

R



RATIO DECIDENDI

En la doctrina del *stare decisis*, el sistema de precedentes o sentencias (en el derecho anglosajón —*Common Law*—) se compone de dos elementos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*. El elemento vinculante y obligatorio del “precedente judicial” en la doctrina inglesa es el *ratio decidendi* (en sentido literal “la razón para la decisión”). Previo a la elucidación de lo que constituye la *ratio decidendi* en la doctrina del precedente judicial inglés, es necesario establecer la importancia del mismo. El término precedente judicial puede ser entendido como el proceso o medio por el cual los juzgadores resuelven, siguiendo las decisiones tomadas en casos previos. En el derecho inglés, la doctrina del precedente judicial implica la aplicación del principio del *stare decisis*, es decir, el principio de “adherirse a los casos resueltos”. En la práctica, esta es una característica de obligatoriedad, lo que significa que los juzgados de igual rango deberán aplicar y seguir sus decisiones previas, y cualquier corte inferior está vinculado a seguir el principio del *stare decisis*. El juzgador, al emitir su fallo, enuncia los hechos que han sido probados durante el procedimiento, para después aplicar el principio normativo sobre los hechos probados para pronunciar el razonamiento jurídico de la resolución judicial (*ratio decidendi*). La *ratio decidendi* es el razonamiento normativo aplicado al caso concreto por el cual el juzgador fundamenta su resolución al caso concreto. La *ratio decidendi* es el único elemento de la decisión judicial que cobra autoridad en un precedente, puesto que es el principio normativo subyacente a la controversia resuelta, es decir, la razón en la cual se basa la decisión judicial del caso. Por tanto, la *ratio decidendi* es el principio normativo obligatorio para casos posteriores planteados ante la misma jurisdicción, puesto que cobra fuerza vinculante, y deberá ser aplicada por las cortes del mismo rango o de jerarquía inferior.

Debido a que el principio normativo contenido en el caso resuelto es la *ratio decidendi*, siendo el elemento obligatorio y vinculante, se sigue que los casos no son vinculantes en relación a los hechos, sino solamente en relación al razonamiento judicial, con base en el cual el juzgador se apoyó para resolver la controversia. En un caso, la distinción entre los hechos y el principio normativo subyacente, la *ratio decidendi* es compleja y resulta crucial para los propios juzgadores, puesto que es el elemento que tendrán que seguir y aplicar en futuras decisiones, la detallada inspección e identificación del principio normativo es trascendental para evitar errores o consecuencias jurídicas no deseadas en futuros litigios. Distinguir e identificar la *ratio decidendi* dentro de un precedente requiere la separación, por parte del juzgador, de los apartados relevantes e irrelevantes del razonamiento judicial. Los profesores Cross y Harris (*Precedent in English Law*, 4a. ed., 1992, p. 72) establecen que tradicionalmente: “La *ratio decidendi* del caso es aquella regla normativa expresa o implícitamente abordada por el juez como una instancia necesaria para arribar a su conclusión, la cual se adopta en la línea de razonamiento del juzgador”. En la actualidad, dentro de la doctrina del *stare decisis*, es generalmente aceptada la noción de que la *ratio decidendi* de un caso es lo que se determina como el principio normativo subyacente por las cortes, en casos posteriores, y no aquel principio que fue considerado por el juzgador en el caso original. Esta última

noción por la cual se puede llegar a distinguir la *ratio decidendi* de un caso, resulta ser más objetiva, puesto que resulta de mayor utilidad para el juzgador, al relegar cualquier enunciado dentro del caso que corresponda al elemento *obiter dictum*, debido a que los hechos de dos casos ulteriores raramente serán idénticos, de esta manera el juzgador en casos posteriores solo tendrá la tarea de restringir o bien extender la *ratio decidendi* de un caso resuelto previamente. Por ejemplo, si el juzgador decide que el pronunciamiento normativo o *ratio decidendi* en el *stare decisis* no es aplicable a los hechos controvertidos sobre los cuales tendrá que tomar una decisión, entonces restringe el ámbito de su aplicación; por el contrario, si el juzgador encuentra que la regla normativa o *ratio decidendi* resulta aplicable a otros hechos en una situación o controversia distinta, entonces estará ampliando su esfera de adjudicación.

La *ratio decidendi* generalmente no es enunciada de manera explícita en el razonamiento judicial; lo delicado de identificar el pronunciamiento normativo subyacente al caso es que el mismo puede encontrarse en medio de los enunciados que forman parte del *obiter dictum*. Lo verdaderamente relevante para la aplicación de la doctrina del precedente en el *Common Law* es descubrir la *ratio decidendi*, la combinación entre los hechos materiales y las reglas normativas aplicadas a los mismos, puesto que sobre estos recae el razonamiento resolutivo del juzgador dentro de la sentencia. La teoría avanzada por el profesor A. Godhart (Slapper y Kelly, *The English Legal System*, 11a. ed., Routledge, 2010-2011) para descubrir la *ratio decidendi* en una sentencia, es la de identificar los hechos que son considerados como materiales para el juzgador, en la resolución del caso concreto, puesto que todas aquellas opiniones, hechos no materiales o razonamientos que fueron irrelevantes para la decisión del caso, constituyen *obiter dictum*. Esta distinción resulta ser la más compleja, y en la que ponen mayor atención los juzgadores para descubrir la *ratio decidendi* de casos previos, puesto que dentro del cúmulo de *stare decisis* reportados por los editores (*reporters*) de la publicación de sentencias, el juzgador debe ser cauteloso, debido a que generalmente no encapsulan debidamente la *ratio decidendi* en el encabezado de la sentencia, es decir, en el resumen de los principales fundamentos de derecho aplicados en una resolución judicial. Es por esta situación que el juzgador no puede confiar plenamente en los encabezados de sentencias previas reportadas, ni constituye un método idóneo para la identificación y distinción de los elementos de la sentencia, puesto que los editores de los reportes pueden interpretar equivocadamente el razonamiento legal e intentar establecer la *ratio decidendi* en el encabezado de una forma demasiado extensa, o viceversa, excesivamente estricta. Es importante tener en consideración que dentro de una sentencia se pueden encontrar dos o más razones en las cuales el juzgador ha fundamentado su decisión; en estos casos, estas razones son *rationes decidendi* y no pueden ser relegadas como *obiter dicta*. Finalmente, es posible que varios jueces, en la resolución de un mismo caso, decidan a favor de una de las partes aplicando una regla normativa, pero fundamentando su decisión en distintas razones; en estos casos, la *ratio decidendi* es aquel razonamiento en el cual la mayoría de los jueces hayan coincidido.

María de Jesús Medina Arellano

RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

De conformidad con lo dispuesto por el inciso b), del art. 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tiene la atribución de formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos. Esta disposición es reproducida por el inciso b), del art. 18 del Estatuto de la CIDH, añadiendo que las medidas progresivas a favor de los derechos humanos deben ser también adoptadas por los gobiernos de los Estados dentro del marco de sus compromisos internacionales. En la Opinión Consultiva 13/93 del 16 de julio de 1993, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH) señaló que “la función principal de la Comisión es la promoción de la observancia y defensa de los derechos humanos”. Los arts. 50 y 51 de la CADH establecen etapas sucesivas en las que se generan dos documentos llamados “informes”, y que tienen carácter, uno preliminar y el otro definitivo, y que no pueden subsumirse en uno solo, ya que dichos preceptos establecen dos etapas diversas, aun cuando el contenido de esos documentos, de acuerdo con la conducta asumida por el Estado afectado, puede ser similar.

1. En la primera etapa, regulada por el art. 50, la CIDH, siempre y cuando no se haya alcanzado una solución amistosa, puede exponer los hechos y sus conclusiones en un documento dirigido al Estado interesado y que tiene carácter preliminar. Este “informe” se transmite con carácter reservado al Estado para que adopte las proposiciones y recomendaciones de la CIDH y solucione el problema. El Estado no tiene la facultad de publicarlo, ni tampoco la CIDH.

2. Una segunda etapa está regulada por el art. 51, y en ella, si en el plazo de tres meses el asunto no ha sido solucionado por el Estado al cual se ha dirigido el informe preliminar atendiendo las proposiciones formuladas en el mismo, la CIDH está facultada, dentro de dicho periodo, para decidir si somete el caso a la Corte-IDH por medio de la demanda respectiva o bien si continúa con el conocimiento del asunto, decisión que no es discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la CADH. Los tres meses se cuentan desde la remisión del informe del art. 50 al Estado interesado, y la Corte-IDH ha aclarado que dicho plazo, aun cuando no es fatal, tiene carácter preclusivo, salvo circunstancias excepcionales, por lo que respecta al sometimiento del caso a la Corte-IDH, con independencia de aquel que la Comisión señale al Estado para el cumplimiento de sus primeras recomendaciones. La Comisión puede elaborar un segundo informe, siempre que el asunto no haya sido elevado a la consideración de la Corte-IDH, dentro del plazo dispuesto (art. 51, CADH). En caso contrario, la CIDH posee la atribución de redactar un informe definitivo con las opiniones y conclusiones que considere convenientes, haciendo las recomendaciones pertinentes y dándole un plazo adicional al Estado para que

tome las medidas adecuadas enderezadas a cumplir sus obligaciones dentro de la CADH. Como se dijo, se trata de dos informes separados cuyo contenido puede ser similar; el primero (preliminar) no puede ser publicado y el segundo (definitivo) si puede serlo, previa decisión de la CIDH adoptada por mayoría absoluta de votos después de transcurrido el plazo que haya otorgado al Estado para tomar las medidas adecuadas.

3. Puede existir una tercera etapa con posterioridad al informe definitivo, cuando haya vencido el plazo que la CIDH ha dado al Estado para cumplir las recomendaciones contenidas en el informe definitivo, decisión que también debe apoyarse en la alternativa más favorable para la tutela de los derechos humanos.

En varias ocasiones, la Asamblea General de la OEA ha alentado a los Estados miembros a que den seguimiento a las recomendaciones de la CIDH, como lo hizo mediante su resolución AG/RES. 2672 (XLI-O/11) sobre Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la CIDH (punto resolutorio 3.b). Asimismo, la resolución AG/RES. 2675 (XLI-O/11) sobre Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en Seguimiento de los Mandatos Derivados de las Cumbres de las Américas, encomendó al Consejo Permanente continuar la consideración de medios para promover el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión por parte de los Estados miembros de la Organización (punto resolutorio 3.d).

En su Informe Anual 2012, la CIDH distingue las tres categorías en torno al cumplimiento de sus recomendaciones:

— Cumplimiento total (aquellos casos en que el Estado ha cumplido a cabalidad con todas las recomendaciones formuladas por la CIDH. Dado los principios de efectividad y reparación integral, la CIDH considera como cumplidas totalmente aquellas recomendaciones en las que el Estado ha iniciado y concluido satisfactoriamente los trámites para su cumplimiento).

— Cumplimiento parcial (aquellos casos en los que el Estado ha cumplido parcialmente con las recomendaciones formuladas por la CIDH, ya sea por haber dado cumplimiento solamente a alguna/s de las recomendaciones o por haber cumplido de manera incompleta con todas las recomendaciones).

— Pendientes de cumplimiento (aquellos casos en los cuales la CIDH considera que no ha habido cumplimiento de las recomendaciones, debido a que no se han iniciado ninguna gestión encaminada a tal fin; a que las gestiones iniciadas aún no han producido resultados concretos; a que el Estado explícitamente ha indicado que no cumplirá con las recomendaciones formuladas o a que el Estado no ha informado a la CIDH y esta no cuenta con información de otras fuentes que indique una conclusión contraria).

Uno de los temas de mayor trascendencia para el sistema interamericano y que ha dado lugar a un arduo debate en la doctrina es el referido a si las recomendaciones efectuadas por la CIDH, tanto en el informe preliminar como en el definitivo, resultan obligatorias para los Estados. Con el fin de reforzar el cumplimiento de sus recomendaciones, la CIDH planteó ante la Corte-IDH que la sola inobservancia de sus recomendaciones por parte de los Estados acarrea la responsabilidad internacional de estos en aplicación del princi-

pio *pacta sunt servanda*. La Corte-IDH, en consecuencia, se refirió a la naturaleza y alcances de las recomendaciones de la CIDH, en los siguientes casos:

— Caballero Delgado y Santana (sentencia del 8 de diciembre de 1995). La Corte-IDH resolvió en lo conducente: “67... el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el art. 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria”.

— Genie Lacayo (sentencia del 29 de enero de 1997). La Corte-IDH confirmó el criterio que ya había emitido (párr. 93).

— Loayza Tamayo (sentencia del 17 de septiembre de 1997). La Corte-IDH reiteró el criterio formulado anteriormente, agregando nuevos elementos: “80. Sin embargo, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo art. 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función ‘promover la observancia y la defensa de los derechos humanos’ en el hemisferio (Carta de la OEA, arts. 52 y 111). 81. Asimismo, el art. 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte ‘para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes’, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes”.

— Blake (sentencia del 24 de enero de 1998). La Corte-IDH confirmó el criterio sostenido en Loayza Tamayo (párr. 108).

Al analizar los alcances del caso Loayza Tamayo, Pedro Nikken sostiene que una obligación de “realizar los mejores esfuerzos” es, en términos jurídicos, una típica obligación de comportamiento que impone examinar la actuación del Estado frente a tales recomendaciones. Una reacción del Estado meramente pasiva frente a las recomendaciones de la Comisión, que implique una completa omisión de medidas encaminada a poner en práctica las recomendaciones, difícilmente sería compatible con la buena fe. En síntesis —concluye Nikken—, las recomendaciones de la CIDH, aunque no tienen la naturaleza de una sentencia en sentido estricto, obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, sin menoscabo del recurso que tiene todo gobierno que considere infundado el informe emitido por la CIDH en aplicación del art. 50 de la CADH, de tomar la iniciativa de la demanda ante la Corte-IDH para impugnar dicho informe y las recomendaciones en él contenidas.

Si se atiende a la línea interpretativa conforme a la cual los Estados parte del Pacto de San José “tienen el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole; y que en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas”; puede afirmarse que las recomendaciones de la CIDH, aunque no tienen la naturaleza de una sentencia en sentido estricto, obligan a los Estados a los cuales están dirigidas, máxime que estos gozan del derecho de recurrir ante la Corte-IDH el informe emitido por la CIDH, cuando lo estime infundado (art. 50, CADH).

Por tanto, las recomendaciones contenidas tanto en el informe preliminar como en el informe definitivo, son obligaciones que los Estados deben cumplir no solo porque deben obrar de buena fe de acuerdo con la costumbre internacional, sino, principalmente, porque al ratificar la CADH han asumido abiertamente, ante sus ciudadanos y la comunidad internacional, obligaciones claras y precisas para la protección y garantía de los derechos humanos allí reconocidos (*cf.* art. 1.º, párrs. 1 y 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Cynthia Chanut Esperón

RECURSO DE DUDA. MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL LLEVADO A CABO POR EL CONGRESO

El texto constitucional de 1824 estuvo integrado por instituciones de las Constituciones de Francia, Estados Unidos y España, de esta última Constitución fue de donde la Constitución de 1824 trasladó su control de constitucionalidad en el cual la protección constitucional correspondía a las Cortes Gaditanas (art. 372), correspondiéndole el art. 165 de la Constitución de 1824.

En esta primera etapa, correspondió al Poder Legislativo realizar el control de la Constitución por medio de la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes o decretos emanados de las legislaturas estatales y posteriormente realizar la anulación de tales decretos legislativos. El procedimiento que llevaba a cabo el Congreso para cumplir su objeto en primera instancia de darle solución a la duda de constitucionalidad que existiera sobre alguna ley o decreto era el de comparar la ley o decreto que le presentaban, y en caso de no coincidir con el texto constitucional o el acta constitutiva lo declaraba inconstitucional, este debía de ser anulado por la legislatura emisora. Las resoluciones que emitía al respecto se publicaban en los periódicos nacionales, donde el Congreso en primera instancia declaraba la inconstitucionalidad de la ley o decreto, basado en que eran contrarios a algún artículo de la Constitución federal o acta constitutiva, enseguida publicaba el decreto para tener la seguridad de su actuar.

El método, aunque en esencia sencillo, se justificaba por la integración del Congreso, el cual —como se sabe— era un cuerpo heterogéneo y de contras-

tes culturales e ideológicos, así este procedimiento cumplía con la exigencia pedida para tal fin.

Basta para ilustrar el siguiente ejemplo: “Enero 7 de 1829.- Ley.-Declaración de Inconstitucionalidad del Decreto número 12 de la Legislatura de Oaxaca.

El Decreto número 12 de la honorable legislatura de Oaxaca es contrario al art. 157 de la Constitución general y 18 y 19 del acta constitutiva” (esta ley circuló el mismo día, por la Secretaría de Relaciones, y se publicó en bando del 9).

El Decreto citado es como sigue: “Art. 1o. Que sea expulsado del territorio del estado el diácono D. Ignacio Ordoño.- Sin embargo se le continuará pagando por la tesorería del estado la pensión que disfruta.- Si regresare a cualquier punto de este territorio, se le declarará traidor y enemigo del estado.

2o. Será expulsado igualmente del estado D. José Mariano Toro hasta que el Gobierno declare que puede regresar, y si lo verificare sin permiso del Gobierno, incurrirá en la pena de cuatro años de presidio.

La protección de constitucionalidad que realizaba el Congreso lo hacía sobre todo el texto constitucional; como no había un capítulo ex profeso de derechos individuales, y estos se encontraban dispersos en el texto constitucional de 1824, al hacer su declaratoria también se encontraban protegidos.

La inquietud en esta primera etapa no consistía en la vigilancia que hacía el Congreso respecto a la constitucionalidad de leyes o decretos de las legislaturas estatales, sin embargo sí se tenía respecto a que el propio Congreso podría emitir leyes de carácter inconstitucional y que este fuera lo suficientemente ético para determinar que una ley o acto contrario al texto constitucional, emanado por el mismo, debería anularse.

Respecto al tema que se presenta, algunos autores han manejado que tal procedimiento se vio interrumpido por la entrada en vigor de las Siete leyes constitucionales, pues en la segunda de estas dio paso al Supremo Poder Conservador; sin embargo, en las mismas Siete leyes constitucionales podemos confirmar que se crearon dos sistemas de protección constitucional: uno que correspondía al Supremo Poder Conservador y el otro que continuaba en el Poder Legislativo. Al finalizar el corto periodo de las Siete leyes constitucionales se retomó el sistema de la Constitución de 1824 y el Acta de Reformas de ese mismo año, en el tópico en cuestión se pretendía mejorar y se proponía la intervención del Poder Judicial federal, es decir se pretendía que el Congreso siguiera vigilando la constitucionalidad de leyes y decretos de las legislaturas de los estados, pero se pretendía crear un procedimiento imparcial en donde interviniera el Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes o decretos emitidos por el Congreso federal, esto lo podemos constatar en el voto particular del señor Ramírez de 1841 y en la misma Acta de Reformas de 1847, en sus arts. 22 al 25.

Hipótesis que se ve reforzada con el proyecto de Ley Reglamentaria de los arts. 22 al 24 del Acta de Reformas de 1847 presentado en el Senado de la República en las sesiones del 18 y 21 de mayo de 1849. Misma que en cinco artículos señalaba el procedimiento de anulación de leyes inconstitucionales

emitidas por el Congreso general, el cual se desarrolla en cinco artículos, y daba inicio con la reclamación por el presidente de la República, por una cantidad determinada de diputados (10), seis senadores o tres legislaturas, de anticonstitucionalidad de una ley dentro del término de un mes de haber sido esta publicada ante la Suprema Corte de Justicia, la cual pasaba tal solicitud al fiscal para que este verificará la procedencia o no de tal solicitud. La Suprema Corte en tribunal pleno determinaba la procedencia o no de tal solicitud; en el primer supuesto comunicaba tal solicitud a las legislaturas estatales, designado el día para que estas emitieran su voto (esto dentro del término de tres meses); de ser improcedente tal solicitud se publicaba el parecer del fiscal y la declaración de la Corte. Después de un mes de haberse cumplido el plazo para la votación de las legislaturas, la Suprema Corte en tribunal pleno abría los pliegos de las legislaturas, y el presidente del más alto tribunal mandaba publicar el resultado de la votación, comunicando este tanto al Poder Ejecutivo como a ambas cámaras; en receso de estas, al Consejo de Gobierno. Si la votación de la mayoría absoluta de todas las legislaturas de los estados que forman la Federación fuera en el sentido de la nulidad de la ley, se realizaba la declaración de nulidad, por lo cual quedaba sin valor alguno la ley que hubiere dado motivo a la consulta.

En los debates del texto constitucional de 1857, el procedimiento en cuestión no fue abordado. Sin embargo, en las entidades federativas, de manera expresa, se seguía conservando esta figura haciéndose manifiesta en las Constituciones locales bajo el régimen de 1857, como Campeche en su art. 37, frac. IV; Chiapas en su art. 46, frac. V; en Chihuahua en su art. 64; Colima en el art. 64; Guerrero en el art. 50; Hidalgo en el art. 53, etcétera.

En el texto constitucional de 1917 no se contempló la anulación de leyes inconstitucionales por parte del Congreso, ya que solo en la afectación, de manera particular en la esfera de los gobernados, se otorgaba por vía de amparo la protección de sus efectos a un caso particular, esto se debió quizás por no haberse insertado en algún artículo constitucional, como sí lo fue el juicio de amparo, al cual como sabemos solo se le encomendó la protección de los derechos fundamentales del gobernado, más no la anulación de leyes de carácter inconstitucional.

Es hasta las reformas de 1994, cuando por vía de la acción de inconstitucionalidad y sujeto a una mayoría calificada el Poder Judicial puede anular leyes contrarias al texto constitucional.

Carlos González Blanco

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

El recurso de inconstitucionalidad, conocido en otras legislaciones como acción de inconstitucionalidad, se concede contra las leyes y reglamentos. Para determinar si son constitucionales o no, el juez constitucional realiza una confrontación de ellas con la Constitución.

Con relación a los tratados, de acuerdo con el art. 187 de la Constitución nicaragüense, pueden ser impugnados por inconstitucionales, tanto por la vía del recurso de inconstitucionalidad como por la vía del amparo, en su caso.

La ley puede ser impugnada cuando se violan las reglas esenciales del procedimiento para su formación (*error in procedendo*), para lo cual debe tenerse presente el procedimiento establecido en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Legislativo. Pero no se puede declarar la inconstitucionalidad por cualquier violación, sino solo cuando es sustancial (falta de iniciativa, falta del quórum legal con que sea aprobada, etcétera).

También puede ser impugnada por violar el mandato, principio o valor material de las disposiciones constitucionales, lo mismo cuando altera la organización y competencia de los poderes del Estado y órganos constitucionales.

Es poco frecuente la impugnación de la ley por vicios de forma. En cambio es muy usual impugnar la ley inconstitucional por vicios de fondo y de competencia.

La legitimación para interponer este recurso varía en los diferentes países; en unos es amplia y en otros restringida.

En Nicaragua, a todos los ciudadanos se les concede el recurso directo de inconstitucionalidad contra la ley ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, dentro de sesenta días de su entrada en vigencia. Es una acción popular, abstracta, no es preciso alegar perjuicio personal, se concede en beneficio del derecho objetivo constitucional. Después de vencido este plazo, sin que se haya interpuesto recurso alguno de inconstitucionalidad, no por ello la ley queda exenta de ser impugnada por ser inconstitucional, pero a través del amparo cuando sea aplicada en caso concreto, en cuyo caso el legitimado para ello es la parte agraviada.

El recurso de amparo no es procedente contra el proceso de formación de la ley.

La legitimación pasiva la tiene la Asamblea Nacional, representada por el presidente de su Junta Directiva.

La sentencia que declara la inconstitucionalidad, en virtud del recurso de inconstitucionalidad de la ley, produce la nulidad de esta, pero existen protecciones para ciertos actos realizados durante su vigencia (derechos adquiridos, buena fe, etcétera). En cambio, la inconstitucionalidad decretada a través del amparo solo produce efecto entre las partes, del cual conoce la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

En el constitucionalismo moderno, el control de inconstitucionalidad por omisión de la ley es objeto de detenido estudio; lo que no se dio en el clásico.

Esta inquietud tiene su acogida primero en Yugoslavia, pasa a Portugal y después a Latinoamérica.

La inconstitucional por omisión puede ser total o parcial. Es total cuando la Constitución contempla la aprobación de una ley y el legislador no la aprueba.

Para que proceda en este supuesto es necesario: que la norma constitucional exija la aprobación de la ley, pues si no lo exige, se deja al criterio del legislador la oportunidad de su aprobación, de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas y económicas; que exista mora por el vencimiento del plazo establecido en la Constitución, y si no existe plazo, que haya transcurrido un tiempo prudencial para que entre en mora el legislador, de acuerdo a las

circunstancias y exigencias del momento; y la impugnación por persona legitimada para ello, la que es atribuida a los perjudicados por la omisión.

La omisión es parcial cuando se aprueba la ley, pero se omiten algunos aspectos, instituciones, casos, personas o situaciones, en cuyo supuesto existe inconstitucionalidad de la ley por omisión.

El recurso por omisión puede ser un instrumento para promover y aplicar los derechos sociales.

En un sistema, como el nicaragüense que no contempla este recurso, se deben usar otros recursos como el de amparo y recursos innominados, y los tribunales pueden valerse de las sentencias aditivas, normativas y apelativas para corregir la inconstitucionalidad por omisión.

Existen tres sistemas que contemplan la omisión. En uno, en el fallo se le exige al Legislativo dictar la ley, señalándole o no plazo para ello; en otro, el juez constitucional recomienda al legislativo aprobar la ley, y resuelve el caso concreto; y en el tercero el juez constitucional aprueba una normativa en forma provisional, mientras el Legislativo acepta la recomendación de la sentencia y la aprueba, pero esto es poco aceptable porque viola la división de poderes. El sistema más aceptable es el segundo.

Iván Escobar Fornos

RECURSO DE QUEJA (AMPARO MEXICANO)

Una de las peculiaridades de este recurso es que, a pesar de ser un medio de impugnación que procede en el trámite del juicio de amparo, en algunos casos se contempla la posibilidad de combatir decisiones de la autoridad responsable; por ejemplo, contra actos u omisiones en la recepción de la demanda de amparo directo. La legitimación para interponer la queja recae en las partes del juicio de amparo, no obstante, como en todo medio de impugnación, se necesita que quien lo interponga se vea afectado material y jurídicamente en sus intereses. Técnicamente, el recurso de queja es considerado como un medio de impugnación que procede contra las determinaciones en las que no procede expresamente el recurso de revisión.

En la generalidad de los casos, este recurso debe presentarse por escrito ante el órgano jurisdiccional que conozca del juicio de amparo; sin embargo, tratándose de queja contra actos u omisiones de la autoridad responsable, aquella debe plantearse ante el juzgado o tribunal que haya conocido o deba conocer del juicio de amparo. El plazo para su interposición es de cinco días hábiles, salvo que se trate de autos que concedan o nieguen la suspensión provisional o de plano, pues en estos casos —dada la naturaleza del propio auto impugnado— el plazo se reduce a dos días hábiles. Además, la legislación de amparo contempla la posibilidad de acudir al recurso de queja en cualquier momento, cuando se impugne la omisión de la autoridad de dar trámite a una demanda de amparo.

El art. 97 de la Ley de Amparo enumera los casos en que es procedente el recurso de queja. En amparo indirecto, procede contra las determinaciones siguientes: a) que admitan total o parcialmente, desechen o tengan por no

presentada la demanda de amparo o su ampliación; b) que concedan o nieguen la suspensión de plano o la provisional; c) que rehúsen la admisión de fianzas o contrafianzas, o admitan las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar excesivas o insuficientes; d) que reconozcan o nieguen el carácter de tercero interesado; e) que se dicten durante la tramitación del juicio, o del incidente de suspensión, siempre y cuando no admitan expresamente el recurso de revisión y que por su naturaleza trascendental y grave puedan causar perjuicio a alguna de las partes, no reparable en la sentencia definitiva; así como las que con las mismas características se emitan después de dictada la sentencia en la audiencia constitucional; f) que decidan el incidente de reclamación de daños y perjuicios; g) que resuelvan el incidente por exceso o defecto en la ejecución del acuerdo en que se haya concedido la suspensión provisional o definitiva del acto reclamado, y h) que se dicten en el incidente de cumplimiento sustituto de las sentencias de amparo.

En el caso del inciso e, el art. 102 de la Ley de Amparo establece que el juez de distrito o tribunal unitario de circuito de cuya potestad emanó el acto materia de la queja, podrá suspender el procedimiento en el juicio; lo anterior, siempre que se estime que la resolución que se dicte en ella pueda influir en la sentencia, o cuando de resolverse en lo principal, se hagan nugatorios los derechos que pudiera hacer valer el recurrente en el acto de la audiencia. Esta situación nos permite considerar que el recurso de queja, interpuesto bajo la hipótesis señalada (contra autos emitidos durante la tramitación del juicio), será improcedente cuando el acuerdo de trámite impugnado no causa ese tipo de perjuicio. Un ejemplo de determinaciones que no causan perjuicio al recurrente podría ser el auto que recae al escrito de expresión de alegatos o de la recepción de una pericial.

En amparo directo, el recurso de queja procede contra actos u omisiones de la autoridad responsable en los casos siguientes: a) cuando omita tramitar la demanda de amparo o lo haga indebidamente; b) cuando no provea sobre la suspensión dentro del plazo legal, conceda o niegue esta, rehúse la admisión de fianzas o contrafianzas, admita las que no reúnan los requisitos legales o que puedan resultar excesivas o insuficientes; c) contra la resolución que decida el incidente de reclamación de daños y perjuicios, y d) cuando niegue al quejoso su libertad caucional o cuando las resoluciones que dicte sobre la misma materia causen daños o perjuicios a alguno de los interesados.

En relación con el recurso de queja, la Suprema Corte Mexicana interpretó el contenido del art. 95 de la abrogada Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, en el cual se catalogaban las hipótesis de procedencia del recurso de queja. En este sentido, la Corte (Jurisprudencia 1a./J. 12/2011) estableció que si el promovente de un recurso de queja, al interponerlo incurre en error por cuanto se refiere a la precisión de la fracción en la cual está previsto el supuesto jurídico que pretende combatir, el órgano jurisdiccional a quien corresponda conocer de aquel, debe enmendar dicho error y avocarse a su análisis y resolución. Lo anterior, con la salvedad de que la interposición del recurso se hubiere efectuado dentro del plazo y con los requisitos expresamente establecidos en la ley, suplencia técnica que —estimó la Corte— no implica cambiar un recurso por otro distinto, pues únicamente consiste en

precisar la fracción correcta en la que encuadra la inconformidad respectiva. Este criterio, si bien fue adoptado bajo la vigencia de un cuerpo legal abrogado, puede servir de base para la aplicación del contenido del actual art. 97 de la vigente Ley de Amparo.

La Ley de Amparo de 1936 establecía la procedencia del recurso de queja contra actos emitidos en cumplimiento o ejecución de sentencias de amparo; sin embargo, como resultado de la evolución que ha tenido el juicio de amparo en nuestro país, como medio de protección de los derechos fundamentales, la legislación de amparo vigente a partir del 3 de abril de 2013, en su art. 96, amplió el espectro de medios de impugnación y estableció el recurso de inconformidad como medio de impugnación contra actos emitidos en cumplimiento o ejecución de sentencias. Esto significa que la actual Ley acotó la procedencia del recurso de queja únicamente contra actos emitidos en el trámite del juicio de amparo, y de aquellos que después de dictada la sentencia pudieran causar perjuicio irreparable al gobernado, siempre y cuando, se insiste, el auto materia de la impugnación no tenga nada que ver con el cumplimiento y ejecución de la resolución que otorgó la protección constitucional.

Sin duda, la Ley de Amparo vigente simplifica la técnica para la presentación y sustanciación del recurso de queja y, desde luego, hizo a un lado aquel debate en el que se sostenía que las impugnaciones contra actos emitidos en ejecución y cumplimiento de sentencias, debían tramitarse de manera incidental.

Daniel Álvarez Toledo

RECURSO DE QUEJA EN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Es el medio de impugnación mediante el cual se pretende el cumplimiento forzoso de una resolución con efectos generales dictada en una acción de inconstitucionalidad, en la que, naturalmente, se determinó la inconstitucionalidad de la norma general sometida a escrutinio constitucional y/o convencional.

Cabe precisar que este recurso es notoriamente improcedente contra las sentencias que arriben a la conclusión de que la ley o tratado internacional impugnado es constitucional.

Ahora bien, la sentencia dictada en una acción federal de inconstitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación trae aparejada *ejecución*: ante su eventual incumplimiento, la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en consonancia con la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 constitucional, las normas relativas a su estricta observancia.

En ese tenor, el art. 59 de dicho ordenamiento prevé la aplicación de las disposiciones del título II —controversias constitucionales—, cuando sea pertinente en acciones de inconstitucionalidad.

Considerando lo anterior, es incuestionable la procedencia del recurso de queja establecido en la frac. II, del art. 55, de la citada Ley Reglamentaria por exceso o defecto en el cumplimiento de una sentencia dictada en una

acción federal de inconstitucionalidad, en virtud de que un punto estructural del control abstracto ejercido por el alto tribunal es el cabal cumplimiento de la resolución que declara la inconstitucionalidad o inconventionalidad con efectos generales, ya que de lo contrario se estaría burlando el apego normativo, así como el pleno respeto a la norma fundamental y a las convenciones internacionales en materia de derechos humanos, de las cuales forme parte el Estado mexicano.

El incumplimiento de una sentencia dictada en una acción de inconstitucionalidad que determina la inconstitucionalidad del objeto normativo impugnado no sería posible resarcirlo mediante el ejercicio posterior de diversa acción de inconstitucionalidad o un juicio de amparo, de ser así, nos encontraríamos ante una resolución sin fuerza ejecutoria, carente de eficacia y ante un control de constitucionalidad nugatorio ante la generalidad que implican las sentencias que declaran la invalidez, ya que su cumplimiento quedaría a disposición de las autoridades legislativas emisoras y ejecutivas promulgadoras del producto normativo cuestionado, con lo que la finalidad del art. 105 de la Constitución federal y el ejercicio de contraste que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación no tendrían utilidad alguna.

Por tanto, es evidente que el recurso de queja en la acción de inconstitucionalidad no tiene como finalidad cuestionar actos de miembros del Poder Judicial federal o resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, su acción está dirigida a elementos ajenos tanto a dicho poder como a los integrantes del alto tribunal, su objeto real de que se acate en su integridad el fallo dictado en el referido medio de control de constitucionalidad es, en síntesis, un medio para que la Corte, en su dimensión de Tribunal Constitucional, pueda intervenir en el cumplimiento íntegro de la sentencia ejecutoria dictada con motivo de una acción federal de inconstitucionalidad.

El cimiento constitucional de dicho recurso lo encontramos en el art. 105 de la Constitución federal, y su regulación, en los arts. 55 a 58 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

RECURSO DE RECLAMACIÓN (AMPARO MEXICANO)

En los órganos jurisdiccionales de amparo con integración colegiada, corren a cargo de sus presidentes una serie de actos que van desde la admisión o desechamiento de demandas o recursos, hasta el trámite e integración de los mismos. Frente a dichas actuaciones, el legislador previó como medio de impugnación el recurso de reclamación, cuya razón estructural está definida en el art. 104 de la Ley de Amparo. Este recurso procede contra los acuerdos de trámite dictados por el presidente de la Suprema Corte de Justicia mexicana, por los presidentes de sus salas o de los tribunales colegiados de circuito. El plazo para su interposición es de tres días hábiles, sin embargo, la Primera Sala del aludido tribunal constitucional determinó (jurisprudencia 1a./J. 82/2010) que si dicho recurso se interpone antes de que inicie dicho plazo, su presentación no es extemporánea, pues si el aludido medio de defensa no

puede hacerse valer después de tres días, ello no impide —por lógica elemental— que el escrito correspondiente se presente antes de ese término.

A pesar de que el art. 104 de la Ley de Amparo establece el tipo de autos contra los cuales procede el recurso de reclamación (acuerdos de trámite dictados por el presidente de la Suprema Corte o por los presidentes de sus salas o de los tribunales colegiados de circuito), consideramos que para su procedencia no basta que solo sea un auto de trámite, sino que el auto que se pretenda recurrir cause a la parte recurrente un agravio personal, directo y actual en su círculo jurídico de derechos; es decir, que materialmente afecte los intereses del recurrente, como un elemento fundamental y estructural del principio de impugnación, el cual consiste en que las partes de un procedimiento, por regla general, deben estar en aptitud de controvertir los actos que lesionen sus derechos.

En cuanto a las formalidades externas y requisitos de fondo, el citado art. 104 exige la concurrencia de las siguientes condiciones: que se presente de forma escrita y que se planteen los agravios que irrogue la resolución recurrida. En contraposición a lo anterior, el art. 80 de la Ley de Amparo establece que los medios de impugnación que existen en el juicio de amparo, así como los escritos y promociones que se realicen en ellos pueden ser presentados en forma impresa o de manera electrónica. En este aspecto, si bien corresponderá a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación definir esta posible antinomia en cuanto a la forma en cómo se debe presentar el recurso de queja, creemos que su interposición debería ser aceptada en uno u otro caso, sobre todo porque los procedimientos jurisdiccionales deben adaptarse a las nuevas tecnologías de la información.

Del recurso de reclamación toca resolver, según sea el caso, al pleno o salas de la Suprema Corte, o al pleno del tribunal colegiado respectivo, quienes deberán emitir resolución en un plazo máximo de diez días hábiles, a partir de su presentación. Los efectos de una reclamación fundada serán la de dejar sin efectos el acuerdo recurrido y obligar al presidente de la corte, sala o tribunal colegiado a emitir el auto que corresponda, siguiendo los lineamientos de la determinación que resolvió el citado recurso.

Daniel Álvarez Toledo

RECURSO DE RECLAMACIÓN EN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En general, los recursos constituyen el acto de impugnación de los actos procesales mediante los cuales se pretenden anular las determinaciones de trámite dentro de un proceso que el actor o recurrente considera que son incorrectos con la finalidad de regresar a la etapa procesal correcta o atinada. Siendo así, en una primera aproximación, el recurso de reclamación en la acción de inconstitucionalidad es un medio de impugnación dentro del proceso abstracto de control de constitucionalidad establecido en el art. 105, frac. II de la Constitución federal, así como en la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 de la misma, y tiene como objeto cuestionar el auto del ministro instructor en el que determinó desechar la acción promovida.

Su objeto es enmendar un agravio que el recurrente estima que cometió el ministro instructor, y como consecuencia, hacer que se inicie un proceso, se reinicie o se reencause.

En términos más amplios, podemos afirmar que el recurso de reclamación en la acción de inconstitucionalidad es un recurso ordinario, devolutivo e instrumental, que tiene por objeto solicitar a un ministro distinto del instructor la procedencia de una acción federal de inconstitucionalidad que el recurrente considera indebidamente inadmitida o desechada por el ministro “ponente” o “instructor”, solicitando en él la revocación de la resolución —*auto*— de este último, por virtud de la cual se acordó la precitada inadmisión.

El art. 70 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del art. 105 constitucional, concretiza el supuesto de procedencia del medio de impugnación en análisis, al señalar que el recurso de reclamación, previsto en el art. 51, únicamente será procedente contra los autos del ministro instructor que decreten la improcedencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad.

El recurso de reclamación deberá interponerse en un plazo de cinco días en cualquier materia; sin embargo, cuando se trate de leyes electorales, dicho plazo se reduce a tres días y el pleno de la Suprema Corte lo resolverá de plano, dentro de los tres días siguientes a su interposición.

En términos del art. 53 de la citada Ley Reglamentaria, el recurso de reclamación se debe ejercitar ante el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien a su vez correrá traslado a las demás partes para que dentro del plazo de cinco días aleguen lo que a su derecho convenga. Una vez que este plazo ha transcurrido, el presidente del alto tribunal turnará los autos a un ministro distinto del instructor, con el fin de que elabore el proyecto de resolución que deba someterse al pleno.

Existen ocasiones en las que los recursos se interponen sin motivo alguno o bien con la intención de “retardar” el proceso, por ello el legislador, tratándose del recurso de reclamación en acciones federales de inconstitucionalidad, estableció en el art. 54 de la citada Ley Reglamentaria una multa, la cual será impuesta al recurrente a razón de diez a ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de realizarse la conducta sancionada, es decir, al momento en el que se ejerció el recurso.

El asidero constitucional del medio de impugnación analizado se encuentra establecido en el art. 105 de la Constitución federal, y su regulación, en los arts. 51 a 54 y 70 de la Ley Reglamentaria de las fracs. I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Iván Carlo Gutiérrez Zapata

RECURSO DE REVISIÓN (AMPARO MEXICANO)

La doctrina del derecho procesal instruye, en la generalidad de los casos, que las resoluciones judiciales de primera instancia pueden ser objeto de estudio por el tribunal de mayor jerarquía, mediante la interposición del recurso correspondiente. México no está ajeno a este aspecto, pues, a diferencia de otros países, dentro del amparo mexicano existe la posibilidad de interponer

diversos recursos, uno de ellos es el de revisión, cuyo trámite resulta un poco complejo dada la forma como está regulado en la Ley de Amparo. La competencia para resolver el recurso de revisión, según sea el caso, recae en la Suprema Corte de Justicia mexicana y en los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación; su interposición debe hacerse en el plazo de diez días hábiles, por conducto del órgano jurisdiccional que haya dictado la resolución recurrida.

Las hipótesis de procedencia del recurso de revisión se encuentran enumeradas en el art. 81 de la Ley de Amparo. En dicho numeral se establece que en *amparo indirecto*, el recurso de revisión procede contra las resoluciones que concedan o nieguen la suspensión definitiva; en este caso, los autos o determinaciones que se dicten en la audiencia incidental deberán impugnarse al mismo tiempo en que se interponga el recurso contra la resolución definitiva emitida en el incidente de suspensión. El recurso de revisión también procederá en contra de las resoluciones que modifiquen o revoquen el acuerdo en que se conceda o niegue la suspensión definitiva; en este sentido, los autos emitidos en la audiencia incidental deberán ser impugnados junto con la resolución definitiva. De la misma forma, el recurso de revisión procede contra las resoluciones que decidan el incidente de reposición de constancias de autos; las que declaren el sobreseimiento fuera de la audiencia constitucional, y las sentencias dictadas en la audiencia constitucional.

A manera de excepción, se pueden impugnar ante la Suprema Corte mexicana las sentencias pronunciadas por los tribunales colegiados de circuito en los juicios de amparo directo contra sentencias judiciales, cuando en ellas se estime la inconstitucionalidad de una ley o se interprete directamente un precepto de la Constitución federal. En este caso, la procedencia del recurso de revisión contra las resoluciones dictadas por los tribunales colegiados de circuito se fija mediante la concurrencia de: a) que se trate de sentencias dictadas en amparo directo, b) que en ellas se decida una cuestión sobre la inconstitucionalidad de una ley o se interprete directamente algún precepto de la Constitución, y c) que la decisión e interpretación citadas no se funden en jurisprudencia establecida por la Suprema Corte. No obstante, el art. 83 de la Ley de Amparo establece la competencia de la Suprema Corte mexicana para conocer del recurso de revisión contra las sentencias dictadas en amparo indirecto, cuando se hayan impugnado normas generales por estimarlas inconstitucionales, o cuando en la sentencia se establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución y subsista en el recurso el problema de constitucionalidad; así, por exclusión, los tribunales colegiados de circuito son competentes para conocer del recurso de revisión en amparo indirecto en los casos no previstos en el artículo anteriormente citado.

En ambos casos (revisiones en amparo directo e indirecto), la parte que obtuvo resolución favorable a sus intereses puede adherirse a la revisión interpuesta por el recurrente, dentro del término de cinco días, contados a partir de la fecha en que se le notifique la admisión del recurso, expresando los agravios correspondientes; en este caso, la adhesión al recurso sigue la suerte procesal de este. Esta figura procesal es denominada revisión adhesiva.

La legitimación para interponer el recurso de revisión requiere la satisfacción de las condiciones siguientes: a) gozar del atributo de parte, acorde a lo previsto en el art. 5o. de la Ley de Amparo, y b) tener interés para que subsista o desaparezca una resolución determinada. Es decir, no basta ser formalmente parte en el juicio de amparo para estar en aptitud de interponer el recurso de revisión, sino que —además— es exigencia *sine qua non* que el fallo que se pretenda recurrir cause a la parte recurrente un agravio personal, directo y actual en su círculo jurídico de derechos; esto es, que materialmente se vean afectados sus intereses, como un elemento fundamental y estructural del principio de impugnación, el cual consiste en que las partes de un procedimiento, por regla general, deben estar en aptitud de controvertir los actos que lesionen sus derechos.

Bastaría considerar que los recursos previstos en la Ley de Amparo fueron consagrados con el propósito de reparar los perjuicios sufridos por las partes en el juicio con motivo de las determinaciones ilegalmente adoptadas por el órgano jurisdiccional, para llegar a la conclusión de que es inadmisibles la revisión intentada contra un fallo de sobreseimiento por parte de la autoridad responsable, pues en realidad no le causa ningún perjuicio. Por ejemplo, una determinación que sobresee en el juicio, si bien puede resultar lesiva para el quejoso, pues le impide obtener una sentencia favorable a sus intereses, lo cierto es que no puede causar por sí misma perjuicio a las autoridades responsables, porque ni vincula su actuación en algún sentido, como tampoco le impone deberes, menos aún prejuzga sobre la constitucionalidad del acto reclamado.

Finalmente, el recurso de revisión tiene una limitación en cuanto a su interposición respecto de la autoridad responsable, la cual está contenida en el art. 87 de la Ley de Amparo. En este caso, la autoridad responsable solo podrá interponer el recurso de revisión contra sentencias que afecten directamente el acto reclamado de cada una de ellas. Empero, las autoridades judiciales o jurisdiccionales carecen de legitimación para recurrir las sentencias que declaren la inconstitucionalidad del acto reclamado, cuando este se hubiera emitido en ejercicio de la potestad jurisdiccional, ya que este tipo de autoridades tienen como característica esencial la imparcialidad que es intrínseca a la función jurisdiccional. En efecto, estas autoridades tienen como finalidad la búsqueda de la verdad jurídica mediante el ejercicio de la función de decir el derecho entre las partes contendientes, con la única y exclusiva pretensión de administrar justicia y garantizar los derechos de la sociedad y el interés público, lo que les impide asimilarse a las partes.

Por ello, las autoridades jurisdiccionales no pueden válidamente recurrir en revisión la ejecutoria dictada en el juicio constitucional que declara la inconstitucionalidad de la resolución impugnada en la vía de amparo, pues con ello estarían favoreciendo a una de las partes contendientes con el correlativo perjuicio de la otra, demeritando así el deber de imparcialidad que la ley les impone y violando las obligaciones legales que les incumben como resolutoras, intérpretes y aplicadoras de la ley, lo cual resulta contrario al principio de igualdad procesal.

Daniel Álvarez Toledo

RECURSO INDIVIDUAL DIRECTO

En el campo de la justicia constitucional debe entenderse este instrumento procesal como el procedimiento establecido en numerosos ordenamientos contemporáneos para acudir en última instancia ante los tribunales o cortes supremos especializados en la solución de los conflictos surgidos con motivo de la aplicación de las normas fundamentales cuando se imputa a las autoridades públicas, y actualmente también a los llamados poderes privados, la violación de los derechos humanos de los afectados establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, con la inclusión reciente de los establecidos en los documentos internacionales incorporados a los mismos.

Este concepto puede aplicarse a los recursos que se interponen ante dichos organismos jurisdiccionales para la protección de los derechos humanos en los ordenamientos de América Latina y España (y por influencia de este último país en algunos otros ordenamientos) y que han recibido el nombre genérico de “recurso”, “acción” o “juicio de amparo”, por lo que, para no incurrir en repeticiones, no se hará mención del derecho de amparo, que debe consultarse en la voz correspondiente.

Por tanto, únicamente se hará referencia en esta voz del diccionario a las impugnaciones procesales que se han regulado en la mayoría de los ordenamientos constitucionales de Europa continental, y que se han extendido de manera paulatina y progresiva a otros sistemas jurídicos contemporáneos.

En esta dirección se puede afirmar que, a diferencia de lo que ocurrió en el continente americano, en el cual, por influencia de la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787, se estableció un sistema jurisdiccional para conocer de los conflictos de carácter constitucional con matices y modalidades, en Europa continental se encomendó a órganos políticos, particularmente el Legislativo, pero también algunos organismos especiales, en particular en algunas Constituciones francesas, tales como el Senado conservador de la Carta revolucionaria de 1799 (año VIII), la decisión sobre los conflictos de carácter constitucional, ya que inversamente al sistema americano, se prohibió expresamente a los jueces pronunciarse sobre la conformidad de las leyes aplicables en los casos concretos en los cuales conocían, con la Constitución.

Se puede afirmar que en Europa continental se introdujo el control jurisdiccional de las controversias de carácter constitucional, en la Carta federal austriaca de 1920, que se inspiró en este aspecto en el pensamiento del ilustre jurista Hans Kelsen, quien además fue miembro de la Asamblea Constituyente, ya que en dicha carta fundamental se estableció por vez primera un tribunal especializado denominado “Corte Constitucional” a la cual se encomendaron, además de otras atribuciones como las relativas al conocimiento y solución de los conflictos de competencia y atribución de los órganos del Estado, la impugnación de las disposiciones legislativas y algunas otras, como la protección de los derechos humanos establecidos en una ley anterior expedida el 21 de diciembre de 1867 (reconocida como ley constitucional por el anexo 1 de dicha carta fundamental, todavía vigente) por conducto del “recurso directo individual” encomendado en última instancia ante dicho Tribunal, con la denominación genérica de *Beschwerde* (literalmente queja). La Carta

federal austriaca experimentó una reforma sustancial en 1929, pero sin alterar la esencia de la jurisdicción constitucional. Este modelo fue seguido por la Constitución de la nueva República de Checoslovaquia, establecida en esa primera posguerra, que fue expedida meses antes de la austriaca, pero inspirada por el proyecto de esta última, y que también consagró dicho recurso directo individual. En ese mismo periodo, la Constitución republicana española de diciembre de 1931, que en esta materia siguió el paradigma austriaco, estableció también un organismo jurisdiccional especializado que denominó “Tribunal de Garantías Constitucionales” al cual atribuyó la competencia de conocer, además del recurso de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, el de la violación de los derechos humanos consagrados en dicho texto fundamental, por conducto del citado “recurso directo individual”, con el nombre de “recurso de amparo” (denominación tomada expresamente de la institución de origen mexicano), lo que confirma la afirmación de que existe equivalencia entre ambos instrumentos tutelares de los derechos fundamentales.

El modelo kelseniano fue suspendido en Austria desde 1934 por un gobierno autoritario, y se suprimió, como era de esperarse, durante la anexión de Austria por el gobierno autoritario de Hitler en 1938, y ocupada por el ejército alemán hasta 1945, cuando Austria fue liberada. Uno de los primeros actos del régimen democrático de ese país (formado durante la ocupación aliada) fue el restablecimiento de la Carta Federal de 1920-1929, y por supuesto de la Corte Constitucional de carácter individual. No sería posible señalar, por la índole de este trabajo, el enriquecimiento progresivo de los derechos humanos incorporados en los numerosos anexos del texto fundamental, incluyendo los de los tratados internacionales ratificados por dicho país, tutelados por el propio recurso.

A partir de entonces, el modelo continental austriaco o kelseniano se extendió de manera progresiva en los nuevos textos fundamentales expedidos en la segunda posguerra, los cuales establecieron tribunales y cortes constitucionales, entre los que destacan las Constituciones de Italia (1948), de la República Federal de Alemania (1949), de Portugal (1976-1982) y de España (1978); a las cuales se puede comprender dentro de la primera ola de jurisdicciones constitucionales, que se extendió a otros ordenamientos de diversas tradiciones jurisdiccionales, inclusive en Asia y en África. Una segunda ola, y además muy extensa, se produjo a partir de 1989, en cuanto los países de Europa del Este abandonaron al modelo soviético y se aproximaron a los regímenes de Europa occidental, y poco tiempo después lo hicieron varias partes de la Unión Soviética, la que se desintegró en esa época, ya que se independizaron y formaron la Comunidad de Estados Independientes. Con los restos de la anterior Unión Soviética se formó la República Federal de Rusia. Todos estos nuevos o reformados ordenamientos introdujeron tribunales y cortes constitucionales de acuerdo con el paradigma occidental. También es digna de mención la transformación sustancial del régimen de la República Sudafricana, la que después de años de lucha, tanto interna como internacional, pudo superar al oprobioso régimen discriminatorio del *Apartheid*, por conducto de la Constitución provisional de 1994, que creó también una Corte Constitu-

cional, la cual inclusive dictaminó favorablemente el proyecto de la Carta definitiva de 1997. En la mayor parte de estos ordenamientos, se encomendó en última instancia el conocimiento y la resolución del “recurso directo individual” (calificado como “recurso de amparo constitucional” ante el Tribunal Constitucional español).

Son escasos los ordenamientos de Europa continental que no atribuyen a sus organismos jurisdiccionales, especializados en la solución de controversias sobre la aplicación de las normas constitucionales, el conocimiento del recurso directo, como son Italia, Portugal y Francia (este último ordenamiento debido a que, de acuerdo con su traducción, estableció en su vigente carta fundamental de 1958 el denominado “Consejo Constitucional”, que en un principio se consideraba como un organismo político, pero que paulatinamente ha adquirido carácter jurisdiccional), lo que no significa que no pueden proteger los derechos humanos, pero lo hacen por medio de la impugnación de las disposiciones legislativas. Sin embargo, se puede sostener que de acuerdo con el art. 13 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en cuanto dispone en los Estados que: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidas por la presente Convención sean violados, tendrá un *remedio eficaz ante la autoridad nacional aun cuando la infracción haya sido cometida por personas que actúan en su capacidad oficial*”. Esta disposición es similar, pero no tan precisa como las semejantes que han regulado el recurso directo individual en el ámbito interno en otros documentos o convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Para no recurrir en reiteraciones con el derecho de amparo, solo se hace notar que en los ordenamientos latinoamericanos se han introducido también tribunales, cortes y salas constitucionales (estas últimas como innovación del derecho constitucional latinoamericano), organismos jurisdiccionales que también conocen el grado final del citado recurso constitucional directo (con los nombres de “amparo” y otros equivalentes, que pueden ser comprendidos en un concepto amplio del derecho de amparo). Pero no por ello han abandonado el llamado control difuso, debido a la tradición del sistema americano, por lo que han creado un “régimen mixto o combinado”.

Como conclusión se puede considerar que, en la actualidad, el recurso directo individual ha adquirido una gran trascendencia dentro de las funciones que se han atribuido a los tribunales, cortes y salas constitucionales, ya que la tutela de los derechos humanos se ha convertido en la más importante y esencial de las atribuciones de dichos organismos jurisdiccionales, e inclusive la de mayor número de casos. Pero además, dicho recurso no solo ha progresado en extensión sino también en profundidad, pues abarca la tutela no solo de los derechos humanos constitucionales en el ámbito interno, sino también los contenidos en los documentos y tratados internacionales, en un doble sentido, desde el ángulo del derecho interno por medio de los “derechos nacionales de fuente internacional” (es decir, los que han sido incorporados por los Estados en sus ordenamientos), y además los mismos derechos que pueden impugnarse, de manera subsidiaria y complementaria ante los organismos y tribunales internacionales, pero además, la tutela abarca la protección de los llamados “intereses y derechos difusos” (es decir, los que afectan a grupos sociales no

organizados), y finalmente también se ha llegado a abarcar de manera paulatina la tutela de los derechos humanos afectados por los llamados “poderes privados o sectores privados en situación de preeminencia”.

Héctor Fix-Zamudio

RECURSO “OBEDÉZCASE PERO NO SE CUMPLA”

El recurso “obedézcase pero no se cumpla” tuvo lugar cuando dentro de los regímenes hispánico y novohispánico se violaba de un modo manifiesto el derecho natural, el cual debía prevalecer sobre las costumbres y las leyes, y si estas se oponían a aquel, no debían ser cumplidas ni ejecutadas, sino solamente obedecidas con actitud pasiva, efectuándose un “control de naturalidad” que se supone se realizó para examinar o revisar el ejercicio de autoridad del virrey, y, en última instancia, del rey en la época del Medievo.

La palabra “obedecer” proviene del latín *obedire*, cuya ortografía arcaica era *oboedire*, siendo el diptongo *oe* conmutativo con *u* o *au*; de donde el equivalente *abaudire*: el prefijo *ob* se hace descender del sánscrito *abhi*, que indica la posición de una persona o cosa o su actitud ante otra persona o cosa. Etimológicamente la voz “obedecer” expresa la actitud de una persona que escucha a otra, actitud de atención y respeto; pero nada más que una actitud. En tanto que la palabra “cumplir”, del latín *complere* significa acabar de, llenar, completar, perfeccionar; es decir, expresa una acción. Obedecer pero no cumplir, se le otorgó el significado de escuchar en actitud reverente, atender y juzgar con propio criterio, oyendo a la vez que la voz del que manda, la voz superior de la razón y de la ley natural que pide hacer el bien y evitar el mal: y, si hay un conflicto entre aquella y esta, no cumplir, sino representar respetuosamente al rey.

El recurso “obedézcase pero no se cumpla” era una especie de apelación al soberano español, y con la conquista de la Nueva España, al virrey, que suspendía la orden del rey en espera de su resolución ya mejor informado, porque los negocios del reino no estaban sujetos al libre arbitrio del aquel, ya que debían sujetarse a las normas de justicia o del derecho natural, porque de no ser así, el rey dejaba de serlo, siendo el principio básico que este no podía dictar leyes injustas, y si ordenaba algo que pudiera producir el mal, era por defecto de información: *obrepcción*, si era inocente, bien porque al dictar sus órdenes desconocía que lo podía vulnerar, y *subrepcción*, si era dolosa, esto es, si había sido engañado para obtener un beneficio a pesar de causar agravio al propio derecho natural.

El recurso no se consignó expresamente por alguna regulación sistemática de los estatutos que integraron el derecho español, sino que fue producto de la costumbre jurídica, traducida en prácticas inveteradas que comenzaron a observarse a través de los fueros en el Medievo, en tanto que estos fueron los documentos legislativos que contenían los privilegios de los habitantes de una ciudad, la organización política, en general, el derecho de la misma, en el que preponderaron las costumbres locales. De suerte que dicho recurso tomó carta de naturalización en la costumbre jurídica a principios del siglo XVI y constantemente se daban casos de su aplicación concreta. Se solicitaba amparo al rey, a quien se ilustraba sobre los hechos, contra el rey que había manda-

do algo por obrepción u subrepción. La finalidad del recurso era cuidar al rey del rey mismo, como indicó la Partida.

En el recurso, el parámetro de control era el derecho natural, que de conformidad con la ley 238 de estilo, el orden y prelación en la aplicación del derecho por los jueces españoles correspondía, en primer término, a los principios de tal derecho, cuyo contenido resultaba esencialmente de espíritu cristiano; luego se aplicaban las costumbres razonables, es decir, aquellas que no se confrontaran con el referido derecho natural; y por último, debía aplicarse el derecho positivo. En consecuencia, el derecho natural era supremo, y en estos términos fue previsto en las Siete Partidas del Rey Alfonso X, Partida tercera, título XVIII, ley XXXI: “Contra derecho natural no debe valer privilegio, ni carta de emperador, ni de rey, ni de otro señor. Y si la diere, no debe valer”. También en las Siete Partidas (Partida segunda, título XIII, ley XXV) fue establecida la obligación de los gobernados de “guardar al rey de sí mismo, no dejándole hacer cosa alguna que redunde en daño de su cuerpo, o de su linaje, o de su reino, y esto se hace de dos modos: por consejo y por obra. Los que le dejan errar a sabiendas, merecían pena como traidores”. Asimismo, en el Libro primero, título I, ley XXII, de la Recopilación de las Leyes de España, efectuadas en 1567, bajo el reinado de Felipe II, fue regulado sobre el particular: “Los ministros y jueces *obedezcan y no cumplan* nuestras cédulas y despachos, en que intervengan los vicios de subrepción y obrepción”. Posteriormente, en la Novísima Recopilación de Leyes de España, promulgada en 1805 bajo el reinado de Carlos IV, tanto el derecho natural e implícitamente el recurso de mérito fue previsto en el Libro III, título IV, ley IV: “Se *obedezcan y no cumplan* las cartas contra derecho en perjuicio de partes, aunque contengan qualesquier cláusulas derogatorias. Muchas veces por importunidad de los que nos piden las cartas, mandamos dar algunas cartas contra derecho: y porque nuestra voluntad es, que la nuestra justicia florezca, y aquella no sea contrariada, establecemos que si en nuestras cartas mandáremos algunas cosas en perjuicio de partes, que sean contra ley ó fuero ó derecho, que tal cosa sea *obedecida y no cumplida*; no embargarte que tal carta se haga mención general ó especial de la ley ó fuero, ó ordenamiento contra quien se diere, ó contra las leyes y ordenanzas por Nos fechas en Córtes por los Procuradores de las ciudades y villas de nuestros Reinos”.

Desde una perspectiva contemporánea, este recurso no puede considerarse, en sentido estricto, como un precedente del amparo, debido a que no existía un verdadero enjuiciamiento sobre la existencia de actos concretos de violación al derecho natural. En otras palabras no existía una jurisdicción encargada de la tutela de aquel derecho, y de ahí que se considera que carece de las características propias del juicio de amparo. No obstante, en sentido amplio, si bien podían tener acceso al recurso únicamente las autoridades de la época, por su medio pudo presentarse una rudimentaria observancia al derecho natural, el cual, tal como lo concibe la razón y lo explicaban filósofos y juristas, era la Constitución, y los actos del rey contrarios al mismo debían obedecerse, pero no cumplirse. De manera tal, las órdenes del rey contrarias a este derecho podían repararse por medio de este recurso, cuando las autoridades de la época le hacían notar el menoscabo que causaba al derecho natural

con sus dictados. Esto es así, debido a que se consideraba que el soberano español, como legislador, no podía querer el mal, ni ordenar cuestión alguna contraria a los principios de aquel, y si eso sucedía, era porque se encontraba mal informado o porque se le habían ocultado los hechos.

Debe advertirse por tanto que las órdenes del rey a través del recurso “obedézcase pero no se cumpla”, se encontraban sujetas a un “control de naturalidad”, siendo que quizá dicha forma de ejercer el control pudiera tener cierto nexo con los efectos prácticos de la “cuestión de inconstitucionalidad”, utilizada por los jueces contemporáneos para manifestar, ante la magistratura constitucional, sus dudas acerca de la posible inconstitucionalidad de una ley aplicable a determinada litis, y en virtud del resultado que de esta derive, obedecer la ley infractora pero no cumplirla para el caso concreto sujeto a su conocimiento y resolución.

Juan Rivera Hernández

REDUCCIÓN AL ABSURDO

De modo general, el término argumento se refiere a la expresión de un razonamiento mediante el cual se intenta refutar o probar una tesis con el fin de convencer a alguien de la verdad o falsedad de la misma. En el discurso jurídico, la función del argumento es explicitar las razones de apoyo de una interpretación del derecho o de los hechos que se disputan.

El argumento de la reducción al absurdo, conocido por su formulación latina como *reductio ad absurdum*, también es denominado razonamiento “apagógico”, palabra de origen griego que significa “llevar algo fuera de un lugar”, y que Platón utilizaba en el sentido de desviación del razonamiento. Este argumento designa un tipo de razonamiento que consiste en probar una proposición, *p*, asumiendo la falsedad de *p*, y demostrando que la falsedad de *p* se deriva de una proposición contradictoria con *p*.

El argumento de reducción al absurdo o apagógico tiene por objeto demostrar la verdad de una tesis determinada de manera indirecta, probando que la contradictoria de la tesis es opuesta a otra tesis considerada como verdadera. Este argumento se sustenta en la existencia de una o varias tesis cuya verdad no ha sido refutada, a la que o a las que se opone otra tesis cuya falsedad se pretende afirmar. De manera que las consecuencias de esta segunda tesis se revelen contrarias a una tercera ya demostrada o tomada por verdadera, por lo que debe concluirse que la primera o las primeras tesis han de reputarse verdaderas y la segunda ha de ser rechazada.

Es un razonamiento lógico que se funda en el principio de no contradicción, que consiste en probar una tesis por la exclusión o refutación de todas las tesis alternativas. Esto se debe a que si una proposición implica su contraria entonces debe ser falsa, pues en un sistema lógico dos tesis contradictorias no pueden ser simultáneamente verdaderas. Es un método de demostración de la verdad de una proposición a partir de la afirmación de que es verdad, probando que si no lo fuera conduciría a una contradicción.

En el ámbito jurídico, el argumento apagógico se define como el argumento que permite rechazar una interpretación de un texto normativo de en-

tre las alternativas posibles por las consecuencias absurdas a las que conduce. Uno de los problemas fundamentales que se plantean respecto de este argumento es el de delimitar de forma clara el parámetro que permita concluir en lo absurdo de las consecuencias de la interpretación realizada. En términos generales, se puede considerar como “absurdo” que una interpretación sea contraria a la racionalidad que se presume del legislador.

En este aspecto, se hace evidente el carácter consecuencialista del argumento de la *reductio ad absurdum*, ya que la consecuencia que se sigue para el correcto funcionamiento del sistema jurídico es de fundamental importancia. Estos argumentos son de tipo sistemático y se fundan en la idea de la unidad y coherencia del sistema jurídico. Son argumentos que aseguran la consistencia, permiten una interpretación que impida o resuelva la existencia de contradicciones normativas, y se fundamenta en los principios funcionales del sistema jurídico de coherencia y de eficacia. El principio de eficacia exige la consideración de absurdas, y el rechazo consiguiente, a las interpretaciones que pudieran privar de eficacia el texto que se interpreta.

El principio de coherencia interna del orden jurídico exige y justifica, en su calidad de sistema, la consideración como absurdas de todas aquellas interpretaciones que pusieran en entredicho la coherencia del sistema jurídico para preservar su lógica interna mediante la actividad interpretativa. Sobre todo, si se toma como punto de partida de su interpretación y aplicación el postulado del legislador racional que establece el principio de no contradicción como regla interpretativa.

Los argumentos estrictamente lógicos, como es el caso de la *reductio ad absurdum*, están regidos, sin embargo, tanto por reglas lógicas en sentido estricto, como es el caso de las de la lógica deóntica que forman parte de la lógica formal deductiva, como por reglas extralógicas, tales como las reglas de interpretación del derecho o las reglas de operación del sistema jurídico.

Se habla de argumento de reducción al absurdo, cuando se confirma la validez de una interpretación al demostrar que otra posibilidad interpretativa resulta insensata debido a las consecuencias indeseadas que provoca. Este tipo de argumentación cumple con una función teleológica al justificarse mediante su finalidad, que es la de evitar consecuencias no deseadas por el derecho.

En el discurso jurídico, el argumento apagógico recurre a un tipo de demostración indirecta, mediante la cual se confirma la tesis propia al evidenciar que la proposición contradictoria de dicha tesis se encuentra en contradicción con otra que de antemano es aceptada o reconocida como verdadera. De esta forma, la argumentación de la reducción al absurdo cumple un fin lógico al pretender que se observe el principio lógico fundamental de no contradicción. El argumento de la reducción al absurdo sugiere que se realice una interpretación específica, ya que las demás conducen a situaciones carentes de sentido.

Este método es aceptado, incluso, en la argumentación en materia penal, en los términos que señala la tesis que se transcribe: “La demostración de la verdad en la comisión de un hecho delictivo a través de las pruebas en el proceso penal puede ser directa o indirecta; es decir, cuando no se logra demostrar una tesis, por el procedimiento directo, entonces, se recurre a la demostración indirecta... la demostración indirecta, generalmente, en materia penal se in-

tegra con la indiciaria, y el razonamiento que se obtiene consistente en que primero se demuestre la falsedad de la antítesis, es decir, del juicio que contradice a la tesis, y de la falsedad por incongruente de la versión defensiva del inculpado, que se reduce al absurdo, se extrae la conclusión de la veracidad de la versión inculpativa... por ello, si la versión defensiva es inconsistente con las pruebas aportadas al juicio, a través del principio lógico conocido como tercero excluido, de la falsedad del argumento defensivo se deduce la veracidad de la acusación inculpativa. Este método de demostración tiene el nombre de ‘reducción al absurdo’”.

Carla Huerta Ochoa

REFORMA CONSTITUCIONAL (GENERAL)

La reforma constitucional consiste en la modificación del texto de una Constitución conforme al procedimiento que esta fija para tal efecto: por lo tanto, al estar regulado por la Constitución misma, el poder de reforma es un poder derivado y no originario o, si se prefiere, constituido.

El fundamento de este concepto reside en el *carácter rígido* de las cartas fundamentales modernas, en contraposición a las cartas flexibles que podían ser alteradas con la aprobación de una ley ordinaria. La existencia de un procedimiento determinado por el poder constituyente para la modificación del texto, representa al mismo tiempo una señal de la supremacía de la Constitución respecto de las otras fuentes del derecho, y una garantía de estabilidad (aunque no de eternidad) cuya efectividad varía conforme a la mayor o menor complejidad del mismo.

Desde el punto de vista estructural, existe una primera dicotomía básica entre aquellas reformas que afectan directamente al texto y las enmiendas que dejan intacto el texto originario, el cual mantiene así su identidad originaria, y añaden al final, de forma progresiva, los aspectos nuevos (como las veintisiete enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América). Sin embargo, en ambos casos se trata de reformas *explícitas* que tienen que distinguirse de las *tácitas* o implícitas. Estas últimas pueden ser el resultado de múltiples fenómenos: por ejemplo, de la labor interpretativa de los tribunales constitucionales, de la implementación normativa de un precepto constitucional o incluso de la praxis.

Los criterios que la doctrina ha usado para clasificar los procedimientos de reforma constitucional pueden ser condensados en dos grandes conjuntos: quiénes son los sujetos involucrados, y cuáles son el procedimiento y los límites formales y sustanciales.

En primer lugar, por lo que se refiere a los *sujetos involucrados*, las experiencias comparadas enseñan una pluralidad de soluciones posibles en relación al órgano (o los órganos) titular del poder de reforma. El Parlamento suele ser el protagonista, en su composición ordinaria o en una composición especial, en varias deliberaciones sucesivas (como, por ejemplo, en Italia, donde las dos cámaras tienen que aprobar el mismo texto, y entre las dos deliberaciones tienen que transcurrir por lo menos tres meses, conforme al art. 138 const.), o incluso en dos legislaturas sucesivas, con la disolución de la Asamblea Legislativa, y la

posterior votación del mismo texto de reforma por parte de los parlamentarios recién elegidos (por ejemplo, en Grecia, art. 110 const. o en Noruega, art. 112 const.). Además, el Parlamento puede ser llamado a declarar la necesidad de una reforma, pero no a aprobarla, como pasa por ejemplo en Argentina, donde tras la deliberación por mayoría de dos tercios, tiene que convocarse una Convención (art. 30 const.): este último caso introduce otra hipótesis, es decir, que para tramitar una reforma tenga que instituirse un órgano distinto a los que habitualmente se encuentran en el sistema.

Un factor a considerar en este ámbito es la participación del pueblo, que en muchos casos es implicado en las reformas constitucionales, en cuanto titular de la soberanía. Éste puede disponer tanto del poder de iniciativa (por ejemplo, en Colombia, art. 375 const.) como de la decisión final, normalmente mediante un referéndum que, a su vez, puede ser obligatorio o facultativo, como lo es en Italia, a solicitud de una serie de sujetos, y solo cuando las dos cámaras no alcanzan la mayoría de dos tercios, pero sí la absoluta. Recurrir al voto popular es un trámite típico de los procedimientos de reforma total (España, art. 168 const.; Austria, art. 44 const.; Bolivia, art. 411 const.), sobre la cual se remite a la voz correspondiente.

En los Estados federales, finalmente, suele ser necesaria la posterior ratificación por parte de los Estados miembros: la Constitución de los Estados Unidos de América fue precursora al respecto, ya que requiere la aprobación de los tres cuartos de los Estados (art. V, y véase sobre este problema también el art. 135 de la Constitución mexicana); empero, en algunos casos, la participación de las entidades territoriales está garantizada mediante votaciones populares en cada una de ellas (como en Australia, art. 128 const.) o mediante su representación en la cámara alta, como es en Alemania.

En segundo lugar, por lo que se refiere al *procedimiento* y a los *límites* formales y sustanciales, es necesario reiterar que el elemento central del procedimiento agravado de reforma constitucional consiste en la necesidad de alcanzar una mayoría más elevada de la (relativa o, en algunos casos, absoluta) que se exige para las leyes ordinarias o reforzadas de otra naturaleza. Estas normas tienen como objetivo primigenio la implicación en el proceso decisorio de las minorías, o por lo menos de una parte de ellas, al tratarse de actos normativos que modifican la fuente de nivel más elevado en el sistema.

Los límites a la reforma suelen diferenciarse entre explícitos e implícitos, es decir, aquellos que están previstos en cláusulas pétreas específicas y aquellos que se deducen por vía interpretativa, sin que exista una norma expresa (véase la voz correspondiente, límites implícitos).

Entre los explícitos, sin mencionar de nuevo los vínculos de procedimiento mencionados con anterioridad, existen restricciones desde el punto de vista temporal, básicamente en dos hipótesis: las normas que establecen un plazo entre una reforma y la siguiente (por ejemplo, en Portugal, art. 284 const. o en Grecia, art. 110 const., en ambos casos cinco años), y las que impiden que se tramiten enmiendas constitucionales en situaciones excepcionales, como estado de sitio, guerra o excepción (por ejemplo, en Brasil, art. 60 const. o en Portugal, art. 291 const.).

La otra categoría de límites explícitos, de carácter puramente material, se manifiestan en las denominadas cláusulas pétreas (o de intangibilidad), y tienen contenidos muy variados. Mediante estas normas los constituyentes quieren preservar la forma de Estado, desde el punto de vista tanto institucional (la República: por ejemplo, en Italia, art. 139 const. o en Francia, art. 89 const.) como territorial (el Estado federal: por ejemplo, en Alemania, art. 79 const. o en Brasil, art. 60 const.), e incluso la forma de Estado democrática, en su declinación de derechos y libertades; pero los aspectos irreformables varían muchísimo según el texto constitucional de referencia.

Un fenómeno que, por lo menos, es necesario mencionar es la denominada *rigidez variable*, es decir, la regulación de procedimientos diferentes de reforma constitucional, según el contenido que se va a afectar y la posible coexistencia de reforma total y reforma parcial (por ejemplo, en Austria, art. 44 const.; en España, art. 168 const., y en Colombia, art. 377 const.).

Sabrina Ragone

REFORMA CONSTITUCIONAL (LÍMITES IMPLÍCITOS)

Los límites a la reforma constitucional se suelen distinguir entre formales y materiales, siendo los primeros los que se refieren al procedimiento y los segundos los relativos al fondo. Por lo general, el procedimiento suele estar determinado en su totalidad, o cuando mucho se hace referencia a las reglas del procedimiento legislativo como fuente integradora; al contrario, dentro de la segunda categoría se pueden encontrar límites tanto explícitos —cláusulas de intangibilidad— como implícitos, es decir, no expresamente previstos en una norma particular del texto constitucional. Sin embargo, aun en presencia de cláusulas de intangibilidad, se plantea el problema de la existencia o no de otros principios constitucionales irreformables (en Italia, por ejemplo, además de la forma republicana, inmodificable conforme al art. 139 const., la doctrina y la jurisprudencia han individualizado aquellos principios supremos que no se pueden someter a reforma).

Se trata de límites que pueden ser deducidos de las cartas fundamentales mediante técnicas exegéticas de carácter teleológico o axiológico, teniendo en cuenta la finalidad de las normas y los valores que subyacen a las mismas, e incluso sistemático o extensivo. La idea primordial es la existencia de un núcleo duro cuya transformación implicaría una sustitución (así la denomina la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo) y no una simple reforma: este conjunto de elementos conforma así la identidad constitucional (o el espíritu, como lo define la Constitución noruega). Algunos tribunales supremos han hecho referencia al concepto de “estructura básica” de la Constitución, como, por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica y la Corte Suprema de la India, donde los debates acerca de estos elementos básicos ha girado en torno a conceptos como la supremacía constitucional, la democracia, la separación de poderes, el federalismo y los derechos. Asimismo, se ha hablado de decisiones políticas fundamentales (así la Sala Constitucional de Costa Rica) o de contenidos fundamentales (Tribunal Constitucional peruano).

Sabrina Ragone

REFORMA CONSTITUCIONAL (LÍMITES LÓGICOS)

Los límites lógicos de la reforma constitucional son aquellos que no pueden ser deducidos del texto constitucional mediante el proceso hermenéutico corriente, al tratarse de vínculos inmanentes y no coyunturalmente relacionados con una carta fundamental específica. En otras palabras, se trataría de límites universales derivados de los conceptos mismos de reforma y de Constitución, con lo cual difieren de los denominados límites implícitos (véase la voz correspondiente). Justamente, por su carácter general, la doctrina ha considerado dichos límites como absolutos o insuperables mediante procedimientos legales. El límite lógico principal reside en la necesidad de que algo de la Constitución siga en pie después de la reforma, pues de lo contrario se daría una manifestación más o menos espuria de poder constituyente o, como lo denomina una parte de la doctrina, un “fraude constitucional”.

De las teorías sobre la imposibilidad de modificar determinados elementos en estos términos, la más conocida es la que hace referencia a las normas sobre el procedimiento de reforma, como en la denominada paradoja de Alf Ross. Modificar las normas sobre la reforma, a través del procedimiento previsto para ella, presentaría el problema de la autorreferencialidad: es así en los estudios de lógica, donde las frases autorreferenciales se consideran paradójicas, y por lo tanto, sin sentido. Según este autor, ninguna fuente está habilitada para regular las condiciones de su propia validez, pudiendo al revés determinar los requisitos de las fuentes de nivel inferior. La Constitución, en la medida en que prevé el procedimiento de reforma, estaría creando una autoridad especial, la más elevada del sistema, no sometida a los poderes constituidos en cuanto derecho presupuesto y necesario.

Esta tesis se basa además en una visión jerárquica del ordenamiento jurídico, donde las normas sobre la producción de normas, a pesar de situarse en la misma fuente (en este caso, la Constitución), fundamentan la modificación de las segundas, y en consecuencia no podrían ser sometidas a reforma: cada norma tiene que originarse con base en otra superior.

Las críticas más fuertes a la existencia de límites lógicos se basan en argumentos relacionados, en primer lugar, con la necesidad de superar el problema práctico de la existencia dinámica de los sistemas jurídicos que evolucionan a lo largo de los años, y por ello tienen que analizarse en perspectiva diacrónica. Si la reforma de las normas sobre el procedimiento se hace conforme a estas mismas normas, la regulación antigua dejaría simplemente de tener vigencia a partir de la entrada en vigor de la nueva; este fundamento de validez autorreferencial sería aplicable, de todas formas, exclusivamente a las Constituciones, puesto que no se halla en el ordenamiento ninguna fuente de rango superior; al contrario, un problema diferente se da cuando se aprueban reformas mediante procedimientos parcialmente diferentes al que establece la Constitución, como ha pasado en Alemania o se ha intentado en Italia con las comisiones bicamerales de los años noventa. Los autores más escépticos sobre la existencia de los límites lógicos hacen hincapié, por un

lado, en el contexto histórico y político en el que se sitúa toda reforma constitucional, y por otro lado, en la primacía de un análisis de derecho positivo respecto a la construcción teórica propuesta.

Sabrina Ragone

REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 2011

En México, el 10 de junio de 2011, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma más importante a la Constitución federal de la República en materia de derechos humanos desde su promulgación en 1917.

Esta reforma trascendental, que buscó fortalecer el sistema de reconocimiento y protección de los derechos humanos en México, implicó la modificación de 11 arts. constitucionales: 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105. Los principales cambios que se produjeron a través de ella se reflejan a continuación (*cf.* García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2012).

- En el art. 1o. constitucional:
 - Se transforma la denominación del capítulo I, título primero, para pasar “De las garantías individuales” a “De los derechos humanos y sus garantías”.
 - Se reconoce constitucionalmente a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales al mismo nivel que los consagrados en la norma fundamental.
 - Se dispone que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Así, además de establecer la obligación de realizar la interpretación conforme a tratados, también se prevé la aplicación del principio *pro persona*, por el que todas las autoridades que aplican la ley quedan obligadas a preferir aquella norma o aquella interpretación que mejor proteja al ser humano.
 - Se dispone que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Se trata de un mandato integral, no solamente porque está dirigido a todas las autoridades, sino porque la obligación abarca los diversos ámbitos de la actuación pública. Es un mandato para transformar el desempeño diario de las autoridades.
 - Se consagran los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad como fundamento de la actuación pública.
 - Se obliga al Estado a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.
 - Se precisa la prohibición de discriminación por motivo de preferencias sexuales.
- El art. 3o. incluye la disposición de que la educación que imparta el Estado fomentará el respeto a los derechos humanos.

- En el numeral 11 se reconoce el derecho al asilo y refugio para quedar: “En caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio”.

- En el art. 15 se prohíbe la celebración de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución, y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

- El sistema penitenciario debe organizarse sobre la base del respeto a los derechos humanos (art. 18).

- En el precepto 29 constitucional se regula un nuevo régimen de suspensión y restricción de derechos y garantías, además se constituye un núcleo duro de derechos que no pueden suspenderse nunca, ni aun en estados de excepción.

- Por otra parte, se otorga derecho de audiencia a las personas extranjeras sujetas al proceso de expulsión previsto en el art. 33.

- Se prevé en el art. 89, frac. X, que el Poder Ejecutivo, en la conducción de la política exterior, observará como principio el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos.

- Con la reforma al art. 97 se suprime la facultad de investigación de violaciones graves de derechos humanos que se encontraba en la esfera competencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- La facultad de investigación se incorporó en el art. 102, apartado B, de manera cuestionable, como una “nueva” atribución de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Además, se pretende dotar al *ombudsman* de mayor autonomía, verificar una consulta pública en su proceso de elección, brindar mayor fuerza a sus recomendaciones a través de un control político a cargo del Poder Legislativo (Cámara de Senadores), que podrá llamar a los servidores públicos que no acepten o no cumplan las recomendaciones, y finalmente, amplía la competencia del *ombudsman* a la materia laboral.

En el art. 105, frac. II, inciso g), se prevé que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos puede interponer acciones de inconstitucionalidad 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 la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

En interpretación del renovado art. 1o. constitucional se han producido dos decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia mexicana, una en 2011 y otra en 2013.

La primera de ellas fue en el expediente Varios 912/2010, resuelto en julio de 2011, producido a raíz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco. En ella se determinó que las sentencias emitidas por la Corte Interamericana en contra de México serían vinculantes para los jueces mexicanos y las pronunciadas en contra de otros países se constituirían como un referente orientador. También se decidió que todos los jueces mexicanos debían ejercer el control de convencionalidad, por

lo que se estableció un nuevo sistema de control constitucional-convenional en México, pasando del modelo concentrado a uno difuso o híbrido. Finalmente, se sostuvo que todas las violaciones a los derechos humanos debían ser conocidas por la jurisdicción ordinaria o civil, nunca por la militar.

Posteriormente, en sesiones de agosto y septiembre de 2013, la Suprema Corte resolvió la contradicción de tesis 293/2011 en la cual se sostuvo que en México existe un bloque de constitucionalidad, como parámetro de control o regularidad constitucional y convencional, que se integra por el conjunto de derechos humanos, tanto de fuente nacional (constitucional propiamente hablando) como internacional (tratados internacionales). Esto sin duda tiene una clara ventaja, ya que amplía, en su número y alcance, los derechos que se establecen literalmente en la Constitución, con aquellos que están recogidos en los tratados e instrumentos internacionales. La aplicación de estos derechos se realiza mediante el principio *pro persona*.

No obstante lo anterior, la Suprema Corte mexicana también determinó que en caso de contradicción entre el texto constitucional y los tratados internacionales, prevalecerá el primero, lo que se puede interpretar como un matiz, excepción o restricción a la aplicación del principio *pro persona*.

Por último, dentro de la misma contradicción de tesis 293/2011, se decidió que todas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para los jueces mexicanos, sin importar si fue México el país condenado. Esto representa un avance y un reto en relación a la decisión de la misma Suprema Corte en el expediente Varios 912/2010. De esta contradicción se derivarán tesis jurisprudenciales. Al momento de escribir estas líneas aún no se ha emitido por la Suprema Corte el engrose de esta decisión.

La reforma de derechos humanos 2011 está interrelacionada y se complementa con la reforma de amparo, publicada el 6 de junio de ese mismo año. A través de ella, el amparo se convierte en una garantía de los derechos humanos, ya que, entre otras muchas cosas, se estableció su procedencia en contra de actos, leyes u omisiones de autoridad que violen derechos humanos reconocidos en tratados internacionales.

A más de dos años de la entrada en vigor de la reforma 2011, aún estamos lejos de que su implementación sea una realidad, pero, sin duda, a raíz de ella se está gestando en México un nuevo derecho constitucional que se proyecta en todos los ámbitos del derecho. La reforma 2011 debe irradiar la vida nacional mexicana.

Julieta Morales Sánchez

REFORMAS TOTALES

La peculiaridad de la reforma total de la Constitución, en comparación con las reformas “parciales” (véase la voz correspondiente), reside en el objeto de la misma, es decir, todo el texto de la carta fundamental, o una parte preponderante del mismo.

Al tratarse de hipótesis reguladas, los constituyentes fijan así unas herramientas de control, incluso sobre las modificaciones relativas al núcleo de la

Constitución, que pierden su carácter necesariamente revolucionario para ser confinadas en el cauce de la legalidad. Por ello, la objeción que tradicionalmente se opone a las cláusulas sobre la reforma total reside en la imposibilidad jurídica y política de someter el poder de crear una nueva Constitución a los vínculos procedimentales de la anterior. Sin embargo, si se adopta una visión más estricta, al existir una continuidad jurídica con la “nueva” Constitución reformada, no podría hablarse de ejercicio de poder constituyente, al contrario, con un análisis material se podría llegar a la conclusión opuesta. La reforma total representa, en consecuencia, una nueva frontera del constitucionalismo donde el poder constituyente originario consigue perpetuarse indefinidamente.

El problema mayor reside en la (in)existencia de límites a las reformas totales, ya que estas por su propia naturaleza podrían incidir en cualquier aspecto de la Constitución. A pesar de este dato literal y semántico, la doctrina en muchos países ha intentado igualmente individualizar elementos irreformables, tanto haciendo referencia a algunas normas constitucionales peculiares —por ejemplo, las que declaran la inviolabilidad de los derechos humanos— como anclando sus tesis en los vínculos que impone el derecho internacional, y en el contexto europeo, el derecho de la Unión Europea.

A pesar de las cuestiones teóricas de gran calado que plantean dichos instrumentos, la tendencia a prever cláusulas de este tipo es innegable, y el derecho comparado ofrece numerosos ejemplos. Lo que mancomuna las experiencias es la previsión de formas de *agravamiento del procedimiento*, tanto desde el punto de vista de la mayoría exigida, como de los sujetos a involucrar, con especial referencia al cuerpo electoral.

Además de la constante participación popular y de la complejidad del procedimiento, otro aspecto común —aunque no universal— consiste en la adopción de un criterio cualitativo y no cuantitativo a la hora de establecer de qué tipo de reforma se trata (parcial o total), con lo cual aquellas modificaciones que inciden en los elementos nucleares del sistema, aunque solo se vaya a tocar un artículo, están sometidas al procedimiento más complicado.

Este deseo de mantener la continuidad entre diferentes textos constitucionales sucesivos se ha manifestado, sobre todo, en Occidente.

Por ejemplo, en Europa, la Constitución austriaca añade al procedimiento de aprobación de una reforma el referéndum popular en los casos de reforma total (art. 44) y además exige la mayoría absoluta de los votos válidos (art. 45).

A su vez, el caso español ofrece un paradigma de complejidad extrema, ya que establece, para la reforma total, la aprobación por mayoría de dos tercios en las Cortes generales, seguida por la disolución de las mismas. Las nuevas Cortes deberán pronunciarse sobre el texto ratificándolo, y luego aprobándolo con la misma mayoría, y posteriormente se realizará un referéndum popular (art. 168). Otro aspecto a destacar de la regulación española es la equiparación de las reformas que afectan a determinados ámbitos de la Constitución (el título preliminar, que contiene los principios fundamentales y las normas sobre los derechos fundamentales, las libertades públicas y la Corona) con las hipótesis de reforma total, con la consecuente extensión del procedimiento

descrito. Ello implica una jerarquización interna de las normas constitucionales con la subsiguiente superprotección de las que se consideran más relevantes; y esta jerarquización fue realizada por el poder constituyente, el cual seleccionó aquellos elementos que componen la esencia del sistema.

No se puede omitir a este respecto una referencia al ordenamiento suizo. Lo que resulta más interesante no es tanto la forma en que la Constitución regula la reforma total (art. 193), otorgando un papel fundamental al órgano legislativo y al pueblo, sino el proceso que entre los años ochenta y finales de los noventa ha llevado a una drástica modificación del texto, pero por etapas, a través de cambios progresivos y sucesivos.

En América Latina también son numerosas las Constituciones que regulan esta hipótesis: solo para mencionar algunos ejemplos, la argentina prevé que puede reformarse en parte o “en todo” (art. 30); la boliviana equipara la reforma total a las modificaciones que afecten “a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución”, y establece la necesidad de una Asamblea Constituyente que califica de “originaria” y “plenipotenciaria”, y que se convocaría tras un referéndum popular (art. 411); la costarricense habla de “reforma general”, y se la encomienda a una Asamblea Constituyente *ad hoc*, convocada por decisión tomada por el Legislativo con la mayoría de dos tercios (art. 196).

Sabrina Ragone

REGLAMENTO

(De *reglar*, y este, a su vez, del latín *regularē*). El término “reglamento” trasciende en muchos aspectos la órbita de acción del derecho administrativo, siendo empleado con bastante frecuencia en otras ramas del derecho. El reglamento es el conjunto de normas generales, abstractas e impersonales, que de manera unilateral y escrita expiden los órganos del Estado, primordialmente el Poder Ejecutivo y la administración pública en uso de atribuciones constitucionalmente determinadas, y que se encuentran subordinadas jerárquicamente a las normas con rango y fuerza de ley formal. Este conjunto de normas facilitan la ejecución y observancia de las leyes expedidas por el órgano legislativo, desarrollando sus principios y completando en detalle los supuestos que las mismas establecen. Históricamente, lo que el día de hoy conocemos por reglamento y potestad o *facultad reglamentaria* (Casarín León, 2003: 57 y ss.) es el resultado de una pugna secular por la conquista de la hegemonía en el campo de la producción normativa entre el titular del Poder Ejecutivo y las asambleas representativas que se inician en la Baja Edad Media. En México, los juristas españoles copiaron la institución del constitucionalismo francés en la Constitución de Cádiz (1812), misma que fue mantenida en el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano (1822), en la Constitución Federal (1824), en las Siete Leyes Constitucionales (1836), en la Constitución Política de la República Mexicana (1857) y finalmente en la Constitución vigente (1917). De acuerdo con la doctrina, el reglamento es un acto unilateral que produce efectos jurídicos generales en forma directa, esto es, sus normas crean situaciones jurídicas generales y abstractas que en ningún caso regulan una situación

jurídica concreta, y son dictadas, entre otras cosas, para la atención pormenorizada de los servicios públicos, para hacer posible la ejecución de la ley, y para los demás fines de la organización estatal. Los elementos generales del reglamento, como fuente del derecho administrativo, son los siguientes: a) es un conjunto de normas jurídicas que emanan de los órganos del Estado, primordialmente del Poder Ejecutivo y la administración pública, generalmente dictadas en ejercicio de facultades discrecionales; b) es unilateral, por oposición a bilateral, ya que en el segundo supuesto se trata de una declaración de voluntad común entre dos o más partes, destinada a regular sus derechos; en cambio, en el acto unilateral falta esa declaración de voluntad común, y es por el contrario una sola parte, en este caso los órganos estatales, primordialmente el Poder Ejecutivo y la administración pública, quienes expresan su voluntad; c) esas normas tienen por objeto facilitar en la esfera administrativa la ejecución de las leyes que expida el Congreso de la Unión; d) el carácter impersonal y general del reglamento, que asume características semejantes a las de la ley; aquí está dada la distinción esencial entre reglamento y acto administrativo; e) el reglamento no puede invadir el dominio reservado por la Constitución al legislador, por lo que debe mantenerse los principios de primacía y reserva de ley; f) el reglamento debe ser promulgado y publicado para que tenga fuerza legal obligatoria, y g) el reglamento no debe tener otras cargas, restricciones, limitaciones o modalidades, que las establecidas en la ley y de conformidad con la Constitución. Como podemos observar, el reglamento comparte con la ley los atributos de ser normas generales; sin embargo, el primero es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la segunda. Esto quiere decir que su sumisión a la ley es absoluta (Francia constituye una excepción, en donde se habla de “reserva de reglamento” autorizada por su Constitución); por tanto, no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no pudiendo contradecir o dejar sin efecto los preceptos legales, ni tampoco abordar contenidos reservados a aquellos. Desde el punto de vista de régimen jurídico, también existen las siguientes diferencias: 1) en nuestro país existe una distinción de carácter formal que consiste en que la ley es un acto legislativo (deriva del Congreso) y el reglamento un acto primordialmente dictado por la administración (que expide el titular del Poder Ejecutivo); 2) el reglamento no es emitido con el mismo procedimiento de la ley expedida por el Congreso; 3) en cuanto a su existencia, la ley existe y tiene plena validez sin necesidad del reglamento; este último requiere, salvo excepciones expresas, pero cuestionadas, de la existencia de la ley; 4) en cuanto a su vigencia, la ley es obligatoria mientras no se abroge; el reglamento no puede existir al desaparecer la ley (aunque han existido casos muy cuestionados en donde el Congreso mantiene la vigencia de aquellos en los transitorios mediante los cuales abroga la ley); 5) en cuanto a su contenido, la ley tiene una materia reservada que solo ella puede regular; en nuestro sistema constitucional, este criterio tiene aplicación aun tratándose de las leyes expedidas en ejercicio de facultades extraordinarias encomendadas al presidente de la República. La doctrina ha reconocido diversos tipos de reglamentos: a) de ejecución, los que emite el titular del Poder Ejecutivo en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, con objeto de hacer posible la aplicación y el cumplimiento de las leyes formales como

presupuesto necesario para su existencia, también son llamados de subordinación; 2) de administración pública, los cuales se expiden sin necesidad de referirse o desarrollar totalmente una ley específica, para organizar y clarificar la competencia de los órganos que pertenecen formalmente a aquella; 3) autónomos, son los que no dependen de una ley y se habilitan directamente por la Constitución (en México se discute su existencia, pues el Ejecutivo solo puede reglamentar las leyes que expida el Congreso); 3) delegados o de integración, que expiden los órganos administrativos o demás poderes del Estado (incluyendo los órganos constitucionales autónomos) cuando es expresamente autorizado o habilitado por el Legislativo para regular materias que le están atribuidas constitucionalmente a este, y 4) de necesidad y urgencia, son los que dicta el Ejecutivo en situaciones graves y urgentes sobre diversas materias, incluso que corresponden al Legislativo. Por su contenido, los reglamentos pueden ser jurídicos o de organización, los primeros se refieren a materias que afectan directamente a los administrados, por lo cual tienen el carácter de general, y los segundos son los que se dirigen a regular la organización administrativa sin incidir sobre los particulares. En los reglamentos se distinguen los límites formales respecto a sus requisitos de validez, los cuales se refieren a la competencia que debe tener el órgano administrativo para producirlo, en consideración de una jerarquía normativa (subordinación a la Constitución y a la Ley), y de conformidad con un procedimiento especial previamente establecido, cuya omisión puede ocasionar su invalidez (en el caso mexicano, a través del juicio de amparo o la controversia constitucional). La creciente complejidad de las actividades estatales ha puesto de manifiesto problemas de constitucionalidad de actos normativos, que equivalen en su contenido a auténticos reglamentos expedidos por una pluralidad de órganos estatales, en su mayoría ubicados en el ámbito de la administración pública (circulares, acuerdos, decretos, normas oficiales mexicanas, lineamientos, manuales de organización, criterios, reglas de carácter general, entre otros), donde se discute la competencia para expedirlos y el alcance de sus disposiciones en relación a la seguridad jurídica y derechos fundamentales de los destinatarios, así como a los principios de primacía y reserva de ley.

Manlio Fabio Casarín León

REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA

El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos fue institucionalizado formalmente con la entrada en vigor de la Convención Americana que incorporó a la Comisión Interamericana y creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual con el paso de los años y con los cambios políticos de la región ha venido renovando sus atribuciones reglamentarias para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Su reglamento es un documento básico que tiene por objeto regular su organización y las normas de procedimiento que rigen su actividad.

La Corte Interamericana aprobó su primer reglamento en julio de 1980, durante su tercer periodo de sesiones, llevado a cabo del 30 de julio al 9 de

agosto de ese año. Es un documento básico que tiene por objeto regular su organización, así como las normas de procedimiento que rigen su actividad. Es destacable que desde su vigencia se asignó a la Comisión Interamericana el rol de demandante, y se permitió enviar como delegado de un asunto a cualquier persona que la Comisión designara. Esta codificación tuvo como antecedente el reglamento entonces vigente para la Corte Europea de Derechos Humanos, a su vez inspirado en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia.

Este ordenamiento ha sufrido diversas modificaciones desde su creación: el segundo reglamento fue aprobado en su XXIII Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 18 de enero de 1991. El tercer reglamento fue aprobado en su XXXIV Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996. El cuarto reglamento fue aprobado en su XLIX Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000; este último fue reformado en su LXI Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, y asimismo en su LXXXII Periodo Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

A partir del Reglamento que entró en vigor el 1o. de enero de 1991, ante la necesidad de agilizar los procedimientos, se estableció que el presidente llevaría a cabo un examen preliminar de la demanda, y si advertía que los requisitos fundamentales no habían sido cumplidos, solicitaría se subsanaran los defectos. También, que las partes debían cumplir con la presentación de los escritos, de acuerdo con los plazos fijados en esta.

El tercer reglamento de 1996 presentó algunas innovaciones, al precisar tanto la terminología como la propia estructura del procedimiento, por lo cual contó por primera vez con una normatividad interna adecuada a un código de proceso internacional. Además, se amplió la facultad de la Corte para solicitar a las partes o recabar oficiosamente cualquier medio probatorio sin importar el estado del procedimiento; lo anterior, para mejor resolver los casos. De igual forma, se incluyeron para la terminación anticipada del proceso, las figuras jurídicas de la solución amistosa, el sobreseimiento y el allanamiento ante la Corte.

El aspecto más relevante de este ordenamiento fue que se otorgó a los representantes de las víctimas o de sus familiares la facultad de presentar, en forma autónoma, sus propios argumentos y pruebas en la etapa de reparaciones del proceso, plasmada en el entonces art. 23. Con ello se dio un paso adelante, tanto hacia el reconocimiento efectivo de la calidad de sujetos de derecho internacional de los individuos, como hacia un sistema más racional que evite conflictos de intereses y dualidad de roles de parte de la Comisión.

Con la reforma del Reglamento por cuarta ocasión, que entró en vigencia el 1o. de junio de 2001, que se gestó en un amplio proceso de reflexión en donde participaron activamente diversos entes de la Organización de Estados Americanos, entidades de la sociedad civil y los Estados miembros, se introdujeron una serie de medidas destinadas a otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la participación directa (*locus standi in judicio*) en todas las etapas del proceso iniciado, mediante la presentación de una demanda ante el tribunal. Lo anterior significó un gran

avance, al reconocer a las víctimas el derecho a participar en forma autónoma durante todo el proceso.

En el Reglamento adoptado más recientemente por la Corte, en vigor en 2010, se introdujeron reformas significativas al papel que la Comisión desempeña en los casos contenciosos ante el tribunal, puesto que quedó circunscrito a los aspectos jurídicos de los mismos, en los que la Comisión proporciona su experticia en la materia. Asimismo, puede verse una adaptación a los cambios tecnológicos, pues en el art. 15 se estableció la práctica de realizar grabaciones de audio de las audiencias.

Por otra parte, en cuanto a las víctimas, se incorporó que además de presentar sus propios argumentos jurídicos (lo que ya hacían desde el Reglamento de la Corte de 2001), lidiaran de manera exclusiva frente al Estado en lo que a cuestiones de hecho se refiere. También en este ordenamiento se encuentra la inclusión de una disposición en la que se establece que los jueces no podrán participar en el conocimiento y deliberación de una petición individual cuando sean nacionales del Estado demandado. Asimismo, se recopilaron diversas prácticas procesales de la Corte.

El actual reglamento está compuesto por un apartado de disposiciones preliminares y cinco títulos que contienen un total de 79 artículos. Dentro de las disposiciones preliminares se establece el objeto y las definiciones de los términos empleados. El título primero, denominado “De la organización y funcionamiento de la Corte”, abarca tres capítulos relativos a la Presidencia y Vicepresidencia, a la Secretaría y al funcionamiento de la Corte; el segundo se dedica al proceso, y en sus siete capítulos se establecen las reglas generales, el procedimiento escrito, procedimiento oral, procedimiento final escrito, pruebas, desistimiento, reconocimiento y solución amistosa y sentencias; el tercero versa sobre las opiniones consultivas; el cuarto sobre la rectificación de errores, y finalmente, el quinto se dedica a las disposiciones finales y transitorias.

Jorge Meza Pérez

RENDICIÓN DE CUENTAS

Típicamente se hace una lectura literal y estrecha del concepto de la rendición de cuentas. Los enfoques más comunes provienen de las discusiones académicas en inglés sobre el concepto de *accountability* y lo circunscriben a simplemente llevar “cuentas claras”, poco más que sumas y restas bien hechas, y en su caso, ofrecer la posibilidad de que algún actor externo pueda tener cierto nivel de acceso a tales “cuentas”.

Tal acercamiento es insuficiente, ya que deja fuera conceptos fundamentales como *transparencia*, *sanciones*, *desempeño*, *corrupción*, *interés público* y *relaciones de principal-agente*. Hace falta una definición más robusta para que el término pueda funcionar, entender mejor la naturaleza pública del Estado y facilitar el buen funcionamiento institucional.

Afortunadamente, el término en español cuenta con una ventaja con respecto al inglés. Mientras la palabra *accountability* sugiere una actitud pasiva

(con la terminación *-ability*), la palabra “rendición” implica una acción clara de parte del objeto de la rendición de cuentas. En general, la rendición de cuentas debe ser entendida como un proceso dinámico de informar a la ciudadanía, y no como un momento estático. Rendir cuentas es hallarse en movimiento y no permanecer sentado en la oficina “portándose bien” y estar “abierto a la crítica”.

Tal y como lo ha señalado Andreas Schedler, el comportamiento proactivo, que implica la rendición de cuentas, exige constante diálogo, explicación y justificación de las acciones gubernamentales. Otra definición que intenta recoger esta dinámica es la de John Ackerman, quien lo define de la siguiente manera: “Un proceso proactivo por medio del cual los objetos de la rendición de cuentas informan, explican y justifican sus planes de acción, su desempeño y sus logros, y se sujetan a las sanciones y recompensas correspondientes”.

La rendición de cuentas puede incluir evaluación, tanto del desempeño como del acatamiento a las reglas. Asimismo, habría que tomar en cuenta las tres temporalidades posibles (pasado, presente, futuro) de la rendición de cuentas. El concepto también necesariamente implica la existencia de alguna sanción o recompensa como resultado del proceso de evaluación externa.

Los objetos de la rendición de cuentas, los actores sujetos al proceso, pueden ser servidores públicos o actores sociales o privados. Asimismo, los sujetos del proceso puede ser la ciudadanía o, en su caso, instituciones estatales o sociales especialmente diseñadas para exigir la rendición de cuentas, como un *ombudsman* o una “contraloría social”. Guillermo O’Donnell distinguía entre dos direccionalidades del proceso: la rendición de cuentas “vertical”, donde quien exige cuentas tiene autoridad directa sobre el objeto del proceso, y la rendición de cuentas “horizontal”, la cual existe entre dos actores de autoridad y poder similares.

Así que la rendición de cuentas no necesariamente implica una relación de autoridad entre el actor que exige y el que responde. Autores como Mullan y Moreno, Crisp y Shugart han insistido que la rendición de cuentas solamente existe como parte de una “relación principal-agente”, en la que el principal delega autoridad en su agente, que actúa por él, para luego pedirle cuentas con respecto a su actuación. Pero, en realidad, relaciones “horizontales” de rendición de cuentas, entre dos actores de autoridad equivalente, son comunes. Un legislador fácilmente puede llamar a cuentas a otro legislador por no cumplir con los estatutos o el programa del partido en sus votaciones. La relación entre un *ombudsman* y una dependencia gubernamental o entre dos hermanos gemelos puede tener una naturaleza parecida.

Otro debate importante en la literatura es el que aborda la relación entre la rendición de cuentas y la “responsabilidad” (*responsiveness*). Algunos sostienen que existe una separación radical entre estos dos conceptos. Por ejemplo, Bernard Manin, Adam Przeworski y Susan Stokes postulan que el concepto de rendición de cuentas debería limitarse a la evaluación del comportamiento de los servidores públicos, o actores privados, de acuerdo con estándares “externos”, y por lo tanto, no debería mezclarse con los temas de la representatividad o las demandas sociales. Otros autores han cuestionado esta de-

marcación de conceptos por su tendencia “tecnocrática”, al querer separar artificialmente los ámbitos del desempeño institucional y la participación democrática.

John Mill Ackerman Rose

REPARACIONES

Es ampliamente reconocido el principio de que quien incurre en una conducta ilícita y causa un daño está obligado a afrontar las consecuencias de aquel y a reparar el daño ocasionado. El régimen de las reparaciones (o mejor dicho, de las consecuencias jurídicas de la conducta ilícita), que ofrece modalidades diversas en función de la ilicitud de la conducta y de la culpabilidad con la que obre el agente, tiene aplicación en las más diversos campos del ordenamiento jurídico. En México, cuenta con cimiento constitucional y se proyecta hacia las ramas civil, penal, administrativa, mercantil, etcétera; hoy día posee extensa proyección en el orden internacional general y en el terreno de los derechos humanos, principal espacio al que se destina esta nota.

La Constitución general de la República contiene disposiciones categóricas acerca de la reparación del daño derivado de la comisión de delitos, que debe ser satisfecho a las víctimas (es decir, a los titulares del bien jurídico afectado y otras personas perjudicadas por el comportamiento ilícito). Esta materia se halla contemplada en el art. 20, bajo el epígrafe “De los derechos de la víctima o del ofendido”. Corresponde al Ministerio Público, en ejercicio de la acción penal, reclamar la reparación del daño (erróneamente concebido como pena, no obstante su naturaleza de consecuencia civil del delito) y al tribunal de la causa condenar al responsable. El derecho del ofendido se plantea, pues, ante ambas instancias de la persecución penal y la administración de justicia. La reglamentación de estas reparaciones se localiza en los códigos, penal y de procedimientos penales, conforme a sus respectivas especialidades, y trasciende al derecho ejecutivo penal en lo que respecta al disfrute de ciertos beneficios que implican correctivos en la duración de la pena impuesta.

Por otra parte, el art. 113 constitucional, enclavado en el título cuarto de la ley fundamental, bajo el rubro “De las responsabilidades de los servidores públicos y patrimonial del Estado”, previene la responsabilidad de este “por los daños que, con motivo de la actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares”; señala que esta responsabilidad tiene carácter objetivo y directo. Añade que “los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”. Existe una ley secundaria, derivada de la norma constitucional, acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado (federal), que considera asimismo las determinaciones adoptadas a este respecto por órganos internacionales, tema al que me referiré *infra*.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, de 2011, que llevó adelante una amplia revisión de este tema, particularmente a través del nuevo texto del art. 1o. —norma fundamental para la debida elaboración y lectura del ordenamiento jurídico nacional, en todos sus peldaños: federal, estatal, distrital y municipal— acogió también el tema de las reparaciones a

cargo de instancias públicas. Tras manifestar que corresponde “a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias... la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”, el párrafo segundo de ese precepto supremo dispone que, “en consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Comúnmente se reconoce que la ley reguladora de la reparación a la que se refiere el art. 1o. constitucional es la Ley General de Víctimas, conforme resultó del complejo proceso legislativo que culminó en 2013. Ha habido cuestionamientos acerca de la competencia —federal o estatal— para regular las reparaciones por violación de derechos humanos. En todo caso, conviene tomar en cuenta que las normas internas pueden fijar los términos de la reparación cuando las disposiciones violadas tienen fuente nacional. En cambio, el régimen de reparaciones con motivo de la violación de normas internacionales concierne al derecho internacional (específicamente al derecho internacional de los derechos humanos, en la vertiente que ahora interesa) y que, en consecuencia, el ordenamiento doméstico no podría imponer menoscabo ni condición a las disposiciones internacionales correspondientes a transgresiones de esta naturaleza. En este sentido se debe apreciar la última expresión, antes transcrita, contenida en el segundo párrafo del art. 1o. constitucional: “en los términos que establezca la ley”.

Por lo que toca al sistema de reparación, previsto en el orden interamericano de los derechos humanos, que ha cobrado fuerte presencia en la normativa y en la práctica de nuestro país, conviene tomar en cuenta que dicho sistema halla su fundamento en el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José, de 1969, incorporado en 1991 en la ley suprema de la Unión, en los términos del art. 133 constitucional. La CADH regula un amplio conjunto de temas: reconocimiento de derechos y libertades, obligaciones generales de los Estados y responsabilidad de estos (colectiva e individual), y garantías para la puntual observancia de ese catálogo de derechos y libertades: órganos de protección, procedimientos, medidas provisionales (cautelares jurisdiccionales) y reparaciones. Estas se hallan, pues, en el marco de las garantías provistas por la CADH.

Es bien sabido —y así lo ha afirmado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), intérprete oficial de la Convención— que la materia de reparaciones por violación de esta —o de otros instrumentos internacionales— compete precisamente al derecho internacional, y que el ordenamiento nacional no puede, como antes mencioné, imponer modalidades o restricciones a un sistema que trasciende las fronteras domésticas. En efecto, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce o instituye el derecho y la libertad del individuo (además de los reconocimientos provenientes de fuente nacional), estatuye el deber estatal de respetarlos (art. 1.1, CADH), previene la garantía de preservación (art. 1.1, CADH), regula la responsabilidad internacional, dispone las consecuencias derivadas de la violación de aquellos y rechaza los obstáculos de orden interno que un Estado pudiera invocar para desatender sus obligaciones internacionales. Por ende,

las reparaciones de fuente internacional deben ser consideradas en el doble marco de esa fuente, a saber: el instrumento internacional y la sentencia del órgano jurisdiccional, asimismo internacional (o supranacional) que dispone la condena del Estado y precisa la consecuencia correspondiente.

Se suele interrogar acerca del carácter de la obligación reparadora: ¿de medios o de resultados? La pregunta involucra cuestiones complejas y cubre abstenciones inaceptables. En rigor, se trata de un deber de medios, es decir, de aplicación de todos los medios al alcance del obligado (el Estado) para reparar debidamente el daño causado por el hecho ilícito. Es posible que surjan obstáculos insuperables que impidan arribar al resultado apetecido. Empero, es indispensable distinguir entre los escollos de hecho, a veces irremontables, y los de derecho, generalmente remontables, e impedir que se argumente imposibilidad de cumplimiento cuando solo existe indisposición política.

Fue largo y complejo el proceso de elaboración y adopción del actual art. 63.1 de la CADH. Inicialmente, los redactores de anteproyectos y textos conducentes al conocimiento y decisión de la Conferencia de 1969, que emitió la CADH, inspiraron sus propuestas en las disposiciones del Convenio europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales, de 1950, que era el modelo a la vista y cuya aplicación había iniciado bajo las orientaciones de la Comisión y de la Corte Europeas de Derechos Humanos.

Ese modelo contiene una fórmula que resultaría insatisfactoria para los autores de la Convención Americana: “Si el tribunal (europeo) declara que ha habido violación del Convenio (de Roma, de 1950) o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”. Como se advierte, la fórmula europea carga el acento sobre la regulación reparatoria del Estado, y subsidiariamente (secundariamente) sobre la iniciativa del tribunal internacional. Además, todo el énfasis se deposita en la satisfacción del perjuicio ocasionado a la víctima.

Dicho perfil de la reparación no convenció a la Conferencia de San José, que acogió finalmente una propuesta formulada por la delegación de Guatemala, que hoy informa el art. 63.1: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención [agregaré: o en otros instrumentos que aplica el tribunal interamericano, dentro de su ámbito de competencia material], la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

De la fórmula acogida por la CADH se infiere el propósito de dar a las reparaciones mucho mayor alcance que el que literalmente se desprende del texto europeo, y la determinación de conceder al orden internacional, representado por la Corte Interamericana, una misión más diligente e intensa. El acento se pone en el orden internacional y las satisfacciones que este puede proveer, no en el orden interno y las insatisfacciones que pudieran caracteri-

zarlo. Atrás de esta fórmula militaban, sin duda, una dura experiencia y una moderada esperanza.

El aspecto más interesante, a juicio del autor de esta nota, del sistema interamericano de reparaciones —aspecto destacado por un importante sector de la doctrina internacional— es el énfasis que aquel pone en los factores estructurales de la violación. No se concentra solamente en el agravio inferido a la víctima y en la confrontación particularizada entre la norma internacional que se supone vulnerada y el hecho concreto que la vulneró. Va más allá: extiende la mirada hacia el contexto histórico y actual, y hacia las previsibles reiteraciones en el futuro cercano o distante. Aborda, pues, las fuentes de la violación y reclama medidas de prevención y no repetición que indudablemente desbordan el daño material o inmaterial causado a un sujeto particular, aunque no lo desconoce, ni omite atenderlo a través de indemnizaciones compensatorias y otras medidas —materiales o inmateriales— de satisfacción.

Este “proyecto social” de la reparación —si se permite decirlo de esta manera— caracteriza al régimen construido en relativamente poco tiempo, apenas tres décadas, por un número también relativamente reducido de sentencias con gran aptitud innovadora de signo progresista, invariablemente conducidas por el principio *pro homine* y atenuadas, como no podía ni debía ser menos, por las circunstancias prevaletientes en el ámbito americano en el que se despliega la competencia contenciosa del tribunal supranacional.

Es muy amplio el conjunto de reparaciones (o consecuencias jurídicas del hecho ilícito, como insisto en decir) que ha elaborado la Corte Interamericana. Generalmente, esta invoca la que considera reparación perfecta o por antonomasia: la *restitutio in integrum*, postulada por una respetable doctrina y jurisprudencia internacional, pero prácticamente inalcanzable. Implica dar marcha atrás a las manecillas del reloj. Empero, la *restitutio* constituye un buen punto de referencia sobre el destino y el rumbo de muchas medidas de reparación: devolver las cosas al estado en el que se encontraban, o bien, a una situación aproximada a este, que desvanezca o mitigue el impacto del hecho ilícito y contribuya a la satisfacción de la víctima y de la sociedad.

Más acá de la *restitutio in integrum*, en el terreno de lo practicable y plausible, se hallan las medidas que implican una cierta garantía actual y futura de cesación y no repetición de las violaciones cometidas. El conocimiento de la verdad marcha en esta dirección; lo mismo, la selección y capacitación de los servidores públicos (particularmente en el campo de la prevención de delitos y la persecución criminal) para la debida observancia de los derechos humanos en el ámbito de su desempeño. Se trata, en suma, como se ha dicho en muchas sentencias, de que el Estado adopte una serie de medidas “con el fin de evitar que ocurran en el futuro hechos lesivos como los del presente caso” (se lee en la sentencia del caso Trujillo Oroza, por ejemplo).

Obviamente, en el campo de las reparaciones figuran invariablemente las indemnizaciones por daños materiales o inmateriales (antes, morales) causados a la víctima. Este concepto ha contribuido significativamente a la reflexión misma acerca del concepto y la identidad de la víctima, expresión usual, a cambio de las escasas alusiones hechas a la noción de lesionado, que es la que utiliza, literalmente, la Convención Americana. En este mismo sec-

tor de correspondencias patrimoniales se localiza el tema de las costas y gastos, cuya cobertura resulta indispensable, habida cuenta de las complejidades y la natural onerosidad del procedimiento interno y externo que desemboca en una sentencia de condena, sin perjuicio de que la impartición de justicia sea gratuita en el ámbito interamericano y en el mexicano, por imperativo constitucional.

Referencia especial merece la reparación, siempre difícil y elusiva, al daño causado al “proyecto de vida”, un concepto trabajado por la Corte IDH a partir del caso Loayza Tamayo, con penetrante reflexión, del que se ha dicho constituye “uno de los elementos más originales de la jurisprudencia interamericana que acredita una creatividad jurídica sin igual” (Bourgorgue-Larsen). Agreguemos al elenco de reparaciones las reformas normativas o las nuevas normas, frecuentemente ordenadas por la Corte IDH y efectivamente cumplidas por Estados destinatarios de este género de condenas, a menudo relacionadas con la tipificación o la sanción de conductas delictuosas, el debido proceso de adultos y menores de edad, y el reconocimiento de derechos ancestrales de comunidades indígenas. Igualmente, mencionemos el cumplimiento del deber de justicia (regularmente, justicia penal) en relación con los responsables de violaciones, lo mismo agentes formales del Estado que otros sujetos cuya conducta es imputable al Estado.

Al conjunto de reparaciones se añaden diversas formas de satisfacción que operan en relación con la víctima, desde luego, pero también con la sociedad y la justicia; así, la sentencia misma, que tiene eficacia como medida de satisfacción, el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado, la atención médica y psicológica, la restitución de bienes, los programas específicos de desarrollo en el ámbito en el que se halla la víctima o con respecto a personas del grupo al que aquella pertenece, la emisión de ciertas políticas de Estado, los reconocimientos y homenajes, la asistencia vocacional y la educación especial, la difusión de derechos de determinados colectivos, la preservación de una cultura, la remoción de patrones sociales que favorecen violaciones (por ejemplo, patrones discriminatorios de menores de edad, indígenas, afrodescendientes y mujeres), etcétera. Todas estas medidas, y muchas más, conforman el amplio catálogo del régimen de reparaciones elaborado por la jurisprudencia de la Corte IDH a partir del nuclear precepto 63.1 de la Convención Americana.

Sergio García Ramírez

REPRESENTACIÓN EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

La representación en juicio de derechos constitucionales es un tema diferente de la legitimación para obrar. Representar supone pensar en alguien distinto del afectado, que cuenta con facultades suficientes para pedir en nombre de aquel que tiene el derecho subjetivo.

En los procesos constitucionales, el tema de la representación tiene cierta inconsistencia o falta de armonía entre las legislaciones. Cada uno adopta particularidades que impiden formular precisiones etimológicas.

Lo mismo sucede con la exigencia de tener un abogado que permita defender con criterios jurídicos el derecho cuya protección se pide; este tipo de representación o patrocinio letrado no es uniforme en Latinoamérica, pues algunos facilitan el acceso de toda persona sin necesidad de sumar un profesional de derecho; mientras otros condicionan la admisión del petitorio a que la presentación venga firmada por un abogado.

Ahora bien, la representación individual tiene estos condicionantes, mientras que los derechos colectivos o difusos presentan una situación diversa, donde la cuestión anida en resolver quién puede tener la adecuada representación de los grupos o sectores.

a) *Representación del afectado*. En los procesos constitucionales no hay mayores problemas con este tema. El derecho individual se lleva a juicio cuando hay una afectación clara y directa que, en forma actual o inminente, lesiona, altera o restringe ese derecho, y por la importancia del mismo, la gravedad del hecho, la arbitrariedad de la conducta o el incumplimiento de leyes particulares, demanda la actuación del órgano jurisdiccional.

La diferencia de criterios puede estar en si ese individuo necesita o no de apoyo letrado, o se piensa que la función jurisdiccional está obligada a dispensar la tutela cuando hay derechos de esta raigambre.

b) *Representación del derecho colectivo*. La capacidad para ser parte de los portadores de intereses de grupo se ha concedido más fácilmente a aquellos que tienen una cohesión anterior al hecho, por ejemplo, los colegios profesionales; ahora, la exigencia de estar registrados en una base oficial establece una limitación a la capacidad para obrar, la cual, con el fin de establecer la titularidad del interés alegado, no significa impedirles la presentación ante la justicia.

Ello es así, porque las identificaciones entre capacidad jurídica para ser parte y capacidad de obrar-capacidad procesal no son exactas, pues en el proceso civil la capacidad es más amplia que la establecida en el Código Civil. Inclusive, admitiendo que las entidades intermedias no necesitan del registro para formular reclamaciones, puede afirmarse que cuando se permite invertir de titularidad de determinadas relaciones jurídicas a entidades que no son, *lato sensu*, personas jurídicas, no se trata de concluir que ellas tienen capacidad como tales (como personas jurídicas), sino, simplemente, que por razones de conveniencia, interés jurídico y la presunción de idoneidad que, *prima facie*, acredita el grupo, puede asignársele un estatus jurídico suficiente por el cual consigue la calidad de parte.

Podríamos ejemplificar muchas de estas situaciones, basta observar que cuando se permite que un comunero actúe en soledad, si lo hace en beneficio de la comunidad, y la sentencia le es favorable, beneficia con sus actos a todos; sin afectarlos, en caso contrario. La comunidad no supone una personalidad distinta a la de los comuneros.

Estas uniones circunstanciales son también asociaciones comprendidas en la tutela diferenciada que prevén los nuevos derechos y garantías constitucionales. El fin colectivo y el interés de incidencia masiva es el vínculo. La calidad de parte la acreditan con la verosimilitud del derecho peticionado.

Si uno supone que la legitimación se adquiere una vez acreditada la capacidad procesal, colocamos la piedra de toque en la acreditación del derecho subje-

tivo que permite la protección de las individualidades. Pero como en la defensa de los derechos difusos importan más los intereses que se actúan, la legitimación como presupuesto de fondo pierde consistencia, carece de trascendencia para condicionar la admisibilidad en el proceso de los grupos.

c) *Personería de las asociaciones*. El otro aspecto a considerar es la representación que ostenta el grupo o la entidad constituida regularmente.

Se trata de verificar quién puede ser portador del mandato colectivo, en relación con un interés que puede pertenecer, mediata o inmediatamente, a una globalidad de individuos, explicando, además, cómo tal sujeto puede deducir en juicio no solo situaciones de ventajas propias, sino también ajenas, pero coincidentes con la suya, al ser miembro del grupo cuyo interés se pretende tutelar.

La personalización traduce dificultades notorias que veremos seguidamente, así encontramos grupos que tienen bien definidos sus objetivos y una manifiesta coincidencia de los sujetos miembros con los intereses de la agrupación (por ejemplo, colegios profesionales, sindicatos, etcétera); entidades que tienen un interés circunstancial, pero sin acreditar experiencia, trayectoria o una regular constitución (por ejemplo, las llamadas “uniones sin personalidad”); por otro lado, hay intereses que inciden en un sector que no tiene coincidencias en la afectación, por ejemplo, cuando en materia de medio ambiente se dictan normas que benefician a una parte del sector en desmedro de otro, pero perjudicando a la sociedad toda; en suma, la multiplicidad de situaciones impide conferir una representación válida a todas las contingencias.

La tarea judicial es importante para este esclarecimiento, a cuyo fin pueden clasificarse las formas asociativas, sean previstas u ocasionales, de acuerdo con la determinación del conjunto que lo compone:

i) Grupos organizados con interés establecido estatutariamente. Son conjuntos de personas que se reúnen en la defensa y promoción de intereses individuales que los asocian. Los colegios profesionales, los sindicatos, los consejos técnicos, etcétera, responden a este tipo de agrupamientos.

La representación legal está prevista en sus estatutos, de manera que la legitimación se obtiene acreditando con los documentos constitutivos ese mandato institucional.

Propiamente no es un caso de legitimación colectiva, sino de capacidad de las personas jurídicas; por ello, carecen de importancia para el tema que venimos comentando.

ii) Grupos asociados constituidos regularmente que no establecen representación. Aquí la composición del grupo como la finalidad que los reúne es conocida. Se asocian y militan en la defensa del interés propuesto, pero carecen de una personalidad jurídica que represente sus pretensiones ante la justicia.

Son organizaciones regulares en la medida que no surgen espontáneamente sino después de una deliberación de intereses; tienen continuidad en los actos que desenvuelven, pero jurídicamente carecen de representación colectiva.

Si la organización se multiplica por la acumulación de interesados (por ejemplo, Cámara de la Propiedad Horizontal, Federación de entidades mu-

nicipales, etcétera) el ámbito subjetivo de representación en juicio varía. No se identifica directamente el interés individual con el colectivo. Solo mediatamente el miembro percibe los beneficios de la acción grupal.

iii) Grupos indeterminados con representación. Este tipo de interés se puede implementar por cuestiones de circunstancia, de manera que es factible que el ámbito de miembros de la misma no coincida con el de los integrantes del grupo afectado, es decir, con el conjunto de interesados.

A veces estos grupos se constituyen para resolver situaciones puntuales, por ejemplo, una asociación de perjudicados por una catástrofe o siniestro, de modo tal que la representación la adopta quien defiende el punto, aunque puede no ser afectado.

iv) Grupos indeterminados sin representación. El supuesto permite observar la integración espontánea de un grupo que responde a una inquietud ocasional. Existe necesidad de agruparse para intentar una defensa del bien colectivo.

Esa protección puede implementarse por personas individuales que, arrojándose el interés del grupo al que pertenece, invocan esa participación para lograr personalidad procesal.

Existe la agrupación, pero no la representación. Este tipo de acciones no deben necesariamente ser propuestas por el ente colectivo, pues basta la defensa de lo general o la dimensión del interés para acceder al procedimiento.

d) *Formas de representación para los intereses colectivos.* En materia de intereses o derechos difusos, la ausencia de legitimados directos obliga a reconocer una representación suficiente indeterminada en un ente colectivo que evite consideraciones de carácter individual.

La doctrina italiana la denomina “ente exponencial” y la americana *adequacy of representation*.

En ambos casos se procura que las organizaciones o grupos cuenten con garantías básicas para establecer el contradictorio. La audiencia y alegación constituyen resortes de ello, y propician un abandono del simplismo que ve al proceso como cosa entre partes físicas y conocidas.

La garantía del debido proceso, en estos casos, se resuelve a través de la adecuada representación de los intereses del miembro del grupo que permanece ausente, defendidos por otro u otros miembros del grupo que se encuentran en una situación cualitativamente idéntica, y que ofrecen indicios de que van a proteger de manera adecuada (idónea) los intereses de todos los que se encuentran en semejante posición jurídico-material.

La “representación adecuada” se diferencia de la convencional, en que no existe una concesión expresa de apoderamiento, porque no hay una personalidad constituida, tampoco una voluntad tácita que acepte la manifestación en nombre del ausente; se trata, solamente, de atribuir legitimación procesal activa que objetivamente permita la defensa de derechos grupales desprotegidos.

De este modo, la representación adecuada atiende más la cualidad de los hechos denunciados que a las personas que invocan la petición judicial.

Existen dos criterios básicos para controlar y admitir la representatividad adecuada: 1) que la defensa sea idónea y se articule por medio de asistencia

letrada; 2) que no aparezcan manifiestamente intereses contrapuestos dentro del grupo o sector.

Pero hay otro modo de analizar la personalidad que, evitando el estudio de la representación, pone el ojo en el “ente exponencial”, pues supone convalidar la representación que se arroga un grupo para defender los intereses de una colectividad determinada.

El criterio se adopta por exclusión, es decir, que admite la representación que se invoca para requerir la actuación jurisdiccional ante un hecho donde los damnificados permanecen inactivos o en actitud pasiva; o bien cuando conocida la invocación del problema a través del “ente exponencial”, no cuestionan ni contradicen la demanda planteada.

El grupo exponenciado es el sector protegido, y el ente exponencial, la entidad organizada o la persona o personas que pretenden la atención judicial.

No debe vincularse esta legitimación con la que solicite una entidad organizada (por ejemplo, Liga de Defensa de los Derechos del Consumidor u otros similares), pues aunque esta puede investirse de representación suficiente y ser parte procesal al vincular el objeto de su constitución con la materia específica que plantean en la demanda, en el caso se busca tutelar el interés colectivo que mantiene una fluidez y heterogeneidad más elástica que los moldes estatutarios.

La diferencia de situaciones puede tener otra lectura. Mientras un grupo organizado pretende lograr beneficios generales, generalmente preventivos; la persona individual que invoca un interés colectivo se arroga la defensa con pretensiones heroicas, aunque justas y razonables.

En el sistema americano esta distinción se reconoce por la dimensión del problema, mientras los *rights without a holder* (derechos sin titular, pues toda la colectividad tiene la pertenencia) admiten las legitimaciones indirectas y difusas; los *rights too small* (derechos demasiado pequeños) permiten una protección individual que no requiere de mayores exigencias de representación.

En ambos casos, como se aprecia, el sentido técnico que tiene la legitimación procesal desaparece al darse preferencia a las situaciones en crisis que se alegan en las demandas promovidas.

El problema que surge para el intérprete resulta de calificar bajo un nominado procesal la naturaleza jurídica que tiene el miembro del grupo exponencial, respecto a los demás miembros del sector agrupado (colectivo).

Oswaldo A. Gozáini

RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL

La “responsabilidad constitucional”, como un tipo diferente de responsabilidad, por encima de cualquiera de las tradicionalmente reconocidas, tiene lugar frente a violaciones a la Constitución federal, derivadas, entre otras, del incumplimiento de resoluciones dictadas por la Suprema Corte. La separación del cargo es consecuencia inmediata y directa de la determinación de “responsabilidad constitucional”, sin que pueda oponerse alguna especie de inmunidad o fuero.

La consignación ante un juez de Distrito se hace de manera directa por el tribunal constitucional, sin intermediación del Ministerio Público federal, y tiene como efecto el inicio de un proceso penal en el que, ya con intervención de este último, deberán respetarse las formalidades esenciales del procedimiento.

Los señalamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no pueden ser variados por el juez de Distrito, es decir, la existencia del incumplimiento de una resolución dictada en una controversia constitucional y la determinación de responsabilidad constitucional derivado de dicho incumplimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez de Distrito emitirá un fallo con plenitud de jurisdicción respecto de la responsabilidad penal del consignado, distinta de la responsabilidad constitucional determinada de inicio por la Suprema Corte.

Tal responsabilidad es fruto de la naturaleza del poder en un orden republicano y del imperio del derecho para los gobernantes (racionalización o institucionalización del poder) en un Estado de derecho, y cristaliza como “justicia política”, la que, al igual que la jurisdicción constitucional, importan una quiebra parcial y relativa del viejo principio-dogma de la separación de poderes.

Precisamente la responsabilidad constitucional se origina en infracciones de la Constitución, lo que la asemeja a la responsabilidad jurídica más que a la política si no fuere porque las infracciones de la Constitución son, por su naturaleza, ilícitas, que invitan a interpelaciones creativas o márgenes de libertad interpretativa de órganos políticos. La responsabilidad constitucional perseguida mediante el *impeachment* es un caso de justicia política en que la “justicia es reinterpretada y recreada continuamente” (Friedrich). En la justicia política podemos establecer tres sujetos: acusador, acusado y magistrado, que ha de zanjar la cuestión utilizándose la forma judicial por órganos políticos para expedir una decisión política.

En relación a este tipo de responsabilidad, el tribunal constitucional ha dado pasos firmes para construir un “derecho constitucional sancionador”. Esta definición se refiere tanto a los procedimientos aplicables en supuestos de desobediencia a los mandamientos que emite el tribunal constitucional en el curso de la resolución de controversias y acciones de inconstitucionalidad, como a las consecuencias por “responsabilidad constitucional” y/o “responsabilidad penal” a las que se hacen acreedores los altos funcionarios públicos, cuando sus acciones encajan en dichos supuestos.

Derivado de la interpretación del texto constitucional, en el pleno de la Suprema Corte se ha determinado que la primera consecuencia por desobedecer un mandamiento emitido por el custodio de la Constitución trae consigo la remoción del cargo. Una vez aplicada dicha sanción por “responsabilidad constitucional”, significa que el funcionario responsable ha dejado de gozar del fuero constitucional, pues este solo protege al parlamentario cuando es diputado en funciones por lo que, al dejar de serlo, cesa al mismo tiempo el fuero constitucional.

Por tanto, una vez aplicada la “responsabilidad constitucional” por la Suprema Corte queda abierta la vía para exigir la “responsabilidad penal”, sin necesidad de solicitar al Congreso del estado que suspenda la inmunidad pro-

cesal penal del sujeto responsable de violación del mandamiento del máximo tribunal del país.

Una primera diferencia del procedimiento penal del “derecho constitucional sancionador” es que la Suprema Corte es la que directamente hace la consignación ante el juez del responsable de la falta constitucional, y no ante el Ministerio Público —que es lo usual—; sin embargo, cabe decir que este inicio del proceso directamente ante el juez y no ante el Ministerio Público lo encontramos en el derecho positivo, también para el caso de la inexecución de las sentencias de amparo.

Una segunda diferencia del procedimiento penal del derecho constitucional sancionador con respecto al ordinario, es que el juez de Distrito no tiene un margen tan amplio, como en un juicio ordinario, para determinar que efectivamente ha habido un quebranto al orden jurídico, y para establecer, en consecuencia, el probable responsable del mismo.

Por otra parte, el estudio específico de la responsabilidad constitucional del Gobierno (presidente de la República y ministros de Estado) exige contextualizar esta responsabilidad específica en el régimen político y forma de gobierno presidencialista, y en las tradiciones fundacionales del constitucionalismo moderno: estadounidense y francesa (Díez-Picazo). En un régimen presidencial o en uno presidencialista, no existe en rigor responsabilidad política directa del Gobierno, y control político parlamentario hasta sus últimas consecuencias, que se produce cuando “un detentador de poder tiene que dar cuenta a otro detentador de poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada” (Bidart-Carnota), y que irroga el cese del Gobierno a través de la censura o desconfianza, con todos sus resguardos fruto de su racionalización de posguerra.

La responsabilidad del Gobierno debe estar inserta en el sistema de responsabilidades del poder. La persecución de la responsabilidad penal de los gobernantes (responsabilidad constitucional) se organiza siguiendo tres modelos: judicial puro, tribunal especial y sistema legislativo (Pérez Serrano).

Esta “criminalidad gubernativa” (Díez-Picazo) responde en su modelo de organización y de sanción a específicas condiciones histórico-políticas, y que están en el debate desde los orígenes del constitucionalismo moderno, sin perjuicio de observarse en las repúblicas antiguas (Jellinek) y en el constitucionalismo antiguo (McIlwain) institutos destinados a exigir la responsabilidad de los cargos públicos, como el ostracismo, *graphéparanomon*, *provocatio ad populum*, *quaestiones perpetuae*, en la Antigüedad grecolatina, enderezados al “gobierno constitucional” entendido como “gobierno limitado”.

El propio Maquiavelo, desde su inocultable republicanismo, en sus archiconocidos *Discursos...*, nos recuerda agudamente: “lo que hay de más indomable en un Estado republicano es el Poder Ejecutivo, que dispone de las fuerzas de la Nación”.

En relación a estos modelos de “criminalidad gubernativa”, podemos identificar verdaderas tradiciones en el constitucionalismo de los modernos; tradiciones en que se acoplan historia, política, cultura e ideologías.

Miguel Ángel Aguilar López

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

La responsabilidad patrimonial del Estado se inserta dentro del derecho público de daños, el cual discute si la producción de un daño debe transferirse a la hacienda pública o quedarse en el patrimonio de la víctima que lo sufre. En general, la idea de que los entes del poder público deben responsabilizarse por los daños que ocasionan, es una idea relativamente contemporánea que se explora por vía legislativa, jurisprudencial y doctrinal a lo largo del siglo XX, principalmente en países como Francia, Alemania y España, cuyo impacto permea en Latinoamérica durante la primera década del siglo XXI, en países como Colombia y México.

Antes de esta fecha, y hasta la primera mitad del siglo XIX, se observa en los países de Europa una resistencia generalizada del poder público de someterse al derecho, derivada de la incapacidad del derecho civil para responder a las necesidades que planteaba la época; por muy defectuosa que fuera la prestación de los servicios públicos, la administración no respondía, pues se tenía arraigada la idea de que el príncipe estaba por encima del particular. De allí que, durante la segunda mitad del siglo XIX, surjan normas especiales para la administración pública, y para los daños que esta causa. No obstante, conviene señalar que en algunos países, como Italia y Alemania, el instituto de la responsabilidad patrimonial opera conforme al régimen resarcitorio de su Código Civil.

Así, históricamente se ha transitado de una irresponsabilidad absoluta de la administración a una responsabilidad casi absoluta, y especialmente, de una responsabilidad subsidiaria y subjetiva, que implicaba demostrar la negligencia, dolo o intencionalidad en la realización del daño; y a una responsabilidad objetiva y directa, en la que el particular no tiene el deber de soportar los daños patrimoniales causados por el Estado, por lo que puede demandarlo directamente, sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado.

Al mismo tiempo, a la sazón del desarrollo judicial del derecho de daños, se ha ido incrementando, por un lado, el rango resarcible: de la reparación exclusiva del daño patrimonial a la reparación de cada vez más perjuicios morales; y por otro, los sujetos públicos obligados: de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, a la responsabilidad del Estado-juez, del Estado-legislador y del Estado-tribunal constitucional.

Naturalmente, corresponde al legislador determinar el grado en que responderá el Estado, los entes públicos responsables y el rango resarcible de daños. Por regla general, las administraciones públicas deben responder de toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En México, por ejemplo, pese a que la ley de la materia reconoce que las tres esferas del poder público son sujetos que pueden generar responsabilidad patrimonial, esta solo deriva de actividades administrativas irregulares.

De manera general, el derecho a la responsabilidad patrimonial se desprende de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la propiedad, a la vida y a la integridad física. De manera específica, algunos regímenes (como el

español) reconocen dos formas básicas de tutela. Por un lado, la tutela restitutoria, que restituye el derecho cuando se condena a la anulación del acto que causa el daño y, por otro, la tutela resarcitoria, que implica una garantía indemnizatoria frente al daño producido. En este sentido, la responsabilidad patrimonial cumple un ideal de justicia conmutativa o justicia correctiva, pues no previene, ni sanciona, sino que corrige.

Por último, los presupuestos para que se actualice la responsabilidad objetiva de la administración son: 1) un daño o hecho lesivo de la administración; es decir, un perjuicio real personal y directo que sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una o varias personas; 2) un nexo causal; de modo que la causa del daño sea la actividad de la administración pública o, en su acepción más amplia, del Estado, y 3) un título de imputación, es decir, que la causa del daño pueda ser atribuida a la administración por tratarse de un acto o comportamiento producido en el contexto de un servicio de titularidad pública.

Israel Santos Flores

RESPONSABILIDAD PENAL

El vocablo responsabilidad implica una connotación muy amplia; de tal manera que se hace necesario precisar sus alcances; genéricamente implica asumir las consecuencias de todos los actos que el individuo realiza en forma consciente e intencionada. Constituye uno de los valores humanos más importantes, que emerge de la capacidad humana de elegir entre diferentes opciones, y actuar, conforme a la libre voluntad, de la cual resulta la obligación de asumir todas aquellas consecuencias que de esos actos deriven.

Así, la conjugación gramatical “responsabilidad penal” significa la consecuencia jurídica de la violación de la ley por una persona, y frente a la anterior, depende de que esa violación sea descubierta y probada. Es la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen al individuo cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito o haber sido cómplice de este, implica entonces, la sujeción del agente a las consecuencias jurídicas del hecho punible cometido.

Este tipo de responsabilidad la impone el Estado, y consiste en una pena que busca castigar al delincuente e intenta su reinserción para evitar que vuelva a delinquir. Se actualiza cuando el agente activo ha realizado una conducta que se tiene tipificada como delito en el Código Penal.

La responsabilidad penal no solo tiene relación con las consecuencias de nuestros actos, sino que también está asociada a los principios, a aquellos antecedentes a partir de los cuales el hombre toma las motivaciones para ejercer la libre voluntad y actúa. Conforme al principio de intervención mínima, el ámbito penal debe tener un carácter residual, es decir, intervenir únicamente ante hechos muy graves, y cuando hayan fracasado los demás mecanismos de protección.

El derecho penal, expresión de la potestad sancionatoria del Estado (*ius puniendi*), tiene por finalidad salvaguardar los bienes más valiosos y esenciales

para el mantenimiento de un orden social determinado y, por tanto, castigar aquellos comportamientos que resultan particularmente lesivos para el mismo. En este sentido, la responsabilidad penal no es tanto un instrumento ordinario de regulación de la convivencia, cuanto el instrumento último al que acude el Estado, cuando los demás mecanismos normativos se revelan insuficientes. Consecuentemente debe decirse, no todas las infracciones de normas jurídicas dan lugar a responsabilidad penal; es decir, como se deduce de algunos preceptos del derecho penal, la comisión de un hecho delictivo, en el sentido de un hecho típico, antijurídico, no acarrea de manera automática la imposición de una pena al autor de ese hecho.

Luego, para hablar de responsabilidad penal se exige la realización de una conducta que debe ser típica, antijurídica y culpable, además que la pena sea necesaria. En efecto, para la imposición de una sanción, *principal consecuencia jurídico-penal del delito*, no es suficiente con la comisión del hecho típico y antijurídico, pues existen determinados casos en los que el autor de aquel queda exento de responsabilidad, lo que demuestra que junto a la tipicidad y antijuridicidad debe darse una tercera categoría general del delito, cuya presencia es necesaria para imponer una pena, esa categoría es la culpabilidad: precisamente esta es el presupuesto más importante de la responsabilidad penal (Roxin), a la cual debe añadirse la necesidad preventiva de la pena, la que se concibe como una exigencia adicional a los elementos del hecho punible.

El examen de la culpabilidad significa que se cuestiona si un hecho puede serle reprochado personalmente al autor (a título personal). En consecuencia, la responsabilidad supone una valoración negativa que se formula al autor, por no haber observado una conducta conforme a derecho (Jescheck, H. Heinrich), lo cual supone no culpablemente, en cuanto se puede invocar una causa de exculpación, un caso de exclusión de la contravención del deber.

Así, la idea central de las causas de exculpación se ve en la inexigibilidad, que permite distinguir de las causas de justificación y de las de exclusión de la punibilidad. Freudenthal desarrolló una causa general suprallegal de exclusión de la culpabilidad, cuando “a la no realización del hecho punible le hubiese pertenecido una tal medida de resistencia que a nadie normalmente se le puede exigir, entonces falta con el poder el reproche y con el reproche, la culpabilidad, siendo esto, la inexigibilidad”.

A partir de estas ideas se concibe que la culpabilidad, como elemento esencial de la responsabilidad, consista en el reproche que se formula al autor del hecho injusto por haberlo realizado, cuando, conforme a las circunstancias particulares del caso concreto, podría haberse motivado por cumplir la norma. En consecuencia, la responsabilidad penal supone una valoración negativa que se formula al autor por no haber observado una conducta conforme a derecho.

De ahí que se conciben como elementos de la culpabilidad a: *la imputabilidad*, entendida como capacidad de conocimiento y capacidad de motivación, que es el presupuesto existencial de la reprochabilidad; *la cognoscibilidad* de la específica ilicitud del hecho humano, del alcance y la relevancia jurídico-penal de la conducta; y la no concurrencia de alguna causa de *no exigibilidad*

de otra conducta, como estado de necesidad disculpante o exculpante, cuando se sacrifican bienes de igual valía, ante la imposibilidad de salvarlos a todos.

Como tema relevante acerca de la responsabilidad penal, Mir Puig sostuvo que en el derecho penal el delito debe ser obra del ser humano, no se debe a razones ontológicas, ni a la naturaleza de las cosas, sino a una decisión del derecho positivo. De tal manera, históricamente se ha entendido que una persona jurídica no puede ser responsable penalmente, en tanto no puede cometer delitos por sí misma (y hay muchas penas que no puede cumplir). Este principio está reflejado en la expresión latina: *societas delinquere non potest*. Sin embargo, existirían algunos delitos que pueden ser cometidos desde una persona jurídica, y que incluso pueden realizarse únicamente en beneficio de la misma (fraude, robo, estafa, apropiación indebida, delitos fiscales, etcétera). En esos casos, se ha entendido que el responsable penal sería la persona física que toma las decisiones.

La exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas provoca numerosas cuestiones controvertidas cuyo esclarecimiento resulta esencial. Basada en los delitos cometidos por administradores, representantes y hasta empleados de las entidades con personalidad jurídica, a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente, hay quien mantiene que el modelo seguido es un sistema indirecto o de atribución, en suma, de heterorresponsabilidad. Sin embargo, desde el prisma constitucional y de los principios penales fundamentales, no hay duda de que toda responsabilidad penal debe erigirse sobre un hecho injusto (y culpable) propio, por lo que los esfuerzos doctrinales dirigidos a la búsqueda de una adecuada fundamentación en esta línea se encuentran plenamente justificados.

Miguel Ángel Aguilar López

RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL A NIVEL INTERNACIONAL

La responsabilidad penal individual a nivel internacional se refiere a la represión del daño antijurídico en contra del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, causada por una persona determinada, la cual por su gravedad, propia de la naturaleza de los crímenes, es sancionada en el ámbito del derecho internacional.

En ausencia de acción estatal para sancionar ciertos delitos cometidos dentro de su ámbito espacial de competencia, ya sea por falta de capacidad o por falta de voluntad política, se han creado instancias internacionales facultadas para sancionar y someter a juicio a aquellos responsables de las más graves crímenes (véase la voz crímenes internacionales).

La responsabilidad penal a nivel internacional es el principal objeto de estudio del derecho penal internacional, la cual constituye una especialidad dentro del derecho internacional público, por lo que cuenta con las mismas fuentes, es decir los tratados y acuerdos internacionales, normas de derecho internacional consuetudinario, jurisprudencia de los tribunales internacionales y principios generales del derecho.

El desarrollo del concepto y alcances de la responsabilidad penal individual a nivel internacional es relativamente nuevo en la escena mundial. Ha sido desarrollado como consecuencia directa de los conflictos armados que han marcado a la comunidad internacional por su gravedad durante el siglo XX, y en especial, durante los últimos sesenta años, periodo en el que se ha logrado la consolidación del concepto de responsabilidad del individuo como sujeto de las normas de derecho internacional.

Al concluir la Primera Guerra Mundial, se creó la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Sanciones con la finalidad de sancionar al káiser Guillermo II, por su responsabilidad en la comisión “de un delito de suma gravedad contra la ética internacional y la inviolabilidad de los tratados” (art. 227 de los Tratados de Versalles de 28 de junio de 1919). Sin embargo, nunca llegó a concretarse la creación de un tribunal, debido a que se le otorgó asilo en el reino de los Países Bajos y nunca se logró su extradición.

La Segunda Guerra Mundial y los graves crímenes cometidos por el régimen nazi de 1939 a 1945 marcaron el inicio del desarrollo de una doctrina sobre la responsabilidad penal internacional. Mediante el acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, las potencias aliadas establecieron el estatuto del Tribunal Militar Internacional para juzgar a los criminales de guerra alemanes. En dicho documento se estableció la responsabilidad penal individual por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad en violación al derecho internacional. De manera paralela, aunque con una estructura distinta, se creó el Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente con la finalidad de sancionar a aquellos responsables de los más graves crímenes durante la guerra en el Pacífico.

Independientemente de las críticas que tales tribunales recibieron en su momento, por ser considerados una forma de venganza por parte de las potencias vencedoras en un conflicto armado, dichos tribunales constituyen el primer paso para la aceptación del individuo como responsable ante la comunidad internacional por la comisión de crímenes de extrema gravedad, lo cual queda demostrado con la expedición de los principios del Tribunal de Nuremberg, confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, los cuales establecieron como principio que “toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción”.

Con la creación de tribunales *ad-hoc* para la persecución de los delitos cometidos en el conflicto armado en la antigua Yugoslavia y el genocidio de Ruanda, de 1993 y 1994 respectivamente, se logró la consolidación y aceptación de la posibilidad de que órganos compuestos de manera internacional cuenten con la atribución de juzgar a individuos por crímenes graves contra el derecho internacional.

El concepto de responsabilidad penal individual ha sido incorporado en los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad-hoc*, híbridos y de la Corte Penal Internacional, en los que se ha reafirmado no solo la responsabilidad individual, sino que ha sido regulada de manera detallada, estableciendo

las diferentes formas que puede adoptar la responsabilidad penal internacional del individuo.

El art. 7o. del Estatuto del Tribunal para Yugoslavia, el cual fue reproducido con posterioridad en el art. 6o. del Estatuto del Tribunal para Ruanda, establece que toda persona que haya planeado, instigado, ordenado, ejecutado o de cualquier otra manera ayudado a realizar cualquiera de dichas conductas, será responsable penalmente, considerando que la realización de la conducta en cumplimiento de una orden no es excluyente de responsabilidad. Igualmente establece la responsabilidad penal del superior jerárquico, no solo por emitir una orden para la comisión de un crimen internacional, sino por no adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir que un subordinado cometiera un crimen cuando conociera dicha intención o tuviera razones para saber que se cometería.

Es importante resaltar también que dicho Estatuto establece de manera expresa que el hecho de ser jefe de Estado o de Gobierno no exime la responsabilidad penal a nivel internacional del individuo o atenuará la pena.

La jurisprudencia de dichos tribunales *ad-hoc* ha desarrollado una forma distinta a la establecida de manera expresa en sus estatutos, al interpretar que aquellas personas que contribuyen a la comisión de crímenes en ejecución de una empresa criminal común deberán ser sujetas a responsabilidad penal bajo la modalidad de comisión de un delito.

De acuerdo a la Sala de Apelaciones del Tribunal *ad-hoc* para Yugoslavia, en la resolución del caso Tadic, existen tres categorías en las que puede materializarse una empresa criminal común. La primera comprende aquellos casos en que todos los individuos actúan conforme a un plan común o al menos participan de manera voluntaria en la elaboración de una parte del plan y poseen la misma intención criminal. La segunda categoría, mejor conocida como la empresa criminal común del campo de concentración, es muy similar a la primera; sin embargo, es necesario que los crímenes sean cometidos por miembros de las autoridades militares o administrativas como los que administran un campo de concentración. Por último, la tercera categoría implica la comisión de una conducta delictiva por parte de un individuo que no formaba parte de la empresa criminal común, no obstante, dicha conducta era una consecuencia natural y previsible del propósito del plan.

El art. 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma actualmente contiene una regulación detallada de la responsabilidad penal individual. Establece como formas de responsabilidad, ya sea individual o colectiva, las de ordenar, proponer, intentar, inducir, facilitar o contribuir intencionalmente a la comisión por un grupo de personas, así como instigar directa y públicamente a cometer el crimen de genocidio. Es importante señalar que la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional no reconoce la teoría de empresa criminal común desarrollada por el Tribunal para la exYugoslavia.

Ricardo Sánchez Pérez del Pozo

RESPONSABILIDAD POLÍTICA

Conceptualizar la frase “responsabilidad política” implica considerar que el control y la limitación del poder no siempre han sido temas centrales de preocupación; sin embargo, es necesario atender que todo poder tiende al desbordamiento, y el poder político acredita esas tendencias. Así, la responsabilidad política constituye un instrumento de limitación y control de poder, junto con el clásico mecanismo de *checks and balances* y el prioritario control de legalidad.

Hay que ubicar el concepto de responsabilidad política en el contexto de los diversos niveles de responsabilidad que entrañan las acciones políticas. Hay una responsabilidad personal por los propios actos; hay una responsabilidad institucional, si esa persona encarna o forma parte integrante de una institución; hay una responsabilidad legal, si esos actos violan normas legales (esa responsabilidad le es reclamada a la persona), y hay una responsabilidad política, que es la que tiene todo actor político respecto de todo lo que ocurre en su área de poder directo, aunque no haya intervenido directamente en ello. Es una responsabilidad-fusible, que se ubica generalmente debajo de la cúspide del poder y arriba de las estructuras de ejecución.

Solo en casos muy graves afecta a la cúspide, porque el sistema privilegia la estabilidad del mando supremo y descarga, en lo posible, la responsabilidad política sobre las primeras líneas de las jerarquías de implementación. La ejecución de la responsabilidad política, en caso de error, generalmente se asume mediante la renuncia al cargo, y puede tener consecuencias sobre la carrera política posterior.

La responsabilidad tiene dos caras: una *intersubjetiva*, que es la obligación del representante frente a sus electores por sus actos como tal; y otra *funcional*, en cuanto se supone que quien acepta postularse como representante está en condiciones de ofrecer un adecuado nivel de prestación, en términos de eficiencia y capacidad, es decir, una conducta “responsable”, confiada en último término a su “ciencia y conciencia” (D. Fisichella, 1990).

Sin embargo, tenemos una responsabilidad política, porque la política, por definición, se refiere al orden correcto de la sociedad para el bien común.

Es perfectamente conforme con la naturaleza humana que se constituyan estructuras político-jurídicas que ofrezcan a todos los ciudadanos, sin discriminación alguna y con perfección creciente, posibilidades efectivas de tomar parte libre y activa en la fijación de los fundamentos jurídicos de la comunidad política, en el gobierno, en la determinación de los campos de acción y de los límites de las diferentes instituciones, y en la elección de los gobernantes. Recordemos, por tanto, que todos los ciudadanos tienen el derecho y al mismo tiempo el deber de votar con libertad para promover el bien común.

El bien común requiere, entre otras cosas, que los derechos humanos y los principios morales sean respetados, y entre estos derechos y principios está el derecho a la vida. Sin el respeto a estos derechos y principios, la sociedad se convertirá en un caos y se destruirá a sí misma.

La responsabilidad política consiste en la imposición de sanciones, cuya naturaleza es precisamente política, a los gobernantes por el modo en que

estos ejercen el poder político. Esta definición, puramente convencional, suscita de inmediato dos interrogantes: primero, ¿en qué consisten las sanciones y quién las impone?; segundo, ¿cuál es la fuerza vinculante de esas sanciones? Para responder la primera de estas cuestiones, hay que observar cómo la responsabilidad política puede ser, al menos, de dos tipos: difusa e institucional.

La responsabilidad política difusa está ínsita en el concepto mismo de democracia. Estriba en el juicio negativo que los ciudadanos pueden dar a la actuación de los gobernantes, y se manifiesta, ante todo, en un estado de la opinión pública. Cuando este juicio negativo se refiere a cargos públicos electivos (diputados, senadores, concejales, etcétera), la responsabilidad política puede traducirse, además, en un determinado comportamiento electoral: sancionar a la persona que se reputa políticamente responsable, no votándola en la siguiente elección. Se dice que esta forma de responsabilidad política es difusa, por dos razones: porque la sanción no es impuesta por alguien en concreto, sino por la generalidad de los ciudadanos, y además, porque la sanción consiste en una mera opinión negativa que, solo eventualmente, puede tener repercusiones en sede electoral.

Puesto que es expresión del peso de la opinión pública, la responsabilidad política difusa existe en todos los sistemas políticos democráticos. Además, en su sentido amplio de mero juicio negativo por parte de la opinión pública, la responsabilidad política difusa afecta a todos cuantos ocupan algún cargo público, incluso de naturaleza no electiva; y ello, porque la libertad de crítica acerca del modo en que se conducen los asuntos públicos es una de las características fundamentales de la democracia. Esta última observación es importante porque abarca no solo a los poderes Legislativo y Ejecutivo, sino también al Poder Judicial, cuya función no tiene una naturaleza primariamente política. Cuando se afirma la libertad de disentir en público de las resoluciones judiciales, en el fondo se está sosteniendo que ni siquiera la actuación de los tribunales, al menos en aquellas de sus facetas con relevancia política, está exenta de valoración crítica por parte de la opinión pública.

La responsabilidad política institucional, en cambio, consiste en la posibilidad de que un órgano del Estado repruebe el modo en que otro órgano del Estado ejerce sus funciones y provoque, en su caso, el cese o la dimisión del titular de este último. El esquema arquetípico de la responsabilidad política institucional viene dado por un órgano ejecutivo que depende de la confianza de una asamblea. Así, por ejemplo, hay exigencia de responsabilidad política institucional cuando el Parlamento retira su confianza al Gobierno, forzándolo a dimitir. El retiro de dicha confianza puede producirse mediante distintos mecanismos institucionales, que varían de un país a otro, tales como la moción de censura, la cuestión de confianza, etcétera.

Lo que importa subrayar aquí es que, a diferencia de la responsabilidad política difusa, la responsabilidad política institucional no constituye una característica necesaria de todos los sistemas políticos democráticos. Hoy en día, estos suelen clasificarse en dos grandes formas de gobierno: parlamentarismo y presidencialismo. Pues bien, la diferencia última entre ellas estriba en que solo en la forma parlamentaria de gobierno existe una genuina responsabili-

dad política institucional. Es más, la responsabilidad política institucional es la piedra angular de la organización y el funcionamiento del parlamentarismo. En la forma presidencial de gobierno, por el contrario, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo emanan directamente del electorado, ante el que son autónomamente responsables, y de este modo, no conocen otra forma de responsabilidad política que la difusa.

Para afrontar el problema de la fuerza vinculante de las sanciones políticas, es preciso observar, ante todo, cómo la idea de responsabilidad suele aplicarse en los ámbitos de la moral y del derecho. Así, la responsabilidad puede ser moral o jurídica, dependiendo de la naturaleza de las normas que la regulan y del tipo de sanciones que lleva aparejada.

Miguel Ángel Aguilar López

RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES A LOS DERECHOS HUMANOS. ALGUNOS ELEMENTOS DE IDENTIFICACIÓN E INTERPRETACIÓN

Cabe aclarar que la presente voz tiene sentido en ordenamientos jurídicos en los que no se tenga claridad sobre las relaciones entre las fuentes de origen interno e internacional en materia de derechos humanos, por ejemplo, en los que en lugar de atender el principio *pro persona* a cabalidad, para concluir que no se imponen unas sobre otras sino que es debido armonizarlas para promover siempre la mayor protección de las personas, y en todo caso darle preferencia a las disposiciones que resulten más garantistas de los derechos, todavía se considera que el principio de jerarquía dota a la Constitución nacional de una posición prevalente que complejiza la búsqueda de los estándares más favorables, y hasta puede generar que una restricción constitucional a los derechos humanos impere por sobre una norma contenida en una fuente internacional que sea más benéfica.

En ese contexto, como elemento de análisis general debiera considerarse que si se ha aceptado pacíficamente que la inmensa mayoría de los derechos humanos no son absolutos, en materia de restricciones a los mismos, tampoco puede imponerse esa caracterización. En otras palabras, no puede haber restricciones absolutas para esos derechos, sino que, por el contrario, toda restricción a ellos debe ser analizada caso por caso a través de una ponderación, para asegurarse que resulte lo más benéfico para las personas, bajo la lógica del principio *pro persona*.

Un segundo elemento consiste en que no se puede equiparar a una restricción de derechos con la falta de previsión o incompleto desarrollo de los contenidos de los propios derechos humanos. En ese sentido, si en un texto constitucional no se mencionan todos los alcances de un derecho, de forma alguna puede interpretarse dicha circunstancia como una restricción. En cada supuesto de los anteriores, que las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales sirven para completar los contenidos de los derechos de que se trate. Postular lo contrario equivaldría a cerrar el desarrollo de los derechos humanos únicamente a lo fijado en las normas constitucionales, una alternativa que no debiera aceptarse para interpretar

cualquier Constitución, toda vez que en materia de derechos humanos se establecen estándares mínimos, no máximos.

Un tercer elemento radica en no confundir las restricciones a los derechos con la delimitación de sus contenidos. Facilita la comprensión de esta cuestión tener en mente algún ordenamiento jurídico en el que, por ejemplo, la libertad de trabajo, de industria o el derecho a la propiedad, no sean excusa para explotar a otras personas, dedicarse a actividades ilícitas o actuar sin miramientos con el cuidado al medio ambiente, o bien, en el que la libertad de expresión no pueda pretextarse para hacer comentarios racistas o discriminatorios en contra de personas o de colectivos. Bajo ese entendimiento, no es posible tener por actualizada alguna restricción constitucional a los derechos, cuando se evita que se abuse de ellos.

Un cuarto elemento reside en no fundar las restricciones a los derechos en los preceptos que establecen facultades a las autoridades, en tanto sus atribuciones no pueden leerse como una posibilidad implícita para limitar derechos, sino todo lo contrario, lo que resulta debido es ajustar los alcances de sus competencias al respeto de los derechos humanos. De esta forma, por ejemplo, si se faculta a una autoridad administrativa a imponer un trabajo en favor de la comunidad como sanción por alguna infracción a un reglamento gubernativo, ello solo puede ser posible si se acepta voluntariamente por la persona sancionada, ya que existe un derecho humano de que a nadie se le obligue a prestar trabajos personales sin su pleno consentimiento, salvo que sea una pena impuesta por una autoridad judicial.

Un quinto elemento, ya no de identificación sino de interpretación, consiste en que una vez precisada, una vez ubicada alguna restricción a los derechos propiamente dicha, siempre la misma debe ser interpretada de la manera más acotada posible, reduciendo sus alcances a la mínima expresión, con el fin de observar el principio *pro persona*, el cual tiene como una vertiente no entender de más tales restricciones.

Como sexto elemento de análisis general habrá que reparar en la importancia que tendrían cláusulas constitucionales sobre restricciones a derechos humanos que expresen que solamente en el texto de la propia Constitución se fijarán los casos y las condiciones en los que sea posible restringir o suspender el ejercicio de aquellos derechos, puesto que con una redacción como esa se garantizaría que ninguna otra fuente normativa, distinta a la Constitución, conservara la posibilidad de menoscabar u obstaculizar el disfrute de los derechos humanos, en razón de que se obligaría a que toda restricción posea un soporte constitucional expreso. Es decir, que sin este fundamento constitucional expreso, sin mención en los artículos constitucionales de los casos y las condiciones para que opere alguna restricción a los derechos humanos, no es posible que se avalen reenvíos a la legislación secundaria para que en ella se limiten esos derechos, en tanto que la responsabilidad que se confía al poder legislador es que desarrolle los contenidos de los derechos, pero nunca que los restrinja, si no lo hace la propia Constitución.

En consecuencia, si las restricciones a los derechos solo pueden preverse en el texto constitucional, como séptimo elemento de análisis general también debe ponerse de manifiesto que en la práctica totalidad de los casos se

contrapondrán con otras disposiciones constitucionales que reconozcan derechos, sin que aquellas puedan prevalecer en automático como si se tratara de una excepción o una cláusula especial a una regla general, al menos en los ordenamientos jurídicos en los que su Constitución general no dote de mayor fuerza normativa a algunas de sus disposiciones sobre las demás, ni contenga precepto alguno que claramente instuya jerarquías diferenciadas entre los artículos que la componen.

En ese sentido, si desde la Constitución las cláusulas sobre restricciones a los derechos humanos no poseen la fuerza normativa suficiente para imponerse de modo absoluto y en automático a otros preceptos que reconozcan derechos, como octavo elemento se deriva la necesidad de llevar a cabo un juicio de ponderación, en el que caso a caso se busque lo que resulte más favorable para las personas.

Lo anterior se vincula estrechamente con un noveno elemento, en el sentido de que el fundamento que debe justificar a toda restricción a los derechos humanos es precisamente la garantía de otros derechos humanos de las demás personas, pues solamente esta fórmula es consistente con el principio *pro persona*. De otra manera, no habría restricción que pudiera aprobar un test de proporcionalidad, razonabilidad o necesidad, pues si con ella no se buscara proteger a las personas, sino a las autoridades o a los poderes de facto, resultaría excesiva e injustificada.

En adición, como un décimo elemento a considerar, debe afirmarse que en los ordenamientos jurídicos en los que el entendimiento del respeto irrestricto al texto constitucional conduzca a postular que ninguna de sus disposiciones puede ser ignorada o desaplicada, aunque contenga una restricción a los derechos humanos que introduzca un estándar menos favorable que el que pueda desprenderse de fuentes de origen internacional en la materia; de todos modos queda abierta la posibilidad para que los preceptos constitucionales sean *interpretados conforme* a esa normatividad sobre derechos humanos de fuente internacional imperante.

A partir de lo cual, como un último elemento, conviene recordar que el tema de las restricciones a los derechos humanos ha sido explorado y desarrollado en sede internacional desde hace bastante tiempo. De ese acervo queda claro que si toda restricción, para que tenga oportunidad de estar justificada, requiere estar prevista en ley, y resultar necesaria para asegurar otros fines legítimos, la revisión de ambos extremos conduce irremediabilmente a la ponderación caso a caso, y nunca a una prevalencia en automático. No obstante, como los criterios originados en sede internacional precisan ajustarse para velar que resulten los más benéficos, ahí donde la normativa de fuente interna haya elevado el estándar de ambos elementos mencionados, tiene que estarse a ella, por lo cual no bastará con que las restricciones se encuentren previstas en ley, sino que deberá exigirse una especie de principio de reserva de Constitución, en tanto que solamente los preceptos constitucionales pueden fijar los casos y las condiciones en las que operen aquellas, además de que únicamente quedarán justificadas por el aseguramiento, no de cualquier fin legítimo o bien constitucionalmente tutelado, sino exclusivamente resultarán necesarias,

razonables o proporcionales aquellas restricciones que tengan por objeto la protección más favorable para las personas.

En definitiva, bajo esta óptica se honraría la cuestión del diálogo jurisprudencial, que no puede ser unidireccional, sino que sirve de puente de doble sentido para que las cortes constitucionales, y cualesquiera juzgados y tribunales nacionales, eleven los estándares desarrollados en sedes internacionales, teniendo por meta la mejor salvaguarda de los derechos humanos de las personas, y para que los garantes internacionales adopten esas pautas reforzadas, ya que también ellos deben de proceder bajo el principio *pro persona*.

*Luis Miguel Cano López
Graciela Rodríguez Manzo*

RETROACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA

Cuando se hace referencia al término “jurisprudencia” en el sistema jurídico mexicano, este adquiere una dimensión particular, pues en términos generales se entiende como el conjunto de criterios emitidos por los órganos jurisdiccionales facultados para ello, que vinculan a otros órganos encargados de la impartición de justicia.

La jurisprudencia se puede conformar bajo cuatro sistemas: por reiteración, contradicción, sustitución y por razón fundada; y la base de la jurisprudencia se encuentra justamente en las sentencias de las que derivan los criterios obligatorios.

Como toda figura jurídica, la jurisprudencia tiene ciertas reglas, las cuales se encuentran vinculadas a su publicidad, obligatoriedad, retroactividad, aclaración, interrupción, modificación y sustitución; y se dirigen a la adecuada conformación y aplicación de la misma en los casos sometidos a la consideración de los órganos jurisdiccionales.

En lo que interesa, la retroactividad de la jurisprudencia puede tener distintos significados, ello en atención a la perspectiva desde la que se aborde. En las siguientes líneas se hace referencia brevemente al alcance de esta regla.

a) *Irretroactividad de la jurisprudencia en relación con la norma que interpreta.* En la jurisprudencia se refleja la interpretación de la norma vigente en la época de los hechos.

No obstante, es posible que los hechos acontezcan de forma previa a la publicación de la norma, y por ende de la aprobación de la jurisprudencia; en este sentido, la nueva disposición, y por consecuencia la jurisprudencia que la interpreta, no pueden ser aplicadas de forma retroactiva en perjuicio de persona alguna, de conformidad con lo establecido por el art. 14, párrafo primero, de la Constitución de México.

Lo anterior se fortalece con motivo de lo dispuesto en el art. 217, párrafo cuarto, de la Ley de Amparo de 2 de abril de 2013, que establece que la jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Es importante destacar que esta regla vincula directamente a la jurisprudencia con la vigencia de la norma, en el entendido de que la jurisprudencia

es obligatoria, únicamente cuando la norma que interpreta es aplicable al caso concreto.

b) *La aplicación de la jurisprudencia no viola la irretroactividad de la ley.* Si bien la jurisprudencia es la interpretación obligatoria de la ley, y se expresa en términos abstractos, en modo alguno puede equipararse a la propia ley, y por ende considerarse que su aplicación es retroactiva.

Lo anterior se advierte claramente cuando se presentan los siguientes momentos de forma sucesiva: el primero relativo a la aprobación de una ley, el segundo consistente en la actualización de los hechos que han de ser subsumidos en esta ley, y el tercero, posterior a los dos anteriores, relativo a la conformación de la jurisprudencia con motivo de otros juicios o de la resolución de una contradicción de tesis, derivado de la interpretación de esa ley.

De esta forma, el hecho de que una jurisprudencia se conforme con posterioridad a la actualización de los hechos que dan origen a un caso, ello no implica que no sea aplicable, o que su aplicación sea retroactiva en perjuicio de una parte, pues la aplicación retroactiva únicamente puede valorarse a la luz de la vigencia de la propia ley, y si esta última es anterior a los hechos, sin duda la jurisprudencia es vinculante, pues la misma es la interpretación obligatoria de la ley.

c) *La conformación de una jurisprudencia por contradicción no tiene efectos retroactivos en los asuntos que se resolvieron de forma previa.* La naturaleza de la jurisprudencia radica en el establecimiento de pautas interpretativas dirigidas a casos futuros, no así de ser un recurso sobre asuntos ya concluidos en los que se haya aplicado la norma que se interpreta.

En consonancia con lo anterior, en el art. 226, párrafo tercero, de la Ley de Amparo, se establece que la resolución que decida la contradicción de tesis no afectará las situaciones jurídicas concretas de los juicios en los cuales se hayan dictado las sentencias que sustentaron las tesis contradictorias.

Como se puede advertir, la retroactividad de la jurisprudencia tiene características particulares que se deben analizar bajo una óptica determinada, y en todo caso no se debe perder de vista que la jurisprudencia en última instancia representa un criterio vinculante, y su aplicación se encuentra estrechamente vinculada a la de la norma jurídica.

Mauricio Lara Guadarrama