

L



LEGISLADOR NEGATIVO

El concepto de legislador negativo se emplea para referirse a la primigenia concepción de los tribunales constitucionales según el diseño de estos elaborado por Hans Kelsen. Sobre la base de la distinción entre la función legislativa, que consiste en crear normas generales, y la función jurisdiccional, que genera normas individuales, Kelsen es el formulador de la teoría del tribunal constitucional como legislador negativo: “Anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo por así decirlo más que una confección con signo negativo. La anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el Tribunal que tiene el poder de anular leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo”.

El titular, por tanto, de esta potestad legislativa negativa es un tribunal de derecho, independiente tanto del Gobierno como del Parlamento, a quienes en última instancia debe controlar. Además, existe otra gran diferencia entre el legislador positivo y el negativo. El legislador negativo actúa en aplicación de las normas de la Constitución, y a diferencia del legislador positivo, carece de un poder de libre creación normativa: “En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que en relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro Tribunal”. En definitiva, el legislador negativo, a diferencia del positivo, aplica —y no crea— el derecho.

Ahora bien, Kelsen fue consciente del problema relativo al riesgo de que el legislador negativo acabara suplantando al Parlamento; por ello, para remediarlo propuso la eliminación de las cláusulas vagas, genéricas e imprecisas de los textos constitucionales: “Si la Constitución quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”. Evidente resulta que las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial abundan en ese tipo de cláusulas en la medida en que formulan mediante categorías genéricas los principios y valores del Estado constitucional. Ello ha determinado que esta concepción de los tribunales constitucionales como legisladores negativos haya sido superada por la historia. El derecho constitucional comparado pone de manifiesto cómo las cortes constitucionales a través de una amplia tipología de sentencias (interpretativas, aditivas, manipulativas, de recomendación al legislador, etcétera) han pasado a convertirse en legisladores positivos.

Javier Tajadura Tejada

LEGISLADOR POSITIVO

El legislador es aquel poder del Estado que es titular y ejerce ese mismo poder en el Estado. La potestad legislativa es la facultad atribuida a determinados órganos del Estado para aprobar las leyes o normas con rango de ley del mismo. Históricamente, esta potestad se identificaba con la soberanía —hacer la

ley era uno de los principales atributos del soberano (J. Bodino)—, pero en el Estado constitucional se configura como una potestad constituida y limitada, tanto material como formalmente, por la propia Constitución.

En el constitucionalismo europeo basado en el modelo francés, el legislador se confundió con el soberano, y el dogma de la ley como expresión de la voluntad general (J. J. Rousseau) derivó en el principio de soberanía parlamentaria que hizo inviable el Estado constitucional, basado, como es sabido, en la distinción entre Poder Constituyente y Poderes Constituidos, y en la supremacía de aquel sobre estos, incluido el legislador (R. Carré de Malberg). Los intentos de Sieyès (1795 y 1799) de crear un tribunal constitucional que controlara al legislador y pudiera anular sus actos fueron rechazados en un contexto histórico caracterizado (a pesar de la trágica experiencia del “Terror”) por un fuerte prejuicio proparlamentario. Hubo que esperar al surgimiento en Europa de los primeros tribunales constitucionales en los años veinte, creaciones del gran jurista austriaco Hans Kelsen, para concebir al legislador como un poder limitado. Al mismo tiempo hicieron así su aparición en la historia unos órganos que por tener atribuida la función de declarar nulas las leyes inconstitucionales fueron considerados titulares de un Poder Legislativo negativo. Con el tiempo, la generalización y la consolidación de los tribunales constitucionales, el aumento de sus funciones y el surgimiento de nuevos tipos de sentencias (aditivas, interpretativas, etcétera) han hecho que la concepción de los tribunales constitucionales como meros legisladores negativos, según la concepción kelseniana, haya sido superada, y en pureza, son también titulares de un Poder Legislativo positivo.

En el constitucionalismo norteamericano, el carácter limitado de la potestad legislativa fue asumido desde que, en 1803, el juez Marshall, en una célebre y clásica sentencia, sentó las bases del control jurisdiccional de las leyes, siendo el más formidable instrumento para impedir “la tiranía de la mayoría” (A. de Tocqueville).

Con carácter general, en el seno de un Estado constitucional, las asambleas representativas o parlamentos ejercen la potestad legislativa. Tradicionalmente, Parlamento y Legislativo eran términos sinónimos, pero en la actualidad y al margen de que, como acabamos de señalar, quepa distinguir también entre un legislador positivo y otro negativo (H. Kelsen), el Legislativo es un poder que aparece muy fragmentado. En primer lugar, porque la sustitución del Estado liberal por el Estado social y la progresiva intervención del Estado en la vida económica han puesto de manifiesto la necesidad de que el tradicionalmente denominado Poder Ejecutivo, esto es, los gobiernos, sean titulares también de la potestad legislativa y puedan dictar normas con rango de ley. A mayor abundamiento, en los regímenes parlamentarios la inmensa mayoría de las leyes aprobadas trae causa de proyectos de ley de elaboración gubernamental.

Por otro lado, en el contexto de los diversos procesos de descentralización política (federalismo) el Poder Legislativo se reparte desde un punto de vista material entre la Federación o Unión, y las entidades infraestatales. Hasta tal punto esto es así, que la existencia o no de diversos órganos legislativos en el

seno del Estado es lo que permite distinguir un Estado federal o compuesto (por ejemplo, México) de uno que no lo es (por ejemplo, Francia).

Finalmente, el proceso de creación de organizaciones supranacionales, como la Unión Europea, determina que sobre determinadas materias los Estados le hayan atribuido la potestad legislativa. Aunque no exista el término “ley europea”, los reglamentos y directivas de la Unión Europea son materialmente leyes europeas emanadas de un nuevo legislador supranacional, integrado por dos cámaras: el Parlamento Europeo, donde están representados todos los ciudadanos europeos, y el Consejo, donde están representados los Estados.

Javier Tajadura Tejada

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN CASOS DE INTERESES DIFUSOS

El aseguramiento de derechos denominados “de tercera generación”, como el derecho a la protección del medio ambiente, el derecho a la calidad de vida, el derecho de los consumidores y usuarios, entre otros, otorga la titularidad de ellos a individuos y a colectividades que puede ser difícil de precisar. El acceso a la jurisdicción de estos derechos, según Ferrer Mac-Gregor en el libro *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, es uno de los temas “recientes” del derecho procesal contemporáneo, por lo que las Constituciones de fines del siglo XX se han preocupado de abrir y asegurar cause a legitimaciones, denominadas por Pablo Gutiérrez, en su obra *La tutela de los intereses supraindividuales: difusos y colectivos*, como “supraindividuales”, que hagan efectivo el acceso a la jurisdicción.

Los derechos o intereses difusos y los derechos o intereses colectivos, según los diferentes países, pueden tomarse como sinónimos o pueden diferenciarse. En todo caso, la legitimación para la tutela de los derechos o intereses difusos o colectivos se basa en un interés legítimo específico que debe ser invocado por el actor o demandante; ello lo distingue de las acciones populares, que se sostienen solo en el interés de la juridicidad, estando legitimadas para accionar todas las personas que invoquen la calidad de ciudadanos. Independientemente del concepto que rijan al derecho o interés difuso, como parte de la defensa de la ciudadanía, su finalidad es satisfacer necesidades sociales o colectivas, antepuestas a los individuos. El derecho o interés difuso, debido a que la lesión que lo infringe es general, afectando a una población o a extensos sectores de ella, vincula a personas que no se conocen entre sí, que individualmente pueden carecer de nexos o relaciones jurídicas entre ellas, que en principio son indeterminadas, unidas solo por una misma situación de daño o peligro en que se encuentran como miembros de la sociedad, y por el derecho que en todos nace de que se les proteja la calidad de la vida, tutelada por la Constitución. Es la lesión común de la calidad de vida, que atañe a cualquier componente de la población o de la sociedad como tal, independientemente de las relaciones jurídicas que puedan tener con otros de esos indeterminados miembros, lo que señala el contenido del derecho e interés difuso.

El interés difuso se diferencia del interés colectivo en que este último, en cuanto a su naturaleza, es mucho más concreto para un grupo humano determinado, mientras que el primero es mucho más abstracto no solo para el que lo detenta, sino también para el obligado. En efecto, los intereses colectivos se asemejan a los intereses difusos en que pertenecen a una pluralidad de sujetos, pero se diferencian de ellos en que se trata de un grupo más o menos determinado de personas (perseguido de manera unificada), por tener ese grupo sus características y aspiraciones sociales comunes; por otra parte, los intereses colectivos se diferencian de los intereses personales, ya que no constituyen una simple suma de estos, sino que son cualitativamente diferentes, pues afectan por igual y en común a todos los miembros del grupo, y pertenecen por entero a todos ellos.

Diferentes Constituciones en los distintos continentes regulan la legitimación, ya sea individual y/o colectivamente para el amparo de los derechos o intereses difusos y/o colectivos, o bien se permite una legitimación activa por acción popular. En algunos ordenamientos constitucionales y legales, tanto de América Latina como de Europa, posibilitan también que el respectivo Defensor del Pueblo tenga legitimación activa en la materia para proteger los derechos e intereses de determinados segmentos de la población en la materia. Asimismo, en diversos países el ordenamiento jurídico contempla la legitimación activa en acciones colectivas o difusas a las asociaciones que propenden a promover y garantizar esos derechos. Finalmente, hay diversos Estados donde el ordenamiento jurídico institucionaliza organismos públicos a los cuales se les otorga legitimación activa en acciones colectivas para la defensa de los derechos de los consumidores, o de prestaciones financieras, comerciales o de determinados servicios (agua potable, electricidad, telefonía, entre otros) brindados por instituciones o empresas privadas.

En este ámbito señalaremos, a modo ejemplar, las disposiciones pertinentes de algunas Constituciones latinoamericanas.

La Constitución de Brasil de 1988, en su art. 5o., fracción LXIII, considera la existencia de una acción popular, mediante la cual la jurisprudencia judicial ha admitido la protección de grupos indeterminados en materia de medio ambiente, patrimonio artístico y cultural, así como en materias de desarrollo urbano.

La Constitución colombiana de 1991, en su art. 88, establece lo siguiente: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”. A su vez, el art. 89 complementa el texto anterior: “Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus de-

rechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas”.

La Constitución de Paraguay de 1992, en su art. 38, se refiere al derecho a la defensa de los intereses difusos, donde toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de los otros que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio.

La Constitución de Argentina (reformada en 1994), en su art. 43, determina lo siguiente: “Podrán interponer esta acción (amparo) contra cualquier forma de discriminación en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de la organización”.

La Constitución Política del Ecuador (1998), en su art. 95, otorga legitimación a cualquier persona, por su propio derecho o como representante legítimo de una colectividad, para ejercer una acción de amparo ante el organismo judicial competente.

La Constitución de Venezuela de 1999, en su art. 26, estableció el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer los derechos e intereses, “incluso los colectivos o difusos”.

Es posible señalar como requisitos para hacer efectiva la legitimación activa, en el caso de particulares o grupos de personas que concretan acciones sobre derechos o intereses difusos o colectivos, los siguientes:

- a) Que la acción se presente no en virtud de un interés individual, sino en función del derecho o interés difuso o colectivo.
- b) Que la razón de la demanda sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de algunos sectores de él.
- c) Que los bienes lesionados no sean susceptibles de apropiación individual.
- d) Que se trate de un derecho o interés indivisible que comprenda al conjunto de la población o parte de ella.
- e) Que el actor que demanda o requiere en virtud del interés general sea afectado por el daño o peligro en que se encuentra la colectividad afectada.
- f) Que el sujeto pasivo deba una prestación indeterminada, cuya exigencia es general.

Humberto Nogueira Alcalá

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CONTROL CONCRETO O INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Nos referimos a “legitimación activa” para determinar aquellas personas naturales o jurídicas, así como órganos o agentes del Estado, conforme establece la Constitución o la ley, dotados de la facultad de ejercer el derecho a

la jurisdicción ante la judicatura constitucional respectiva en procesos y procedimientos como demandantes, demandados, terceros o representantes de cualquiera de ellos.

La legitimación activa para accionar varía de acuerdo con la naturaleza del procedimiento (abstracto o concreto) de control de constitucionalidad y la configuración de los contenciosos constitucionales, pudiendo clasificarse en seis los grupos legitimados, que son: determinadas autoridades u órganos constitucionales de carácter político (presidente de la República; Gobierno o primer ministro; Congreso, Asamblea Parlamentaria o Parlamento); un número o porcentaje de parlamentarios que integran una de las Cámaras o la Asamblea Legislativa; los jueces ordinarios; las personas que tengan un interés legítimo; cualquier persona (acción popular o pública), y órganos que representan derechos de sectores débiles de la sociedad (Defensoría del Pueblo o de los Derechos Humanos).

Por “control concreto de constitucionalidad” entendemos aquel que se efectúa no sobre el enunciado del precepto normativo (generalmente un precepto legal), sino sobre la norma que emana del mismo precepto en su aplicación a un caso específico, siendo la aplicación de esa norma la que se declara inaplicable por ser inconstitucional o contraria a la Constitución.

La legitimación activa para ese control concreto de constitucionalidad generalmente se entrega a la parte afectada en sus intereses subjetivos en la gestión judicial que está en curso en la jurisdicción ordinaria o en procedimiento administrativo, cuando en tales procedimientos se haya invocado una norma jurídica cuya aplicación al caso concreto genere un efecto inconstitucional. En este caso la parte puede plantear un incidente o una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la respectiva jurisdicción constitucional (Chile, España, Italia) o ante el mismo tribunal ordinario de justicia (Argentina, Colombia, Perú, Venezuela, por señalar algunos ejemplos).

En algunos ordenamientos jurídicos, la legitimación activa en control concreto se entrega no solo a las partes que participan en la gestión judicial, sino también al mismo juez del tribunal respectivo, el cual puede activar el control incidental (España e Italia) ante la jurisdicción constitucional, o bien plantear una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Chile).

En otros casos, la legitimación activa en control concreto incidental la ejerce el juez o tribunal ordinario de oficio, como ocurre en Ecuador o Venezuela.

Las decisiones en que se ejerce el control concreto de constitucionalidad tienen una significación general innegable, ya que se desaplica en el caso concreto, producto de su efecto constitucional en ese caso específico, la norma que emana de una ley que se encuentra vigente y que sigue rigiendo en el ordenamiento jurídico, siendo aplicable para el resto de los operadores jurídicos.

En algunos países, la doctrina ha señalado la escasa incidencia del control concreto de constitucionalidad y la debilidad de las magistraturas ordinarias en ejercerlo, de acuerdo a lo contemplado por Jesús M. Casal en *Constitución y justicia*, y Bewer en *La Constitución de 1999*.

En otros casos, el control concreto de constitucionalidad constituye la mayor actividad de la respectiva jurisdicción constitucional, como es el caso del tribunal constitucional chileno, donde la activación del control lo realizan las partes dentro de una gestión judicial en curso ante magistratura ordinaria o especial, o el juez cuando tiene duda de la constitucionalidad que puede producir en un caso concreto la norma que emana de la aplicación de un precepto legal determinado.

Humberto Nogueira Alcalá

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL CONTROL ABSTRACTO

La legitimación en el control abstracto de constitucionalidad de la ley implica, por una parte, la posibilidad de activar el funcionamiento de tribunales o cortes constitucionales o supremas con funciones de constitucionales, y por otra, el hecho de que el propio legislador establezca en la Constitución —en ocasiones en la ley o en ambas— un catálogo de entes, sujetos, poderes u órganos —inclusive ciudadanos— con la atribución necesaria para que las normas que él mismo confecciona puedan ser cuestionadas ante un órgano jurisdiccional de control constitucional por su presunta contravención con la norma fundamental.

En cuanto a legitimación activa en México, existe un *numerus clausus* diseñado por el legislador en la Constitución federal en 1994 —considerando las reformas del mismo rango en 1996, 2006 y 2011—; la relación o “catálogo” de los legitimados se establece de los incisos *a* al *g* de la fracción II del art. 105 constitucional, que son los siguientes:

“Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

...

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;

b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;

d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano;

e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea;

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro;

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los Derechos Humanos equivalentes en los Estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal...”.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

LEGITIMACIÓN ACTIVA POR ACCIÓN POPULAR O PÚBLICA

La legitimación activa por acción popular o pública de inconstitucionalidad es aquella en que toda persona capaz procesalmente tiene la facultad e interés procesal y jurídico para requerir, demandar o accionar de inconstitucionalidad ante el órgano que ejerce jurisdicción constitucional, sin necesidad de un hecho histórico concreto que lesione la esfera jurídica privada del accionante. En el caso de legitimación activa por acción popular, el actor se constituye en un defensor del orden constitucional en control abstracto, generalmente de carácter reparador de constitucionalidad. La sola defensa del orden constitucional le da interés para actuar, sin que haya sufrido un daño en su interés personal o subjetivo producto de la inconstitucionalidad del precepto normativo infraconstitucional.

Este tipo de acciones populares de inconstitucionalidad es excepcional en la perspectiva del derecho constitucional comparado.

En el ámbito latinoamericano, los ordenamientos jurídicos que la contemplan desde el siglo XIX son los casos de Colombia y Venezuela; asimismo, más recientemente, en la Constitución de Guatemala de 1985 se establece una acción popular abstracta de inconstitucionalidad, así como también en la Constitución ecuatoriana de 2008. Igualmente, esta figura se encuentra, en una versión muy tímida y atenuada, en la Constitución chilena reformada en 2005, en el art. 93, núm. 7.

En Colombia, la Constitución vigente contempla la acción popular de inconstitucionalidad, ya que de acuerdo con el art. 241, núms. 4 y 5, de la Constitución, cualquier ciudadano puede solicitar que la Corte Constitucional se pronuncie respecto de la inconstitucionalidad de leyes y decretos con fuerza de ley, con fundamento en los arts. 150, núm. 10, y 341 de la Constitución.

En Venezuela, al igual que en Colombia, desde el siglo XIX existe la acción popular de inconstitucionalidad, según lo establecido en el libro *Instituciones políticas y constitucionales* (t. IV) por Brewer, de la cual conoce, de acuerdo a la carta constitucional vigente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo. La base normativa de derecho positivo de esta acción popular se encuentra establecida en el art. 21, párrafo 9o., de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual establece que: “Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza u otro acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal... puede demandar la nulidad del mismo, ante el Tribunal Supremo, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad”. El hecho de que el texto se refiera a que el accionante sea afectado “en sus derechos e intereses”, la Corte Suprema de Venezuela, mediante la Sentencia del Pleno del 30 de junio de 1982, publicada en la *Revista de Derecho Público* (núm. 11), lo interpreto señalando que debe presumirse que el acto recurrido en alguna forma afecta los derechos e intereses del recurrente en su condición de ciudadano venezolano.

En el caso de Guatemala, esta acción popular de inconstitucionalidad se encuentra establecida en el art. 134 de la LAEP y C.

En el caso de Ecuador, cualquier ciudadano puede iniciar una acción pública de inconstitucionalidad conforme al art. 436, núm. 2, de la Constitución.

En Chile se ha introducido tímidamente la acción popular en el art. 93, núm. 7, de la Constitución vigente, conforme a la reforma constitucional de 2005, para demandar la inconstitucionalidad de un precepto legal en control abstracto con el objeto de expulsarlo del ordenamiento jurídico, pero ello requiere como prerequisites que, previamente, el Tribunal Constitucional haya declarado la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo precepto legal en control concreto con efectos interpartes, de acuerdo con el art. 93, núm. 6, de la carta fundamental; asimismo, que la acción popular se sustente respecto del mismo vicio de inconstitucionalidad sobre el cual ya se pronunció el Tribunal Constitucional en el control previo de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En Europa, en el último cuarto del siglo XX, también aparece, de acuerdo a lo establecido por Fernández Rodríguez en el libro *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, la acción popular para la impugnación directa de la inconstitucionalidad de leyes en Austria, desde 1975 opera respecto de las leyes que vulneran derechos fundamentales; en Bélgica, la acción popular opera desde 1988. Con respecto a Europa del Este, la acción popular de inconstitucionalidad contra todo tipo de normas jurídicas opera en Hungría.

Humberto Nogueira Alcalá

LEGITIMACIÓN ACTIVA POR EL PODER EJECUTIVO

La legitimación activa por parte del Ejecutivo (presidente de la República o Gobierno, dependiendo del tipo de gobierno que contempla la respectiva Constitución) opera generalmente en la modalidad de un control abstracto, objetivo y directo, ya sea en control preventivo, o bien en reparador. La legiti-

mación activa del Ejecutivo en control abstracto opera en control preventivo respecto de reformas constitucionales (Colombia, Chile, Ecuador, Perú, entre otros), de convenciones o tratados que son objeto de control de compatibilidad con la Constitución (Bolivia, Colombia, Chile, Francia, Venezuela, entre otros) o proyectos de preceptos legales en tramitación parlamentaria (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador); en cambio, opera en control reparador cuando se habla de tratados internacionales (Alemania, España, Italia, Perú, Costa Rica, entre otros), de preceptos legales o con fuerza de ley en Estados latinoamericanos que cuentan con corte o tribunal constitucional (los casos de Bolivia, Colombia, Chile, Perú, Santo Domingo); como también eventuales conflictos de jurisdicción o contiendas de competencia horizontales (entre órganos estatales) o verticales (entre órganos estatales y órganos de entidades federativas o regionales), lo que constituye una regla generalizada. En Europa, en el marco de tipos de gobierno parlamentarios republicanos o semipresidenciales, también se reconoce legitimación activa para requerir o demandar de inconstitucionalidad al presidente de la República (Alemania, República Checa, Chipre, Eslovaquia, Francia, Hungría, Irlanda, Polonia, Portugal, Rusia, Turquía, Ucrania); al presidente del Gobierno (en el caso de España), y al primer ministro (en el caso de Francia), o por el Gobierno en su conjunto en Alemania (canciller federal con acuerdo del gabinete de Ministros) y en Italia (primer ministro con acuerdo del Consejo de Ministros), por señalar algunos ejemplos.

A través de esa legitimación activa, el Ejecutivo puede impugnar tanto vicios formales derivados de la creación de las normas sin respetar requisitos, órganos, procedimientos o el quórum determinado por la carta fundamental, como vicios materiales derivados del desarrollo de normas infraconstitucionales contrarias a valores, principios y reglas sustantivas aseguradas y garantizadas constitucionalmente.

Por medio de la legitimación activa en control abstracto, el Ejecutivo, en virtud de su posición institucional y funciones, tiene por tarea hacer respetar el orden constitucional, el bien común o el interés general, finalidades que se concretan instrumentalmente mediante la activación del control de constitucionalidad, sin condicionamiento alguno para hacer efectiva la defensa objetiva de la Constitución, con el objeto de impedir la aplicación y la permanencia en el ordenamiento jurídico de preceptos normativos contrarios a la carta fundamental.

Humberto Nogueira Alcalá

LEGITIMACIÓN ACTIVA POR EL PODER LEGISLATIVO

Por regla general, los países que estructuran su sistema de control de constitucionalidad bajo el modelo germano austriaco, con modalidad de control concentrado de constitucionalidad de preceptos legales, con un control de carácter reparador, por vía de acción, en control abstracto y con efectos de expulsión del ordenamiento jurídico de la norma infraconstitucional considerada contraria a la Constitución, establecen por regla general una legitimación activa reducida a determinados órganos político-representativos, como son el

presidente de la República, el Gobierno, el Parlamento o alguna de las ramas de un Congreso o Parlamento, así como un porcentaje o número significativo de parlamentarios de alguna de las ramas del Congreso o Parlamento.

Esta legitimación activa la pueden ejercer también los congresos o parlamentos en el caso de controles concentrados de constitucionalidad que pueden llevar a cabo cortes supremas de justicia o salas constitucionales de cortes supremas, que ejercen un control reparador abstracto de constitucionalidad respecto de normas infraconstitucionales.

En este caso nos interesa solo considerar la legitimación activa para impulsar una acción de inconstitucionalidad por el Poder Legislativo, el cual toma forma a través de un Parlamento, Asamblea Parlamentaria o Congreso Nacional, siendo esa legitimación activa concretada cuando así lo acuerda institucionalmente la Asamblea Parlamentaria o la rama específica de ese Parlamento (Cámara de Representantes o Diputados, o Senado, en su caso).

La materia sobre la cual versa normalmente la legitimación activa de este parlamento a través de una acción de inconstitucionalidad puede ser en un control preventivo de constitucionalidad sobre un proyecto de reforma constitucional, la incorporación de un tratado internacional al ordenamiento jurídico o un proyecto de ley en tramitación parlamentaria. En el caso del control reparador será generalmente un control abstracto de preceptos legales o normas administrativas, reglamentos parlamentarios y autoacordados de tribunales superiores de justicia, para señalar los principales enunciados normativos que pueden ser objeto de acciones de inconstitucionalidad parlamentaria.

La legitimación por minorías parlamentarias. En algunos países pueden requerir el pronunciamiento del órgano jurisdiccional constitucional respectivo (tribunal constitucional, corte suprema, sala constitucional de corte suprema), algunas minorías significativas de las ramas o cámaras del Congreso Nacional o Parlamento, con ello se busca superar los eventuales abusos de poder o afectación de los derechos fundamentales protegidos objetivamente por la Constitución frente al gobierno y las mayorías parlamentarias, junto con constituir un instrumento para la protección de las minorías. Esta protección de las minorías es parte de la democracia pluralista, en cuanto supone un límite al poder de la mayoría y un cauce para el control de ella en el contexto de una democracia constitucional.

En la democracia actual, la regla de la mayoría no asegura por sí misma la legitimidad constitucional de la decisión adoptada, la que puede contener vicios tanto de forma (procedimentales) como sustantivos o materiales (contradicción con valores, principios y derechos constitucionales), los cuales dentro de un Estado constitucional democrático deben ser respetados y garantizados, siendo parte del pacto constituyente, que constituye el consenso bajo el cual se produce y desarrolla la integración política y social.

La legitimación activa de la minoría parlamentaria constituye un contrapeso jurídico a la centralidad del gobierno tanto en los regímenes presidencialistas como parlamentarios actuales, otorgando a las minorías un instrumento de control y garantía, con el objeto de impedir el paso de la democracia a la autocracia, así como el potencial abuso y concentración del poder.

La minoría parlamentaria en un sentido amplio designa un conjunto heterogéneo de parlamentarios que aceptan los principios establecidos en la Constitución vigente, y que, en virtud de su posición institucional y de acuerdo a su criterio jurídico constitucional, cumpliendo los requisitos que la respectiva Constitución señala, impugnan ante el órgano de jurisdicción constitucional existente, en su ordenamiento jurídico en control preventivo o reparador de constitucionalidad, un enunciado normativo del ordenamiento jurídico como inconstitucional. Esta minoría parlamentaria puede estar integrada por parlamentarios de oposición, como eventualmente también por parlamentarios que sustentan el gobierno, pero que discrepan de este en materias específicas.

La legitimación activa se otorga a la minoría parlamentaria en virtud de su alta calificación política, producto de su función institucional, con el objeto de defender una pretensión objetiva, como es el impedir que se incorporen al ordenamiento jurídico enunciados normativos inconstitucionales o para depurar el ordenamiento jurídico de ellos, dependiendo si el control es preventivo o reparador.

Así, la minoría parlamentaria opera en un proceso objetivo y abstracto, donde los legitimados activamente se encuentran taxativamente señalados por la Constitución, y el objeto del procedimiento es el contraste de un determinado enunciado normativo con el texto de la carta fundamental, con el fin de depurar o impedir la existencia de normas inconstitucionales, concretando la defensa y primacía de la Constitución.

La legitimación activa de una minoría parlamentaria para impugnar normas jurídicas en elaboración o preceptos normativos que integran el ordenamiento jurídico presenta el riesgo de ser utilizado también como una instrumentalización política de la jurisdicción constitucional para proseguir por vía jurisdiccional lo que no se obtuvo por vía política; sin embargo, la forma de configuración del control tiende primariamente a asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico y solo secundariamente a proteger eventuales lesiones a derechos subjetivos. La legitimación activa de la minoría parlamentaria tiene un efecto desactivador de conflictos políticos al posibilitar una instancia de resolución jurisdiccional.

Este procedimiento es utilizado en muchos de los tribunales constitucionales europeos, donde se exige un quinto de los diputados (Andorra, Eslovaquia, Portugal y Rusia); un cuarto de los diputados (Bosnia Herzegovina); un tercio de los diputados (Alemania, Austria, Eslovenia y Letonia), y un grupo parlamentario (Turquía). En otros países europeos se exige un número determinado de diputados, como ocurre en España, Polonia, Turquía y Rumania, donde tienen legitimación activa cincuenta diputados, o en Francia, donde se requieren sesenta diputados.

Una realidad similar la encontramos en América Latina donde hay tribunales constitucionales. En Bolivia, cualquier diputado o senador tiene legitimación activa en control abstracto de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Plurinacional; en Chile, a lo menos una cuarta parte de los diputados o de los senadores en ejercicio tienen esa legitimación activa en control preventivo de proyectos de ley o de reforma constitucional, y en control reparador de decretos con fuerza de ley o cuando el presidente de

la República promulgue una ley diversa de aquella que constitucionalmente corresponda. En Perú, el 25% del número legal de congresistas, conforme al art. 202, núm. 4, de la Constitución; de una tercera parte de los miembros del Senado o la Cámara de Diputados, conforme al art. 185, núm. 1, de la Constitución de 2010. En países con un sistema mixto de control de constitucionalidad, donde existe una acción abstracta de constitucionalidad que se puede ejercer solo frente a la máxima instancia del Poder Judicial, como es el caso de la Suprema Corte de México, la legitimación activa la tiene el 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados o del Senado, conforme dispone el art. 105 de la Constitución.

Humberto Nogueira Alcalá

LEGITIMACIÓN EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

El derecho a iniciar un proceso constitucional depende de la legitimación. Este es un criterio jurídico que nada se relaciona con el derecho de petición a las autoridades; es decir, existe un desmembramiento absoluto entre el “acto de pedir” (y, por tanto, debe ponerse fuera del problema de la legitimación para obrar) y el “derecho de pedir”, porque este último refleja el verdadero problema a resolver.

La legitimación, entonces, se refiere a la capacidad para obrar dentro de un proceso. De allí que ocupa al actor, al demandado y aun a ciertos terceros.

En la tradición se confunde ser dueño del derecho con la posibilidad de reclamar cuando se sufre una afectación. Pero una afirmación como esta sería igual que presentar un obstáculo para el acceso a la justicia.

Al mismo tiempo, dar permiso a toda persona para que tenga posibilidad de reclamar por derechos que no tiene, sería riesgoso e improcedente, porque el derecho a estar en juicio comprende una sumatoria de requisitos, donde la legitimación es parte de ellas.

Cada uno de estos requerimientos va apareciendo ordenadamente. Primero, quien pide ha de tener capacidad; es decir, contar con aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; esa capacidad civil no es igual a la capacidad procesal, que requiere mayoría de edad y tener legitimación *ad causam*. Esta legitimación en el proceso supone relacionar el derecho del que pide con la posibilidad jurídica de lograr ante la jurisdicción una tutela suficiente. Finalmente, esa legitimación en derecho debe vincularse con la legitimación *ad processum*, con la cual conseguirá la calidad de parte y entrar así en el proceso judicial.

Por eso, la doctrina más actual reclama un cambio en estas exigencias que condicionan la protección efectiva de los derechos del hombre. Pues bien, se observa que la legitimación en la práctica supone preguntar al que pide ¿usted quién es?, y si no tiene la suma de requisitos comentados, no contará con posibilidades reales de tener un juez ni un proceso. La pretensión de cambio es conseguir que en los procesos constitucionales se pregunte ¿qué quiere?, porque suele ser más importante el derecho a proteger que la persona que lo representa.

Lo importante que aparece a primera vista es que al individuo como tal se le otorgan una serie de atribuciones jurídicas que le corresponden en exclusividad. Estos que, ejemplificativamente, podrían ser los derechos civiles, no ofrecen mayores problemas, pues están bien perfilados y reconocidos como derechos subjetivos en el plano constitucional. Por lo común, no suscita inconvenientes conferir legitimación procesal a quien reclama su defensa.

Otras veces, los derechos que la misma persona tiene se difuminan o concurren con otros que se comparten en la vida de relación. La titularidad exclusiva aquí se esfuma, quedando atrapada la expectativa de su protección.

Lo mismo ocurre de frente a algún sector de los derechos políticos, donde la legitimación procesal se evade en categorías que no admiten, *prima facie*, reconocimiento alguno (por ejemplo, interés simple).

Este bosquejo simplista de las llamadas situaciones jurídicas subjetivas llevadas al proceso le otorgará legitimación a quien demande o sea demandado, de manera que la íntima relación que se traba entre la aptitud y la categoría subjetiva (derecho o interés) determinará la posibilidad de lograr protección jurídica.

Estar legitimado en el proceso supone tener una situación personal que le permita al individuo tener una sólida expectativa a tramitar un proceso y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto, lo cual indica por qué la legitimación es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión.

Sin embargo, enmarcar la cuestión en términos tan absolutos, reduce o simplifica la temática sin resolver su auténtica dificultad. En efecto, Bidart en la obra *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (t. I) dice lo siguiente: “no se concilia con una buena relación entre lo constitucional (los derechos e intereses subjetivos) y lo procesal (legitimación) el reduccionismo egoísta que a derechos o intereses compartidos por muchos les reconoce la porción subjetiva y concreta que cada uno de esos muchos tiene en ellos, porque no encuentra en esa porción una situación con entidad subjetiva e individual ninguna diferencia con la de cada uno de los demás y, como consecuencia, tampoco reconoce legitimación procesal de uno o de algunos del conjunto. Parece que lo que es de todos o de muchos no es de nadie”.

La gravedad del cuadro se advierte con mayor nitidez cuando se tratan de derechos políticos, difusos o colectivos, porque se bloquea la protección fundamental desde el simplismo de formular soluciones puramente académicas, que no tienen arraigo ni reconocimiento constitucional.

Es un círculo vicioso, no hay legitimación procesal, porque no se reconoce la subjetividad propia, concreta e individual en quien comparte grupalmente con otros aquellos tipos de intereses.

Por eso, en el estudio es importante advertir esta base que relaciona el sustrato constitucional con los presupuestos para tramitar un proceso útil y efectivo, donde no bastarán las definiciones clásicas que parten de exponer e interpretar a los códigos, sino, en todo caso, en darles a ellos una interpretación funcional que ponga a la legitimación como un problema de índole fundamental.

Oswaldo A. Gozáini

LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

La jurisdicción internacional no requeriría una justificación muy elaborada si esta no implicara un ejercicio de autoridad pública. Entendemos el concepto de autoridad como la capacidad legal de determinar a otros y de reducir sus libertades; es decir, de configurar unilateralmente su situación jurídica o de hecho. Actualmente es posible comprobar empíricamente que el poder de numerosas instituciones internacionales es similar al de las instituciones nacionales, tanto en su importancia como en su potencial para configurar y limitar la libertad. El hecho de que las sentencias internacionales frecuentemente no sean respaldadas por mecanismos coercitivos tiene poca relevancia desde el punto de vista de la legitimidad. Existen otras maneras de ejercer la autoridad pública, no menos decisivas e incisivas, que la aplicación coercitiva y que todo ejercicio de autoridad pública debe ser legítimo.

Tradicionalmente se considera que las sentencias internacionales se basan en el consentimiento de los Estados a quienes están dirigidas. Además, y particularmente cuando esas sentencias van más allá del texto normativo, estas son justificadas por la vía de narrativas funcionales en el sentido de que las sentencias internacionales promueven valores, objetivos o intereses comunes; incluso, en ocasiones emerge la expectativa de que los tribunales internacionales actúen en lugar de los mecanismos político-legislativos para conseguir los resultados, en beneficio del interés colectivo, que el proceso político “normal” no ha sido capaz de obtener.

A la luz del incremento en la autonomía de ciertos tribunales, así como de la amplitud de las materias controvertidas sobre las cuales deciden los tribunales internacionales, se constatan constelaciones en las cuales ni el consentimiento originario ni el objetivo funcional representan argumentos suficientes para responder a los cuestionamientos de legitimidad. Estos objetivos no pueden ofrecer bases suficientes para decisiones concretas, que inevitablemente también implican cuestiones normativas y de redistribución del poder o de los recursos. Además, los argumentos funcionales no ofrecen una solución para los casos en los cuales diferentes objetivos se encuentren en conflicto. En ocasiones, la jurisdicción internacional alcanza lo que todos quieren, pero no habían podido lograr. Pero esto puede ser un golpe de suerte. La historia advierte que no se debe confiar demasiado en gobernantes benevolentes e iluminados. La democracia, entendida como mecanismos de inclusión, es un ineludible fundamento.

Evidentemente, cualquier trabajo que se destine a indagar la justificación de las sentencias internacionales sería claramente inútil si la naturaleza de las sentencias correctas fuera la cognición. Aún prevalece la visión según la cual la correcta interpretación debe ser derivada de las disposiciones pertinentes, enmarcadas en la integralidad del tratado internacional respectivo, anclado en el orden jurídico internacional y aplicado al caso concreto de acuerdo con la lógica intrínseca del discurso jurídico. Ciertamente, los tribunales no contradicen esta visión de su labor; sin embargo, el significado concreto de una norma no puede ser descubierto, sino solamente creado. No obstante, la aplicación del derecho en el presente tiene que conectarse con el pasado, de ma-

nera que sea convincente en el futuro. Poder anclar las decisiones judiciales en prácticas discursivas es un elemento importante de su legitimidad. Es por eso que la justificación de las decisiones, es decir, los argumentos que dan soporte a una decisión judicial, son parte de la legitimación de los órganos judiciales.

El problema central relativo a la justificación de los tribunales internacionales, a diferencia de los tribunales nacionales, es que su autoridad pública no forma parte de un sistema político receptivo. Una de las más importantes lecciones del pensamiento constitucional moderno es que la creación legislativa del derecho y la aplicación judicial de este son dos fenómenos que deben permanecer separados y al mismo tiempo ser entendidos en su interacción. En las sociedades democráticas, la mayoría (usualmente entendida como el gobierno electo) puede intervenir en el orden jurídico por la vía de los procedimientos legislativos, y por ende, modificar el derecho. Está legitimación por la vía de la representación democrática es llevada al límite cuando se trata del derecho internacional.

Los problemas relativos a la justificación democrática de las sentencias generalmente se enfrentan a través de cambios en los procedimientos y por medio de procesos de reforma político-legislativa.

La tendencia hacia la ampliación de la participación en los procedimientos judiciales atestigua un creciente reconocimiento de que los efectos que producen los fallos trascienden a las propias partes. También existen tendencias hacia la expansión de la participación en los procedimientos, que pueden ser discutidas de mejor manera en relación con el papel del *amici curiae*. Sobre todo, la participación de las ONGs puede abrir potenciales de legitimación, ya que pueden tender un puente entre los procedimientos jurídicos y un público global o nacional; también pueden introducir perspectivas adicionales o pueden desencadenar procesos de mayor publicidad que contribuyan a la discusión y a la movilización del público en general.

La autoridad pública de los tribunales internacionales también requiere politización como parte de su justificación. Es un tema muy delicado; seguramente no proponemos “cortes politizadas” ni “juegos de poder” en el sentido común de estas expresiones. Más bien, concebimos la politización como respuesta al hecho de que los tribunales internacionales anhelan tener contrapartes político-legislativas, ya que las instituciones judiciales necesitan ser entendidas como parte de un contexto más amplio de la política democrática. Una vía clásica para lograr una mayor “politización” y legitimación democrática de una autoridad pública es la elección o selección de las personas que ejercen el poder. No es sorpresa para nadie que, cuando los tribunales se involucran en la creación judicial del derecho en áreas que son muy discutidas, las tendencias políticas de los jueces adquieren un papel preponderante. En la jurisdicción constitucional doméstica hay buenas razones para involucrar a los parlamentos en la elección de los jueces; podría ser beneficioso vincular a estos en la elección de los jueces de tribunales internacionales y además complementar su participación con una legitimación adicional, como la que ofrecen los órganos políticos internacionales y la sociedad civil internacional. No obstante, debe ser apuntado que el grado de justificación transnacional y cosmopolita depende de la calidad discursiva de la participación.

La fragmentación también crea problemas para la legitimación democrática de la autoridad pública de los tribunales internacionales. En respuesta, la interpretación sistemática podría ser una estrategia para frenar estos efectos negativos. El punto decisivo es que la interpretación de una norma “reside en el entorno jurídico más amplio, el «sistema» del derecho internacional en su conjunto”. La integración sistemática es solo el objetivo señalado por las reglas de interpretación; aún más, las decisiones individuales están inmersas en contextos discursivos más amplios. En el curso de la fragmentación también es posible que diferentes concepciones compitan en un diálogo entre cortes. Las interpretaciones de tribunales funcionalmente especializados pueden ser alineadas por medio del lenguaje común del derecho internacional. Desde luego, esto requiere que los tribunales internacionales observen una actitud dialógica.

Por último, los problemas de legitimidad pueden ser disminuidos si se mantiene la responsabilidad política y jurídica que los órganos constitucionales nacionales poseen sobre la decisión de los efectos de las decisiones internacionales y si se tiene presente su papel fundamental para retroalimentar los desarrollos del plano internacional. En el estado actual del derecho internacional debería existir la posibilidad de que las decisiones acerca de los efectos de las normas internacionales, así como de las decisiones judiciales, sean tomadas sobre la base del orden jurídico nacional, al menos en las democracias liberales, y en la medida en que la norma o decisión internacional entre en severo conflicto con principios constitucionales nacionales. Este enfoque libera al orden jurídico internacional de cargas legitimadoras, que no siempre estará en posición de aguantar.

Por último, es importante apuntar que el punto de partida de las justificaciones democráticas son los individuos, cuya libertad da forma a las sentencias, sin importar lo indirecto y mediado que esto resulte ser. De esta manera, la jurisdicción internacional en la constelación de la gobernanza global debe reconocer, por un lado, su base legitimadora en los Estados, pero al mismo tiempo deberá estar guiada por la idea de una ciudadanía transnacional y posiblemente cosmopolita.

Armin von Bogdandy

LESA HUMANIDAD

La palabra “lesa” se refiere al adjetivo agraviado, lastimado u ofendido, mientras que la connotación demográfica de “humanidad” se asocia a la población mundial, por lo cual la combinación de ambas se refieren a las atrocidades que lastiman gravemente a todos los seres humanos, lo cual implica comportamientos cuyas características traspasan las fronteras de los delitos para considerarse como crímenes, cuyas primeras referencias se circunscriben a confrontaciones bélicas entre naciones. Así, en la Declaración de San Petersburgo del 11 de diciembre de 1868 se prohibió el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra entre naciones civilizadas, con el fin de conciliar las necesidades de la guerra con las leyes de la humanidad. Posteriormente, en la conferencia de Paz de la Haya de 1899, el delegado ruso, Fyodor Fyodorovich

Martens, declaró: “Hasta que un código más completo de las leyes de guerra se emita, las altas partes contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública”. Ello fue incorporado en el preámbulo del Segundo Convenio de la Haya sobre las leyes y costumbres de guerra terrestre, tomando el nombre de cláusula Martens, la cual implica el deber del trato humano hacia los combatientes de guerra, de ahí que siempre esté presente en los subsecuentes instrumentos internacionales en materia humanitaria.

Ya en el siglo XX, durante la Primera Guerra Mundial, la Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia del 24 de mayo de 1915 proclamó que los crímenes cometidos por el gobierno turco en contra de la población Armenia en Turquía constituían crímenes contra la humanidad y la civilización. Con posterioridad, el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 determinó cuáles son los crímenes contra la humanidad, mientras que la Carta de Londres del 8 de agosto de 1945 los consideró como uno de los apartados de los crímenes de guerra.

Es en el art. 5o. del Estatuto de Roma, instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional, donde se agrega el vocablo “lesa” a los crímenes contra la humanidad, los cuales son enumerados en el art. 7o., a saber: “a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

Las reglas de la responsabilidad penal individual están previstas en el art. 25 del Estatuto en los términos siguientes:

“1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
 - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
 - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
- e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
- f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”.

Los crímenes de lesa humanidad pertenecen a la categoría de *jus cogens*, constituyen una *obligatio erga omnes* y su sanción es imprescindible. Por ello, los Estados miembros de la comunidad internacional tienen la obligación de enjuiciar o extraditar a los responsables (*aut dedere aut iudicare*) para que sean sancionados, sin que pueda impedirlo alguna forma de inmunidad o de prescripción; su aplicación es indistinta en tiempo de paz o de conflicto armado, y su jurisdicción es universal.

Enrique Díaz-Aranda

LEY

La etimología de la “ley” (del latín *lex, legis*) es dudosa: algunos la derivan del verbo *legare* en el sentido de “distribuir” (entonces, la palabra “ley” se entiende como acto que atribuye a cada uno lo suyo), o bien en aquel de “leer”, a su vez ligado a la voz griega *gagēin*, “decir” (entonces, individualizando una conexión las forma que se recitaban para crear vínculos obligatorios); otros del verbo *legare*, es decir, “delegar un poder” y, por extensión, “obligar”, “disponer”, etimología que también se encuentra en la raíz indo-europea *lagu* (véase, por ejemplo, *legislatio*), y finalmente, la derivan de “ligar” en el sentido de “delegar y vincular”. Todas las diferentes propuestas reconstructivas afianzan en realidad distintos aspectos, pero igualmente presentes en la ley, y esto se confirma

con el correspondiente análisis etimológico de la correspondiente traducción en otros idiomas; por ejemplo, en inglés *law*, de *lagu*, que se traduciría con “establecer, poner, fijar” (a partir de la cual viene *to lay*), que en las formas más antiguas fue remplazado por *gesetnes*, que de inmediato reclamaba el *das Gesetz* alemán, que a su vez se refiere al verbo *setzen* (determinar, establecer, proveer), e igualmente al sustantivo *der Satz* (“frase”, donde regresa el tema de la palabra, de la fórmula).

En un sentido amplio, con el término “ley” se entiende el conjunto de las normas en vigor en un ordenamiento, independientemente de la fuente de producción, aunque también como sinónimo de “derecho”. Para entender el motivo por el cual la palabra “ley” se utiliza a menudo como una sinécdoque de *ius*, se requiere recorrer toda la historia del derecho de los clásicos hasta hoy día y, en particular, centrarse en la transición de la forma de Estado absoluto en sentido liberal. Sea tanto en el mundo griego como en el latín, la ley en sentido técnico es simplemente una de las diversas fuentes de derecho, en particular aquella de “lugar” de la asamblea popular e introducida por escrito; para los romanos es la contraposición a los *mores* (las costumbres, las tradiciones). En la Edad Media, salvo en Inglaterra, donde la ley, en concurrencia con el *common law*, debía siempre mantener los requisitos de racionalidad, se afirma la tendencia a hacer coincidir la ley con la voluntad del príncipe, cualquiera que sea su contenido. La extensión de significado, hasta la coincidencia con el derecho en su conjunto, se tiene con la aparición de los conceptos contractuales de soberanía y, por tanto, con el nacimiento de los Estados-nación; en primer lugar, a través del absolutismo, donde cada otra fuente del derecho que no fuera la ley puesta por el soberano se deslegitimada; a continuación, en la transición a una forma de Estado liberal, donde los parlamentos se convirtieron en el lugar para garantizar los derechos y las libertades reclamados por la burguesía a través de las grandes revoluciones del XVIII, asumiendo las primeras cartas constitucionales de naturaleza flexible, y finalmente, con la venida del Estado democrático-social, donde las instituciones representativas se han convertido en “fabricas” de leyes, casi como factores de la producción de tipo industrial.

La contraposición entre *lex* y *ius* provee razones obvias en términos de contenido y no en el nivel de solo forma; de hecho, *ius* indicaba en origen sea el conjunto de las normas, sea el objeto de la justicia: el derecho debía ser “justo”, dirigido al bien común, ¿y la ley? Una vez más, en la historia y en la filosofía del derecho se encuentra una tensión perenne entre las partes de los que abogan por un concepto de ley en sentido formal, como un acto deliberado de un proceso por un organismo competente, y aquellos que lo entienden en un sentido sustancial, como un acto caracterizado por un contenido preceptivo. Limitándose a la Edad Moderna, el primer sentido se toma en el sentido propio del positivismo jurídico, por el cual una ley es tal por el solo hecho de poseer la forma, con el único vínculo del respeto de las metanormas sobre la producción del derecho, mientras es indiferente el contenido que el acto asume. El segundo sentido es el de las teorías iusnaturalistas, por las cuales la ley no puede disolverse por mera arbitrariedad, ya sea por el príncipe, o bien por una asamblea electoral, y ha encontrado reconocimiento en la

forma del Estado democrático, en el principio de rigidez de la Constitución y en la consecuente difusión en Europa, sobre todo en la Segunda Posguerra, de la justicia constitucional, en función de las garantías de los derechos y las libertades fundamentales consagradas en la cartas fundamentales. Respecto al problema de la “justicia” de la ley (es decir, en términos de legitimidad), el primer significado de ley es el acto adoptado conforme al procedimiento normal previsto en la Constitución, mientras que en el segundo la ley debe tener también carácter normativo y, por tanto, cumplir con los requisitos de generalidad, abstracción y capacidad de innovación. Por último, se distingue entre ley en sentido formal y ley en sentido material, incluso cuando se aborda el problema de la “fuerza” de la ley (es decir, en términos de eficacia), en la que todos los ordenamientos también prevén otros actos con fuerza de ley, así como el derecho común, incluyendo aquí toda delegación legislativa, pero solo en algunas jurisdicciones (Italia y España) están incluidos los decretos de urgencia (decreto-ley y ordenanzas de necesidad, legislación delegada).

En sentido técnico jurídico, la ley es el acto público típico de ejercicio de función normativa por parte del Parlamento, aunque el mismo término se utiliza para indicar tanto el producto como el productor, o sea, tanto la norma entendida como acto, como el procedimiento que la ha puesto en marcha (procedimiento legislativo).

Por último, debemos destacar el papel de las diferentes fuentes de derecho que la ley desempeña en los sistemas del *civil law* y en aquellos del *common law*, donde el acto normativo del Parlamento toma el nombre del estatuto o *Act* (*Common law*, *Civil law*, *Statute law*). Como se sabe, estos últimos se definen como sistemas de derecho basado en la jurisprudencia; aunque la doctrina autorizada ha puesto de manifiesto la llegada del *Welfare State*, el *common law* ha llegado a la era de los *statutes* (Calabresi). La aparente paradoja (aunque en gran medida explicada por razones de orden histórico, cultural, social, geográfico, económico) se encuentra en el hecho de que en el Reino Unido, donde se predica en vía formal la máxima soberanía del Parlamento (tanto no es así que no existe una Constitución escrita para representar un límite al Poder Legislativo), la ley no vive por su cuenta, sino en cuanto a la integración de la jurisprudencia: es solo en el momento de la primera aplicación cuando la norma positiva pasa a formar parte de una *ratio decidendi* que recibe el soplo vital, y solo a través de estrictos cánones interpretativos muy rígidos (interpretación literal, la estricta construcción, regla de oro). El marco debe ser completado, sin embargo, recordando a una de las partes que en los Estados Unidos, la integración entre *common law* y *statutory law*, es siempre más flexible, incluso para la existencia de una Constitución escrita inmediatamente interpretada como la “Ley suprema del país”, pero que un enfoque realista para el estudio de los sistemas de *common law* solo puede destacar hoy en día un papel crucial en la fuente legislativa sobre el derecho sustantivo, sea en el nivel cuantitativo por las materias disciplinadas con *statutes* (fuentes del derecho, formas de Estado).

Silvia Bagni

(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

LEYES AUTOAPLICATIVAS

El principio general del derecho dice que las leyes son de aplicación inmediata, a menos que el propio legislador difiera su vigencia en el tiempo; sin embargo, hay casos en los que la ley no produce efectos por su sola entrada en vigencia, sino que es necesario otro acto jurídico por parte de alguna rama del poder público para que la norma tenga plena vigencia dentro del ordenamiento jurídico. Las normas que no necesitan de otro acto jurídico para tener plenos efectos dentro del sistema legal, y cuya aplicación no ha sido diferida en el tiempo por el legislador, son las denominadas “leyes autoaplicativas”.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido por lo menos tres criterios para identificar las leyes autoaplicativas. El primer criterio sostenido por la SCJN es que una ley es autoaplicativa si al momento de ser promulgada crea, modifica o extingue relaciones jurídicas de manera inmediata a su promulgación, sin requerir ningún acto jurídico posterior para ser aplicada. Esto implica que su individualización es incondicionada; es decir, que cambia la situación jurídica de los destinatarios de la ley de forma instantánea. El segundo criterio que la SCJN ha desarrollado para saber si una norma es autoaplicativa es el que podría denominarse “el criterio de la conexidad”. En efecto, si un quejoso se encuentra obligado por una determinada disposición legal autoaplicativa, y esta pertenece a un cuerpo normativo más amplio, entonces se considera que las otras normas que hacen parte de esa normatividad están conectadas o son conexas con la que se le quiere aplicar al quejoso, entonces estas también son autoaplicativas, pues comparten la característica de no necesitar de otro acto jurídico para afectar la esfera jurídica de los receptores de la norma. El tercer criterio es el siguiente: si una norma jurídica de forma inmediata, y desde que entra en vigor, modifica las relaciones jurídicas de un grupo de sujetos identificables frente al Estado o a terceros, ya sea otorgándoles derechos, o bien imponiéndoles nuevas obligaciones, entonces esa ley se considera autoaplicativa.

Contra las leyes autoaplicativas cabe la posibilidad de promover un juicio de amparo dentro de los quince días siguientes a la notificación de la norma que se demanda; sin embargo, el art. 17 de la nueva Ley de Amparo, sección primera, dice que el juicio de amparo podrá promoverse dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la “norma general autoaplicativa”. Las secciones tercera y cuarta del mismo art. también hacen excepciones al plazo para presentar el juicio de amparo. En el caso de la sección tercera, dice que si una norma llegara a privar del goce de los derechos agrarios a los núcleos de población comunal o ejidal, tendrán un plazo de siete años para presentar el correspondiente juicio de amparo. Por otro lado, la hipótesis planteada por la sección cuarta dice que si el acto reclamado tiene como consecuencia la privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de un procedimiento judicial, la deportación, proscripción o destierro, desaparición forzada de personas, el reclutamiento obligado en las fuerzas armadas del Estado, junto con las prohibiciones establecidas en el art. 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el amparo podrá presentarse en cualquier tiempo.

Las leyes autoaplicativas están sujetas a ser controvertidas a través del amparo indirecto, ya que acorde con el art. 107 de la nueva Ley de Amparo, este juicio procede contra las normas generales que con su sola entrada vigor causen un perjuicio al que presenta la queja. El efecto de la sentencia que resuelva el amparo es que esa norma no tendrá validez y no se le podrá aplicar al quejoso en ninguna otra actuación sucesiva; en otras palabras, la sentencia de amparo declara que no hay validez personal de la norma atacada y, por eso, no puede volver a aplicársele al quejoso.

La otra acción que puede presentarse contra las leyes autoaplicativas es el amparo directo; sin embargo, este amparo no es para atacar directamente la norma acusada de inconstitucional, ya que este solo se puede presentar contra resoluciones judiciales. El amparo directo sirve para mostrarle al juez que al hacer la subsunción de los hechos lo hizo con una norma inconstitucional para el caso concreto, y por tanto, la subsunción debió hacerla con otra norma que esté de acuerdo con la Constitución. El efecto del amparo directo es que la norma no pierde su vigencia ni su validez personal, e incluso puede ser utilizada en otro proceso contra el promovente. La consecuencia de la sentencia de amparo es que si el juez encuentra que la norma es inconstitucional para ese caso concreto, esta no puede ser tenida en cuenta dentro del proceso del que el quejoso es parte y deberá buscarse la que mejor se adecúe al caso pendiente de resolución.

Camilo Ernesto Castillo Sánchez

LEYES CONSTITUCIONALES

En el derecho constitucional mexicano, la noción de leyes constitucionales hace referencia a las Constituciones que han estado vigentes en México a lo largo de su historia republicana. Este camino ha sido largo y complejo, como en general lo ha sido para todo los países en su conformación nacional; sin embargo, la pluralidad y la riqueza de los diferentes experimentos constitucionales mexicanos les ha permitido a otros países aprender de su experiencia en la configuración de sus respectivas Constituciones. Un ejemplo de esto son las leyes de reforma del siglo XIX, las cuales fueron la base de la legislación que otros Estados latinoamericanos tomaron para decretar una separación efectiva entre la Iglesia católica y el Estado.

Esta historia comienza con la independencia de México de España, que trajo consigo la necesidad de ordenar el territorio y establecer un sistema institucional que le permitiera al gobierno del naciente Estado mexicano tener la suficiente estabilidad y legitimidad para ser gestionado de una manera eficaz. Es así que nacen diversas Constituciones que buscaban dar cuenta, de la mejor manera posible, de los cambios políticos, económicos y sociales que tenían lugar a lo largo de los siglos XIX y XX. Por este motivo, se suele identificar los eventos constitucionales más relevantes con la triada de la Independencia, la Reforma y la Revolución, ya que cada uno de ellos obedece a un momento constitucional determinante. El primero hace referencia al momento en que el nuevo Estado se dota de una Constitución propia, de carácter federal, presidencialista y republicana, donde se declaró como religión oficial al catolicis-

mo; esta Constitución fue redactada en 1824. En 1835 se derogó la Constitución de 1824 y durante el período que va de 1835 a 1836 se proclamaron las Siete Leyes Constitucionales de la República mexicana. Estas leyes eran de carácter centralista y conservaron la división de poderes, pero le agregaron un cuarto poder denominado “el Supremo Poder Conservador”, el cual estaba integrado por cinco ciudadanos y tenía el poder de intervenir en las decisiones que tomaban los otros tres poderes públicos (el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial), bajo el supuesto que eran los verdaderos intérpretes del espíritu de la Nación.

Después de la Constitución de 1835 se expidió la Constitución de 1857; su inspiración era de carácter liberal, republicana y federal. Además, se estableció una clara diferenciación entre la Iglesia católica y el Estado. Este último punto generó tensiones con los conservadores mexicanos, pues de acuerdo con la Reforma, la Iglesia perdió muchos de sus privilegios tributarios, se le prohibió la compra de bienes y se expropiaron los que ya tenía para ser suabastados por el Estado. Al mismo tiempo, la Iglesia perdió el monopolio de la educación para que la enseñanza fuera asumida en su totalidad por el Estado. En últimas, la Constitución de 1857 y las leyes de reforma lo que buscaron fue quitarle a la Iglesia los privilegios de los que había gozado durante mucho tiempo, con el fin de ponerla bajo las órdenes del Estado.

La Constitución de 1857, salvo el lapso de la invasión francesa, estuvo vigente hasta 1917 cuando se expidió la Constitución de Querétaro, la cual fue la primera Constitución con contenidos sociales a nivel mundial. Si bien los constituyentes de 1917 tomaron muchos aspectos de la Constitución anterior, también estuvieron atentos a los reclamos políticos y sociales dejados por la Revolución mexicana, que tuvo lugar entre 1910 y 1917. Gracias a ello, se introdujo, además de las doctrinas clásicas del constitucionalismo (como la división de poderes y la garantía de los derechos individuales), la cuestión social en una Constitución. Este paso fue decisivo, pues desde entonces el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos sociales a todos los que habitan en su territorio. Esta es la Constitución vigente de México, aunque ha tenido múltiples reformas. Una de las más importantes reformas a la Constitución es la que se hizo en 2011, pues se incorporaron los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano al derecho interno, y permitió la existencia de un control difuso por parte de los jueces de la República.

Camilo Ernesto Castillo Sánchez

LEYES HETEROAPLICATIVAS

Las leyes heteroaplicativas son aquellas que necesitan de otro acto jurídico para poder tener plenos efectos dentro del ordenamiento legal. En efecto, hay leyes que no son eficaces con la mera promulgación, como sería el principio general, sino que necesitan de un acto jurídico complementario para que de ellas pueda predicarse eficacia. Sin la presencia de ese acto jurídico no es posible aplicar esa norma jurídica a ninguna de las personas que habitan dentro del territorio nacional.

La diferencia entre las leyes autoaplicativas y las heteroaplicativas es que las personas que son destinatarias de las primeras pueden ser determinadas con la simple promulgación y entrada en vigencia de la ley. Por el contrario, en el caso de las leyes heteroaplicativas, el sujeto al que se le debe aplicar la norma jurídica solo se concreta cuando el organismo del poder público encargado de hacerlo expide el acto jurídico que es suplementario de la ley. El acto jurídico que le permite tener plena eficacia a una ley heteroaplicativa va desde un reglamento hasta una sentencia judicial. Por otro lado, las leyes heteroaplicativas no crean, modifican ni extinguen relaciones jurídicas de forma inmediata como lo hacen las leyes autoaplicativas. En otras palabras, las leyes autoaplicativas con el solo hecho de su promulgación y entrada en vigor modifican las relaciones jurídicas que existen entre el destinatario de la norma y el Estado, e incluso otros particulares. Las leyes heteroaplicativas, por el contrario, necesitan ser concretadas a través de un acto jurídico diferente del que las creó; en este orden de ideas, ellas no pueden ser aplicadas por las autoridades de forma directa, pues si llegaran a hacerlo, la consecuencia directa es que se estaría violando el principio de legalidad, uno de los pilares de cualquier orden constitucional. Así pues, las leyes heteroaplicativas no modifican de manera inmediata y directa la esfera jurídica de sus destinatarios, sino únicamente hasta cuando aparece el acto jurídico que le da plena eficacia a la ley. En conclusión, las leyes heteroaplicativas tienen la característica principal de ser plenamente efectivas solo después de un primer acto de aplicación, y su cuerpo normativo no puede ser aplicado directamente a los destinatarios de la norma.

La fracción primera del art. 107 de la nueva Ley de Amparo dice que el juicio de amparo indirecto procederá: “Contra normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación causen perjuicio al quejoso”. En este orden de ideas, queda claro que las leyes heteroaplicativas pueden ser sometidas al juicio de constitucionalidad. Si una norma heteroaplicativa efectivamente está en tensión con el articulado constitucional, entonces el juez deberá ordenar que esa ley heteroaplicativa, o su primer acto jurídico de aplicación, no sea el criterio que se le aplique al quejoso, y no solo en ese proceso, sino también en cualquier otro proceso en el que él sea parte y se pretenda usar la misma norma para juzgar su situación jurídica.

Al mismo tiempo, las leyes heteroaplicativas pueden ser atacadas a través del juicio de amparo directo. Si bien el juicio de amparo directo está destinado a resolver controversias cuando se considera que una decisión judicial ha sido tomada violando una o varias disposiciones constitucionales, es posible presentar una reclamación contra el acto de aplicación de una ley heteroaplicativa, después de que se ha tomado la última decisión de instancia. Según el art. 170, inciso cuarto, de la Ley de Amparo es posible presentar un juicio de amparo directo: “Cuando dentro del juicio surjan cuestiones sobre constitucionalidad de normas generales que sean de reparación posible por no afectar derechos sustantivos ni constituir violaciones procesales relevantes, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda contra la resolución definitiva”; sin embargo, el efecto de la sentencia del juicio de amparo directo es diferente de la del juicio de amparo indirecto, pues en este caso la

norma acusada de inconstitucional puede ser utilizada en otro proceso contra el quejoso, pues se declara su inconstitucionalidad para ese proceso, pero no se afecta ni su validez ni su vigencia personal; por tanto, no “blinda jurídica-mente”, por decirlo de alguna manera, al reclamante.

Camilo Ernesto Castillo Sánchez

LEYES INCONSTITUCIONALES

I. ESTADO DE DERECHO. Todo derecho, por el solo hecho de existir como *formalmente válido y eficazmente vigente*, trata de satisfacer unos tipos constantes de necesidades humanas sociales, esto es, *finalidades funcionales de lo jurídico* o *funciones del derecho*, que, según Recasens Siches en la *Introducción al estudio del derecho*, son: “a) certeza y seguridad, a la vez que posibilidad de cambio; b) resolución de los conflictos de intereses; y c) organización, legitimación y restricción del orden público”. Las funciones básicas del derecho se satisfacen cuando existe un Estado de derecho. De acuerdo con Elías Díaz en el libro *Estado de derecho y sociedad democrática*, todo auténtico Estado de derecho debe cumplir con las siguientes notas características: “a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general. b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la administración: actuación según ley y suficiente control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material”. Existe una presión constante y legítima de nuestra sociedad actual de vivir en un Estado de derecho, que pesa sobre el legislador, el gobierno y los jueces, en el sentido de que en un contexto democrático no puede tolerarse que alguna ley inconstitucional sea rectora de la vida social. El Estado de derecho tiene su razón de ser en el imperio de la ley como una expresión de la voluntad popular, y con ello el sometimiento de todos los poderes a ella y a la norma fundamental del Estado para la eficaz protección y realización de los derechos, libertades, así como de las necesidades de los individuos. De esta suerte, el respeto a la carta fundamental, a la supremacía constitucional, es lo que imprime validez a todas y cada una de las normas de que está compuesto nuestro ordenamiento jurídico y los actos que de él derivan, lo que significa que solo un control constitucional eficaz permite la existencia del anhelado Estado de derecho. Dicho de otra forma, las normas inconstitucionales afectan al Estado de derecho, de forma que para la permanencia de este es necesario que el sistema jurídico establezca medios en que esas normas puedan ser combatidas.

II. SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO. Con respecto a la Tesis: P. LXX/2011, con rubro “Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en diciembre de 2011, dentro del control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación, vías directas de control, se encuentran las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el juicio de amparo indirecto y el juicio de amparo directo. Por otra parte, se hace referencia a un control difuso, incidental, al que eventualmente los demás jueces realizan en los procesos ordinarios de su competencia, en el sentido de que están obligados a preferir los derechos humanos contenidos

en la Constitución y en los tratados internacionales, ello en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011; sin embargo, la forma en que deba operar el control difuso debe irse construyendo de manera armónica dentro del sistema, considerando que se trata de una vertiente reciente.

III. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el libro *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?*, ha definido esta vía directa de control de la constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, la cual se demanda ante ella y consiste en el procedimiento abstracto de control (se hace referencia a un mecanismo de control abstracto cuando el examen de un probable vicio de inconstitucionalidad de la norma puede tener lugar sin que la norma de que se trate haya agraviado previamente a alguna persona) donde se resuelve la posible contradicción entre una norma general o un tratado internacional y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su integridad, y, en su caso, declara la invalidez total o parcial de aquellos, a fin de garantizar la regularidad constitucional y la certeza del orden jurídico nacional. Bajo las condiciones que establece el art. 105, fracción II, de la Constitución, y atendiendo al ámbito de la norma que pretende impugnarse, están legitimados para promover una acción de inconstitucionalidad: una fracción (33%) de la Cámara de Diputados, de los integrantes del Senado, de los órganos legislativos estatales, de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, así como el procurador general de la República, los partidos políticos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Esta vía es la única para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución. El plazo para la promoción de la demanda es dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma en el medio oficial relativo. Los arts. 61-63 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen los requisitos de la demanda. Con respecto a los efectos, la declaración de invalidez de la norma impugnada únicamente puede darse cuando la resolución es aprobada cuando menos por ocho votos, dando lugar así a una *sentencia estimatoria* que expulsa del ordenamiento jurídico a la norma, ello con efectos generales. En este aspecto y conforme a la Tesis: P./J.84/2007, con rubro “Acción de inconstitucionalidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación cuenta con amplias facultades para determinar los efectos de las sentencias estimatorias”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en diciembre de 2007, la Suprema Corte tiene amplias facultades para imprimir efectos a sus sentencias, a fin de equilibrar todos los principios, competencias e institutos que pudieran verse afectados positiva o negativamente por causa de la expulsión de la norma declarada inconstitucional en el caso de su conocimiento, salvaguardando de manera eficaz la norma constitucional violada, y evitando, al mismo tiempo, generar una situación

de mayor inconstitucionalidad o de mayor incertidumbre jurídica que la ocasionada por las normas impugnadas, o invadir injustificadamente el ámbito decisorio establecido constitucionalmente a favor de otros poderes públicos. Incluso y con base en la Tesis: P./J.86/2007, con rubro “Acción de inconstitucionalidad. Las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar los efectos de las sentencias estimatorias frente a un sistema normativo que ha reformado a otro, incluyen la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* en diciembre de 2007, existe la posibilidad de establecer la reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en materia electoral. Finalmente, en una sentencia desestimatoria, en cuanto a que se resuelva que la norma impugnada se apega a la carta magna, si la mayoría calificada de referencia realiza una “interpretación conforme” a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello también conlleva efectos en virtud de que se establece un alcance a la norma opuesto al que se podría otorgar, debido a que cuando la norma admite varias interpretaciones, se opta por la que derive en un resultado acorde al texto constitucional, asegurando la supremacía constitucional y, a la vez, permitiendo una adecuada y constante aplicación del orden jurídico.

IV. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. Este medio de control de la constitucionalidad está regulado por la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y tiene como propósito fundamental salvaguardar la soberanía de la Federación, de los estados y sus municipios, así como del Distrito Federal, mediante la protección del ámbito de atribuciones de los órganos del Estado que derivan del sistema federal y de la división de poderes. Igualmente, esta institución jurídica constituye un juicio de única instancia que, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, plantean la Federación, un estado, el Distrito Federal o un Municipio para demandar la reparación de un agravio producido por una norma general o un acto que, en ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales, fue responsabilidad de alguno de los órganos de gobierno citados, lo que conculca el federalismo, transgrede el reparto de competencias consagrado en la Constitución y daña la sabiduría popular. Así, lo característico de este medio, en el que se exceptúa la materia electoral, es que fundamentalmente se alega la invasión de esferas competenciales entre los poderes federales, locales y municipales. Son partes en la controversia el actor, esto es, la entidad, poder u órgano promovente, estando legitimados en tal sentido la Federación, cualquiera de las Cámaras del Poder Legislativo federal o la Comisión Permanente, el Poder Ejecutivo federal, las entidades federativas, los poderes estatales, los municipios, los órganos de gobierno del Distrito Federal y los órganos constitucionales autónomos; el demandado, pudiendo ser cualquiera de los facultados para promover la controversia; los terceros interesados, dentro de los cuales se pueden ubicar a las diversas entidades, poderes u órganos que pudieran resultar afectados por la sentencia que llegare a dictarse, y el procurador general de la República. Como regla general, el plazo para la promoción de la demanda es dentro de los treinta días (art. 21 de Ley

Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Los arts. 21 y 22 de la Ley Reglamentaria citada establecen los requisitos de la demanda y de la contestación de la demanda, respectivamente. Con respecto a los efectos, las resoluciones tienen efectos para las partes en la controversia; sin embargo, también pueden tener efectos generales la declaración de invalidez de disposiciones generales, cuando sean aprobadas por una mayoría de al menos 8 votos, en los términos que establece el penúltimo párrafo del art. 105 constitucional.

V. JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. Regido por la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un medio de protección constitucional de carácter jurisdiccional, a través del cual quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, en lo particular o conjuntamente (en términos de la fracción I del art. 5 de la Ley de Amparo), puede combatir normas generales (según lo dispuesto en el art. 107, fracción I, de la Ley de Amparo), en cuyo caso la demanda puede promoverse con motivo del primer acto concreto de su aplicación o por su sola entrada en vigor, independientemente de que en forma posterior la autoridad la aplique concretamente la ley. La aplicación de una norma general puede darse de varias formas, conforme a los criterios establecidos por el Poder Judicial de la Federación, en el sentido de que el acto concreto de aplicación de una norma se entiende no solo el que proviene de la autoridad, cuando por disposición de ley es la encargada de su aplicación, sino que ese acto específico de aplicación puede provenir de un particular que actúa por mandato expreso de la ley y que se reputa como tercero auxiliar de la administración pública, o bien del propio quejoso, cuando en acatamiento a lo que establece la norma general cuya constitucionalidad es cuestionada, la cumple sin que la autoridad, en el ejercicio de sus facultades de imperio, lo conmine a cumplir con la norma; esto es, el agraviado por sí mismo se coloca por exigencia de la ley en los supuestos previstos en la norma. Asimismo, a través de la jurisprudencia se ha establecido que en el caso de que las leyes requieran un acto de aplicación para afectar a alguna persona se les denomine heteroaplicativas, mientras que se les llama autoaplicativas, cuando por su sola entrada en vigor causan un perjuicio en la esfera jurídica de la persona. El plazo para promover la demanda de amparo en términos generales es de quince días; cuando se reclame una norma general autoaplicativa será de treinta días (art. 17, fracción I, de la Ley de Amparo). La norma general en la vía indirecta constituye un acto reclamado y tienen el carácter de autoridades responsables los titulares de los órganos del Estado a los que la ley encomiende su promulgación, aspectos que deben expresarse en la demanda de amparo, en términos del art. 108, fracciones III y IV, de la ley de la materia. La sentencia es recurrible en recurso de revisión (art. 81, fracción I, de la Ley de Amparo). Con respecto a los efectos, el amparo concedido contra la ley en la vía indirecta tiene por efecto invalidarla en relación con el quejoso, sin que pueda volver a aplicársele. Se trata pues de una protección plena, completa, contra una norma general que resulte irregular, de carácter inconstitucional.

VI. JUICIO DE AMPARO DIRECTO. Regido por la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos, es un medio de protección constitucional de carácter jurisdiccional, a través del cual quien aduce ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa puede reclamar sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellas, o bien que sea cometida durante el procedimiento, y afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo (art. 170 de la Ley de Amparo). A diferencia del procedimiento indirecto, en el amparo por la vía directa, aun cuando se pueden proponer a examen temas de constitucionalidad de leyes, las disposiciones jurídicas no pueden constituir un acto reclamado, este solo lo puede constituir la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio. De ahí que la Ley de Amparo, en su art. 175, fracción IV, párrafo segundo, establezca que cuando se impugne la sentencia definitiva, laudo o resolución que haya puesto fin al juicio por estimarse inconstitucional la norma general aplicada, ello será materia únicamente del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la norma general, debiéndose llevar a cabo la calificación de estos en la parte considerativa de la sentencia. Cuestionar la constitucionalidad de una norma general en el amparo directo a través de los conceptos de violación se traduce en un argumento más para decidir sobre la constitucionalidad del acto reclamado en esa vía. Si bien el juicio de amparo directo generalmente solo tiene una instancia, cuando se cuestiona la constitucionalidad de leyes admite una segunda, pues la sentencia que emita el Tribunal Colegiado en que se hubiera estudiado la constitucionalidad de la ley planteada podrá ser recurrida en revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (máximo intérprete de la carta magna), la cual decidirá en definitiva si la ley resulta o no inconstitucional (en términos del art. 81, fracción II, de la Ley de Amparo). Con respecto a los efectos, en la vía directa el amparo solamente se concede contra la sentencia, laudo o resolución reclamada, mas no contra la ley, ya que la norma general no constituye un acto reclamado, con ello limitándose el efecto a anular el acto por estar sustentado en una disposición inconstitucional, lo cual no impide, en principio, que en un futuro la ley se vuelva a aplicar al quejoso, puesto que la protección solo se constriñe al acto sustentado en la disposición inconstitucional, quedando así desprotegido contra futuras aplicaciones de la propia ley irregular.

Luis María Aguilar Morales

LEYES REFORZADAS

La característica esencial de las leyes reforzadas reside en su aprobación mediante un procedimiento más complejo respecto al *iter legis* ordinario de las demás leyes.

En algunos ordenamientos (por ejemplo, Francia o Portugal) si la ley afecta a una materia determinada, se exige la presentación previa de un informe por parte de un órgano constitucional, con valor vinculante o no; en cambio, en otros (por ejemplo, Suiza, Francia o Irlanda) hay que celebrar un referéndum. También puede ser imprescindible un acuerdo previo para ratificar

tratados internacionales o validar las leyes que regulan la relación con algunas confesiones religiosas.

A menudo, es necesario alcanzar una mayoría distinta según el tema regulado (por ejemplo, en Bélgica y en Eslovenia cuando está en juego la tutela de las minorías).

Una tipología específica de ley reforzada es la de las denominadas “leyes orgánicas”, que son distintas de las leyes ordinarias en lo que se refiere al procedimiento de adopción, contenido y fuerza pasiva.

La Constitución francesa de 1958, en su art. 46, fija una serie de pautas de procedimiento sobre los tiempos de votación (en ningún caso antes de que hayan pasado quince días desde la presentación del proyecto) y la mayoría necesaria, que en este caso es la absoluta. Además, se encomienda al Consejo Constitucional el control previo de constitucionalidad al respecto.

En España, la Constitución de 1978, en su art. 81, establece que para aprobar, derogar o modificar esas leyes hace falta la mayoría absoluta del Congreso en la votación final sobre el conjunto; asimismo, otorga el carácter de orgánicas a las fuentes que afectan el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, así como las que aprueban los estatutos de autonomía y el régimen electoral general.

Sabrina Ragone

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión, en general, es el derecho a exteriorizar o difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier auditorio, cualquier contenido simbólico del pensamiento, debiendo haber al menos dos sujetos: el emisor y el receptor del pensamiento. Esta libertad tiene una dimensión individual y una dimensión social, al garantizar no solo que los individuos no vean impedida la posibilidad de manifestarse libremente, sino también que se respete su derecho como miembros de un colectivo a recibir información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Uno de los elementos fundamentales de la libertad de expresión es la información, vertiente a la cual se le dio especial énfasis a partir de su reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en donde se diferencia entre la manifestación de ideas, opiniones o juicios de valor, y la información de hechos, noticias o datos en su doble vertiente de comunicar y recibir.

La libertad de expresión puede ejercerse verbalmente, en una reunión, una concentración o una manifestación; por escrito, a través de libros, periódicos, carteles o panfletos, y utilizando diferentes medios, como la radio, la televisión, el cine, el internet y demás medios de comunicación. La libertad de expresión engloba también las actividades intelectuales, así como las manifestaciones artísticas y culturales, como el cine, el teatro, la novela, el diseño, la pintura y la música.

En el ámbito de protección de la libertad de expresión deben contemplarse, además de las múltiples formas a través de las cuales las personas solemos expresar nuestras ideas, el espectro de los contenidos, como pueden ser las

manifestaciones de tipo político, científico, comercial, religioso, artístico, de entretenimiento, etcétera. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile) ha subrayado la importancia de la difusión del mensaje y su inseparabilidad de la expresión de este, al señalar que la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

Si bien, en principio, todas las expresiones están protegidas, no todas tienen el mismo nivel de protección, ya que este varía dependiendo de su importancia crítica para el funcionamiento de la democracia o para el ejercicio de los demás derechos fundamentales; es decir, existen casos en que la libertad de expresión debe ser mantenida con mayor énfasis, y en otros en que las restricciones que impondrían los poderes Legislativo o Judicial podrían ser toleradas más fácilmente; no todo lo que se expresa merece el mismo grado de protección. Por ejemplo, entre las expresiones que suelen dársele mayor relevancia y, por ello, ser de las que gozan de mayor protección, a través de requisitos más rigurosos que deben ser demostrados para justificar su restricción, se encuentran el discurso político, los asuntos de interés público, los que hacen referencia a funcionarios públicos o candidatos a ocupar cargos públicos.

La libertad de expresión protege no solo la sustancia de la información y las ideas, sino también la forma o tono en que se expresan. Existen distintos tonos o modalidades y, en consecuencia, la protección de esta libertad comprende la manifestación de todo tipo de ideas y opiniones, desde aquellas que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas, cultas, refinadas, elegantes, motivadas, puras, abstractas, destacadas, racionales o esporádicas, hasta “las opiniones o expresiones indeseables” que ofenden, inquietan o perturban al Estado o a cualquier sector de la sociedad, las cuales no pueden quedar excluidas como consecuencia de una interpretación restrictiva de la libertad de expresión. La Corte Europea de Derechos Humanos (caso de Muller y otros) refiere que “la libertad de expresión... es aplicable no sólo a informaciones o ideas que sean recibidas favorablemente o consideradas inofensivas u objeto de indiferencia, sino también a aquellas que ofenden, chocan, molestan al Estado o a un sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y de apertura mental sin las cuales no hay sociedad democrática”; este criterio es compartido por la Corte Interamericana.

Por otro lado, el uso de la libertad de expresión para criticar o atacar, mediante el empleo de términos excesivamente fuertes y sin articular una opinión, pueden conllevar una sanción que no resultaría violatoria de la libertad de expresión. Es importante enfatizar que no se reconoce un derecho al insulto o a la injuria gratuita; es decir, no se amparan expresiones vejatorias innecesarias. Existen instrumentos internacionales que explícitamente prohíben ciertos contenidos de discurso por ser violentos y violatorios de los derechos humanos, como son los discursos sobre incitación al odio por motivos

discriminatorios, apología de la violencia, propaganda de guerra, incitación pública y directa al genocidio, y pornografía infantil.

El valor fundamental de la libertad de expresión en un Estado democrático ha sido reconocido por los tribunales internacionales de protección de los derechos humanos, convirtiéndola en una condición necesaria para prevenir sistemas autocráticos. La Corte Europea de Derechos Humanos, en la sentencia que recayó en el caso “Handyside”, señaló que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos principales de la sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de quienes la componen. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (opinión consultiva OC-5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas) ha establecido de manera clara y precisa la relación entre democracia y libertad de expresión, al señalar que “la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.

El ejercicio de la libertad de expresión se garantiza con la prohibición de la censura, que implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar un permiso a la autoridad, la única excepción a esta regla, establecida en el art. 13.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se refiere al sometimiento de espectáculos públicos a clasificaciones “con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”. Desde luego, la prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión sea un derecho absoluto, lo que no puede es sujetarse a medidas de control preventivo, solo puede someterse a responsabilidades ulteriores.

La libertad de expresión, al igual que los demás derechos fundamentales, no es un derecho absoluto en ninguna de sus manifestaciones específicas, motivo por el que puede eventualmente estar sujeta a limitaciones adoptadas legalmente para preservar otros derechos, valores e intereses constitucional y legalmente protegidos, con los cuales puede llegar a entrar en aparente conflicto, entre los cuales se han aceptado los clásicos derechos a la vida privada, al honor, a la propia imagen, los ataques a terceros y a la moral, así como la incitación al delito y la perturbación del orden público. Cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión y otro derecho fundamental, se ha de proceder a un ejercicio de ponderación para determinar qué derecho prevalece en ese caso específico. Por otro lado, existe el derecho de réplica, que permite a toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación a través de una información inexacta o falsa, a que se difunda gratuitamente una declaración o rectificación por su parte, en términos equitativos y de forma análoga a la de la información que se rectifica.

Luis Raúl González Pérez

LIBERTADES PÚBLICAS

Abordar el concepto de libertades públicas conlleva la necesidad de interrelacionar aspectos del ámbito filosófico, jurídico y político, toda vez que aquel conjuga elementos del espacio axiológico de los derechos humanos, del orden

legal y de los actos gubernativos de las instituciones del Estado contemporáneo. Esta voz, a pesar de su poco uso en nuestro contexto jurídico, reviste un gran valor conceptual, al proyectar la discusión acerca del alcance de los derechos humanos hacia el plano de la eficacia jurídica y la responsabilidad política del Estado en su materialización.

En tal sentido, es importante señalar que el tema de las libertades es uno de los referentes fundamentales para diferenciar al Estado antiguo y su idea del bien común, con el Estado liberal moderno y sus postulados acerca de la libertad del individuo, desplegada mediante el concepto de los derechos del hombre, de acuerdo con Bobbio en *El liberalismo y democracia*.

Así, para la historia moderna uno de los principales conceptos que fungen como catalizadores ideológicos es el de la libertad. Aquí resulta útil acudir a la historia política de la Inglaterra del siglo XVII para comprender esta primera asociación histórica de la libertad como factor limitante a la autoridad del monarca. La dialéctica histórica entre la naciente burguesía y la aristocracia inglesa produjo en ese siglo documentos de un valor excepcional, como *The Petition of Rights* de 1628, la *Ley de Habeas Corpus* de 1679 y *The Bill of Rights* de 1689. Es cierto que el alcance de las prerrogativas que sancionaban estas “cartas de derechos” era limitado, ya que en la práctica no correspondía a todos los integrantes de la sociedad, como si lo fueron posteriormente.

Para A. J. Carlyle, la libertad primero se concibe como una reafirmación de la comunidad política frente al poder de los monarcas, para devenir posteriormente en el espacio social de actuación del individuo. Este proceso histórico y político de definición de los espacios entre gobernantes y gobernados sentó las bases para que tiempo después, y en otro contexto, se pudiera acuñar el concepto de libertades públicas.

Por su parte, el especialista francés en derecho público, Jean Morange, señala que conocer el grado en el que se suscita la libertad del hombre ha sido objeto de consideraciones filosóficas e incluso teológicas; sin embargo, es necesario ir más allá y ubicarla en el plano concreto de lo cotidiano.

En diversos estudios es común encontrar las referencias a las libertades públicas aparejadas a los conceptos de los derechos del hombre o derechos públicos individuales. El motivo de ello es que históricamente los derechos humanos han sido asociados a la idea de libertad en la vida social, lo cual ha ocasionado que se les trate como una sola cuestión.

En México ha sido común ese equiparamiento. Al respecto, el jurista Andrés Serra Rojas, en su obra *Ciencia política*, al definir un régimen de libertades públicas lo hace equivaler a uno de derechos y deberes en la Constitución.

Asimismo, Manuel González Oropeza, en su artículo “Libertades constitucionales” del *Diccionario Jurídico Mexicano*, se refiere al concepto de libertades públicas partiendo de una sinonimia con las libertades constitucionales establecidas en catálogos denominados “declaraciones de derechos”. Hasta aquí puede apreciarse que derechos del hombre y libertades públicas son conceptos estrechamente vinculados y muchas veces usados indistintamente.

En una ruta de delimitación del tema, resulta pertinente también retomar la acotación del autor argentino J. Bidart en el libro *Teoría general de derechos hu-*

manos, cuando señala que las libertades públicas son una denominación francesa relacionada a la de derechos y libertades civiles de la primera generación, que se han positivizado en el orden constitucional normativo.

Aquí conviene regresar a Jean Morange y su libro *Las libertades públicas*, para quien las libertades públicas representan un concepto ulterior al de los derechos humanos. Para él, las libertades públicas presuponen el reconocimiento a los individuos de su derecho a ejercer, al abrigo de toda presión exterior, cierto número de actividades determinadas, y corresponde al Estado, a través de un sistema jurídico específico, posibilitar las condiciones necesarias. El hecho de que estas libertades correspondan a realidades concretas las hace ser distintas a los derechos del hombre. Por ello, afirma también Morange, la función esencial del Estado es asegurar la conservación de los derechos humanos.

Estas consideraciones permiten ofrecer una importante precisión acerca de la diferencia entre los derechos humanos y las libertades públicas. En ello estriba la utilidad del planteamiento de Morange, al insistir que los derechos humanos son ideas generales y abstractas, en tanto que hablar de libertades públicas conlleva necesariamente la operación de un marco jurídico que posibilite el ejercicio de esos mismos derechos; es decir, que el disfrute cabal y el ejercicio de las libertades quedan asociados a la eficacia jurídica y constitucional del Estado. Esta idea del derecho público francés, relativa a las libertades públicas, está muy cercana en su fondo argumentativo a los planteamientos que hoy hace la postura garantista en su concepto de Estado constitucional de derecho.

Rodolfo Lara Ponte

LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO

El litigio de interés público es una actividad técnica que tiene como propósito utilizar a los tribunales como mecanismos de cambio de las normas vigentes en un área determinada del derecho. Por lo general, se entiende que el cambio normativo que se pretende obtener traerá beneficios a la sociedad en general.

El litigio de interés público tiene como punto de partida el planteamiento de un asunto susceptible de ser conocido por los tribunales, en donde se involucren dentro de la litis una serie de cuestionamientos sobre los alcances de determinadas normas constitucionales u ordinarias. En estos casos, la pretensión de la parte actora va más allá de los intereses que se expresan en su demanda. Por ejemplo, en una demanda aparentemente lo único que se controvierte es la libertad de una persona; sin embargo, desde la óptica del interés público, el objetivo es no solo obtener la libertad de la persona, sino que con motivo del fallo se generen criterios jurisprudenciales tendientes a fortalecer el derecho a la libertad personal.

El origen del litigio de interés público se encuentra en el litigio estratégico, cuyas premisas son muy semejantes a las de aquel; sin embargo, la diferencia entre uno y otro es que en el segundo los resultados no necesariamente benefician a la sociedad en general. De esta manera, grupos, empresas o personas, en lo particular, emplean el litigio estratégico con el objeto de avanzar alguna

causa favorable a sus intereses. Ciertamente es necesario reconocer que bajo esta aproximación las diferencias entre litigio de interés público y litigio estratégico en muchos casos responden a criterios meramente subjetivos.

Los primeros casos de litigio estratégico se plantearon en los Estados Unidos de América (EUA); destacan especialmente los asuntos en donde se controvirtieron leyes relacionadas con la segregación racial. Dos de los asuntos más mencionados serán referidos a modo de ejemplo aquí. El primero se conoce como *Plessy vs. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). En este caso el objetivo era generar un precedente que permitiera debilitar la legislación segregacionista prevaleciente en el sur de los EUA con posterioridad a la Guerra Civil; para tal efecto un ciudadano negro decidió abordar un vagón del ferrocarril destinado a personas exclusivamente blancas. Cuando se le multó por esa conducta, decidió impugnar y con ello inició el juicio. La Suprema Corte de Justicia de los EUA resolvió el asunto al establecer la doctrina “iguales, pero separados”, muy contraria a las expectativas de la parte actora. Con ello se garantizó la subsistencia de las leyes segregacionistas por otros cincuenta años. El segundo caso es *Brown vs. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). En este caso el objetivo era acabar con la segregación en las escuelas; para tal efecto niños negros solicitaron su inscripción en escuelas para blancos. Al serles negada la inscripción, los litigios iniciaron. En esta ocasión, varios litigios se acumularon y fueron resueltos por la Suprema Corte de los EUA en 1954. La decisión de la Corte modificó el criterio sostenido en *Plessy vs. Ferguson* y sentó las bases para el fin de las políticas de segregación racial en EUA.

Los dos ejemplos permiten conocer algunas características de los litigios de interés público. Destaca, en primer lugar, la existencia de un cliente o representado. Esta cuestión es fundamental, porque obliga a los abogados encargados de llevar el caso a tener en alta consideración los intereses del cliente, incluso cuando estos pueden oponerse al interés público que dio origen al litigio. En segundo lugar, se tiene que tener claro el objetivo de interés público a obtener. Esto permite determinar qué tan viable es convencer a la sociedad, en general, y a un tribunal, en lo particular, para que acepte los argumentos. Esto último tiene mucho que ver con la naturaleza de la causa que se estima de interés público. Una tercera cuestión tiene que ver con el tribunal en sí mismo. La cuestión a dilucidar aquí está relacionada con la integración y los antecedentes del órgano resolutor. ¿Es posible esperar una acogida favorable por parte del tribunal o es mejor esperar a un momento posterior para litigar?

El litigio de interés público es una actividad que entraña diversos niveles de dificultad. A reserva de hacer un listado de las dificultades, baste con mencionar la problemática que se presenta con la determinación del tema a litigar. Por ejemplo, si lo que se quiere es avanzar en los derechos sexuales y reproductivos a propósito de la legalización del aborto, es necesario considerar que las posiciones legalizadoras pueden ser muy polémicas y gozan de poco consenso. En esas condiciones, ¿cuál es la estrategia idónea para abordar el tema desde el punto de vista litigioso?

José Antonio Caballero