido de tales enmiendas, en el entendido de que si el poder de reforma altera contenidos del núcleo intangible de la Constitución, incurría en un vicio de competencia, ante lo cual el juez constitucional debe analizar si la Constitución fue o no sustituida por

otra, siendo necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, así como aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad.

Pensarlo de otra manera —ha sostenido la Corte colombiana— sería tanto como atribuirle la competencia al Poder constituyente permanente de, por ejemplo, sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana, por un Estado totalitario, por una dictadura o una monarquía, lo que sin duda no es parte de su competencia, debido a que ello significaría reemplazar la Constitución vigente por una diferente.

Ahora bien, pese a la duda o temor que pudieran causar esquemas de control similares, es importante hacer notar que la Corte Constitucional de Colombia, aún y cuando haya diseñado la *doctrina de la sustitución constitucional*, ha conocido de 16 casos en los que se han formulado cargos por sustitución de la Constitución. Cajas Sarria refiere que “en todas las acciones promovidas (...) ha advertido falencias en la formulación del cargo por sustitución, y en las últimas sentencias, sobre la reelección, no encontró probado este cargo. [Así] el balance jurisprudencial indica que la Corte ha optado por una auto restricción judicial para preservar las decisiones mayoritarias del Congreso”.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

DOPPIA PRONUNCIA

Con el vocablo *doppia pronuncia* se hace referencia al “doble carácter” que pueden tener las sentencias interpretativas: uno explícito, que establece la constitucionalidad de cierta norma o interpretación derivada de un texto normativo (sentencia interpretativa desestimatoria), y otro implícito, que declara la inconstitucionalidad de otra norma o interpretación deducida del mismo texto (sentencia interpretativa estimatoria). En este tipo de pronunciamientos “mixtos” queda a la sombra precisamente el que declara la inconstitucionalidad, pues no aparece reflejado en ningún punto resolutivo de la sentencia. Esta situación, de hecho, representa uno de los principales problemas de la *doppia pronuncia*, ya que no está claro si al pronunciamiento implícito es posible darle los mismos efectos de un pronunciamiento expreso de inconstitucionalidad.

En relación con esta problemática se han dado diferentes soluciones en los sistemas de control de constitucionalidad. En algunos de ellos se considera que tanto la norma declarada válida como aquella inválida se debe precisar en la parte dispositiva, ya que la interpretación no formalizada únicamente vale como sugerencia autorizada, pero jurídicamente no es vinculante. En otros se enfatiza que es frecuente que se den casos en los que la interpretación, implícitamente declarada inconstitucional, no vincule ni a los jueces ordinarios ni al juez que propuso la cuestión ante el órgano de control constitucional. Para evitar toda esta incertidumbre, los tribunales constitucionales se han visto en la necesidad de preferir utilizar sentencias interpretativas estimatorias, de tal manera que el pronunciamiento que antes era implícito con relación a la declaración de inconstitucionalidad, ahora es expreso.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que todas las sentencias interpretativas, con independencia de que formalmente sean estimatorias o deses-

timatorias, materialmente son estimatorias en el sentido más estricto, pues entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso, todas menos una), es inconstitucional; o bien, en un sentido amplio, consideran que parte del contenido normativo, derivado alternativa (sentencias interpretativas) o conjuntamente (sentencias manipulativas) de la disposición impugnada, es contraria a la Constitución; o incluso, al señalar que la ley no es inconstitucional si se le interpreta de una determinada forma, solo puede significar que la misma es contraria a la Constitución en cualquier otro sentido.

Giovanni A. Figueroa Mejía