

N



NE BIS IN IDEM

La expresión *ne bis in idem* o *non bis in idem*, recogida con ambas formulaciones y expresiva de un principio clásico del sistema de justicia penal liberal, significa “no dos veces por una misma cosa”; principio de derecho constitucional por el cual se prohíbe la doble persecución a un mismo sujeto, por idénticos hechos que han sido objeto de anterior actividad procesal, y que concluyera en una resolución final, ya condenatoria, ya absolutoria” (Willmar, Gernaert, *Diccionario de aforismos y locuciones latinas de uso forense*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000).

Otra caracterización —entre las numerosas existentes— establece: “frase latina que significa literalmente que no debe repetirse dos veces la misma cosa. Con la citada expresión quiere indicarse que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior” (Márquez Piñero, Rafael, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. IV).

Bajo el derecho penal autoritario, previo a la gran revolución de las ideas y la normativa que apareció, sobre todo, al cabo del siglo XVIII, no resultaba insólito ni reprochable que se juzgase a una persona más de una vez por determinados hechos —delito—, pese a existir previamente un proceso seguido en todos sus términos y una sentencia dictada conforme a derecho, que había establecido o negado la responsabilidad penal del inculpado.

De esta suerte, la absolución o la condena operaban con eficacia solamente en el proceso en el que habían sido emitidas, pero no resolvían en definitiva —por encima de una eventual reapertura del enjuiciamiento concluido a través de la sentencia, o de la apertura de un nuevo enjuiciamiento— la situación jurídica del sujeto. Prevalecía, pues, la amenaza del *bis in idem*; la sentencia existente —sobre la que pendía la posibilidad de nuevo proceso y nueva sentencia de signo diferente— no contaba con la autoridad —la “santidad”, se diría más tarde— de la cosa juzgada; se hallaba pendiente, sin término, la “verdad legal” que solemos depositar en una sentencia definitiva, no se diga una sentencia firme. Sobra ponderar la inseguridad jurídica que esto causaba.

En aras de la seguridad jurídica, mirada como necesidad imperiosa para el buen curso de la vida social, aunque no fuese siempre en aras de la justicia, que puede requerir la reconsideración de casos fallados, el principio *ne bis in idem* se entronizó entre los principios más socorridos del ordenamiento penal liberal, abarcando la identidad de los hechos (elemento objetivo) y de la persona imputada (elemento subjetivo), aunque no necesariamente de la norma invocada, que pudiera ser una disposición diferente, atraída para alterar deliberadamente el sentido y la aplicación del principio.

Las Constituciones nacionales, atentas a los derechos y las garantías fundamentales de los individuos —que son “entraña” y razón de una ley suprema—, han acogido generalmente este principio de seguridad jurídica. Así se observa en el desarrollo de la normativa constitucional mexicana, que da cuenta del referido principio —casi un dogma del penalismo clásico— en el

proyecto constitucional de 1856 (art. 25), en la Constitución de 1857 (art. 24), en el proyecto *del primer jefe* de 1916 (art. 23) y en la Constitución de 1917 (art. 23). Este precepto, fiel a su formulación original, señala: “(...) Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia”.

En el orden internacional de los derechos humanos, que ahora forma parte del bloque constitucional mexicano (art. 1o., reformado en 2011), al que han llegado los derechos del individuo que previamente poblaron las Constituciones —además de las aportaciones oriundas del sistema tutelar internacional— también tiene recepción el principio *ne bis in idem*. Así, el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (del que México es parte), dispone: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

A su vez, el art. 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (del que también es parte México) previene: “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Es pertinente observar a este respecto que el Pacto de San José no alude al “mismo delito”, sino a los “mismos hechos”, y con ello extiende una garantía más amplia al individuo, y que el citado instrumento se refiere al *ne bis in idem* en relación con los hechos abarcados por la sentencia absolutoria firme y no alude a la sentencia de condena. Obviamente, el concepto de esta jurisprudencia, como de las normas que le brindan fundamento, abarca los hechos (elemento objetivo) como la persona del inculpado (elemento subjetivo), aunque se invoque al respecto una disposición jurídica diferente.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos advierte a este respecto: se “busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada (por el art. 14.7 del Pacto Internacional citado), la Convención Americana utiliza la expresión «los mismos hechos», que es un término más amplio en beneficio de la víctima” (*caso Loayza Tamayo*).

Recientemente se ha abierto paso a una fuerte corriente que cuestiona a fondo tanto la intangibilidad del principio al que ahora me refiero como su conexo, la cosa juzgada, que define el alcance del propio *ne bis*. El cuestionamiento emprendido a este respecto tanto por la normativa y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, como sus correspondientes en el ámbito internacional penal, parten de un principio favorecedor de la justicia en ambos espacios: no es admisible que en aras del *ne bis* o de la “santidad” de la cosa juzgada queden impunes las graves violaciones a derechos humanos o los delitos de mayor gravedad, cubiertos por procesos “fraudulentos” y amparados por sentencias “a modo”.

La ortodoxia del debido proceso y la veracidad de la sentencia, sustentada en aquél, garantizan la intangibilidad de las decisiones jurisdiccionales, absolutorias o condenatorias; no ocurre lo mismo cuando hubo violaciones procesales que determinaron el erróneo contenido de la sentencia, o ésta se

funda en normas sustantivas inadmisibles desde la perspectiva del orden internacional de los derechos humanos o del sistema internacional de justicia penal. En tales casos procede la revisión y el nuevo enjuiciamiento —*bis in idem*— por parte de la jurisdicción doméstica, o la asunción del tema por la jurisdicción internacional, en ejercicio de la subsidiariedad que le compete.

En este rumbo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que “el desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada «cosa juzgada fraudulenta» que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad” (*caso Carpio Nicolle*). Si el trámite desarrollado bajo forma de juicio no constituye “un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del «debido proceso legal», que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención, (ello) motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza” (*caso Castillo Petruzzi*).

Finalmente, si la violación proviene de la propia ley sustantiva, incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, operan conceptos de violación abarcados en varios preceptos de ésta: legalidad material (art. 9o.), privación ilegal de la libertad (art. 7o.), vulneración de garantías judiciales (art. 8o.). Cuando la ley sustantiva aplicada en el proceso y la sentencia es incompatible con aquel instrumento internacional, el futuro enjuiciamiento —con *bis in idem*, por lo que toca a los hechos considerados— se hará bajo normas que no vulneren la Convención (casos *De la Cruz Flores e Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*).

Sergio García Ramírez

NEOCONSTITUCIONALISMO

I. INTRODUCCIÓN. El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México). Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente tomará todavía algunos años.

No son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera.

Creo que, como explicación de conjunto que intenta dar cuenta de una serie compleja de fenómenos, el neoconstitucionalismo sí supone alguna novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional de derecho.

¿Qué se engloba bajo el paraguas más o menos amplio del neoconstitucionalismo? O mejor dicho: ¿de qué hablamos cuando hablamos de neocons-

tucionalismo? Hay al menos tres distintos niveles de análisis que conviene considerar.

II. TEXTOS CONSTITUCIONALES. El neoconstitucionalismo pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de la década de los setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.

Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991, entre muchas otras.

III. PRÁCTICAS JURISPRUDENCIALES. En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.

Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes a través de mecanismos jurisdiccionales. Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución “invasora” o “entrometida” (según la correcta observación de Riccardo Guastini), también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.

La mayor presencia de los jueces se ha correspondido históricamente en muchos países que han llevado a cabo transiciones a la democracia, con perio-

dos en los que se ha privilegiado el imperio de la ley por encima de los arreglos político-partidistas.

En un número importante de países que han logrado avanzar en procesos de consolidación democrática, se han creado tribunales constitucionales que han actuado sirviendo de árbitros entre las partes en liza, a la vez que dejaban claro para todos los actores que los derechos de los ciudadanos no podían ser objeto de ninguna clase de regateo político ni estaban a la libre disposición de los partidos con representación parlamentaria.

La actuación del Tribunal Constitucional Federal alemán al ordenar tempranamente en la década de los cincuenta la disolución de los partidos neonazis, el trabajo de la *Corte Costituzionale* italiana para hacer exigibles los derechos sociales previstos en la Constitución de ese país, las sentencias del Tribunal Constitucional español para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre el Estado central y las comunidades autónomas, son casos que nos ilustran sobre el papel central que tienen los jueces constitucionales dentro de la consolidación democrática.

También en América Latina tenemos ejemplos de jurisdicciones que han estado a la altura de los tiempos que les ha tocado vivir. Son célebres las resoluciones de la Corte Constitucional colombiana al conocer de procesos de acción de tutela por medio de las cuales se mandaron poner drenaje en barrios marginales o través de las que se aseguraba una correcta impartición de justicia dentro de las comunidades indígenas de ese país. También la Sala Constitucional de Costa Rica tiene en su haber varios precedentes que han demostrado la pertinencia de los jueces constitucionales. Los jueces brasileños han logrado salvar vidas ordenando la entrega de medicamentos esenciales para personas sin recursos económicos. En Guatemala, el Tribunal Constitucional paró un golpe de Estado que pretendió dar el entonces presidente Jorge Serrano Elías en 1993.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer, sin embargo, que en América Latina se ha tomado conciencia de forma tardía de la importancia de contar con un sistema judicial que tenga las condiciones necesarias para poder procesar de forma competente y oportuna los conflictos sociales. Es solamente a partir de la década de los noventa, dentro de lo que se ha llamado “la segunda generación” de reformas del Estado, que en muchos de los países del subcontinente se han emprendido profundos cambios en la función judicial y que los propios jueces han comenzado a entender su papel dentro del paradigma neoconstitucional.

IV. DESARROLLOS TEÓRICOS. Un tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo. Tiene razón Luigi Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La ciencia jurídica, nos dice Ferrajoli, puede concebirse hoy en día como “una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”. No es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que derivan de este tipo de postulados.

Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Roberto Barroso, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas Constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas. De entre los muchos ejemplos que se podrían poner basta citar la enorme influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Robert Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (que, por cierto, ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina). Muchas sentencias de la Suprema Corte de México se han basado de forma explícita o encubierta en los textos de Luigi Ferrajoli y lo mismo acontece en varias resoluciones de los jueces argentinos. Gustavo Zagrebelsky ha tenido la oportunidad de hacer aportaciones teóricas de la mayor altura, pero además ha podido ponerlas en práctica en su desempeño como magistrado de la Corte Costituzionale italiana. Y así sucesivamente.

V. ¿QUÉ HAY DE NUEVO EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO? No faltará quien diga que ninguno de esos tres elementos es, en rigor, novedoso y que no hacía falta inventar una nueva etiqueta para identificarlos, pues ya estaban bien analizados bajo las coordenadas teóricas tradicionales del positivismo de la primera mitad del siglo XX. Quizá tengan razón quienes así opinan, pero sigo creyendo que la novedad está en el conjunto: quizá no tanto en uno de los tres elementos si los tomamos por separado, pero sí cuando los ponemos en común, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas.

Es obvio que ya existían textos con mandatos constitucionales sustantivos desde principios del siglo XX (por ejemplo la Constitución mexicana de 1917 o la alemana de la Weimar de 1919). También es verdad que las prácticas jurisprudenciales anteriores a la Segunda Guerra Mundial habían desplegado ciertas dosis de activismo judicial que se parecen a las que actualmente observamos en países con incipientes tradiciones neoconstitucionalistas y, con toda probabilidad, se pueden rastrear postulados neopositivistas desde la década de los treinta del siglo XX. Lo había hecho ya la Suprema Corte de los Estados Unidos en muchas de sus sentencias más relevantes. Por ejemplo, en la más importante de todas, *Marbury vs. Madison* (1803) donde nada menos que “descubre” —por llamarlo de alguna forma— el control de constitucionalidad de las leyes. Lo mismo puede decirse de decisiones activistas en sentido conservador, como lo fueron en su momento *Dred Scott vs. Sanford* (1857) sobre la constitucionalidad de la esclavitud, o *Plessy vs. Ferguson* (1896) sobre la segregación racial en los trenes y en los demás servicios públicos...

Son elementos que sin duda alguna se encuentran en la raíz histórica y política del neoconstitucionalismo; pero lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional que tenemos a la vista en los primeros años del siglo XXI es el conjunto, la combinación de los tres elementos que he mencionado. To-

avía más que eso: lo novedosos son sus efectos, es decir, la observación del Estado constitucional de derecho *en funcionamiento*. En el campo de la práctica son muchas las cuestiones que han cambiado en los últimos 50 años, no todas para bien dicho sea de paso. Muchas de ellas podrían ser explicadas también con las herramientas analíticas que nos proporciona el neoconstitucionalismo.

Miguel Carbonell

NORMAS NON-SELF EXECUTING

El nombre de estas normas deriva del inglés *Non-self executing* que quiere decir no ejecutables por sí mismas, no autoejecutables o no autoejecutivas.

Las normas *non-self executing* se refieren a normas que por su naturaleza no pueden ser aplicadas inmediatamente sino que requieren de un acto o de un desarrollo legislativo posterior para poder darles aplicación. Este tipo de normas no ejecutables por sí mismas, como dice Loretta Ortiz Ahlf, son disposiciones programáticas que no pueden ser ejecutadas sin una acción legislativa del Estado y que consagran derechos que debido a su naturaleza o a la fraseología del Estado carecen de exigibilidad inmediata debido a la ausencia de normas internas o de otras medidas complementarias del Estado que las hagan efectivas y les den aplicación. Se trata como dice Mathias Herdegen de disposiciones de un tratado que deben ser desarrolladas a través de medidas internas para poder ser aplicadas por las Cortes y autoridades nacionales, como por ejemplo las disposiciones sobre simples obligaciones de emprender un esfuerzo o las cláusulas generales de dar una especial consideración o de promoción.

Esto ocurre, según señala Michel Virally, ya que algunos sistemas constitucionales exigen que antes de poder aplicar como derecho interno cualquier disposición de un tratado (aun cuando éste ya haya sido ratificado con la aprobación del Poder Legislativo) debe ser incorporado al derecho interno mediante la correspondiente legislación. Éste es un sistema dualista en el que los tribunales del ordenamiento jurídico interno solo aplican la legislación interna aprobada para poner en vigor el tratado y no el tratado mismo, y pueden hacerlo únicamente en tanto dicha legislación esté vigente. Esta es la situación en el Reino Unido por lo menos formalmente.

La doctrina judicial distingue entre tratados que son directamente aplicables como derecho y tratados que no son directamente aplicables, y cuando una Corte sostiene que un Tratado es del grupo *non-self executing* está actuando de un modo nacionalista en “protección” del sistema legal doméstico frente a la influencia de las normas jurídicas de carácter internacional. Generalmente la doctrina judicial ha permitido cierta discrecionalidad para determinar que tratados son *self-executing* y cuales *non-self executing*. Ello ha hecho que las cortes o tribunales nacionales ejerciten a menudo su discrecionalidad en el sentido de considerar a muchos tratados en la categoría de no directamente aplicables (*non-self executing*); sin embargo, las cortes o tribunales transnacionales o internacionales se han inclinado en catalogar a la mayoría de los tratados dentro de la categoría de aplicables directamente (*self executing*). Esto ha ocurrido sobre todo en los tratados de derechos humanos, los cuales se consideran que crean

derechos en favor de las personas, que pueden ser directamente reclamables ante sus órganos jurisdiccionales como cualquier ley local. De esta manera, como dice Alejandro Saiz Arnaiz, tienden a desdibujarse en cierto grado y en el ámbito de los derechos fundamentales, las diferencias entre los acuerdos *self-executing* y los que no lo son.

Así, siguiendo a Thomas Buergenthal, los tratados o normas determinadas como no autoejecutables (*non-self executing*) no pueden sin otras medidas legislativas o ejecutivas adicionales a la aprobación o ratificación del tratado, dar lugar al surgimiento a derechos legales u obligaciones reclamables ante los tribunales domésticos. Se trata de disposiciones, según señala Rojas Amandi, que se dirigen expresamente a los Estados, obligándolos a adoptar determinadas medidas previas a su aplicación, precisamente por no ser posible sin ellas su aplicación directa e inmediata por parte de los órganos internos del Estado (jueces y administración pública).

En suma, lo verdaderamente importante para catalogar a un tratado o a una norma como *non-self executing* es que no sea posible su aplicación inmediata por carecer de las características necesarias a juicio del órgano aplicador como son la voluntad de los autores y el carácter completo de la norma

Es preciso señalar que el carácter ejecutivo o no de las normas contenidas en los tratados tendrá que ser determinado de forma casuística, dependiendo de las normas contenidas en ellos, pero en todo caso se ha señalado que desde el punto de vista del derecho internacional la falta de cumplimiento de tales normas sean ejecutivas o no ejecutivas genera responsabilidad para el Estado que es parte de un tratado. Tal ha sido básicamente la regla establecida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contenida bajo el principio *Pacta Sunt Servanda* establecido en el art. 26 que determina que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplidas por ellas de buena fe”, el cual se reafirma con el artículo 27 que determina que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (salvo lo dispuesto en el artículo 46 de la propia Convención). Esto quiere decir que aunque un Estado determine no poder aplicar por parte de sus tribunales una norma de carácter no auto aplicativa, ello no implica que el Estado no tenga la obligación de legislar en un determinado sentido (el del tratado) y que el no hacerlo le acarrea una responsabilidad internacional.

Es preciso señalar, como bien dice Humberto Nogueira Alcalá, que los tratados de derechos humanos por su propia naturaleza se consideran como normas de tipo *self-executing* (autoejecutivas) obligando a que los jueces nacionales los apliquen de manera directa realizando un control de convencionalidad, lo cual implica que el derecho vigente y vinculante no sólo es el que proviene de fuentes internas, sino también el que proviene de fuentes internacionales. Por tanto los derechos de tales normas deben ser asegurados y garantizados a través de la función jurisdiccional doméstica, de tal suerte que no hacerlo implica responsabilidad al Estado por dicho incumplimiento.

De esta manera, si bien cada Estado parte de un tratado puede elegir de cierta forma, como hacer efectivos los derechos humanos en su ámbito

interno, lo que no puede hacer de ningún modo es no cumplir con ellos y no aplicarlos, aduciendo que tales derechos no pueden ser ejercidos por hacer falta alguna norma nacional.

Cuauhtémoc Manuel de Dienheim Barrigüete

NORMAS PRECONSTITUCIONALES

En términos generales, las normas preconstitucionales son aquellas cuyo periodo de vigor o de vigencia es anterior al de la Constitución, en tanto, las normas pos-constitucionales son las que han surgido a la vida jurídica con posterioridad al momento de emisión de la norma fundamental. Mucho se ha discutido en la doctrina especializada en cuanto a la resolución del conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución. Acerca del particular, una propuesta consistiría (siguiendo un voto particular de Rubio Llorente, ex magistrado del Tribunal Constitucional Español, acerca de la imposibilidad de asimilar las nociones de validez y vigencia de una norma jurídica, el control de constitucionalidad y el efecto derogatorio) en la potestad de todos los órganos jurisdiccionales (sea el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios) de tener por derogadas aquellas disposiciones cuyo periodo de vigor es anterior a la Constitución. Lo anterior por cuanto es una potestad inherente a la de todo órgano jurisdiccional determinar si el derecho que se ha de aplicar para resolver un conflicto de intereses se encuentra vigente. De ahí que el juicio de vigencia de una norma jurídica siempre es anterior al de validez.

Tal afirmación es una consecuencia necesaria del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y las cláusulas de derogatoria general que contienen algunas Constituciones (en los supuestos en que han sido positivizadas), las que sin duda exigen la abrogación de los preceptos preconstitucionales que resultan incompatibles frente a las normas y los principios de la Constitución vigente. De ahí que el control de constitucionalidad estrictamente considerado (es decir, el juicio de validez de una disposición de conformidad con la Constitución), únicamente se puede producir respecto de normas vigentes, o sobre los efectos ultra-activos de las normas derogadas (pre y pos-constitucionales), teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los institutos de la declaratoria de inconstitucionalidad, el efecto derogatorio, la validez y la vigencia o vigor de una norma jurídica, así como la imposibilidad de asimilar estas nociones. En este sentido, normalmente se entiende por vigor o vigencia la existencia o la positividad de una ley, en tanto que el concepto de validez se ha referido a la adecuación de una norma a otras normas sobre la producción y en particular a la Constitución, pero también en cuanto a su contenido material. En este orden, la derogación o el efecto derogatorio no es otra cosa que la pérdida de la vigencia de la ley, el acto y el efecto de cesación de la vigencia de una norma producida por la aprobación y entrada en vigor de una norma posterior (que puede ser del mismo rango o superior) que modifica, todo o en parte, su contenido, o lo modifica sustituyéndolo por otro diverso, en tanto que la nulidad de la norma se produce cuando se declara su invalidez.

Pese a la claridad de esta tesis, son distintas las soluciones que sobre el conflicto normativo entre la Constitución y las normas preconstitucionales se ha ensayado en el derecho comparado. De esta forma, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (pese a la existencia en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de una cláusula de derogatoria general), sostiene dos criterios distintos, tratándose del control concreto y abstracto de constitucionalidad. Así, en el caso del control concreto se lo ha atribuido a los tribunales ordinarios, en tanto que en el abstracto ha asumido la competencia para declarar la invalidez de una norma preconstitucional, sin tener en consideración el contenido de la cláusula aludida, así como la fuerza normativa de la Constitución. En este marco, dicha disparidad de criterios entre el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución en el sistema alemán es insostenible de cara al texto de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, así como a su normatividad. Por su parte, en el sistema de justicia constitucional italiano se ha desarrollado la noción de la inconstitucionalidad sobrevenida, la cual confunde los conceptos de validez y vigencia, así como la declaratoria de inconstitucionalidad y el efecto derogatorio, negándose entonces uno de los alcances del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, sea su posibilidad de tener por derogadas todas aquellas disposiciones cuyo periodo de vigor es anterior a ella y que la contradice. De modo que no es posible confundir la vigencia o la existencia positiva de una ley con su validez y su juicio de adecuación a la norma superior que ha regulado no sólo el procedimiento para su elaboración (es decir, su origen o su nacimiento a la vida jurídica), sino también a la que debe adecuarse en cuanto a su contenido.

El verdadero sustento de esta construcción jurisprudencial y doctrinaria italiana, que ha permitido someter los preceptos preconstitucionales al control de constitucionalidad y al juicio de invalidez con respecto a la Constitución, lo constituye la inseguridad jurídica y la dispersión jurisprudencial que se podría producir si se permite la facultad de los tribunales ordinarios, y de la misma Corte de Constitucionalidad, de tener por abrogadas las disposiciones anteriores a la Constitución. Se trata entonces de una decisión de *política de justicia constitucional*, si cabe llamarla de esa manera, que no encuentra ningún respaldo en la teoría normativa de la Constitución, y cuyas consecuencias negativas en última instancia serían evitadas por el carácter vinculante de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que la declaratoria de inconstitucionalidad es la premisa para tener por derogada una norma preconstitucional o para declarar su invalidez. De ahí que los tribunales ordinarios puedan tener por derogada una norma preconstitucional, mientras que el Tribunal Constitucional puede igualmente declarar su invalidez. Tal solución *intermedia* también soslaya las diversas implicaciones del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, así como la cláusula de derogatoria general que establece la propia Constitución Española de 1978. Se trata entonces de una solución que no tiene asidero en el ámbito del derecho positivo, en cuya razón tanto el Tribunal Constitucional Español como los tribunales ordinarios deberían tener por derogadas las disposicio-

nes preconstitucionales que son incompatibles frente al texto fundamental, al no superar el juicio de vigencia que sobre ellas impone la normatividad de la Constitución, y su poder para derogar todo el derecho anterior que se le opone. En este sentido, sin duda es importante el voto salvado del profesor Rubio Llorente a la sentencia 4/1981 del 2 de febrero, en que defiende la imposibilidad de asimilar las nociones de validez y vigencia, así como la derogatoria de una norma jurídica y la declaratoria de inconstitucionalidad, y advierte la confusión que se produce en la tesis *híbrida y contradictoria* de la inconstitucionalidad sobreviviente. De ahí que también en este caso la mejor solución para el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y el texto fundamental sería la abrogación de los preceptos anteriores que se oponen a la Constitución. En suma, las normas preconstitucionales son aquellas cuyo periodo de vigor es anterior al de la norma fundamental y en el conflicto normativo entre éstas y la Constitución, la normatividad de la última exige ineludiblemente su abrogación, tanto por el Tribunal Constitucional como por los tribunales ordinarios.

Victor Orozco Solano

NORMAS SELF-EXECUTING

La denominación de estas normas proviene del inglés *self-executing* que quiere decir: ejecutables por sí mismas, autoejecutables o autoejecutivas. El tema de las normas *self-executing* usualmente se refiere a las normas contenidas en los tratados internacionales (derecho convencional), aunque también puede referirse a otro tipo de normas contenidas en otros instrumentos también de índole nacional (Constituciones).

Se consideran normas *self-executing* aquellas que por su misma naturaleza pueden ser aplicadas directa e inmediatamente sin necesidad de ningún acto legislativo posterior. Así la estipulación de un tratado se considera ejecutable por sí misma (*self-executing*) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implantación o exigibilidad. De esta manera, como señala Loretta Ortiz Ahlf, se considera que hay autoejecutividad cuando la disposición o norma respectiva ha sido redactada de tal forma que de ella surge una regla que los tribunales y órganos judiciales internos puedan aplicarla en cualquier caso concreto de su conocimiento. De esta manera y siguiendo a César Sepúlveda los tratados autoejecutivos *self-executing* serán aquellos que en su cuerpo contienen normas que pueden recibirse como leyes internas sin necesidad de que se dicten otras normas para transformarlas en ordenamientos domésticos. Se aplican directamente como derecho local, sin necesidad de legislación complementaria.

El famoso juez Marshall presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América señalaba que una norma es ejecutable por sí misma, es decir *self-executing*, “toda vez que opere por sí, sin ayuda de una disposición legislativa”. Para Jiménez de Aréchega son dos las condiciones necesarias para que una norma se considere autoejecutiva: la primera que se trate de una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pre-

tensión en favor de un individuo que tenga interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o administrador solicitando esa aplicación, y la segunda que la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente sin que su ejecución se encuentre subordinada a un acto legislativo o a medidas legislativas subsiguientes. De esta manera una norma convencional es ejecutable por sí misma cuando esa ha sido la intención de los Estados parte, teniendo la intención de conceder un derecho definido y exigible por el individuo que solicita la aplicación de dicha norma en su favor ante un juez u otra autoridad. Ejemplo de estas normas son las cláusulas de la nación más favorecida, los tratados con normas sobre libertad de establecimiento, extradición, doble tributación y sobre todo las normas relativas a derechos humanos. El mismo Jiménez de Aréchega señala que existe una presunción a favor del carácter ejecutable de las disposiciones convencionales pues se ha considerado que la disposición de un tratado es ejecutable por sí misma “a menos que contenga una estipulación expresa de ejecución por medio de una ley o pertenezca a una categoría excepcional de tratados a los que no se puede por su propia naturaleza dar efecto como derecho *ex proprio vigore*”. Es por ello que, como señala Michel Virally, muchas de las Constituciones modernas actualmente disponen que los tratados debidamente celebrados tendrán la vigencia del derecho interno y obligarán directamente tanto a las personas como a los tribunales. Este tipo de disposiciones convierten a los tratados celebrados por el Estado en una fuente también del derecho interno.

Según Thomas Buergenthal, si un tratado o una norma se considera como autoejecutable, será directamente reclamable ante los tribunales como cualquier norma de aplicación inmediata de carácter interno, sin necesidad de que existan algún otro tipo de medidas o regulaciones legislativas o administrativas para hacerlo. Así como dice Mathias Herdegen si las disposiciones de un tratado internacional por la certeza de su contenido pueden ser aplicadas por las cortes y autoridades nacionales se habla de una aplicación directa y es por ello que a este tipo de tratados se le conoce en el lenguaje americano como *self-executing*. Para Víctor Rojas Amandi, para que una norma pueda ser aplicada de manera inmediata y directa se requiere, que sea *self-executing* objetivamente hablando, es decir, que su contenido, objeto y redacción de la misma haya quedado suficientemente determinado para poder ser objeto de aplicación por parte de un tribunal sin que sea necesario que exista una ley especial interna que la reglamente para pormenorizarla, desarrollarla y detallarla. Adicionalmente a ello se requiere el aspecto subjetivo del *self-executing* y que es que los Estados Partes del tratado hayan tenido la voluntad de querer que las disposiciones contenidas en él se apliquen de manera inmediata por parte de sus órganos internos. Así para determinar la naturaleza de una norma habrá que acudir directamente a su texto y ver si la disposición se dirige a los Estados y los obliga a adoptar diversas medidas previas a su aplicación (normalmente medidas a cargo del legislativo de cada Estado) en cuyo caso serán *non-self executing* o si la norma se dirige inmediatamente a los órganos estatales de aplicación del derecho (jueces y administración pública) y a los particulares, caso en el cual se tratará de una norma *self-executing*. En todo caso

la determinación de dicha naturaleza es una cuestión de interpretación de la norma, así que usualmente queda en manos de los órganos jurisdiccionales.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados bajo el principio *Pacta Sunt Servanda* establecido en el art. 26 que determina que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplidas por ellas de buena fe”, el cual se reafirma con el art. 27 que determina que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (salvo lo dispuesto en el artículo 46 de la propia Convención), ha asumido la postura general sobre la obligatoriedad de los tratados y de su eficacia con independencia de lo dispuesto por la legislación interna de los Estados partes, por lo cual la falta de aplicación de un tratado para el Estado parte que lo hace origina una responsabilidad internacional.

Es importante señalar que el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el párrafo 1o. del art. II del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos produce un efecto inmediato en todos los Estados partes y que dicha obligación jurídica es tanto de carácter positivo como negativo y que la adopción de las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del pacto no está sometida a condiciones y es de efecto inmediato (Observación General No. 31). Del mismo modo en el Sistema Interamericano los arts. 1o. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana han establecido la obligación de aplicar directamente la Convención y sus Pactos complementarios a los jueces domésticos y ejercer por tanto un control de convencionalidad *ex officio*.

Cuahtémoc Manuel de Dienheim Barriguel

NOTIFICACIÓN

La notificación, en sentido genérico, es un medio de comunicación procesal, a través del cual y respetando las diversas especies y formalidades que las distintas legislaciones prevén, se da a conocer a las partes o a los terceros una resolución judicial o administrativa.

En esencia constituye un medio de comunicación entre las autoridades judiciales o con funciones jurisdiccionales y los sujetos vinculados, directa o indirectamente, con el proceso o procedimiento que se desarrolla, que tiene como objetivo primordial que determinados hechos o actos acontecidos, sin la presencia de los interesados, sean conocidos por éstos, lo que a su vez posibilita la oportunidad de la defensa (emplazamiento), así como el desahogo de cargas procesales y, en general, permite a las partes estar al tanto de la tramitación del litigio o trámite respectivo. Para Carnelutti (*Instituciones de derecho procesal civil*), la notificación es un acto de elaboración procesal accesorio.

Dentro del género notificación suelen distinguirse, atendiendo al tipo de resolución que se hace del conocimiento a las partes, el emplazamiento, la citación y el requerimiento.

En nuestro país, en el ámbito federal, se reconocen varias formas para llevar a cabo la notificación de los actos de los tribunales o de las autoridades que llevan a cabo funciones jurisdiccionales, revestidas, cada una de ellas, de formalidades que han de cumplirse para garantizar a las personas el respeto

al derecho a una tutela efectiva así como el goce de la garantía de debido proceso

Así, en el Código Federal de Procedimientos Civiles se establece en un capítulo específico los tiempos en que las notificaciones deben ser efectuadas, los datos que deben contener las mismas, los domicilios en los que pueden ser practicadas y las clasifica como personales, por instructivo (cédula), por edictos o por rotulón (lista). En el mismo ordenamiento se prevé que la nulidad de las notificaciones podrá inclusive provocar la insubsistencia de todo lo actuado con posterioridad y que el asunto no podrá ser fallado si antes no se resuelve el incidente de nulidad de notificaciones que hubiera sido planteado.

Por su parte, la Ley de Amparo (vigente a partir del 3 de abril de 2013), en función de la naturaleza de las partes que intervienen en el proceso así como en atención a las circunstancias particulares o especiales que pudieran presentarse dentro del mismo, reconoce como modos o medios de notificación la personal, por oficio, a través de lista y la electrónica para aquellas partes que lo soliciten expresamente y hayan obtenido previamente la *firma electrónica*. Cabe destacar que en el ordenamiento en cita se regula la notificación vía electrónica, lo que supone la armonización de los procesos judiciales con el avance tecnológico de las sociedades contemporáneas, sin sacrificar por ello la certeza jurídica.

Finalmente, debemos considerar los medios de comunicación procesal que se practican entre órganos judiciales pero que tienen como objetivo final el hacer del conocimiento de las partes o interesados en el proceso las actuaciones del tribunal, es decir, notificarlos cuando por razones de territorio la diligencia respectiva resulta imposible, tal es el caso de los exhortos, despachos y cartas rogatorias.

Andrea Zambrana Castañeda

NÚCLEO INTANGIBLE DE LA CONSTITUCIÓN

De acuerdo al *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española, el concepto de «núcleo» (*del lat. nuclĕus*) suele ser definido como el “elemento primordial al que se van agregando otros para formar un todo”, o bien, la “parte o punto central de algo material o inmaterial”. Por su parte, el concepto de «intangible» (*De in y del lat. tangibilis*) suele definirse como *aquello* “que no debe o no puede tocarse”. En este sentido, hablar del *núcleo intangible de la Constitución* es hacer referencia al *elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución, a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional*. La construcción de este concepto tiene como origen la idea aristotélica consistente en afirmar que es “...evidente, en efecto, que podríamos diferenciar los bienes según una doble acepción: unos por sí mismos, otros por razón de aquellos. Separando, pues, los bienes esenciales de los bienes útiles...” (*Ética Nicomaquea*).

El profesor alemán Carl Schmitt, ya en 1928, hacía referencia en su obra intitulada *Teoría de la Constitución* al concepto de *decisiones políticas fundamentales*. Schmitt consideraba “...necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de la Constitución. Al

mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas leyes constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es sólo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda formación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia...”.

De lo anterior es que Schmitt hiciera una diferencia entre *Constitución* (no escrita necesariamente) y *leyes constitucionales* (las normas que positivizan la Constitución), estableciendo que aquélla se hace consistir de *decisiones políticas fundamentales*, que son “más que las leyes y normaciones” ya que “denuncian la forma política de ser de [un] pueblo y forman el supuesto básico para todas las ulteriores formaciones, incluso para las leyes constitucionales...”.

En otras palabras, no es lo mismo la *Constitución* que las *leyes constitucionales*, siendo su principal diferencia que la Constitución se hace consistir de esas decisiones políticas fundamentales y que las normas constitucionales, a las que Schmitt denomina *leyes constitucionales*, sólo tienen por objeto concretar dichas decisiones. No pasa desapercibido que al pensamiento de Schmitt pueda reprochársele la aberración en que incurriría al servir de fundamento a la doctrina nacionalsocialista del derecho y del Estado, la cual destruyó la arquitectura jurídica del Estado de derecho sustituyéndola por la desviación de la comunidad rárcaica del pueblo alemán, la cual se “justificó” debido a que las decisiones políticas fundamentales sólo podían ser correctamente interpretadas y aplicadas por sujetos pertenecientes a tal comunidad. De ahí el desprecio y discriminación del nacionalsocialismo por cualquier otra raza, especialmente la judía.

Sin embargo, la tesis schmittiana debe considerarse, no atendiendo a su devenir histórico y a su inhumana aplicación por parte del nacionalsocialismo, atendiendo a los postulados más auténticos y originales de la misma, entre los que destacan, a saber: (i) su ataque frontal contra el iuspositivismo formalista kelseniano del siglo XIX; (ii) la distinción entre Constitución y leyes constitucionales; (iii) el concepto de decisiones políticas fundamentales, y (iv) el reconocimiento de que existen, en la Constitución, ciertos contenidos que deben permanecer intangibles.

De todo lo anterior, y partiendo de la distinción entre *Constitución* y *leyes constitucionales*, es que debamos afirmar, por ejemplo, que el órgano revisor de la Constitución sólo tiene competencia para reformar las leyes constitucionales, no así la Constitución, ya que estando de acuerdo con Schmitt, no puede ni debe alterar las decisiones políticas fundamentales.

En sus *Estudios de teoría constitucional*, Riccardo Guastini distingue entre las *normas materialmente constitucionales* y las nociones que son *materia constitucional*, estableciendo que las primeras son las normas de todo texto constitucional y las segundas son el conjunto de objetos que son regulados por tales normas. De lo anterior se puede advertir una conclusión que parece inobjetable por derivar incluso del sentido común: en el texto constitucional hay diferentes contenidos, o si se prefiere, en la Constitución no todo es igual. No es lo mismo el contenido del art. 1o. de la Constitución mexicana (principio de igualdad, principio de libertad, principio *pro persona* y principio de no discriminación)

que el contenido del art. 65 (fechas en que inician las sesiones del Congreso de la Unión), por lo que hay partes más constitucionales que otras.

La Suprema Corte de México ya ha reconocido la existencia de ciertos tópicos que deben ser protegidos especialmente. Así, en el recurso de reclamación 595/2001-PL, al interpretar el art. 15 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la CPEUM, el cual señala que en controversia constitucional la suspensión no será procedente cuando se pongan en peligro las “instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano”, construyó tal concepto jurídico indeterminado de la siguiente manera: “...si en su sentido gramatical la palabra «instituciones» significa fundación de una cosa, alude a un sistema u organización, así como al conjunto de formas o estructuras sociales establecidas por la ley o las costumbres; mientras que el término «fundamentales» constituye un adjetivo que denota una característica atribuida a algo que sirve de base, o que posee la máxima importancia, se concluye que por instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano debe entenderse las derivadas de los principios básicos que tienen como objetivo construir y definir la estructura política del Estado mexicano, así como proteger y hacer efectivas las disposiciones de la Constitución (...), dando estabilidad y permanencia a la nación en su conjunto, pues rigen su vida política, social y económica, principios entre los que se consideran los siguientes: a) régimen federal; b) división de poderes; c) sistema representativo y democrático de gobierno; d) separación Iglesia-Estado; e) garantías individuales; f) justicia constitucional; g) dominio directo y originario de la nación sobre sus recursos, y h) rectoría económica del Estado”.

De esta manera, al reconocer la función especial que realizan tales principios dentro de la estructura política del Estado mexicano, se concluye que la suspensión como medida cautelar no puede concederse cuando se pongan en peligro tales instituciones, con lo que implícitamente se reconoce que existen tópicos que gozan de especial constitucionalidad.

Así las cosas, la trascendencia en el ámbito del derecho procesal constitucional y convencional de esta noción tiene un impacto que hoy se presenta como ineludible, debido a que se genera la necesidad de transitar de la sola defensa de la Constitución, a la defensa del *núcleo intangible* de la misma, ya que parafraseando al estagirita resulta evidente, en efecto, que podríamos diferenciar los bienes constitucionales según una doble acepción: unos por sí mismos, otros por razón de aquéllos. Separando, pues, los bienes constitucionales esenciales de los bienes constitucionales útiles, distinción la cual nos obliga también a distinguir la tutela y protección que requieren, ya que los segundos dependen de los primeros.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

NUEVA LEY DE AMPARO

El 6 de junio de 2011 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esa reforma constitucional en materia de amparo ha dado

paso al cambio jurídico de mayor trascendencia en las últimas décadas. El artículo segundo transitorio del Decreto mencionado dispuso que el Congreso de la Unión expedirá las reformas legales correspondientes dentro de los 120 días posteriores a la publicación de la reforma constitucional. No obstante, fue hasta el 2 de abril de 2013 cuando fue publicado en el *DOF* el Decreto por el que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

La *nueva* Ley de Amparo es el fruto del interés y las aportaciones de legisladores, expertos, académicos, asociaciones de abogados, postulantes y organizaciones de diversa índole que durante más de una década contribuyeron a este proyecto de gran envergadura, guiados por el interés de contar con un instrumento procesal acorde con las necesidades y legítimos requerimientos de acceso de la justicia de nuestra sociedad. Su artículo 1o. enuncia el objeto de esta *renovada* institución jurídica:

“Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley”.

Como puede apreciarse, la nueva Ley de Amparo contiene la normativa necesaria para armonizar el sistema constitucional que adquirió plena forma en junio de 2011 y que tiene como objetivo obligar a todas las autoridades a sujetar su actuación al principio de protección y salvaguarda de los derechos humanos de las personas, en especial en beneficio de los más vulnerables.

Entre sus novedades, en su mayor parte de profundo calado, la nueva Ley de Amparo prevé las siguientes figuras: declaratoria general de inconstitucionalidad, plenos de circuito e interés legítimo.

a) La *declaratoria general de inconstitucionalidad* está prevista en la frac. II del art. 107 de la CPEUM y regulada en el art. 231 (y siguientes) de la Ley de Amparo, mismo que dispone que cuando los órganos del PJJF establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la SCJN lo notificará a la autoridad emisora para que supere el problema de inconstitucionalidad. Transcurridos 90 días sin que la autoridad subsane la falta, el Pleno de la SCJN, por una mayoría de al menos ocho votos, emitirá la *declaratoria general de inconstitucionalidad*. Exceptuando normas generales en materia tributaria. La declaratoria general de inconstitucionalidad es uno de los elementos de mayor trascendencia de la reforma constitucional, ya que reforma no sólo el juicio de amparo, sino el alcance de nuestro ordenamiento jurídico. Si bien, en este diseño se respeta la facultad de la misma autoridad emisora de adecuar constitucionalmente la norma, preservando así el pleno respeto y equilibrio entre los Poderes de la Unión.

b) La frac. XIII del art. 107 constitucional prevé la creación de *Plenos de Circuito* para la resolución de contradicciones de tesis entre Tribunales Colegiados de un mismo Circuito (artículo décimo primero transitorio de la nueva Ley de Amparo). Cuando los Plenos de Circuito de distintos Circuitos, los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo Circuito, o los Tribunales Colegiados de un mismos Circuito con diferente especialización sustenten tesis contradictorias al resolver las contradicciones o los asuntos de su competencia, los ministros de la SCJN, los mismos Plenos de Circuito, y los demás órganos antes mencionados podrán denunciar la contradicción ante la SCJN, para que el Pleno o la Sala respectiva, decida la tesis que debe prevalecer.

c) La figura de *interés legítimo* está consagrada en la frac. I del art. 107 de la CPEUM, que prevé que el juicio de amparo se seguirá a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico (art. 5o. de la Ley de Amparo). A partir de ahora el amparo procede aun cuando la afectación no sea inmediata o directa para quien lo interpone, sino quien verdaderamente, a criterio del juzgador, demuestre la legitimidad de su interés, con lo cual se amplía aún más la protección de la del juicio de constitucionalidad. La figura del interés legítimo cuenta con un amplio desarrollo doctrinal y jurisdiccional en el derecho comparado y con algunos antecedentes en el derecho mexicano que, justamente, permite constituir como quejoso en el amparo a aquella persona que resulte afectada por un acto en virtud de, o la afectación directa a, un derecho reconocido por el orden jurídico —interés jurídico— o cuando el acto de autoridad no afecte ese derecho pero sí la situación jurídica derivaba del propio orden jurídico.

A propósito de la promulgación de la nueva Ley de Amparo, debe destacarse que también resulta reglamentaria del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y para la comprensión e interpretación de la *nueva Ley*, es de suma importancia tener presente que cada párrafo nuevo del art. 1o. constitucional conlleva implicaciones capaces de

revolucionar nuestras relaciones sociales. Establece ahora el párrafo inaugural que en México todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, a la par que de las garantías para su protección, así como que en conjunto su ejercicio no puede restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que se fijen en el propio texto de la ley fundamental. Continúa el segundo párrafo afirmando que las normas concernientes a los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, siempre a favor de que a las personas se conceda la mayor protección. Cierra este marco el tercer párrafo que ordena a todas las autoridades, acorde a sus competencias, respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que los informan, a la vez que les impone obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones.

Una concatenación de suma relevancia entre la nueva Ley de Amparo y la reforma en materia de derechos humanos se encuentra en los preceptos de la *nueva* Ley concernientes a los requisitos de las demandas de amparo indirecto y directo, en los siguientes términos:

“Artículo 108. La demanda de amparo indirecto deberá formularse por escrito o por medios electrónicos en los casos que la ley lo autorice, en la que se expresará: ...

VI. Los preceptos que, conforme al artículo 1o de esta Ley, contengan los derechos humanos y las garantías cuya violación se reclame. ...

Artículo 175. La demanda de amparo directo deberá formularse por escrito, en el que se expresarán: ...

VI. Los preceptos que, conforme a la fracción I del artículo 1o de esta Ley, contengan los derechos humanos cuya violación se reclame; ...”.

Si bien la *nueva* Ley de Amparo es la cristalización de la reforma constitucional de junio de 2011, no es, en modo alguno, el *fin de la historia* en la materia. Consecuentemente, la responsabilidad de su debida aplicación e interpretación corresponde a los titulares del Poder Judicial de la Federación. El juicio de amparo no es una institución jurídica más; es el catalizador que permite que el sistema de impartición de justicia federal funcione. El juicio de amparo es un derecho y una garantía. Es un derecho, porque su existencia y puesta en práctica, debe ajustarse, en todos sus extremos, a los requerimientos que establecen nuestra Constitución y también los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por México. Es una garantía, porque su mera existencia implica una salvaguarda de reparación, para todo aquel que ha visto menoscabados o restringidos sus derechos y libertades.

A través de la nueva Ley de Amparo, este recurso judicial *sencillo y rápido* —en términos del *deber ser* dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— retoma sus orígenes como el recurso efectivo para amparar ante los tribunales competentes contra cualquier violación de los derechos fundamentales. El juicio de amparo, como institución procesal, inspiró —a propuesta de la representación de México— la redacción del texto vigente del artículo 8o. de la Declaración Universal de los Derechos

Humanos. Por ello, debemos estar orgullosos de la institución del amparo, misma que se renueva para recuperar la mejor tradición mexicana protectora de los derechos de las personas.

Juan N. Silva Meza

NULIDAD PROCESAL

Consecuencia prevista en el ordenamiento jurídico que se actualiza ante la ausencia de los requisitos establecidos para la validez de los actos procesales que da lugar a su invalidez, en virtud de la presencia de alguno de los vicios que son el resultado de la no observancia de la forma legal a la que deben ajustarse las actuaciones jurisdiccionales.

El concepto de *proceso* o *procedimiento* es entendido como el conjunto de actos procesales que tienden a la declaración del derecho y su ejecución cuya violación está prescrita por la ley adjetiva respectiva. Ahora bien, el ideal regulativo que enmarca la institucionalización del *proceso*, como resultado del establecimiento de instancias jurisdiccionales de administración y procuración de justicia en los órdenes jurídicos de corte constitucionalista, se encuentra delimitado por un conjunto de derechos tales como el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, que a su vez encuentran concreciones más específica como la gratuidad en la justicia, el libre acceso a instancias judiciales, el derecho a dirigirse a las autoridades jurisdiccionales, a efecto de buscar su actuación y, finalmente, el derecho de obtener un fallo sobre el fondo de la cuestión debatida en el marco de los procedimientos previamente establecidos. En este orden de ideas, se observa que la noción de *forma* se encuentra estrechamente asociada con el concepto de *proceso*. Tal vinculación existe en virtud de que éstas constituyen las reglas básicas para encauzar la defensa de las partes, en razón de que su presencia es garantía de justicia e igualdad en la contienda. De acuerdo con Giuseppe Chiovenda, las *formas* son aquellas condiciones de lugar, tiempo y medios de expresión a las que deben someterse los actos procesales. De lo anterior se advierte que la *forma* puede referirse tanto al acto procesal en sí mismo, como al conjunto de actos procesales que se relacionan con el estándar requerido a su vez para la validez de otro acto en cadena. En una aproximación histórica de la evolución de las categorías que han empleado los juristas, sobre todo en los países de tradición romano germánica, en relación con el concepto de *forma*, lo que salta a la vista es la tendencia a la flexibilización del uso de estos mecanismos de validez de los procedimientos en las instancias jurisdiccionales y su orientación a la finalidad perseguida por cualquiera de los actos procesales que sean normados, esto es, la consideración de que las *formas procedimentales* en el derecho resultan valiosas en la medida en que concretizan estados de cosas protegidos como los principios procesales antes citados que generan certeza y seguridad jurídicas. En este sentido se observa, *grosso modo*, que se transita progresivamente de un rigurismo formal que encuentra su máxima expresión en la *legis acciones* del derecho romano, pasando por la *doctrina de la libertad absoluta de las formas*, imperante en la Revolución Francesa y que culmina en la *doctrina de la flexibilidad de las formas a la finalidad perseguida por el acto*, defendida por Carnelut-

ti, en su formulación del *principio moderno del fin procesal*, según el cual los actos procesales son válidos en la medida en la que se haya respetado la *forma* adecuada para la obtención de su finalidad. De esta manera resulta comprensible que el concepto de *formas procesales* se encuentre supeditado al concepto de *nulidades procesales*, bien se adopte un criterio clasificatorio de circunscribir el ámbito de las segundas al quebrantamiento de las primeras, o bien el criterio amplio de incluir en el concepto de nulidades, vicios que afectan a otros elementos del acto procesal, *i.e.*, sujeto y objeto; pero, en cualquier caso, las elaboraciones teóricas en torno a la teoría de las nulidades es comprensiva de las violaciones cometidas a las formas procesales en cualquiera de los campos en el derecho, sin ser privativa de algún sector en particular, pese a la existencia de regulaciones específicas en cada uno de ellos. Ahora bien, por lo que hace a la extensión del término *nulidad* en el marco de la teoría general del proceso se advierte que éste ha designado tanto al *error procesal* en sí mismo, como por ejemplo, un acto nulo, como los *efectos del error*, esto es, violaciones al procedimiento y, finalmente, el *medio de impugnación* prescrito por el ordenamiento respectivo, como forma de restituir las cosas al estado previo de la violación procedimental cuya repercusión trascienda al resultado del fallo. De tal suerte que una distinción que pudiera clarificar lo anterior sería aquella que distinga entre la *finalidad*, los *efectos* y los *tipos de errores* de los actos procesales. Por finalidad de los actos procesales, como se ha dicho en líneas anteriores, debe entenderse aquellos estados de cosas que conduzcan a la concreción de los principios que informan el proceso, de forma que los actos procesales estarán afectados de nulidad cuando carezcan de algún requisito que les impida lograr su finalidad; debe, no obstante, tratarse de una irregularidad grave y trascendental que viole los derechos constitucionalmente protegidos en el que se ubica prioritariamente el de la defensa en juicio y la igualdad en la contienda. Vistas así las cosas, el finalismo se propone analizar no ya el fin de la forma, sino el fin del acto cuya forma —u otro de sus elementos— ha sido vulnerado, que en suma se orientan a la correcta aplicación de las normas de fondo. Una consecuencia lógica de lo anterior sería que un acto que no obstante su irregularidad ha conseguido su fin, no será nulo (siempre y cuando no se haya afectado la finalidad de la forma). Ya en el terreno de los efectos, lo que se advierte es que la no observancia de las *formas* en los actos procesales y la consecuente existencia de anulabilidad, como capacidad de los actos de ser declarados nulos, conduce irremediamente a la declaración de ineficacia de las actuaciones que comprenden las instancias jurisdiccionales que abarcan directa o indirectamente. Lo anterior se expresa a través del latín *nullum est quod nullum effectum, producit*. Si bien resulta anulable todo acto procedimental que no se ajusta a la *forma* legal prescrita y que determina su validez, existe la posibilidad de validación o convalidación, comúnmente conocida en el lenguaje foral como *reposición de procedimiento*, que conduce a la restitución de los efectos de la irregularidad, esto es, la declaración de violaciones al procedimiento tiene el efecto de eliminar aquellos actos o actuaciones nulos a efecto de volver a introducir regularidad *según las formas* prescritas para ellos. Esta característica peculiar de la convalidación de la nulidad en los actos procesales, hace que la nulidad se distinga de la figura de la inexistencia presente en

su vasta mayoría en la teoría de los actos jurídicos prioritariamente en el derecho privado. Resulta en este sentido anecdótico que la categoría de actos inexistentes surge en el seno de la Comisión de trabajos preparatorios para el Código Civil Francés de 1804 y fue la solución al rígido principio de origen romanista *pas de nullitas sans texte*. Ante la imposibilidad de declarar nulos ciertos actos en razón de la taxatividad extrema del sistema legalista, en aquellos casos en los que la nulidad no estuviese expresamente prevista, el legislador francés optó por la categoría de los actos inexistentes la cual a su vez fue incorporada por el Código Rocco de 1930 en Italia. Finalmente, en tercer lugar, se ubican los errores o defectos de los actos procesales. En este sentido la teoría de la nulidad ha distinguido entre los *errores de contenido* y los *errores de procedimiento*, dicha clasificación pretende ser descriptiva de la actuación del juez y en este sentido opera *intra* procesalmente. Los primeros, también conocidos como errores *in iudicando*, no anulan los actos sin perjuicio de ser impugnables por vía de recurso. Los segundos, denominados *in iudicando*, casi siempre desembocan en la declaración de nulidad. El error *in procedendo* o vicio de actividad es identificable desde que comienza a movilizarse la acción y el proceso inicia y tanto las partes como el juez realizan actos de carácter sucesivo que conducen a consumar el juicio. En tal desarrollo del proceso, se verifican, como se ha mencionado, ante la falta de observancia de las *formas* que la ley procesal respectiva ha determinado en cada caso, actuando como garantía para los justiciables y como base fundamental del proceso. Los errores de razonamiento, *i.e.*, errores *in iudicando* tienen que ver con la apreciación de parte del juzgador; con la interpretación de hechos y de normas y su concatenación en la sentencia. A diferencia de estos últimos el ámbito de verificación de los errores *in procedendo* es la inexecución de la ley que regula la *forma* que norma la consecución de las diversas etapas del proceso; frente al error de aplicación en las normas de fondo, que conduce a que dicho acto deba ser reparado, dentro de los sistemas de revisión o de instancias superiores. A manera de conclusión restaría hacer mención sobre la forma de reparación de los errores *in procedendo*. Ésta debe entenderse como la previsión que existe en los ordenamientos en relación con la declaración de nulidad, sin importar la forma en que se presente (sea incidente, sea a través de un recurso o en vía de juicio), con lo cual la manera de hacer valer la nulidad dependerá de los momentos procesales oportunos que determine la ley adjetiva respectiva. En instancias revisoras, el estudio de la nulidad procesal, entendida como violaciones al procedimiento, que en el caso del juicio de amparo se lleva a cabo de manera oficiosa, obliga al juzgador a retrotraer las cosas al estado previo a la violación procesal a efecto de restituir la garantía de adecuada defensa en juicio.

Francisco Javier Cárdenas Ramírez